

Pena y Estado

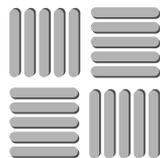


año 6 • número 6

Cárceles

revista latinoamericana de política criminal

p e n a y e s t a d o



© Ediciones del Instituto
Talcahuano 256 (1013)
Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax (54) 11-4372-0570
ediciones@inecip.org
www.inecip.org/ediciones

Impreso en:
Pasart S.R.L.
Solís 490 (1078)
Ciudad de Buenos Aires, Argentina

Impreso en Diciembre de 2005

Hecho el depósito de Ley
ISSN 1666-7778

Impreso en Argentina

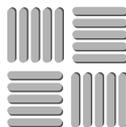
Se permite la reproducción total o parcial con previa autorización y citando fuente.

Directores

David Baigún
Juan Bustos Ramírez

Equipo de coordinación general

Alejandro Álvarez (Argentina)
Cristián Riego (Chile)
Juan Enrique Vargas (Chile)
Luis Ramírez García (Guatemala)



Consejo Consultivo

Silvina Ramírez (Argentina)
Jaime Martínez (El Salvador)
Luis Ramírez (Guatemala)
Claudia Paz (Guatemala)
Victoria Rivas (Paraguay)
Cecilia Sánchez (Costa Rica)
Reinaldo Imaña (Bolivia)
Félix Olivares (República Dominicana)
Ramón Núñez (República Dominicana)
Patrick Pierre-Louis (Haití)

Correctores

Francisco Godínez Galay
Bárbara Mastronardi
Inés Binder

Diseño y Diagramación

Patricia Peralta

Publicación del
Instituto de Estudios Comparados
en Ciencias Penales y Sociales
Talcahuano 256 - 1º Piso
(1013) Buenos Aires
Tel. Fax: (54- 11) 4372-0570
E-mail: inecip@inecip.org

Agradecemos muy especialmente
el trabajo realizado por el
Grupo de Estudios Penitenciarios (GEP)
del Centro de Estudios sobre Justicia
y Participación (CEJIP), de Bolivia.

Programa Latinoamericano de Investigación Conjunta sobre Política Criminal PLIC/PC

El Programa es desarrollado actualmente por diez instituciones:

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP),
Argentina

Asociación de Política Criminal,
de Chile

Centro de Estudios Penales (CEPES)/Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD),
El Salvador

Institutos de Estudios Comparados en Ciencias Penales (IECCPG),
Guatemala

Centro Episcopal de Acción Social (CEAS),
de Perú

Centro de Ejecución de la Pena (CEP) del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales
Argentina

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (IECCP),
Paraguay

Sociedad Cubana de Ciencias Penales,
Cuba

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,
Brasil

Asociación de Ciencias Penales,
Costa Rica / **Centro de Estudios de Justicia y Sociedad,** Córdoba Argentina

El Programa abarca diez temas:

1. Corrupción de funcionarios públicos

2. El Ministerio Público

3. Policía y sociedad democracia 1998

4. Justicia Penal y comunidades indígenas 1999

5. Defensa Pública

6. Cárceles

7. Seguridad Ciudadana

8. Política Criminal de niños y jóvenes

9. Víctimas y sistemas penal

10. Justicia oral

INDICE

Prólogo , por Silvina Ramírez	11
--------------------------------------------	----

TEMA CENTRAL: MUJERES Y CÁRCELES

Mujeres enfrentadas con el sistema punitivo , por Olga Espinoza	15
El ayer y hoy de las cárceles de mujeres en España , por Elisabet Almeda	35

Investigaciones

Mujeres en situación de encierro. Las prácticas discriminantes de las agencias del Estado , por Natalia Belmont	61
Mujeres y cárcel... su tránsito conflictivo en la justicia penal , por Lucía Morán	71

OTROS BARROTES

Chile: Las cárceles de la miseria , por Martín Besio Hernández y Álvaro Castro Morales	83
El sistema penitenciario chileno y el acceso a la justicia. Resultado de un estudio jurídico-empírico , por Jörg Stippel	113
Militarización y privatización del sistema penal y penitenciario. Distintas racionalidades punitivas , por Iñaki Rivera Beiras	131
Algunas reflexiones sobre el sentencing y sus problemas actuales , por Diego Zysman Quirós	141
Detenciones y procesos legales por el delito de posesión para el consumo en Guatemala , por Kristin Svendsen	173

MATERIALES PARA EL CAMBIO

Tântalo no Divã. Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro , por Salo Carvalho	197
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento, de Roger Matthews. Comentario por Luciano A. Hazan	217
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Juicio a la Prisión. Una evaluación crítica, de Thomas Mathiesen.	
Comentario por Gabriel Ignacio Anitúa	227
Una sensata cantidad de delito, de Nils Christie.	
Comentario por Marta Monclús Masó	229
Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955, de Lila Caimari.	
Comentario por Diego Zysman Quirós	231

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las Penitenciarías de Mendoza	235
Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso "Verbitsky"	253

PRÓLOGO

Abordar el tema de los sistemas carcelarios en nuestro continente genera una gran responsabilidad. Por la importancia de los derechos involucrados, por la gravedad institucional que representa para el Estado la violación sistemática de esos derechos, por el rol que juega en nuestra sociedad el castigo y por lo tanto la cárcel como el castigo más paradigmático, y en definitiva la necesidad de encontrarle sentido a la cárcel ya sea como un modo de disuasión para aquellos que incurran en conductas prohibidas o como la posibilidad de reinserción de quienes deben purgar un castigo. Mucho más aún cuando desde algunos lugares se cuestiona su existencia y su sentido. Las posturas abolicionistas han sentado un punto crítico radical a la justificación del castigo.

No obstante, dicha relevancia muchas veces no encuentra un eco deseable en la sociedad. En general, la ciudadanía no demuestra una preocupación por las cárceles, por las condiciones de encierro o por las posibilidades ciertas de que dichas cárceles cumplan con la función para la que fueron creadas. Por el contrario, el olvido y la desidia son dos de las características que marcan a fuego la relación entre “los que permanecen a uno y otro lado de los muros de la prisión”. Y frente a este escenario no es casual que cada vez se produzcan hechos más graves, atentatorios de la dignidad más elemental, que sólo profundizan la crisis en que el sistema se encuentra inmerso.

Si a ello se le suman otros innumerables problemas que presentan las cárceles en nuestros países –y que son transversales a los modos de castigo– tales como la agudización de la pena en el caso de las mujeres, el avasallamiento cultural en el caso de los indígenas, etc., nos encontra-

mos frente a un panorama poco alentador que nos remite a los peores escenarios del castigo, en épocas en donde sólo motivos retribucionistas y vindicativos fundamentaban su imposición.

No es posible soslayar uno de los principales problemas que enfrentan hoy nuestras cárceles: el de la sobrepoblación. Con tasas cada vez más crecientes de personas privadas de libertad, en su gran mayoría procesadas sin sentencia firme, cuya procedencia no es otra que los sectores de más bajos recursos, las condiciones lamentables de hacinamiento y deterioro se incrementan notablemente. Y no es con más cárceles que estos problemas se van a superar, sino por el contrario es desplegando una estrategia reduccionista que apunte a “tomarse en serio” el derecho penal mínimo y sus implicancias.

Así, no existen buenas razones para pensar que vayamos en camino de una transformación del castigo, y en su caso de una humanización de las cárceles. Muy por el contrario las cárceles nos muestran día a día uno de los peores rostros de nuestras instituciones. No existirán sistemas de justicia que se precien de tales si no se trabaja fuertemente alrededor de un cambio en los sistemas penitenciarios, no se diversifican las penas, y las cárceles dejan de ser la primera opción para el castigo, o al menos la alternativa más probable para los sectores más desaventajados.

Si la cárcel se ha convertido en un instrumento que infringe sufrimientos innecesarios, si se ha transformado en sólo un depósito de gente en donde se las despoja de cualquier tipo de derechos, si se la visualiza como el símbolo más palmario de la falta de respeto por el ser humano, poco se podrá avanzar en el fortalecimiento de

las instituciones que administran justicia, cuando el sistema debe entenderse como uno: el que administra justicia y también quien vela por el cumplimiento del castigo.

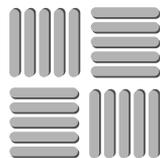
Por todas estas razones y por muchas más no expresadas en este prólogo es que vale la pena dedicar un número de la revista “Pena y Estado” a nuestras cárceles. Porque también vale la pena seguir debatiendo alrededor de una mejor forma de responder a una conducta ilícita y sobre todo porque es imprescindible conservar la vigencia de ciertas ideas que responden a un paradigma de Estado en donde los derechos humanos son la carta de navegación, y por lo tanto éstos no pueden ser vulnerados bajo la justificación de los delitos cometidos.

Esperamos entonces que este número de la revista contribuya a seguir profundizando un debate abierto, y especialmente relevante para nuestras comunidades. Que podamos –a través de estos pequeños aportes y desde otras acciones y otros lugares– entender que la cárcel debe ser objeto de un cuestionamiento permanente, por el rol que cumple socialmente y principalmente por el especial cuidado y atención que requieren ciertos sectores postergados. Nadie cuestionaría la afirmación de que las cárceles no forman parte de las agendas públicas y, lo que es peor, no sensibilizan a ciudadanos que son bombardeados permanentemente por políticas de mano dura o tolerancia cero, concientizándolos más bien en las ventajas de condenar a penas altísimas, sustrayéndoles la oportunidad de reflexionar sobre lo que esto significa en pérdida de derechos y de dignidades.

Antes de recorrer el camino –necesario por cierto– de humanización de la cárcel, debe analizarse la perspectiva que presenta el derecho penal mínimo, agotando las vías alternativas para la resolución del conflicto que no signifiquen la pérdida de la libertad antes de optar por el camino del encierro. Ciertamente la estrategia de reducción de la pena privativa de la libertad no podrá ser ejecutada de inmediato, pero lo que sí es urgente y no admite dilaciones es la reducción de la población carcelaria y con ella la formulación de una política carcelaria que entre otras cosas ofrezca a quienes sufren la pérdida de su libertad de condiciones de vida más dignas. Si el Estado no enfrenta estos desafíos corre el riesgo de socavar lo que se ha alcanzado con grandes esfuerzos en el trabajo cotidiano, en pos de la democratización de la justicia.

Silvina Ramírez
Directora Ejecutiva
INECIP

Tema central
Mujeres y cárceles



MUJERES ENFRENTADAS CON EL SISTEMA PUNITIVO

OLGA ESPINOZA

Abogada. Magíster en Derecho en la Universidad de Sao Paulo. Investigadora del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana - CESC de la Universidad de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

Para analizar a las mujeres como grupo es necesario incorporar la perspectiva de género, entendida como las relaciones culturales y de poder que van a facilitar o limitar la interacción entre hombres y mujeres. El estudio de la mujer, desde una óptica de género, constituye una de las rupturas más importantes de los últimos años en diversas disciplinas. Su importancia reside justamente en romper con la invisibilidad de la mujer en los estudios que enfocan la perspectiva masculina como universal y como prototipo de lo humano. Esa línea de pensamiento se justificó bajo los argumentos de la inclusión tácita de la mujer en las referencias masculinas, y del exceso de especificidad en la elaboración de estudios o investigaciones a partir de un parámetro exclusivamente femenino¹. Sin embargo, diversos trabajos han demostrado que observar al hombre no siempre significa incluir a la mujer, especialmente cuando en ámbitos como el sistema criminal su presencia numérica es bastante reducida.

La imagen de la mujer al interior del sistema punitivo se construye de acuerdo a diversas posturas ideológicas, pudiendo identificarse interpretaciones que se basan en posiciones conservadoras y sexistas y otras en puntos de vista más progres-

sistas y críticos del papel de la mujer y del menor poder que ella posee en sus interrelaciones públicas y privadas.

En este trabajo nos proponemos recorrer, en forma sintética, las bases de la criminología feminista, para después explorar algunos estudios sobre criminalidad femenina realizados en países de la región, previa presentación del perfil de las mujeres sobre quienes estaremos dialogando. Finalmente, nos planteamos observar la prisión femenina desde la óptica de la criminología feminista analizando las posibles ventajas de este tipo de abordaje.

II. CRIMINOLOGÍA FEMINISTA

La década de los 60 constituyó un tiempo propicio y privilegiado para la ebullición de los postulados feministas. En el ámbito criminológico, las teorías feministas² se inspiraron en las discusiones del interaccionismo simbólico³ para destacar la necesidad de observar al oprimido y dotarlo de voz, o sea, otorgar derecho de palabra a aquel que es estigmatizado, seleccionado y punido por el sistema criminal. Sin embargo, el entendimiento de la criminología feminista demanda la exploración del trayecto recorrido por estudiosos de ambos sexos que identificaron a la mujer agresora como objeto de estudio.

¹ A. Facio e R. Camacho, "En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la criminología", en *Vigiladas y castigadas*. Lima, Cladem, 1993, p. 30.

Los estudios feministas que se aproximaron del sistema criminal tuvieron dificultades para ajustarse a la división entre el paradigma etiológico (propio de la criminología positivista) y el paradigma de la definición social (propio de la criminología crítica). La distinción más evidente en el campo penal separa los estudios sobre los "comportamientos problemáticos"⁴ de las mujeres como agentes de agresión, de aquellos sobre las mujeres como víctimas de la agresión.⁵ Mientras que la última perspectiva ha sido ampliamente abordada en los trabajos feministas,⁶ el análisis de la primera se ha mostrado menos frecuente.

Los pocos trabajos existentes sobre la delincuencia femenina han sido encarados bajo distintas concepciones teóricas, desde finales del siglo XIX hasta la actualidad. Para A. I. Meo, es posible distinguir dos líneas de interpretación más importantes: la que contempla a las concepciones

clásicas y la que incluye los esfuerzos críticos contemporáneos que buscan encontrar las motivaciones de tal práctica.⁷

En el primer grupo se encajarían criminólogos y criminólogas que trabajaron (y trabajan) bajo la orientación del marco conceptual tradicional y cuyos estudios sobre la mujer criminal fueron guiados por la visión androcéntrica de la criminalidad, esto es, aquella que toma como referencia la función reproductiva de la mujer en la práctica de conductas desviadas, tales como el aborto, el infanticidio y la prostitución. El desvío es explicado por la no-adequación al rol reproductivo. Fundamentan esa visión las teorías biológicas y constitucionales.⁸ A pesar de la existencia de estas investigaciones, la tendencia a considerar a la mujer criminal como objeto de estudio ha sido escasa,⁹ evitada en algunos casos y no raramente ignorada.¹⁰

2 Para graficar el desarrollo de las teorías feministas al interior de la criminología, recurriremos a las palabras de Kathleen Daly, para quien, "en los años 80, la teoría feminista fue especialmente influenciada por la filosofía y la literatura. Esa situación marcó un cambio de énfasis sociocultural e histórico con respecto a los años 70, cuando las académicas revelaron historias de mujeres desvendando la diversidad etnográfica y la generalidad presentes en sus vidas. En la década de los 70, las académicas feministas se referían a las mujeres o a las experiencias de las mujeres sin problematizarse, destacando la importancia de diferenciar el sexo biológico del género sociocultural y desarrollando una teoría feminista comprensible capaz de sustituir a las teorías liberales, marxistas o psicoanalíticas. Un desafío crítico surgió desde los espacios de las mujeres marginalizadas por la teoría feminista y de una variedad de teóricos y textos post-modernos/post-estructuralistas. Esos desarrollos plantearon cuestionamientos al conocimiento feminista y a la forma como debía ser producido y evaluado". R. Del Olmo, "Teorías sobre la criminalidad femenina", en *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*, Org. Rosa del Olmo, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1998, p.30. Se hizo necesario deconstruir el modelo androcéntrico de sociedad, en el que se basan las relaciones de discriminación contra la mujer y otros grupos marginalizados, con la intención de promover la reconstrucción de modelos que se preocupen en el otro, como individuo concreto e inscrito en un sistema de relaciones.

3 Que, entre otras cosas, propone resaltar la auto percepción del individuo en conflicto con el sistema penal, dialogando con la forma como construye su realidad y como la interpreta.

4 O "desviados", según la criminología tradicional.

5 A. Pires e F. Digneffe, *Vers un paradigme des inter-relations sociales? Pour une reconstruction du champ criminologique*, *Criminologie*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal, vol. XXV, n. 2, p. 36, 1992.

6 No pretendemos analizar esa temática en el presente trabajo. Sin embargo, debemos destacar que los estudios de la mujer como víctima han sido utilizados por movimientos feministas para reclamar mayor represión de los agresores masculinos, reivindicando el uso más efectivo del derecho penal, situación que entra en contradicción con la demanda de descriminalización de conductas que consideran a la mujer como autora de crímenes (como, por ejemplo, en el caso del aborto). Ver R. Van Swaaningen, E. R. Zaffaroni, C. Parent y F. Digneffe, V. P. de Andrade, entre otros.

7 A. I. Meo, ob.cit, p. 115.

8 Uno de los primeros trabajos fue elaborado por C. Lombroso y G. Ferrero.

9 Algunas de las razones que justificaron la escasa atención teórica dada a la mujer y a su criminalidad son el reducido número de delinquentes femeninas, el carácter prudente de su criminalidad, la aceptación acrítica de las explicaciones "biologistas" y psicológicas de la criminalidad femenina, entre otros (A. I. Meo, ob. cit. p. 113).

10 R. del Olmo, ob.cit, p. 19.

En el marco de las concepciones temporáneas, el énfasis está en la criminología feminista,¹¹ que tuvo un desarrollo más acentuado a partir de los años 60, década en la que se produjo la ruptura teórica que fomentó el surgimiento de las teorías feministas. Su desarrollo no fue uniforme y algunas de sus propuestas no consiguieron desprenderse de la tradición positivista, como fueron los casos de Freda Adler y Rita Simon.¹² Ello se puede comprender porque muchas de esas posturas fueron inspiradas en las teorías feministas que partieron de enfoques y propuestas conflictivas¹³. Sin embargo, a pesar de las críticas que puedan recibir, los trabajos motivados por las teorías feministas de tendencia liberal y radical consiguieron tornar visible la criminalidad femenina y abrieron caminos para la elaboración de nuevas teorías que, valiéndose de la perspectiva de género, consolidaron la criminología feminista.¹⁴

Fue principalmente en las décadas de los 70 y de los 80 que la criminología feminista de perfil más crítico ofreció nuevas

aproximaciones y análisis sobre el tema en foco.¹⁵ Se tejieron críticas a las tesis tradicionales, con la intención de promover el debate acerca “de los estereotipos sexistas que alimentan esas teorías, [y de explicitar] los límites de una criminología positivista cuyas premisas son inadecuadas y que se presenta como instrumento de control y de preservación del *status quo*”.¹⁶ Los defensores y defensoras de la criminología feminista basada en postulados críticos comprenden la intervención penal como una de las facetas del control ejercido sobre las mujeres, una instancia en que se reproducen e intensifican las condiciones de opresión mediante la imposición de un padrón de normalidad.¹⁷

Para esa corriente criminológica, la mujer “desviada”¹⁸ no es más el punto de partida. Se pretende explorar las circunstancias que afectan no solamente a las mujeres agresoras, sino también a las demás mujeres, así como a los grupos marginalizados, de personas desprovistas de poder, socio-económicamente desfavorecidas y a los grupos *ethnicisés* y *racialisés*.¹⁹

11 Debemos aclarar que no existe una única perspectiva feminista en criminología; conviven diversas corrientes que intentan interpretar la criminalidad femenina bajo diversos enfoques. Por esa razón, sería inconsecuente hablar de “una” criminología feminista, así como de una única criminología crítica, pues subsisten múltiples visiones criminológicas que se autodenominan críticas. Entre tanto, siguiendo a R. Van Swaaningen, preferimos utilizar esa expresión “cuando pretendemos explicar un paradigma específico: el paradigma del feminismo como perspectiva” (ob. cit. p. 89).

12 Para esas criminólogas, la delincuencia femenina se constituiría a partir de la mudanza subjetiva de la mujer, quien habría abandonado su pasividad para tornarse más atenta y agresiva (tesis de la masculinidad, defendida por Freda Adler), o como resultado de su mayor acceso al mercado de trabajo y al espacio público, ámbito en el que transurre la criminalidad (tesis de la oportunidad, de Rita Simon). Rosa del Olmo, ob. cit. p. 23-24.

13 O. Espinoza, *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*, IBCCRIM, São Paulo, 2004.

14 R. del Olmo, ob. cit. p. 25.

15 A. I. Meo, ob. cit. p. 118.

16 C. Parent, *La contribution féministe à l'étude de la déviance en criminologie*, *Criminologie*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal, vol. XXV, n. 2, p. 75, 1992.

17 En ese sentido, y tomando en consideración el reducido número de mujeres alcanzadas por el sistema penal, debemos analizar las otras formas de control que les afecta (controles informales de la familia, escuela, religión, vecindario, etc.) y cuales son las consecuencias de esa constatación en aquellas que no se ajustan a esos controles y transgreden las normas sociales.

18 El desvío, en la criminología feminista, ha sido especialmente estudiado, porque durante mucho tiempo el solo hecho de ser mujer ya representaba una forma de desvío. Para Simone de Beauvoir, “ser mujer [era] heredar un *status* de desviada, aquel ‘del otro’ [no masculino]”. C. Parent, analizando el desvío con base en el paradigma de la definición, destaca que, “si el punto de partida del desvío es un asunto de definición, no siempre será necesario un acto específico para la imposición de una etiqueta. Normalmente, una persona será estigmatizada no por actos concretos que le imputemos, sino por la forma como la percibamos”. *Féminisme et criminologie*, De Boeck/Les Presses de l'Université d'Ottawa, Paris/Ottawa, 1998, p. 98.

19 Es decir, considerados a partir de sus características étnicas y raciales. C. Parent e F. Digneffe, ob. cit. p. 93.

Las preguntas que se levantan después de reflexionar sobre el sucinto panorama que aquí delineamos es: ¿Por qué insistir en observar a las mujeres imputadas bajo la óptica de la criminología feminista? ¿Qué ventajas puede generar ese abordaje? Intentaremos responder estas preguntas.

Los estudios de la criminología feminista, en la medida que buscaron atender las necesidades y los intereses de las mujeres como grupo, posibilitaron la superación de algunos límites de la criminología, desarrollada bajo patrones masculinos. Así, "sus investigaciones abrieron nuevos caminos que pueden servir de inspiración al cuestionamiento actual en la criminología".²⁰

Partimos por reconocer las innumerables e importantes contribuciones del feminismo a los estudios criminológicos, sin embargo, seleccionamos las más representativas²¹ porque sintetizan más eficientemente el espíritu de la criminología feminista.

La primera gran contribución está dada por la introducción de la perspectiva de género como instrumento para observar a las mujeres en el sistema punitivo, es decir, para entender el sistema criminal como construcción social que pretende reproducir las concepciones tradicionales sobre la naturaleza y los papeles femeninos y masculinos, tal como han sido instituidos en la modernidad.²² Por ello, para conocer como se construye la feminilidad en el sistema penal, debemos extrapolar ese ambi-

to y estudiar a las mujeres justiciables en el mundo de las propias mujeres. De ese modo, podremos comprender la "criminalidad femenina" a partir del cuestionamiento de la sociedad y proponer políticas basadas no en la rehabilitación de las imputadas, sino en la "reforma de las relaciones sociales basadas en el sexo y de las instituciones que las sustentan".²³ Esa propuesta, que expresa una postura favorable hacia las mujeres y presenta su desvío en relación al *status* de sujetos oprimidos en la sociedad, no pretende principalmente "combatir" el "crimen" cometido, sino las condiciones de exclusión que les afecta en tanto grupo.

La segunda contribución se funda en la posibilidad de estudiar el sistema por medio de la observación de sus actores considerados como sujetos. En ese sentido, los análisis feministas sobre la criminalidad femenina intentaron identificar a las mujeres concediéndoles la palabra, de tal manera que mediante sus voces y experiencias de vida, los investigadores/as puedan aproximarse y entender a su objeto de estudio. Esa actitud abre el camino hacia el "otro", y acentúa la dimensión relacional de la situación o problema; la preocupación se centra en el otro como ser individual y particular, y no solamente como sujeto de derechos o como entidad abstracta a analizar.²⁴ La clave está en crear una relación de empatía²⁵ entre investigador/a e investigada. De modo general, creemos que toda investigación o discurso racional y objetivo debe ser construido a partir de cierto dis-

²⁰ "Ciertamente, la herencia feminista parece hoy ser tan importante y diversificada que podemos afirmar que la disciplina criminológica precisa del feminismo. Sería importante, entonces, que esa contribución fuese finalmente reconocida". C. Parent, "La contribution féministe à l'étude de la déviance en criminologie", en *Criminologie*, Les Preses de l'Université de Montréal, Montréal, vol. XXV, n. 2, p. 88, 1992.

²¹ Otras importantes contribuciones identificadas por los estudios feministas en criminología pueden ser encontradas en los trabajos de C. Parent (1992), C. Parent y F. Digneffe (1994), V. P. de Andrade (1997), R. Van Swaeningen (1990).

²² L. Biron destaca que "las feministas han incorporado la noción de sexo en su cuadro conceptual, lo que ha provocado el refinamiento y el enriquecimiento de su paradigma". "Les femmes et l'incarcération. Le temps n'arrange rien", en *Criminologie*, Les Preses de l'Université de Montreal, Montreal, vol. XXV, n. 1, p. 126, 1992.

²³ C. Parent, *Féminisme et criminologie*, ob. cit. p. 147.

tanciamiento entre observador y observado, a fin de proteger al investigador de la subjetividad propia de todo ser humano, sin embargo, ese discurso no puede desconocer los grados de empatía que surgen en las interacciones humanas.

La interdisciplinaridad es igualmente valorizada por los estudios feministas. En el caso de la criminología, el empleo de ese concepto permite la incorporación de disciplinas distintas en el análisis de la problemática que envuelve a la "criminalidad", generando miradas alternativas para entenderla mejor.²⁶

Además, los estudios feministas en la criminología han denunciado el carácter androcéntrico y parcial de la criminología, permitiendo el distanciamiento del "modelo de análisis concebido para el hombre blanco promedio y mostrando que no es aplicable para todos"²⁷, característica no percibida, y algunas veces negada, por representantes de la criminología crítica.²⁸

Las investigaciones elaboradas bajo el marco de la criminología feminista deben superar la oposición de sexo, a fin de evitar el desgaste de energías en la búsqueda de diferencias que justifiquen abordajes distintos. Por ello, debemos identificar a las mujeres imputadas en el conjunto de grupos excluidos. De esa forma, el problema será evaluado a través de una dimen-

sión macro estructural, que "tome en consideración la criminalización de las mujeres a partir de su opresión como grupo, dentro de un cuadro global de sociedad capitalista y/o patriarcal".²⁹

Cabe agregar que a través de las contribuciones de la criminología feminista fueron explicitados los sistemas de opresión de los grupos marginalizados. Por lo tanto, hoy más que nunca, debemos estimular la producción de análisis que adopten la perspectiva de género para mirar a la mujer y a todos los individuos insertados en el sistema punitivo. Así, la óptica del género nos llevará a cuestionar la propia estructura del sistema, "deconstruyendo el universo de las formas tradicionales de legitimación punitiva y procurando soluciones más equitativas, que valoricen las situaciones concretas en las que evolucionan los diferentes protagonistas de la intervención penal".³⁰ Creemos que la criminología feminista es, en ese sentido, el marco teórico adecuado para el estudio de las mujeres agresoras.

III. LA MUJER Y EL SISTEMA PENAL

Como ya fue mencionado, la reducida presencia numérica de la mujer en el sistema criminal ha provocado desinterés, tanto de investigadores³¹ como de autoridades, y la consecuente "invisibilización"

²⁴ Ana Mesutti, esclareciendo la incoherencia de la abstracción en el sistema criminal y de como esa abstracción representa un mecanismo de fuga ante el dolor, nos dice que "la condena pronunciada en el escenario penal contra el sujeto de derechos abstracto, se encarnará en la persona física y mortal que aquel sujeto representa. El tiempo 'destemporalizado' se retemporalizará en el recorrido de la pena. La muerte, que ha sido desvinculada del individuo, sobrevivirá durante la pena, mas el individuo morirá su muerte. Y sufrirá la propia pena, porque la pena abstracta se materializará en un dolor concreto". "Reflexiones sobre el pensamiento penal", en *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, RT, São Paulo, n. 31, p. 21, 2000.

²⁵ Humanizando el conflicto del que forma parte la investigada.

²⁶ "Los estudios feministas han facilitado la confluencia de muchas corrientes teóricas diferentes, porque ello les permite transgredir los límites establecidos arbitrariamente". L. Biron, ob. cit.

²⁷ Idem.

²⁸ C. Parent, *Féminisme et criminologie*, ob. cit. p. 150.

²⁹ C. Parent, *Au delà du silence: Les productions féministes sur la "criminalité" et la criminalisation de femmes, Déviance et société*, Édition Médecine et Hygiène, Ginebra, vol. 16, n. 3, p. 319, 1992.

³⁰ C. Parent e F. Digneffe, ob. cit. p. 102.

de las necesidades femeninas en la política criminal que, en general, se ajusta a modelos típicamente masculinos.³² Por lo tanto, el problema criminal ha sido enfocado por los hombres y para los hombres en conflicto con el sistema penal.³³

La carencia de políticas públicas que respondan a las necesidades y particularidades de este grupo ha ocasionado perjuicios en las mujeres afectadas y en sus familias. En los casos en que se observa intentos de responder a estas particularidades puede percibirse que éstos se restringen a aspectos vinculados con la infraestructura penitenciaria, atendiendo a instalar a las mujeres condenadas y detenidas en espacios exclusivamente femeninos. Sin embargo, la existencia de establecimientos carcelarios para mujeres no garantiza que éstos contemplen ambientes tales como salas cuna o guarderías para sus hijos, escuelas, celdas especiales para mujeres embarazadas, ni que estén regulados por normas que permitan ejercer derechos como el de visita íntima.

20

A. Perfil de la mujer agresora

Al evaluar las condiciones y características de las mujeres agresoras pudimos verificar que éstas son bastante semejantes entre las mujeres latinoamericanas. En la mayoría de países los índices de criminalidad femenina se han incrementado notablemente durante la década de los 80, llegando, inclusive a triplicarse³⁴, lo que ha provocado que se otorgue mayor atención a este grupo³⁵. Sin embargo, recurrentemente se observa que a pesar del aumento de la participación de mujeres, ésta se reduce a actividades de menor importancia en la escala de poder, es decir, las mujeres no están insertas en las redes de poder que circunscribe a este tipo de delitos³⁶.

El perfil de las mujeres que integran el sistema criminal es bastante similar en la mayoría de estudios evaluados. Así, se trata de mujeres típicamente jóvenes y solteras. La mayoría de ellas tiene hijos, educación precaria, poca o ninguna experiencia laboral. Estas características reflejan el universo de mujeres presas en la mayoría de países³⁷.

³¹ Ver V. C. Brant, *O trabalho encarcerado*, Forense, Rio de Janeiro, 1994. Diversos estudios sobre prisiones femeninas también subrayan esa falta de atención. Se puede consultar C. Stella, As implicações do aprisionamento materno na vida dos(as) filhos(as), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RT, São Paulo, vol. 34, 2001, p. 239; M. Winifred, "Vocational and technical training programs for women in prison", en *Corrections today*, vol. 58-5, American Correctional Association, 1996; I. Nagel & B.L. Johnson, "The role of gender in a structured sentencing system: Equal treatment, policy choices and the sentencing of the female offenders under the United States sentencing guidelines", en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 85-1, Northwestern University, School of Law, Chicago, 1994, p.181.

³² En contextos como Brasil, este ajuste se materializa en aspectos menos visibles, que pasan desapercibidos, tales como el uso del mismo uniforme de los presos varones, hasta otros más visibles, como la falta de infraestructura física para atender sus necesidades específicas (tales como la instalación de salas cuna y guarderías para las mujeres presas que trabajan). A. Teixeira & M. Fernandes, *Presidiárias: equidade e liberdade, difíceis caminhos*, mimeo. En Chile, resulta evidente la existencia de un número reducido de prisiones de mujeres, lo que obliga a recluirlas en prisiones masculinas, en pabellones o celdas adaptadas para este uso. Y. Bavestrello & P. Cortés, *Mujeres en conflicto con el sistema penal*, SERNAM, GENCHI, Santiago, 1997, p. 116-117.

³³ C. Antony, "Mujer y cárcel: rol genérico de la ejecución de la pena", *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*, Org. Rosa del Olmo, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1998, p. 64.

³⁴ C. Conly, "The women's prison association: Supporting women offenders and their families", National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, Washington, 1998, p.3. Ver también E. Azaola, C. Antony, L. Francia, Y. Bavestrello & P. Cortés.

³⁵ De acuerdo a información extraída de órganos oficiales, en el Brasil la mujer representa 4,33% de la población carcelaria total. Los índices no difieren sustancialmente en otros ámbitos geográficos latinoamericanos (en Argentina alcanza el 10% y en Perú el 7%).

³⁶ C. Anthony: "Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres de América Latina implicadas en delitos relacionados con drogas", en *Género y Derecho*, Ediciones LOM, Santiago, 1999, p. 739.

³⁷ C. Conly, op. cit. En su artículo la autora señala que otra característica de la población femenina recluida es el uso y abuso de drogas, situación que no ha sido verificada en estudios latinoamericanos.

Considerando el reducido número de presidios femeninos y de centros de detención provisional para mujeres, las autoridades se ven obligadas a trasladarlas a espacios distantes de su comunidad, ocasionando la pérdida de sus vínculos externos, pero principalmente, obstaculizando la manutención de las relaciones familiares³⁸. Ante el resultado de abandono que estas condiciones provocan, algunos países se han preocupado por implementar programas de apoyo a la inserción post carcelaria.

Uno de los aspectos más cruciales en las aflicciones provocadas por la detención entre las mujeres presas es el distanciamiento de la familia. Lemgruber resalta que “el rompimiento del contacto continuo con sus familiares y, sobre todo, con sus hijos es extremadamente difícil de soportar”.³⁹ Esa afirmación debe confrontarse con datos estadísticos que señalan que entre el 63%⁴⁰ y el 89%⁴¹ de esas mujeres son madres, de las cuales aproximadamente 60% son jefas del hogar,⁴² o sea, constituyen la principal fuente de ingresos de la familia.

También intensifica la separación familiar la cantidad de restricciones para el ejercicio del derecho a visita íntima.⁴³ Samantha Buglione y Livia Pithan resaltan que “existe un proteccionismo discriminatorio cuando se trata de asuntos que envuelven la sexualidad femenina, siendo la mujer presa desestimulada en su vida sexual debido a la burocratización del acceso a la visita conyugal”.⁴⁴

Las relaciones al interior de la prisión también pueden ser bastante conflictivas. Los trabajos que estudian el suministro de medicamentos y drogas en mujeres presas develan que este es parte del tratamiento proporcionado a mujeres con la intención de corregir su desvío⁴⁵ o de mantener el orden. El tratamiento a través de drogas puede resultar sumamente perjudicial para las mujeres, no sólo por los efectos dañinos que provocará en su salud sino también porque limitará sus habilidades para defenderse en caso de haber cometido una falta o de aún encontrarse sometida a proceso judicial.

38 En una investigación llevada a cabo en el Centro Penitenciario Femenino de Rennes (Francia), Robert Cario afirma que la distante ubicación geográfica restringe considerablemente las posibilidades de mantener relaciones familiares, “el elevado costo de movilidad impide que la familia (marido, hijos y otros familiares) visite a la detenida, quien permanecerá en la cárcel por largos años”. Esta situación genera efectos traumatizantes en los directamente afectados (“Particularidades de la situación carcelaria de las mujeres”, *Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*, Bilbao, Ediciones Mensajero, 1989, p. 119-120).

39 *Cemitério dos vivos. Análisis sociológica de uma prisão de mulheres*, Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 96.

40 Según la investigación elaborada por Julita Lemgruber en el presidio Talavera Bruce (idem, p. 57) en el Estado de Rio de Janeiro. En el estudio del Colectivo de Feministas Lesbianas, publicado en el *Relatório sobre prevenção de HIV. AIDS na Casa de Detenção Feminina de Tatupé - São Paulo*, 1997, p. 15, en el Estado de Sao Paulo, 74% de las mujeres en aquella prisión era madres.

41 Según la investigación elaborada por Samantha Buglione y Livia Pithan en la Penitenciaría Femenina Madre Pelletier, A face feminina da execução penal. A mujer e o poder punitivo, *Relatório Azul. Garantias e violações dos derechos humanos no Rio Grande do Sul*, Asamblea Legislativa, Porto Alegre, 1997, p. 364, en el Estado de Rio Grande do Sul.

42 Colectivo de Feministas Lesbianas, ob.cit. p. 9.

43 Varios Estados brasileños permiten el ejercicio de la visita íntima femenina (Rio de Janeiro, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, etc.). Sin embargo, Estados como São Paulo no la han implementado a plenitud. En diciembre de 2001, la Secretaría de Administración Penitenciaria emitió la Resolución SAP 96 (del 27.12.2001), que reglamentó el ejercicio de la visita íntima para mujeres presas, reconociéndolo como derecho y no como regalia. A. Teixeira & J. Sinhoretto, “A visita íntima às presas: uma primeira vitória?”, en *Boletim do IBCCRIM*, n. 112. Disponible en Internet: <http://www.ibccrim.org.br/boletim/0005/> [12.11.2004].

44 La investigación que ellas elaboraron destaca que apenas 13% de las mujeres presas reciben visita íntima.

45 Kathleen Auerhahn y Elizabeth D. Leonard: “Docile bodies? Chemical restraints and the female inmate”, en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 90. Northwestern University, School of Law, Chicago, 2000, p. 628.

Tomando como ejemplo Brasil, podemos decir que diversas investigaciones construyen el perfil de las mujeres que conforman el universo carcelario femenino. Las mujeres no blancas (negras, mulatas, amarillas, rojas) representan el contingente mayoritario de 61,4%⁴⁶. En cuanto a la edad, 78% tiene entre 19 y 34 años. La gran mayoría nació en la región urbana (62%) y creció ahí mismo (67%). En lo que se refiere a la escolaridad, 84% de ellas no concluyeron la enseñanza primaria, y 44% tiene un grado de escolaridad muy bajo, habiendo frecuentado hasta la mitad de la primaria. La jefatura de la familia es comandada por 59% das mujeres presas.⁴⁷

Los estudios mencionados advierten cambios en la conducta delictiva de las mujeres. Los crímenes cometidos por ellas ya no se encajan en los denominados "delitos femeninos" –infanticidio, aborto, homicidio pasional–, pues se dio un incremento en los índices de condenas por crímenes de tráfico de drogas, robos, secuestros, homicidios, entre otros. La investigación del Colectivo de Feministas Lesbianas destaca que 40% de las mujeres estarían presas por tráfico de drogas, 37% por robo, 12% por hurto y sólo 10%

por homicidio. El trabajo del Instituto Gino Germani de Argentina también expresa una mudanza, identificando un porcentaje de 60% de mujeres recluidas por tráfico y de 20% por delitos contra el patrimonio⁴⁸. Por lo tanto, la conducta que tiene a mujeres como sujeto activo adquirió una connotación desvinculada de la categoría de género para alinearse en lo que puede llamarse "criminalidad de pobreza"⁴⁹.

La situación de las mujeres es especialmente discriminatoria si verificamos el porcentaje de mujeres detenidas en centros de detención preventiva. El número de detenidas en esos centros, con o sin condena, supera proporcionalmente el de los hombres. Según el censo del año 2002, realizado en el Estado de Sao Paulo⁵⁰, el porcentaje de mujeres que integran el sistema penitenciario paulista alcanza el 2,5%, mientras que el número de reclusas en los referidos centros se extiende a 13,5%, es decir, a pesar de constituir una parte menor de la esfera carcelaria, las mujeres están sobrerrepresentadas en los centros de detención provisional, espacios que, en la práctica, son inadecuados para el cumplimiento de pena.⁵¹ En esa misma línea se ubica otro problema que afecta a

46 Una investigación de la Fundación SEADE, publicada en el *Boletim do IBCCRIM* concluye al analizar la discriminación de las mujeres negras que "es con [ellas] que la doble discriminación se torna alarmante. Progresivamente ellas van siendo más sobrerrepresentadas a lo largo de las etapas de la investigación policial y del proceso, mientras que las blancas van, en sentido inverso, saliendo del sistema [...]. Este hecho, observado también en relación a los hombres, es todavía más acentuado en el caso de las mujeres, revelándose como otro mecanismo de reproducción de segregación y de exclusión al que las mujeres negras son sometidas en nuestra sociedad". A. Teixeira, J. Sinhoretto & R. de Lima, "Raça e gênero no funcionamento do sistema de justiça criminal", en *Boletim do IBCCRIM*, n. 125, abr. 2003.

47 La investigación de la Fundación SEADE, de 1994, (mencionada en la nota anterior) realizada en la región metropolitana del Gran São Paulo, revela que hogares cuya jefe de familia es una mujer tienen una situación inferior a la clasificación económica más baja (clase D), enfrentando las peores condiciones sociales y económicas. Ese fenómeno global se denomina "feminización de la pobreza", nueva característica de la marginalidad socioeconómica del mundo globalizado.

48 Estas cifras deben ser observadas con cierto cuidado, pues ellas sólo grafican la situación de las mujeres presas (condenadas y procesadas), condición que no comprende los delitos que normalmente no reciben prisión preventiva ni aquellos cuya condena no es privativa de libertad (como el hurto simple o las lesiones).

49 Llama la atención que ninguna de las investigaciones mencione la existencia de mujeres presas por aborto, a pesar de que en los países seleccionados esta conducta es punida como delito. Esto podría explicarse porque la pena inferida a esta conducta es reducida y termina resolviéndose a través de medidas alternativas.

50 Elaborado por la Fundación "Profesor Manoel Pedro Pimentel" de Amparo al Trabajador Preso (Funap), junto al Instituto Universidad y Empresa (Unimp), el año 2002.

51 Algunas características de esos centros de detención son la sobrepoblación, la inexistencia de programas de empleo, instalaciones insalubres, la falta de servicios de salud, entre otras.

las mujeres, cual es el cumplimiento de su pena o su detención en cárceles masculinas, es decir, en ambientes adaptados (medianamente excluidos) para albergar a este grupo. En la práctica, este tipo de establecimientos penitenciarios reúne una serie de irregularidades que contradicen normas internacionales (Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos), como por ejemplo, el contratar agentes penitenciarios masculinos en recintos carcelarios femeninos, el que no exista ambientes especiales para las madres con hijos lactantes, el que las mujeres no puedan acceder a programas de educación y/o trabajo porque estos se restringen a la población reclusa masculina, etc. Mavila, en el estudio preparado sobre cárceles de mujeres en Perú, expuso la existencia de únicamente siete cárceles de mujeres y cincuenta prisiones mixtas (masculinas, con un pabellón para mujeres)⁵². Esta situación se explica por la falta de interés en la construcción de establecimientos penitenciarios femeninos y, consecuentemente, en la elaboración de políticas públicas capaces de atender las necesidades de un grupo minoritario.

Los datos descritos para el contexto regional latinoamericano refuerzan la certeza de que la mujer reclusa integra las estadísticas de la marginalidad y exclusión: la mayoría no es blanca, tiene hijos,

presenta escolaridad incipiente y conducta delictiva que se caracteriza por la menor gravedad, vinculación con el patrimonio y reducida participación en la distribución de poder, salvo contadas excepciones. Ese cuadro sustenta la asociación de la prisión a la desigualdad social, a la discriminación y a la selectividad del sistema de justicia penal, que acaba puniendo a los más vulnerables, de acuerdo a las categorías de raza, clase social y género.

B. La mujer agresora observada por el sistema de justicia

Son conocidas las conclusiones de diversas investigadoras para quienes las mujeres agresoras cometen un doble desvío: por desviarse de la ley y, al mismo tiempo, de su rol género⁵³. Por un lado, suele señalarse que las mujeres sometidas al sistema penal reciben un trato más benevolente⁵⁴ por su condición de género⁵⁵. Pero, por otro lado, también se afirma que esta situación suele provocar una mayor punición contra esas mujeres, por huir de las expectativas sociales y del padrón construido en torno de ellas.

Algunas estudiosas afirman que cuando la benevolencia de los operadores jurídicos se basa en las responsabilidades familiares, éstos pueden estar perpetuan-

⁵² R. Mavila, ob. cit., p. 182.

⁵³ Deborah W. Denno, ob.cit, p. 86.

⁵⁴ Ana Elena Obando, *Mujer, justicia y género*, Seminario/Taller de capacitación y monitoreo de los derechos humanos en la justicia penal, ILANUD, Costa Rica, 2003. La autora sostiene "sobre el tratamiento a las mujeres por parte de los tribunales de justicia, [que] la tesis de la caballerosidad estableció que el menor índice de mujeres encarceladas no obedecía a que éstas delinquieran menos, sino a un trato más benévolo de los jueces [sin embargo], las mujeres pueden recibir un trato más benévolo cuando el delito o su situación personal responde al deber ser femenino y menos benevolente cuando no responda a ese deber ser o no se adecue a la imagen de mujer respetablemente tradicional. En ese trato más o menos benévolo pueden influir otras variables relacionadas con el tipo de delito, la etnia, la edad, la raza, la opción sexual, la clase, que en el fondo develan el orden jerárquico de géneros", p. 27.

⁵⁵ Sally S. Simpson: "Feminist theory, crime and justice", Readings in contemporary criminological theory, Northeastern University Press, Boston, 1990; Carol Hedderman & Loraine Gelsthorpe: *Understanding the sentencing of women*, Home Office Research Studies, Washington, 1997 y Johan Goethals, Eric Maes y Patrizia Klinckhamers: "Sex/Gender-based decision-making in the Criminal Justice System as a possible (additional) explanation for the under representation of women in official criminal statistics", in *International Journal of comparative and applied criminal justice*, vol. 21-2, 1997.

do estereotipos femeninos o asumiendo posiciones paternalistas. Kathleen Daly reflexiona y señala que el trato a mujeres imputadas reproduce la “justicia familiar” que se basa en dos factores: 1. En los controles sociales informales que funcionan en lugar del encarcelamiento formal y 2. En el mayor costo social creado como consecuencia de la prisión de la mujer. Los jueces tratan con más benevolencia a las mujeres porque asumen que sus responsabilidades familiares proporcionarán un control social informal en sus vidas y porque consideran esencial el cuidado de las madres para beneficio de los niños⁵⁶. Además, este criterio se funda en la constatación de que la condena de las mujeres-madres a prisión, probablemente ocasionará la pérdida del vínculo con sus hijos, producto del abandono familiar (lo que no sucede en el caso de imputados hombres). Otra tendencia cuestiona la imposición de un modelo de género neutral, pues los resultados pueden ser más dañinos ya que desconocería la desigual distribución social del cuidado de los hijos.

Según Hedderman y Gelsthorpe, los argumentos acogidos por los jueces para efectos de atenuar la pena de las imputadas son: el tener familiares dependientes de ella y la tenencia de hijos menores de edad. Estos argumentos no siempre son válidos para los imputados. De acuerdo con los magistrados que las autoras entrevistaron, la mujer hurta para alimentar a su familia, sustraen cosas que ellas, o especialmente sus hijos, necesitan; inclusive, cuando hurtan objetos más extravagantes (como una lata de salmón), lo hacen para dar un gusto a su familia, a diferencia del hombre quien hurta para mantener sus

hábitos de adicción. Generalmente, el perfil de estas mujeres será de madres solteras con escasos recursos económicos. Por otro lado, insisten en reconocer que los crímenes violentos practicados por mujeres siempre están dirigidos contra personas conocidas (como la pareja abusiva de la imputada), a diferencia de los hombres, que atacan a extraños (como resultado de una pelea en un bar). Bajo estas consideraciones, algunos jueces opinan que las mujeres deben ser tratadas de igual forma que los hombres⁵⁷, sin embargo, otros sugieren que el trato debe ser distinto en razón del rol de la mujer en la escala de poder de la criminalidad o de haber cometido el ilícito penal por inducción o influencia de otra persona.

También se afirma que el criterio de mayor benevolencia hacia las mujeres no se mantiene en todos los casos. La imputada que no se encaja en el modelo de madre ideal, como es el caso de mujeres pobres, negras, lesbianas, solteras y mujeres que cometieron crímenes “no femeninos”, puede ser tratada con mucha severidad, inclusive mayor que la recibida por los imputados. Algunos jueces han asumido que la madre blanca de clase media o clase alta⁵⁸ es más susceptible a controles no judiciales, y más importante para el bienestar de sus hijos que madres con otras características. La realidad cuestiona este entendido, pues, contrariamente a lo que se piensa, las madres consideradas “más desviadas” (las pobres, solteras, etc.) pueden necesitar rebajar sus condenas pues los vínculos con sus hijos serán más afectados y quebrados con su encarcelamiento⁵⁹.

⁵⁶ S. Simpson, ob. cit, p. 12.

⁵⁷ Especialmente cuando se trata de mujeres adictas al alcohol o a las drogas.

⁵⁸ En el caso de las mujeres con mejor posición económica, los argumentos expuestos no se resumen a la maternidad sino también a la posición de clase. J. Goethal, E. Maes & P. Klinckhamers, ob. cit, p. 224.

⁵⁹ S. Simpson, ob. cit, p.13. Estos resultados no son de aceptación unánime, habiendo sido contradichos en otras investigaciones. J. Goethal, E. Maes & P. Klinckhamers, ob. cit, p. 221.

Si analizamos con cuidado descubriremos que son pocos los trabajos que mantienen especial interés en la mujer, en cuanto sujeto, estando, más bien preocupados por la familia (como estructura social) y por el costo social que ocasionaría para el Estado su desestructuración. De esa forma, el trato más benévolo hacia la mujer podría ser explicado por los conceptos de control social y de costo social⁶⁰.

El estudio llevado a cabo por Birgin, permitió constatar que “las mujeres son estigmatizadas en el discurso judicial. Se las condena a cumplir las funciones y a seguir los modelos que se les asignó históricamente, aun cuando esa imagen de mujer no corresponda a la realidad actual. La mujer es vista como un ser al que debe protegerse en su papel de esposa, madre y continuadora de la estirpe. Esta imagen de mayor fragilidad suele generar un trato diferencial, casi paternalista, cuando la mujer resulta autora de conductas delictivas de menor gravedad⁶¹. Contrariando los resultados expuestos, la investigación de Graciela Otano, concluye no hallar diferencias sustanciales en el tratamiento judicial a hombres y mujeres, pues los argumentos valorativos que dicen relación con las pruebas producidas son de orden técnico y no aluden a consideraciones personales. En todo caso, señala observar una ligera tendencia a recibir penas menores, en el caso de las mujeres. Este dato debe ser confrontado con el hecho de que hombres que delinquen poseen antecedentes criminales o son reincidentes y con el rol que ocupan en la comisión de delitos. La contradicción de ambos trabajos se puede

explicar al observar que el primero centró su atención en los delitos tradicionalmente femeninos, mientras que el segundo, tomó como referencia un marco más amplio de crímenes, que producen juicios valorativos aparentemente más neutrales.

De lo expresado hasta aquí, podemos afirmar que la mujer deberá encajarse en un modelo de conducta impuesto socialmente, pues sólo de esta forma podrá ser beneficiada de la benevolencia en el tratamiento del sistema penal o podrá ser reconocida como un actor legítimo al interior del mismo sistema.

Este breve resumen de investigaciones que exploran las formas como el sistema de justicia interpreta a la mujer en su calidad de imputada refleja la ambivalencia de posturas que, ya sea para beneficiarlas o perjudicarlas, sancionan la hegemonía de un modelo ideal de mujer. A continuación abordaremos otros trabajos centrados en las formas como la mujer ha sido analizada en calidad de reclusa, encarcelada, interna o presa.

IV. LA MUJER DESDE LA PRISIÓN

Una vez creada la prisión como institución, se entendió adecuado separar a hombres y mujeres, para aplicarles tratamientos diferenciados. Con esa medida se buscaba que la educación penitenciaria restaurase el sentido de legalidad y de trabajo en los hombres presos, mientras que, en cuanto a las mujeres, era prioritario reinstalar el sentimiento de “pudor”.⁶²

⁶⁰ J. Goethal, E. Maes & P. Klinckhamers, ob. cit., p. 212-213.

⁶¹ H. Birgin, El derecho en el género y el género en el derecho. Rompiendo la indiferencia. Fundación Ford, Santiago, 2000, p. 168. La propuesta integral del estudio elaborado por esta autora contempla las áreas del Derecho Civil, Derecho Penal y Derecho del Trabajo.

⁶² Corinne Rostaing, *La relation carcérale. Identité et rapports sociaux dans les prisons des femmes*. Paris: Press Universitaire de France, 1997, p. 42.

En el transcurso de su existencia, la prisión se caracterizó por ser mayoritariamente masculina, pues las cifras de reclusos eran compuestas en su mayoría por hombres. Tal condición se acentuó durante la segunda mitad del siglo XIX⁶³ y se extendió por el siglo XX.

La prisión como institución pasó a ser científicamente estudiada a partir de los años 40. Un grupo significativo de investigaciones elaboradas antes de esa época, privilegió el estudio del carácter etiológico de la conducta criminal; así, por ejemplo, los estudios preparados por los seguidores de la Escuela Positiva italiana observaron “al criminal” y las motivaciones de su conducta, en búsqueda de la naturaleza criminógena de los individuos, sin hacer referencia específica a la cárcel como espacio de control.

26 | Tomando como referencia la investigación de Corinne Rostaing dividiremos en tres etapas los estudios científicos desarrollados sobre el tema, los que partirán conocer mejor el universo prisional. La primera etapa, denominada *subcultura carcelaria*,⁶⁴ se inicia en 1940, con el trabajo pionero de Donald Clemmer, que tenía por objetivo determinar en qué medida el tiempo vivido en la prisión podía modificar la actitud y el comportamiento de los hombres presos. Valiéndose del concepto de “prisionización”, entendido como “la interiorización de valores específicamente carcelarios por el detenido y la asimilación de símbolos y formas de ser propias de la pri-

sión”⁶⁵, él demostró el carácter envolvente de ese espacio de alejamiento. Esa tesis fue después retomada por Gresham Sykes, autor de estudios sobre la prisión como “una sociedad dentro de la sociedad”⁶⁶ poseedora de características y lenguaje particulares y actitudes establecidas para disminuir el dolor provocado por las privaciones ocasionadas por la detención: privación de la libertad y de bienes, privación de relaciones heterosexuales, así como de autonomía y de seguridad. Esos trabajos, elaborados en términos de “subcultura carcelaria, [destacan] que los presos tienen cultura propia, simbolizada por los tatuajes, la jerga prisional, el código social (ser leales entre ellos, resistir, respetar la palabra, rechazar todo lo que represente a la policía, etc.)”.⁶⁷ No en tanto, tales estudios se descuidaron de analizar los lazos que unen la prisión a la sociedad, o sea, la prisión insertada en un contexto social más amplio y complejo.

En esa primera etapa, también fueron realizados algunos trabajos sobre prisiones femeninas, sin embargo, hasta 1960, “los estudios sociológicos [sobre ese tipo de prisión] son casi inexistentes”. Entre los pioneros, estarían los de David Ward y Gene Kassebaum,⁶⁸ así como el de Rose Giallombardo,⁶⁹ los cuales priorizaron los análisis de los efectos de la subcultura carcelaria en mujeres en prisión. Esos estudios tenían por finalidad establecer comparaciones con la organización social de las prisiones masculinas, utilizando como referencia los métodos desarrolla-

⁶³ Idem, ibidem.

⁶⁴ La expresión “subcultura carcelaria” es cuestionada por sugerir la existencia de un modelo cultural diferenciado, puesto que, en el caso de la prisión, las relaciones que la integran no remeterían a otra cultura, sino a valores distintos de los hegemónicos.

⁶⁵ Extraído del libro *The prison community*, cuya primera edición fue impresa en 1940. Ibidem, p. 56.

⁶⁶ Gresham Sykes, *The society of captives*. Princeton: Princeton University Press, 1958.

⁶⁷ Corinne Rostaing, op. cit., p. 57.

⁶⁸ *Women's prison. Sex and social structure*. Investigación de campo realizada en la prisión de Frontera, en California (1965).

⁶⁹ *Society of women: a study of a women's prison*. Investigación de campo realizada en la prisión de Alderson, en Virginia (1966).

dos para tales espacios. La conclusión principal a la que estas investigaciones llegaron es que, en la cárcel, hombres y mujeres forman sistemas sociales distintos porque son socializados de manera diferente.⁷⁰

La segunda etapa –llamada de *institución total*– se inició en 1970. Autores como Irving Goffman y Michel Foucault analizaron el papel de la cárcel en la sociedad, es decir, su lugar en el modelo de sociedad actual. En la clásica obra de Foucault, *Vigilar y castigar*, él “trata no sólo del nacimiento de una institución represiva sino, principalmente, del poder de normalización y de la formación del saber en la sociedad moderna”.⁷¹ Las investigaciones sobre las prisiones femeninas llevadas a cabo durante esa etapa fueron fuertemente influenciadas por el ideario de los movimientos feministas, al introducir el foco del género para observar la interacción entre los diversos actores sociales relacionados en el universo carcelario y por denunciar la mayor incidencia de objetivos moralizadores en las mujeres presas. Se destaca con insistencia la poca atención otorgada al universo prisional femenino por los profesionales involucrados en los temas criminales y la realización de estudios acerca de la realidad de las presas desvinculándolas del mundo de las mujeres como un todo.

Finalmente, la última etapa, que agrupa los trabajos sobre la prisión/institución refleja el momento actual, que se ha caracterizado por promover *estudios especializados*. No se trata más de “adoptar una visión general de la institución, sino de interesarse por un tema particular”.⁷²

El desarrollo de las investigaciones sobre prisiones femeninas en Latinoamérica no siempre coincide temporalmente con los límites establecidos por Rostaing, de ahí que mucho trabajos sobre la vida de las mujeres presas hayan buscado estudiarlas como un todo, es decir, analizando diferentes aspectos del cotidiano prisional.⁷³ La preocupación por presentar integralmente el mundo de la prisión femenina puede ser entendida bajo el propósito de dar a conocer un contexto que, hasta poco tiempo antes, sólo había sido pensado en referencia al universo masculino, como un anexo, o, peor aún, como un defecto. En virtud de esa constatación, evidenciar las diferencias entre ambos espacios, describiéndolos globalmente, adquirió nuevo valor e importancia. Con todo, también es posible identificar, en el ámbito femenino prisional, investigaciones desarrolladas sobre temáticas más puntuales⁷⁴.

70 Corinne Rostaing, op. cit., p. 62.

71 Idem, ibidem, p. 69.

72 Idem, ibidem, p. 73.

73 Cabe destacar los trabajos de Julita Lemgruber, *Cemitério dos vivos, Mujeres encarceradas*, de Maud Fragoso de Albuquerque Perruce, *De gente a gente só tem o nome. A mulher no sistema penitenciário de Sergipe*, resultado de un conjunto de artículos sobre investigaciones en prisiones femeninas organizados por Amy Coutinho de Faria Alves, la investigación de Bárbara Soares y Lara Ilgenfritz, *Prisioneiras. Vida e violência atrás das grades*, entre otras.

74 Así, podemos destacar los trabajos de Elza Mendonça Lima (1983), *Origens da prisão feminina no Rio de Janeiro. O período das freiras (1942-1955)*, sobre los antecedentes de los establecimientos prisionales para mujeres; de Maria Werneck (1988), *Sala 4. Primeira prisão política feminina*, que describe el cotidiano de una prisión política para mujeres que combatieron el régimen militar; el informe de investigación del Colectivo de Feministas Lésbicas (1997), *Prevenção de HIV. AIDS na Casa de Detenção Feminina de Tatuapé - São Paulo*, sobre el desarrollo de la sexualidad y de sus limitaciones; de Claudia Stella (2000), *Filhos (as) de mulheres presas. Soluções e impasses para seu desenvolvimento*, entre otros.

Si comparamos las investigaciones que han tenido como tema las prisiones femininas con aquellas existentes sobre las prisiones masculinas⁷⁵ será posible deducir que innumerables aspectos todavía no fueron estudiados de ahí la importancia de promover la expansión de los estudios sobre el universo de las cárceles de mujeres.

La mayoría de los trabajos que mencionamos se aproxima de los postulados feministas y con ellos dialoga, observando de manera crítica el papel de la mujer en el sistema penitenciario y en los sistemas económicos y sociales de la vida en libertad. Lamentablemente, esos análisis no se expandieron lo suficiente como para integrar los programas universitarios y las políticas públicas que deciden sobre el gerenciamiento de esta problemática.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los datos sobre el perfil de las mujeres presas confirman la certeza de que integran las estadísticas de la marginalidad y la exclusión: la mayoría no es blanca, tiene hijos, presenta escolaridad incipiente y conducta delictiva que se caracteriza por la menor gravedad, vinculación con el patrimonio y reducida participación en la distribución del poder, salvo contadas excepciones. Ese cuadro sustenta la asociación de la prisión a la desigualdad social, a la discriminación y a la selectividad del sistema de justicia penal, que acaba puniendo a los más vulnerables, bajo categorías de raza, renta y género. Esta desigualdad se expresa inclusive desde el trato que recibirá por el sistema

de justicia, que definirá la forma de juzgar a la mujer según ésta se encaje o no en un modelo de conducta impuesto por la sociedad.

La prisión es un espacio donde se confunden colores, clases, personalidades y, en general, particularidades que identifican a una persona con un grupo determinado. Sin embargo, la única categoría legitimada para diferenciar al conjunto de personas presas es la sexual, puesto que, en la prisión, todo se mezcla menos los sexos. Así siendo, es indiscutible interpretar la cárcel femenina bajo el enfoque de género y, a partir de ahí, verificar las percepciones de las mujeres sobre la prisión, deconstruyendo el carácter neutral de las imágenes y discursos elaborados sobre ellas.

Desde su surgimiento, la cárcel separó hombres de mujeres, por el riesgo que ellas podrían representar, al exacerbar el "martirio de la abstinencia forzada" en los hombres presos, y no con una preocupación por la integridad de aquellas, quedando en evidencia, desde aquel entonces, la falta de atención a los intereses de las reclusas.

Actualmente, el reducido número de estudios que se ocupan del perfil de este grupo confirma el anonimato que envuelve a las presas, recreando en el imaginario popular mitos que cada vez más se distancian de estereotipos de fragilidad para asumir características de peligrosidad, esa sería una de las razones del incremento de la mayor selección de las mujeres por el sistema punitivo. Por tal motivo, se justifica

⁷⁵ En Brasil también pueden ser consultados algunos estudios que buscan sistematizar la bibliografía existente sobre estos temas: Sérgio Adorno, *A criminalidade urbana violenta no Brasil: um recorte temático*, boletín informativo y bibliográfico de Ciências Sociais, n. 35. Rio de Janeiro: Relume Dumará/Anpocs, 1993; Alba Zaluar, "Violencia e crime", en *O que ler nas Ciências Sociais Brasileiras*, vol. II. São Paulo: Editora Sumaré/Anpocs, 1999; Roberto Kant de Lima et alii, "Violencia, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia", *Revista Brasileira de Informação bibliográfica em Ciências Sociais*, n. 50. Rio de Janeiro: Relume Dumará/Anpocs, 2000.

nuestra persistencia en develar las peculiaridades de esa población de modo a facilitar la implementación de políticas penitenciarias acordes con sus intereses.

La prisión representa una caricatura de la sociedad en general. Por un lado, es un espacio que reproduce las condiciones de exclusión de las mujeres, tal como eran vividas en el mundo de afuera. No obstante, por otro lado, intensifica los defectos de la sociedad en forma perversa, porque infantiliza a las personas (al controlar todos los aspectos de sus vidas y hacerlas dependientes de una autoridad externa) y, al mismo tiempo, exige de ellas madurez para declararlas “resocializadas”. En ese ambiente paradójico, se realizan actividades laborales, caracterizadas por la alienación, improductividad, irracionalidad, la falta de utilidad post-prisión, la imposición de relaciones de poder desigual y de mayor control de la población carcelaria, entre otras.

Entendemos, así, que la prisión, no promueve transformaciones positivas, por cuanto atiende a una función latente, distinta de la declarada en la norma, cual es garantizar una gestión diferenciada de las ilegalidades, teniendo como foco la contención de las ilegalidades populares (propia de los grupos sociales de estratos marginalizados en razón de clase económica, nacionalidad, raza, etc.) motivo por el cual se debe desmitificar la pretendida tarea de reformarla y buscar alternativas a su existencia.

Teniendo claro que la cárcel fue creada con la intención de aislar los elementos que la sociedad piensa pueden ser perjudiciales para su subsistencia, debemos reconocer que sólo se podrá provocar transformaciones consistentes si se plantean cambios integrales. En ese sentido, creemos que la sociedad (comprendiendo ciudadanos comunes y autoridades) debe

reconocer la condición de dignidad de presos y presas, reconocimiento que debe ser priorizado frente a cualquier otro argumento (ya sea de seguridad o de disciplina). Para ello, debe pensarse caminos para ejercer ampliamente el derecho a la ciudadanía inclusive en el entorno de la estructura carcelaria, de tal forma que mujeres y hombres presos puedan sentir, a pesar de la prisión, que forman parte de una estructura que garantiza sus derechos, donde la persona humana asume un papel primordial y su realización se convierte en objetivo del Estado. •

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Vargas, Gladys. *Evaluación Mujer y Justicia Penal*. Lima: ILANUD, 1991 (Separata 633).
- Aguilar, Pilar, “Las mujeres en prisión”, en *Los Derechos de la Mujer*, tomo II. Lima, DEMUS, 1998.
- Almeida, Rosemary de Oliveira. *Mulheres que matam. Universo imaginário do crime no feminino*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: UFRJ, 2001.
- Alvarado, Ángela & MILLER, Gladys. *La mujer a ambos lados del encierro: Situación de la mujer en el sistema penitenciario panameño*. Panamá: ILANUD, 1993.
- Alves, Amy Coutinho de Faria. *De gente a gente só tem o nome*. Sergipe, Universidade Federal de Sergipe, 2001.
- Andrade, Vera R. Pereira de. *Criminologia e Feminismo. Da mulher como vítima à mulher como sujeito*, Criminologia e Feminismo (Carmen Campos, org.). Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.
- Antony García, Carmen. *Mujer y cárcel: rol genérico en la ejecución de la pena*. Criminalidad y Criminalización de la mujer en la región andina. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998.
- _____. *Las mujeres confinadas*. Santiago: Editorial Universidad de Chile, 2001.

_____. *Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres en América Latina implicadas en delitos relacionados con drogas*, in Género y Derecho, LOM Ediciones, 1999.

Auerhahn, Kathleen & Leonard, Elizabeth. Docile bodies: Chemical restraints and the female inmate, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 90. Chicago, Northwestern University, School of Law, 2000.

Azaola, Elena & Yacamán, Cristina José. *Las Mujeres Olvidadas*. México: Colegio de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996.

_____. *Nuevas tendencias de la criminalidad femenina*. Criminalidad y Criminalización de la mujer en la región andina. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998.

_____. *Prisiones para mujeres. Programa interdisciplinario de estudios de la mujer*. México: (Internet).

Baratta, Alessandro. *El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana*, in Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal (Haydée Birgin, org.). Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.

Bavestrello, Yolanda & Cortés, Pablo. *La mujer en conflicto con el sistema penal: El caso de Chile*. Santiago, Sernam, Genchi, 1997.

Belknap, Joanne & Dunn, Melissa. *Understanding incarcerated girls: The results of a focus group study*, in The prison journal, v. 77. Sage Periodicals Press, 1997.

Beristain, Antonio. *La mujer, la víctima y protectora en la cárcel*. Cárceles de Mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima. Bilbao: Ediciones Mensajero, 1989.

Bierrenbach, Maria Ignês. *Sistema Penitenciário. A mulher presa*, in Revista do ILANUD, vol. 12. São Paulo: 1998.

Birgin, Haydee, "El derecho en el género y el género en el derecho", en *Rompiendo la indiferencia*. Santiago, Fundación Ford, 2000.

Biron, Louise L. *Les femmes et l'incarcération. Le temp n'arrange rien*, in Criminologie, vol. 25-1. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1992.

Bodelón, Encarna. *El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres*, in Delito y sociedad, n. 11/12. Buenos Aires: Editorial La Colmena, 1998.

Brant, Vinicius Caldeir. *O trabalho encarcerado*. Rio de Janeiro, Forense, 1994.

Broidy, Lisa & Agnew, Robert, *Gender and crime: A general strain theory perspective*, in Journal of research in crime and delinquency, v.34. San Francisco: Sage Periodicals Press, 1997.

Bueno Arús, Francisco, *La mujer y el sistema penitenciario español*, in Poder Judicial, vol. 39. Sevilla: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

Buglione, Samantha & Pithan, Livia, *A face feminina da Execucao Penal. Relatório Azul*. Porto Alegre, Assembléia Legislativa, 1997.

Campos, Carmen, "Criminología Feminista: un discurso (im)posible?", en Género y derecho (Alda Facio e Lorena Fries, org.). Santiago de Chile: Low Ediciones, 1999.

Cario, Robert, Particularidades de la situación carcelaria de mujeres, in *Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*. Bilbao, Ediciones Mensajero, 1989.

Caro Coria, Dino, *Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Lima: Defensoría especializada en los derechos de la mujer. Defensoría del Pueblo, 2000.

- Casas, Lidia, *Mujeres procesadas por aborto*. Santiago, Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos, 1996.
- Conly, C. *The women's prison association: Supporting women offenders and their families*. National Institute of Justice. Washington, Department of Justice, 1998.
- Cooper, Doris. *Criminología y delincuencia femenina en Chile*. Santiago: LOM Ediciones, 2003.
- Cueva Sosa, Andrés et all. *La mujer delincuente bajo la ley del hombre*. México: Editorial Pax-México, 1992.
- Daroqui, Alcira et all. *Las mujeres y los jóvenes encarcelados en el ámbito nacional: Abordaje cuantitativo y cualitativo en torno de grupos sobre vulnerados dentro de la población carcelaria*. Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Gino Germani, 2003, mimeo.
- Del Olmo, Rosa. *Teorías sobre la criminalidad femenina*, in *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina* (Rosa del Olmo, org.). Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998.
- Espinoza, Olga, *A mulher encarcerada em fase do poder punitivo*. Sao Paulo, IBC-CRIM, 2004.
- Facio, Alda & Camacho, Rosalía, *En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la Criminología*. Vigiladas y Castigadas. Lima: CLADEM, 1993.
- Facio, Alda, *Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. Costa Rica: ILANUD. Programa Mujer, Justicia y Género, 1999.
- Fagnan, Andrée. De la comparution a la déception pénale, *Criminologie*, vol. XXV-1. Montréal : Les Presses de l' Université de Montréal, 1992.
- Faugeron, Claude e Groman, Dvora. *La criminalité féminine: liberée de quoi?*, *Déviance et Société*, v. 3, n. 4. Genebra: Édition Médecine et Hygiène, 1979.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Argentina, 1991.
- Fox, Richard & Van Sickle, Robert. Gender dynamics and judicial behavior in criminal trial courts: An exploratory study. *The Justice Journal*, vol. 21-3, 2000.
- Francia, Luis, *Problemas que enfrenta la mujer en el proceso de criminalización*. Criminalidad y Criminalización de la mujer en la región andina. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1998.
- Fries, Lorena & Matus, Verónica. *Intervención crítica desde una perspectiva de género y de derechos humanos en el sistema jurídico penal en Chile*. Rompiendo la indiferencia: Acciones ciudadanas en defensa del interés público. Santiago: Fundación Ford, 2000.
- Frigon, Sylvie. *Une radioscopie des événements survenue à la Prison de femmes: La constructin d'un corps dangereux et d'un corps en danger*, in *Canadian Woman studies*, v. 19. Ontario: 1999.
- Fuentes, A. Vega & García Mas, M.P. *Cárcel y Mujeres: aspectos educativos*. Cárceles de Mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima. Bilbao: Ediciones Mensajero, 1989.
- Garafulic, María Paz. *Mujer y Derecho. Una aproximación a la situación legal de la mujer en tres países latinoamericanos: Argentina, Chile y Perú*. Santiago: Fundación Ford, 2001.
- Gibbs, Claudia. Características que diferencian a mujeres reclusas por tráfico de estupefacientes del resto de la población femenina. *Revista de Estudios Penales y Penitenciarios*. Santiago, UNICRIM, 2001.
- Gilligan, Carol. *In a differet voice*. Cambridge, Harvard Universty Press, 1982.
- Goffman, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1996.

- Hedderman, Carol & Gelsthorpe, Loraine. *Understanding the sentencing of women*. Washington, Home Office Research Studies, 1997.
- Herrera, Ana Lucía. *Diagnóstico de las Mujeres privadas de libertad en Bolivia*. La Paz: ALDHU-Bolivia, Programa de Reformas al Sistema Penal boliviano: informes especiales, 1996.
- Ilgenfritz, Iara & Soares, Bárbara. *Prisioneiras: Vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro, Relume, 2002.
- Lagarde, Marcela. *Cautiverios de las mujeres: Madresposas, monjas, putas, presas y locas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.
- Lafortune, Agathe. *Sexisme et justice*, in Canadian Woman studies, v. 19. Ontario: 1999.
- Larrandart, L. Control social, derecho penal y género, in *Las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000.
- Larrauri, Elena. *Control Formal: ... Y el Derecho Penal de las Mujeres*, Mujeres Derecho Penal y Criminología (Elena Larrauri, org.). Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.
- _____. *Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*, Nueva Doctrina Penal, v. 1998/B. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.
- Lemgruber, Julita. *Cemitério dos Vivos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- Maher, Lisa & Daly, Kathleen. *Women in the street-level drug economy: Continuity or change?*, in *Criminology*, v.34. Washington: 1996.
- Mavila, Rosa. *Mujer y Derecho Penal: De lo prohibido a lo sugerido*. Sobre patriarcas, jerarcas, patronas y otros varones: Una mirada de género sensitiva del Derecho. Costa Rica: ILANUD, 1993.
- _____. Estudio sobre los establecimientos penitenciarios con población femenina, in *Situación actual de la Ejecución Penal en el Perú*, Lima, Consejo de Coordinación Judicial, 1998.
- Meo, Analía Inés. *El delito de las féminas*, Delito y Sociedad, n. 2. Buenos Aires: 1992.
- Mesutti, Ana. Reflexiones sobre el pensamiento penal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Sao Paulo, RT, n. 31, 2000.
- Miralles, Teresa et alii. *Pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá: Temis, 1983.
- Nagel, Ilene & Johnson, Barry. *The role of gender in structured sentencing system: Equal treatment, policy choices and the sentencing of female offenders under the United States sentencing guidelines*, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*. Chicago: Northwestern University, School of Law, 1994.
- Nari, Marcela et alii. Me queda la palabra. Estrategias de resistencia de mujeres encarceladas, in *Voces de Mujeres Encarceladas*. Buenos Aires, Catálogos, 2000.
- Obando, Ana Elena. *Mujer, justicia y género*. ILANUD-Costa Rica, 2003.
- Otano, Gabriela. La mujer y el derecho penal. Una mirada de género, in *Las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000.
- Parent, Colette. *Au delà du silence: Les productions féministes sur la 'criminalité' et la criminalisation de femmes*, *Déviance et Sociétés*, v. 16, n. 3. Genebra: Édition Médecine et Hygiène, 1992.
- _____. *La contribution féministe à l'étude de la déviance en criminologie*, in *Criminologie*, vol. 25-2. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1992.
- _____. *Féminismes et Criminologie*. Paris/Ottawa: De Boeck/ Les presses de l'Université d'Ottawa, 1998.
- Parent, Colette & Digneffe, Françoise. *Pour une éthique féministe de l'intervention pénale*, in *Revue Carrefour*, vol. 16-2. Ottawa: Éditions Legas, 1994.

- Pedraza, Wilfredo & Mavila, Rosa.** *Situación actual de la Ejecución Penal en el Perú. Primera aproximación empírica.* Lima: Consejo de Coordinación Judicial, 1997.
- Perruce, Marina Fragoso.** *Mulheres encarceradas.* Minas Gerais, 1983.
- Pires, Alvaro e Digneffe, François.** *Vers un paradigme des inter-relations sociales?. Pour une reconstruction du champ criminologique,* Criminologie, v.XXV, n. 2. Montréal: Les presse de l'Université de Montréal, 1992.
- Rivera Beiras, Iñaki (coordinador)** *Secuestros Institucionales y Sistemas Punitivos Premiales.* Secuestros Institucionales y Derechos Humanos. Barcelona: Editorial M.J. Bosch, 1996.
- Roberts, Dorothy.** *Foreward: The meaning of gender equality in the Criminal Law,* in The Journal of Criminal Law & Criminology. Chicago: Publications Schedule, 1994.
- Rodriguez, María Noel.** *Mujer y cárcel en América Latina.* México, DPLF, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2003.
- Rostaing, Corinne.** *La relation carcérale. Identité et rapports sociaux dans les prisons de femmes.* Paris: Press Universitaire de France, 1997,
- Sernam et all.** *Mujeres en conflicto con el sistema penal.* Santiago: Ministerio de Justicia, 1997.
- Silva, I. & Rubio, C.** Drogas y mujeres en prisión: Evolución de una década. *Revista de Estudios Penales y penitenciarios.* Santiago, UNICRIM, 1995.
- Simpson, Sally S.** *Feminist theory, crime and justice.* Readings in Contemporary Criminological Theory. Boston: Northeastern University Press, 1990.
- Smart, Carol.** *La mujer del discurso jurídico,* in Mujeres Derecho Penal y Criminología (Elena Larrauri, org.). Madrid: Siglo Veintiuno, 1994.
- Soto, Marcela.** *Estudio del delito cometido por mujeres en función de su personalidad,* in Revista chilena de ciencia penitenciaria y de derecho penal, v.12. Santiago: 1986.
- Stella, Claudia.** As implicações do aprisionamento materno na vida dos (as) filhos (as). *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* vol.34. Sao Paulo: RT, 2001.
- Teixeira, Alexandra & Fernandes, Marisa.** *Presidiárias: equidade e liberdade, difíceis caminhos,* mimeo.
- Teixeira, Alexandra, Sinhoretto, Jacqueline & Lima, Renato de.** Raça e genero no funcionamento do sistema de justiça criminal, *Boletim do IBCCRIM,* vol. 125. Sao Paulo, IBCCRIM, 2003.
- Tinaedo Fernández, Gladys.** *Mujer, Cárcel y Derechos Humanos,* in Capítulo Criminológico, Vol.23-2. Zulia: Instituto de Criminología Dra. Lolita Aniyar de Castro, 1995.
- Universidad Santiago de Chile.** *La construcción simbólica y social del rol de la mujer-madre y sus consecuencias en quienes cumplen condena.* Santiago: UNICRIM, 2002.
- Van Swaaningen, René.** *Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida,* Papers d'Estudis i Formació, v. 5. Catalunya: Departament de Justícia, 1990.
- Winifred, Mary.** Vocational and technical training programs for women in prison. *Corrections Today,* vol. 58-5, American Correctional Association, 1996.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl.** La mujer y el poder punitivo, *Vigiladas y castigadas,* Lima, CLADEM, 1993.

EL AYER Y HOY DE LAS CÁRCELES DE MUJERES EN ESPAÑA¹

ELISABET ALMEDA

Universitat de Barcelona

Las instituciones de reclusión femeninas han tenido y tienen su propia historia, su propia filosofía, su propia lógica de funcionamiento y su propia fisonomía, porque a lo largo de los siglos ha habido una forma diferente de castigar a los hombres y mujeres que han vulnerado las leyes penales. El tipo de castigo para las mujeres transgresoras de las normas se ha ido desarrollando históricamente a través de elaborar un tipo de tratamiento y control que ha definido el sujeto de “mujer presa” como una mujer transgresora no solamente de las leyes penales -desviación delictiva- sino también de las normas sociales que regulan lo que ha de ser su condición femenina -desviación social. Esta doble condición de mujer “desviada” ha conllevado severas discriminaciones en la forma de aplicar el castigo, que se han ido forjando y consolidando históricamente desde la aparición de las primeras instituciones de reclusión femeninas. En España, esta concepción nació hace más de cuatro siglos, en las Galeras de mujeres de Sor Magdalena de San Jerónimo. Después siguió en las Casas de Misericordia, en las Casas de Corrección y en las prisiones franquistas, instituciones dirigidas, gestionadas y organizadas por religiosas que tenían una fuerte intención moralizadora. Hoy estas prácticas institucionales de raíz religiosa persisten bajo formas más modernizadas en manos del Estado, en la gran mayoría de las cárceles de mujeres,

no solamente en España, sino también en el conjunto de países occidentales. El pasado se empeña en repetirse y pese a los aires de modernidad, las nuevas cárceles femeninas continúan discriminando a las mujeres.

Primeras cárceles de mujeres: Casas Galera y Casas de Misericordia

A pesar de que existían preceptos normativos ya desde el siglo XVI que establecían la separación de hombres y mujeres en el interior de las instituciones de reclusión, muchas no los cumplían y aún a mediados del siglo XIX se encontraban algunas prisiones donde los dos sexos convivían conjuntamente. Sin embargo, puede decirse que, en general, a las mujeres se las ubicaba en departamentos específicos en el interior de las cárceles de hombres. Una política muy similar a la actual, ya que, por ejemplo, la cárcel de mujeres de Brians (Barcelona), la de Soto del Real (Madrid) o la de Topas (Salamanca) funcionan también como un departamento específico dentro del gran complejo penitenciario que es la cárcel de Brians-hombres, Soto-hombres o Topas-hombres. El argumento utilizado para justificar el hecho de no crear centros exclusivos para mujeres era el mismo que el de hoy, puesto que también se basaba en el gran coste económico que supondría construir edificios

¹ En este artículo se recogen y resumen algunas de las ideas y reflexiones principales de mis estudios sobre cárceles de mujeres en España, cuyos resultados han sido extensamente analizados en publicaciones recientes (véase Almeda, 2002 y 2003).

para encerrar solamente a mujeres. No obstante, a principios del siglo XVII, se pueden encontrar algunos establecimientos de reclusión destinados exclusivamente a mujeres: las Casas Galera, promovidas por Sor Magdalena de San Jerónimo. Estas primeras cárceles femeninas aportan algunas claves interpretativas para comprender mejor la concepción y el funcionamiento de las cárceles actuales, no únicamente las de mujeres, sino de todas las cárceles en general. A diferencia del resto de instituciones de encierro, estos primeros centros de reclusión exclusivamente femeninos, tenían una orientación marcadamente moralizadora y unos objetivos claramente dirigidos a corregir la naturaleza “viciada” de las mujeres encerradas en las mismas. Generalmente, las mujeres eran recluidas por haber cometido pequeños delitos, por ser vagabundas o mendigas o, simplemente, porque no se ajustaban al modelo y a las funciones que la mujer debía cumplir en aquella época.

El tratado de Sor Magdalena de San Jerónimo, *Razón y forma de la Galera y Casa Real, que el rey, nuestro señor, manda hacer en estos reinos, para castigo de las mujeres vagantes, y ladronas, alcahuetas, hechiceras, y otras semejantes*, dio el impulso definitivo para la creación de las primeras cárceles de mujeres como instituciones independientes, pero paralelas a las galeras de hombres. Esta monja en Valladolid ya tenía cierta experiencia en gobernar un centro de reclusión, puesto que había sido la administradora de la Casa Pía de Arrepentidas de Santa María

Magdalena –convento para mujeres “desviadas” y para aquellas que se sentían llamadas a la vida conventual–. Su obra fue publicada en el año 1608 y obtuvo rápidamente el favor y el apoyo del rey Felipe III y de toda su familia que con gran fervor la secundaba. La propuesta principal era clara: crear un régimen penitenciario que igualara la mujer al hombre en lo que respecta a la imposición del castigo y a la forma de cumplirlo. Hay que tener en cuenta que el tratado de Sor Magdalena, estructurado realmente como si fuera un reglamento penitenciario, constituye el primer antecedente de regulación exhaustiva de una institución de reclusión para mujeres, denominada por la autora “Casas Galera”. Sor Magdalena deja bien claro en la parte introductoria de su obra que la Galera es un centro de reclusión solamente para las “malas mujeres” que, naturalmente, son muy diferentes a las “otras” mujeres, las “honestas y buenas” de las que hay muchas en las ciudades y villas del país.

Los comportamientos delictivos² que:

“...con su mal ejemplo y escándalo son ocasión y estropiezo a muchas mujeres honestas y honradas para caer en semejantes maldades, o, al menos, a verse en gran tentación y peligro de caer”³

Pueden solucionarse, según Sor Magdalena, de dos formas, de acuerdo con el momento en el que se encuentra la mujer en cuestión. Así, si son mujeres jóvenes, huérfanas, desamparadas o “candidatas” a ser malas mujeres en el futuro, se les

² Todas estas conductas y/o profesiones consideradas “desviadas y amorales” para las mujeres que tan bien describe Sor Magdalena, quedarían incompletos si no se añadiera, con el único afán de no olvidar ningún comportamiento femenino que fuera reprochable, la brujería, puesto que ésta era practicada por muchas mujeres como medio de vida y subsistencia. La literatura, las leyendas o los relatos de la época hacen referencia muy a menudo a esta conducta femenina por la que muchas mujeres eran severamente castigadas, perseguidas o quemadas en la hoguera.

³ Todas las citaciones de la obra de Sor Magdalena de San Jerónimo proceden del libro editado por Barbeito (1991) *Cárceles y mujeres en el siglo XVII* en el que se realiza una reproducción fiel de su obra, aunque actualizando la ortografía y corrigiendo algunos errores léxicos. El texto de esta monja también se puede consultar en la obra de Beristáin (1989).

aplica una “terapia preventiva” que las pone en buen estado: encerrarlas en colegios donde les enseñan las buenas maneras y las virtudes cristianas para que puedan evitar toda forma de perversión tentadora que las aleje del buen camino que marca la institución. Desafortunadamente, Sor Magdalena no especifica nada más sobre cómo habrían de ser estos centros. Ahora bien, si comenta extensamente las instituciones para las mujeres ya “caídas”, jóvenes o mayores, con las que no hay más remedio que aplicarles rigor y castigo, es decir, ingresarlas en centros exclusivamente diseñados para ellas: las Casas Galera, a las cuales Sor Magdalena dedica su obra, estableciendo una exhaustiva reglamentación sobre la estructura, el funcionamiento y la organización de estas instituciones. Las Galeras deben ser edificios cerrados al exterior, sin ninguna ventana ni “mirador a ninguna parte”. En su interior son necesarias dos salas, una que sirva de dormitorio común para todas las reclusas y otra que se utilice para trabajar, básicamente “haciendo labor, porque con su labor y trabajo han de ayudar a los gastos de la Galera”.

La disciplina y la vigilancia eran los principios rectores de la Casa Galera y constituían la base para velar por el cumplimiento de las normas y por el buen funcionamiento del establecimiento. Para conseguirlo se podían utilizar los medios que fueran necesarios. Era necesario mantener una disciplina inflexible y seguir un acatamiento sumamente severo y estricto del reglamento, puesto que se pretendía desterrar el ocio, “fuente y origen de todo pecado”, acabar con los malos ejemplos y tener unas “mozas de servicio honestas, fieles y perseverantes”. A través del trabajo, las enseñanzas religiosas constantes y la sumisión a las firmes normas de la institución, se conseguiría “domesticar a la fiera”, transformar a las “malas mujeres” en “mujeres virtuosas”, capaces de aceptar

los dos únicos caminos reservados a las mujeres, según las normas de la época: ser una perfecta esposa o dedicarse a las tareas de servir. Tal fue el impacto de la obra y de las propuestas de Sor Magdalena de San Jerónimo que el rey Felipe III ordenó la inmediata construcción de dos Casas Galera en Madrid y Valladolid y, posteriormente, en Zaragoza, Salamanca, Barcelona, Valencia y Granada, entre otras ciudades importantes. Al margen de su funcionamiento y condiciones de vida, las Galeras de mujeres constituyen definitivamente uno de los primeros establecimientos penales de la época en los que se hace patente el discurso correccional tan característico de las instituciones penitenciarias de finales del siglo dieciocho y principios del diecinueve. El hecho de que fueran mayoritariamente las mujeres y no los hombres objeto de este tratamiento no tendría que sorprender, ya que en aquella época el estatus social y moral de la mujer era equiparable al de los menores de edad. Considerada una persona impulsiva, corruptora de hombres y, consecuentemente, muy necesitada –más que los hombres– de la tutela y reforma moral si se desviaba del camino que tenía asignado. Precisamente, la pretensión de “corregir” las conductas femeninas moralmente reprobables fue lo que impulsó el nacimiento del tratamiento correccional en las Casas Galera de Sor Magdalena. Que tal objetivo se consiguiera o no es otra cuestión, aun que la autora lo duda con creces. Tampoco parece que se cumpliera la pretendida intimidación que la reclusión de esas mujeres “perdidas” había de producir en sus actitudes. Las mujeres recluidas en la Galera habían infringido la ley robando, blasfemando, prostituyéndose, mendigando o rebelándose contra sus amos. Pero haciéndolo, también se habían “desviado” de su rol de mujer. A la vez habían defraudado el comportamiento socialmente impuesto y, en ese sentido, sería como si hubieran cometido dos faltas graves: infringir

una ley penal y transgredir una norma social. No puede olvidarse que las causas de vulneración de la ley penal, que comportaba directamente la infracción de una norma social, eran debidas a las precarias condiciones de vida de muchas de las mujeres de aquella época y al creciente número de vagabundos y mendigos que vagaban por las ciudades de aquellos remotos años. En consecuencia, no quedaba más remedio que recluir a esas mujeres, primero, para hacerles pagar su mal comportamiento y su conducta amoral y, segundo, para reformar su condición de “mujer desviada” del camino que la moral cristiana establecía como el camino correcto (Salillas, 1888).

38

Pese a la importancia que tuvieron, las Casas Galera solo alojaban un número muy restringido de mujeres, ya que la mayoría eran recluidas en las Casas de Misericordia que, durante el antiguo régimen, representaron la pena más utilizada para castigar a las mujeres pobres, mendigas, huérfanas, desamparadas, vagabundas y/o pequeñas delincuentes. Además, en el caso de que estas mujeres tuvieran hijos/as, era difícil que pudieran ingresar en las Casas Galeras, circunstancia, en cambio, que sí se daba con mucha más frecuencia en las Casas de Misericordia⁴. En realidad, desde su creación hasta los inicios del siglo XIX, las Casas de Misericordia representaban la institución más importante de reclusión y asistencia de estas mujeres consideradas “desviadas”. Las ordenaciones de las Casas de Misericordia no priorizaban la condición de ser mujer para poder ingresar en estos establecimientos, pero lo cierto es que la población acogida era mayoritariamente femenina. No debe olvidarse que en el caso de los hombres el castigo más frecuente

era enviarlos a trabajar en los presidios, las obras públicas o si no a servir en el ejército o la marina; la reclusión en una Casa de Misericordia era, por lo tanto, tan solo una de las penas utilizadas. Las Casas de Misericordia, creadas a finales del siglo XVI, fueron pensadas para solucionar el problema de los numerosos pobres y vagabundos de ambos sexos y de todas las edades que vagaban por las ciudades de la época. Las Casas de Misericordia cumplían diversas funciones. En primer lugar, una función asistencial de recogida y acogida de los necesitados/as sin distinción de sexo ni edad. En segundo lugar, una función punitiva que se plasmaba en la disciplina y en el castigo presentes en la institución, tanto en los criterios de recogida y encierro de pobres como en el régimen interno de funcionamiento. En tercer lugar, una función económica, porque los reclusos/as trabajaban no solamente para el autoconsumo y el mantenimiento de la institución, sino también para la venta de las manufacturas producidas. En último lugar, una función política, ya que la reclusión en la Misericordia permitía, por un lado, amortiguar los conflictos sociales y, por otro, justificar una sociedad que estaba profundamente jerarquizada (Carbonell, 1997). Una vez que la persona era ingresada en la Casa de Misericordia, los administradores decidían entre tres opciones. Una primera destinada a las personas más jóvenes que se concretaba, en el caso de los hombres, a prepararlos para ser aprendices en diversos oficios y, en el caso de las mujeres, a enseñarles en las tareas de servir para que pudieran convertirse en criadas una vez fuera de la institución. Una segunda opción, reservada para las personas más mayores e imposibilitadas para trabajar, en la que la Misericordia servía básicamente de casa de acogida y

⁴ Un buen ejemplo de ello es la Casa de Misericordia de Barcelona que, según datos del Censo de Floridablanca de 1778 elaborados por Carbonell (1997), acogía a 674 mujeres y 372 niños y niñas, muchos de ellos hijos e hijas de las reclusas. Por el contrario, en la Casa Galera de Barcelona solo se recluían 106 mujeres y 5 hijos/as.

asistencia. Una tercera y última opción, aplicada en la mayoría de casos, que consistía en hacerlos trabajar en la manufactura. En la Casa de Barcelona, por ejemplo, las actividades productivas eran hilar lana, estopa, esparto, cáñamo o lino y hacer medias, encajes o puntas de plata. Casi todo lo que se producía era destinado a la venta y mayormente eran las mujeres acogidas las que realizaban el conjunto de estas tareas.

Como en el caso de las Casas Galera, también en las Casas de Misericordia había una clara intención de corregir y/o transformar la conducta de las personas confinadas, aún cuando este objetivo no estuviese formulado de manera tan explícita como en el caso de las Galeras. Las razones han de buscarse, seguramente, en los planteamientos iniciales de ambas instituciones. Porque si el factor determinante en el nacimiento de las Casas Galeras fue, precisamente, la pretensión de crear una institución para “corregir las conductas morales e irreprochables de las mujeres”, el de las Casas de Misericordia obedecía más a la recogida y posterior asistencia de los pobres, mendigos o pequeños delincuentes que malvivían por las calles de las ciudades.

Resumiendo, puede afirmarse que durante el Antiguo Régimen, tanto el tipo de castigo como el objetivo que se pretendía conseguir era muy diferente si se trataba de hombres o de mujeres que habían vulnerado las leyes y normas sociales. El castigo a los hombres implicaba, generalmente, un castigo físico (azotes, suplicio o vergüenza pública) o corporal (servir en las galeras o trabajar en los presidios). Solamente en caso de cometer delitos muy graves se los encerraba en instituciones de reclusión, el objetivo de las cuales era meramente la custodia y la retención para un tiempo indeterminado. Sin embargo, la pena de reclusión era el castigo mayorita-

rio que se infringía a las mujeres y la finalidad, en este caso, era la corrección y la tutela de su conducta. Si una mujer vulneraba las leyes era considerada “una desviada y una depravada moralmente”; su naturaleza tenía que estar forzosamente “viciada” según los prohombres y pensadores de la época y, por lo tanto, era necesario aplicarle no solamente un castigo físico y corporal -las reclusas estaban sometidas a durísimas jornadas de trabajo- sino también un castigo moral y espiritual. Únicamente corrigiéndolas moralmente podría encarrillarlas en el camino de la normalidad y conseguir este objetivo era, de hecho, la principal finalidad de las instituciones de reclusión femeninas de la época, fueran las Casas Galera o las Casas de Misericordia. En este sentido, se podría rebatir, en cierta manera, la tesis de Michel Foucault (1986) según la cual el castigo que mayoritariamente se aplicaba durante el Antiguo Régimen a las personas infractoras de las leyes y normas sociales era un castigo corporal. Efectivamente, no es hasta finales del XVIII y principios del XIX que, con el surgimiento de las ideas correccionales, el castigo se convierte en un castigo moral del alma y la voluntad. Sin embargo, este argumento solo es válido en el caso de los hombres infractores y no lo es en el caso de las mujeres. Tal vez Foucault (1986), en su análisis histórico de las cárceles, no tuviera en cuenta la situación de las mujeres encarceladas, una circunstancia habitual, por otra parte, de los estudiosos del tema, aunque ello no implica que sea justificable. O puede que Foucault (1986) considerase que las instituciones de reclusión femeninas no eran propiamente un castigo, argumento que, no hace falta decir, es igualmente erróneo por todo lo que ha ido constatándose hasta aquí. Ciertamente es que la idea de corregir a los reclusos y castigarlos moralmente por su conducta surgirá, como bien dice Foucault (1986), a finales del XVIII, principios del XIX, pero forzoso es reconocer

que los ideólogos de las primeras cárceles de mujeres de finales del XVI ya pretendían conseguir este objetivo y, ciertamente, se les debe considerar como los antecedentes más directos de esta nueva manera de concebir la pena y el castigo.

Cárceles de mujeres “modernas”: experimentando con los principios reformistas

A finales del siglo XVIII se configuraban las bases de una nueva manera de entender el castigo y la forma que tenía de ejecutarse. La pena que debía aplicarse a los individuos infractores de las leyes dejará progresivamente de concebirse como una venganza y una exhibición pública que disuade a los espectadores para convertirse en un “instrumento para doblegar voluntades”. El castigo se estaba convirtiendo en un instrumento de conformación social, ya que había de servir para que el poder se mantuviera y fuera aceptado no solamente sumisamente sino también de buen grado. El castigo corporal, las largas reclusiones, el trabajo en las galeras, los presidios, el trabajo forzoso y otras penas similares se fueron minimizando y dando paso a una nueva concepción del castigo que incorporara otros elementos, como la vigilancia, la clasificación, el trabajo, la disciplina y un espacio carcelario concreto. Estaba emergiendo un nuevo modelo punitivo que tenía como objetivo no únicamente el castigo sino también una determinada construcción y una morfología del edificio donde este castigo se infligía. Ciertamente, los cambios que se estaban produciendo en la forma de producción y, en consecuencia, en la estructura social de la época son elementos claves para entender las nuevas bases de la sociedad que estaba emergiendo. La Revolución Industrial en Inglaterra, los conflictos sociales en la Francia prerevolucionaria y la ascendencia de nuevas clases sociales al poder

económico, exigían un replanteamiento del ejercicio del poder y también una reformulación del castigo y de la forma de aplicarlo. Es en este contexto en donde se enmarca el pensamiento penal de la ilustración que, precisamente, se construye sobre la crítica y la necesidad de reformar las instituciones sociales y políticas de la época, especialmente las que se ocupaban de administrar y aplicar la justicia. La racionalización del aparato legal, la elaboración de códigos penales con delitos tipificados y con penas proporcionales a la gravedad de los delitos, la abolición de la tortura y de las ejecuciones públicas, la importancia de la “pena justa y útil”, la prevención de los delitos a través de la educación de la población, la existencia de un abanico amplio de penas para aplicar, el principio de intervención mínima del derecho penal, el principio de legalidad contrario a la arbitrariedad del juez y el principio de igualdad de las personas frente a la ley eran, entre otras, son algunas de las ideas y premisas más importantes de los pensadores ilustrados –Voltaire, Marat, Rousseau, Montaigne– que fueron extensamente recogidos por el marqués Beccaria en su demoledora crítica del sistema de justicia imperante. Los ilustrados consideraban que cada delito debía tener su pena adecuada; todavía concebían la reclusión en una prisión como una de las muchas sanciones punitivas que podían aplicarse al infractor de las leyes. Sin embargo, poco a poco, fue convirtiéndose en la pena por excelencia de todos los sistemas penales occidentales. De hecho, la reclusión en una institución penitenciaria, entendida ahora como pena privativa de libertad, representaba el castigo principal en todos los códigos penales que se promulgaron a finales del siglo XVIII y principios del XIX.

Como bien indica Rivera (1995) las explicaciones del origen de la cárcel pueden agruparse en dos grandes corrientes

de pensamiento. La primera desarrollada por Foucault (1986) basa sus argumentos en las necesidades disciplinarias de cuerpo y alma. Para este autor la cárcel llegará a ser la pena predominante en el siglo XIX ya que resumía perfectamente la racionalidad de un nuevo ejercicio de poder basado en la vigilancia disciplinar. La racionalidad de la cárcel y su razón de existir ha de buscarse fuera de la misma institución, puesto que su existencia solamente puede explicarse a través de las vinculaciones y las conexiones que tiene con el exterior, ya sea con las formas de gobierno o con los agentes que promueven su reforma. La segunda corriente de pensamiento sigue las tesis de Melossi y Pavarini (1987) que, reconstruyendo las ideas iniciadas por Rusche y Kirchheimer (1984), enfatizan la conexión íntima entre el surgimiento del modelo de producción capitalista y el nacimiento de la prisión. De hecho, para todos estos autores a cada modo de producción concreto le correspondería, en líneas generales, un sistema punitivo dominante. De esta manera, si en el modelo político del Antiguo Régimen la penalidad fundamental sería el castigo corporal y el suplicio, en el régimen burgués de la naciente sociedad industrial el castigo predominante será la pena privativa de libertad: la cárcel. Para estos pensadores, las razones principales que explicarían, no solamente el nacimiento de la cárcel punitiva, sino también su rápida difusión en el mundo occidental del XIX son justamente los grandes cambios que se produjeron en las formas de acumulación del capital a raíz de la industrialización, la proliferación de los atentados contra la propiedad que estos cambios supusieron y la nueva importancia que adquirió el valor tiempo.

Las dos perspectivas, tanto la de Foucault (1986) como la de los partidarios de un enfoque económico-estructural, pueden ser válidas si se pretende comprender, de forma general, el surgimiento y

la institucionalización de la pena privativa de libertad como sanción principal del sistema penal, básicamente por las razones que los mismos autores exponen y que aquí, evidentemente, se han resumido mucho y solo se han destacado en sus aspectos fundamentales. Sin embargo, se pueden considerar dos perspectivas incompletas, si lo que debe estudiarse es la evolución de las penas de privación de libertad en el caso de las mujeres. Porque ambos enfoques parecen ignorar que desde el siglo XVII existían instituciones de reclusión para mujeres (las Casas Galera o las Casas de Misericordia) en las cuales ya existían muchos de los elementos que caracterizaran a las prisiones del XIX. En otras palabras, las cárceles de mujeres del XIX no son tan diferentes de las del siglo XVII y XVIII y el proceso de modernización, iniciado a finales del ochocientos y a lo largo del novecientos no significó en el caso de las cárceles femeninas un cambio sustancial en la forma de castigarlas. A ellas se las encerraba en instituciones donde se imponía una fuerte disciplina y donde se pretendía corregir “sus almas”. Naturalmente, todo esto no quiere decir que hayan de invalidarse del todo los argumentos planteados por estos autores aunque sí denota que no son del todo suficientes para comprender el caso concreto de las cárceles de mujeres. Es necesario, en definitiva, incorporar en sus análisis la perspectiva del género (Almeda, 2002, 2003).

Mientras en la mayoría de cárceles y presidios españoles los principios reformistas quedaban lejos de su aplicación, en las Casas Galera de Sor Magdalena y en las Casas de Misericordia de finales del XVIII se reflejaba una clara voluntad de implantarlos. Con todo, las diversas medidas que intentaron aplicarse duraron muy pocos años, ya que a lo largo del novecientos estas instituciones, que pasaron a denominarse “Casas de Corrección”, se

rigieron por la omnipresente Ordenanza de 1834 y por los sucesivos códigos penales. Estas normativas aún reflejaban una ideología de la pena basada en el castigo y dificultaban consecuentemente cualquier intento de implantar medidas correccionistas. Las Casas de Corrección de mujeres fueron reguladas formalmente en el primer código penal de 1822 que las definía como la pena que debía aplicarse en el caso de las mujeres y los menores de edad. Mujeres y menores juntos en el mismo establecimiento de reclusión, en realidad como se solía hacer siempre, puesto que el estatus de las mujeres se equiparaba por aquella época al de los menores y, por tanto, en caso de infringir la ley, el mismo castigo recaía sobre los dos colectivos. Más tarde, el código penal de 1848 vuelve a hacer referencia a estas instituciones incluyéndolas en el grupo de penas correccionales entre las cuales también se encontraba la cárcel correccional y el presidio correccional. Desde mediados del XIX, a los establecimientos correccionales para mujeres se les denomina gradualmente “Casas de Corrección para mujeres”. Estas instituciones se establecieron en algunas ciudades y como era habitual en la política penitenciaria de entonces, la mayoría de ellas fueron ubicadas en ex-conventos poco rehabilitados, si bien en algunas ciudades en que ya existían centros de reclusión para mujeres, sencillamente se les cambió el nombre. Este fue el caso de todas las Casas Galera que a partir de ese momento pasaron a denominarse Casas de Corrección para mujeres. El marco normativo de estas Casas se ceñía a los sucesivos códigos penales del XIX y a las diversas leyes de beneficencia como la del “Reglamento General de Beneficencia pública” del año 1836 o la “Ley de Vagos” de 1845 que regulaba la calificación y la clasificación de los “vagos” y el destino que se les otorgaba.

Al igual que las Casas de Misericordia o las Galeras, las Casas de Corrección han de catalogarse como establecimientos a medio camino entre los penitenciarios y los asistenciales o benéficos. La finalidad de las tres instituciones era en el fondo la misma, por un lado, custodiar –apartar, separar de la sociedad– a un grupo de mujeres consideradas “desviadas” y, por otro, “corregir” a esas mujeres mediante la disciplina del trabajo, la instrucción y las prácticas religiosas. La religión era omnipresente en las cárceles, pero principalmente en las cárceles femeninas, ya que a las mujeres se les obligaba, con mucha más insistencia que a los hombres, a rezar constantemente, a arrepentirse de su conducta y a escuchar sermones morales para transformar su “inmoral” condición. Sin embargo, puede afirmarse con toda certeza que el objetivo correccionalista, justamente en las instituciones que recibían este nombre -Casas de Corrección- estaba muy lejos de conseguirse. En realidad, desde mediados del XIX hasta la llegada de la II República, en estas instituciones predominaban las celdas de aislamiento, los grillos y cepos y una fuerte disciplina y castigo que se imponía por cualquier altercado. Como señala Canteras Murillo, los conflictos también eran muy numerosos debido a las precarias condiciones de vida, la masificación, la falta de ocupación de las internas y el desorden y caos del gobierno que regía la institución (Canteras Murillo, 1987).

Segunda República y dictadura franquista: un corto avance y un largo retorno al pasado

Apenas proclamada la II República, el 14 de abril de 1931, Victoria Kent es nombrada Directora General de Prisiones y, acto seguido, emprende un conjunto de medidas con el fin de llevar a cabo una profunda reforma del sistema penitencia-

rio. A través de la promulgación de diversas disposiciones, Victoria Kent suprimió las celdas de castigo, los grilletes, los hierros y las cadenas; instituyó la posibilidad de acceder a los permisos y autorizó las visitas íntimas para los internos/as; instauró la libertad de culto y permitió la entrada de la prensa a las cárceles siempre que fuera autorizada por el director; colocó buzones en todos los centros para recoger las quejas de los reclusos que iban dirigidas a la Dirección General; aumentó el presupuesto destinado a la alimentación de los presos/as y hizo instalar calefacción en las enfermerías; visitó personalmente numerosas cárceles; decretó la libertad para los reclusos que tuvieran 70 años independientemente del delito cometido; anticipó la libertad condicional de los presos que estaban a punto de conseguirla; disolvió el personal de capellanes de la Sección Facultativa del Cuerpo de Prisiones; anuló todos los documentos de identidad que permitían utilizar armas por parte de los funcionarios, tanto de la Dirección General como de las cárceles; ordenó la supresión de 115 cárceles de partido, ubicadas en pequeños pueblos y en edificios de condiciones muy precarias; creó diversas escuelas en las cárceles así como talleres ocupacionales con un sueldo para los presos/as que quisieran trabajar, etc. (Kent, 1978). Para la Directora General, uno de los ámbitos más prioritarios de la reforma era la depuración del personal penitenciario, corrupto o incompetente, y su sustitución por profesionales formados específicamente para estas funciones. El primer paso para llevar a cabo esta reforma fue la fundación del “Instituto de Estudios Penales” que tenía como finalidad la formación y la preparación de los nuevos funcionarios de prisiones, aunque también se pretendía formar a todos aquellos estudiantes que quisieran dedicarse a la profesión de penalistas o que desearan entrar en la carrera judicial. A parte del estudio de derecho penal y penitenciario, los pro-

gramas de los cursos también incorporaban temas específicos, como el análisis del tratamiento penitenciario, el estudio psicológico de la personalidad del delincuente o la evaluación de las diferentes cárceles del país. Asimismo, la formación pretendía hacerse eco de las corrientes criminológicas más importantes de la época y, básicamente, inculcar los principios de las teorías positivistas en el tratamiento y “evaluación científica” de los reclusos que preconizaban, entre otras cuestiones, la “rehabilitación” como objetivo principal de la pena privativa de libertad. Evidentemente, el objetivo final del Instituto era preparar un funcionariado civil –masculino y femenino– que sustituyera el personal militar y religioso que históricamente había gobernado las cárceles de hombres y mujeres del país. De alguna manera, se esperaba también poder abrir una vía de entrada a los nuevos “científicos sociales” que por toda Europa se estaban especializando en el ámbito penitenciario: psicólogos, trabajadores sociales, pedagogos, etc.

Victoria Kent era especialmente sensible a la precaria situación que existía en las cárceles de mujeres del país, ya que consideraba que las mujeres encarceladas vivían en unas condiciones mucho peores que las de los hombres en la misma situación. En las cárceles de mujeres, la directora ofreció la posibilidad a las madres presas de tener a sus hijos/as con ellas hasta que cumplieran los tres años. También organizó talleres de costura remunerados en el interior de los establecimientos. En realidad, la mayoría de las reclusas ya trabajaban cosiendo y bordando para las monjas, pero no recibían ningún tipo de remuneración. Por ello, esta medida significó una mejora importante, aunque podría considerarse poco “progresista” si de lo que se trata es de promover el papel de la mujer en la sociedad. Ciertamente, este es un ejemplo claro del pensamiento, digamos poco “feminista” de

Victoria Kent y, además, en esta cuestión se pone de manifiesto la divergencia de perspectivas entre esta pensadora y su admirada Concepción Arenal, para quien la promoción de la mujer no tenía nada que ver con el hecho de reforzar su rol tradicional, tal como expresa con las siguientes palabras:

“Se trata de dar al preso el género de instrucción que le conviene: ¿y á la presa no se la instruirá más que en las labores de su sexo? Sería grave error, y la visitadora procurará enseñarla, hasta donde las circunstancias lo consientan, cuanto pueda fortalecer su alma; porque en la mujer, lo mismo que en el hombre, no hay nada bueno sólido sino aquello que han contribuido á formar todas las facultades de su espíritu.” (Concepción Arenal, 1991: 121)

Ahora bien, Victoria Kent era firme en su política de mejora de las cárceles de mujeres y, por ello, ordenó la construcción de una nueva cárcel en el barrio de Ventas de Madrid para sustituir a la vieja y deplorable cárcel femenina de la capital. En esta antigua prisión, ubicada en el antiguo convento de las “Madres Comendadoras”, las mujeres presas tenían unas pésimas condiciones de vida y padecían todo tipo de enfermedades (Kent, 1978). Además, la Directora General decretó la expulsión de todas las ordenes religiosas que habían gobernado las cárceles femeninas durante siglos con severidad y rígida disciplina. De esta manera, las monjas quedaron relegadas de todas las tareas directivas, aunque continuaron realizando funciones asistenciales y de apoyo a las presas. El gobierno de las cárceles de mujeres se encomendó a la “Sección Femenina Auxiliar del Cuerpo de Prisiones”. Este nuevo equipo de personal fue creado y formado en el Instituto de Estudios Penales, específicamente para dirigir y organizar los establecimientos femeninos. Cabe destacar que una vez convocado el concurso para constituir este tipo de funcionariado, después de una

serie de pruebas, 101 mujeres aspirantes ingresaron en este nuevo equipo femenino de funcionarios de cárceles. Uno de los méritos para ser aspirante era el conocimiento de “algún oficio de especial aplicación a las actividades de la mujer”, lo que vuelve a reflejar la mentalidad tradicional de la directora general hacia las mujeres. Victoria Kent humanizó y mejoró las condiciones y el funcionamiento de las cárceles femeninas, pero su política penitenciaria estaba marcada con tintes sexistas, difíciles de asumir desde una perspectiva realmente progresista e igualitaria.

La pieza clave de la reforma penitenciaria de la directora era la formación de un nuevo funcionariado de cárceles masculino y femenino que había de sustituir al antiguo personal penitenciario sin conocimientos adecuados ni preparación suficiente para dirigir y organizar las cárceles. Con esta finalidad, se creó el Instituto de Estudios Penales, pero aún faltaba el paso definitivo: la aprobación del proyecto de reforma del Cuerpo de Prisiones por parte del gobierno y ahí fue donde la política de Victoria Kent topó de cara con la realidad. Por un lado, los funcionarios que, según palabras de Roldan Barbero eran “de conducta irregular e ignoraban los principios básicos del tratamiento de los reclusos” (1988: 183) y, por otro, un gobierno temeroso de suscitar demasiada oposición en determinados sectores sociales y que no demostró, en definitiva, una voluntad política suficiente para encarar la depuración del funcionariado de prisiones. La consecuencia de todo ello fue que la reforma y el saneamiento del personal penitenciario, medida primordial para llevar a cabo la reforma plena del sistema penitenciario, según la propia directora general y también según Concepción Arenal que pensaba que sin esta medida el resto era inútil, no recibió el apoyo necesario del Consejo de Ministros y no pudo ser aprobada. Al no tener el apoyo necesario presentó, súbita-

mente, su dimisión, después de un año de asumir su cargo. El trabajo de Victoria Kent quedó truncado de repente, aunque “en un solo año de gestión, llena con pleno derecho una de las páginas más destacadas del penitenciarismo español” (García Valdés, 1975: 25). Victoria Kent, como otros políticos y pensadores penalistas y penitenciaristas del XIX, preconizaba una mejora real de la situación de las cárceles. Sin embargo, la historia se obstina en repetirse. Los gobernantes del país no estaban a la altura de muchos de sus políticos y pensadores, no tenían una visión moderna y progresista del tema penitenciario y, como siempre, acababan defendiendo el status quo, que en este caso era un funcionariado de prisiones corrupto e incompetente que había que despedir, reciclar o hacer alguna cosa con él. Ahora bien, pese a la dimisión de Victoria Kent, la esperada reforma penitenciaria española pudo iniciarse durante la II República y, aunque la reforma del personal penitenciario quedó paralizada, muchas de las medidas promovidas por esta Directora tan breve se implantaron en muchas de las cárceles del país. No obstante, solo estuvieron vigentes durante cinco años, ya que la llegada de la dictadura franquista, des-

pues de tres largos años de guerra civil, hizo “tabla rasa” de todo lo que se había realizado y también de todo lo que se pensaba llevar a cabo en el futuro. A partir de aquel momento, se impusieron nuevas normativas y leyes que deformaron cualquier avance reformista y retrasaron, por enésima vez, la mejora del sistema penal y penitenciario español.

Acabada la guerra civil, la situación penitenciaria en España no podía ser peor: masificación y amontonamiento en todas las cárceles por el elevado número de detenidos/as por motivos políticos, militarización total del funcionamiento y de la disciplina de los centros, explotación de los encarcelados/as con trabajos forzados, dureza extrema en el tratamiento de los presos/as políticos y prisioneros de guerra, etc. Durante la dictadura franquista, la situación penitenciaria siguió siendo muy precaria. Las condiciones de vida de la mayoría de las cárceles eran durísimas, ya que en general la comida era escasa, deficiente y de mala calidad, casi no había asistencia higiénica y sanitaria y la falta de médicos y medicinas provocaba elevadas enfermedades y muertes en el interior de los centros⁵. La educación en las cárceles

5 La mayoría de los estudios que existen sobre las cárceles franquistas se refieren a los años inmediatamente posteriores a la guerra civil y, en consecuencia, el análisis se centra en la situación de los presos y presas políticos, mayoritarios entre la población reclusa de aquella época. Entre estos estudios, se puede destacar el libro de J.M. Sabín (1996) que aporta muchos datos y descripciones del conjunto de prisiones españolas de la postguerra, incluyendo las de mujeres, y diversos estudios monográficos de cárceles concretas, como el de J. Subirats Piñana (1993) o el de J. Clara (1995) sobre las cárceles de hombres de Tarragona y Girona, respectivamente. En el caso de la situación penitenciaria catalana también es interesante consultar la breve reseña de A. Balcells (1989) o el extenso estudio de Pagés i Blanch (1996.) sobre la cárcel Modelo de Barcelona. Ambos estudios se refieren a los primeros años de la guerra civil. Recientemente acaba de publicarse en Barcelona un libro muy interesante y emotivo sobre el testimonio y las voces de unos 20 presos y presas políticos durante el período 1939-1959. El libro que incluye textos de varios académicos ha sido iniciativa de la Asociación Catalana de Ex Presos Políticos (2001) y recoge muy bien la situación que vivían los presos políticos durante este período. En cuanto a los estudios generales sobre el conjunto de prisiones españolas a lo largo de los cuarenta años de la dictadura, pueden citarse tres referencias, de hecho, las únicas que lamentablemente ha podido encontrar la autora. La primera es el artículo de Bueno Arús (1978) que hace un resumen de la situación de la mayoría de cárceles. La segunda, es el *Libro Blanco sobre las cárceles franquistas 1939-1976*, publicado en 1976 y signado con el seudónimo de Angel Suarez-Colectivo 36, seudónimo que oculta a los verdaderos autores, mayoritariamente presos y expresos condenados durante la dictadura por motivos políticos. El estudio ofrece, desde una perspectiva crítica y radical, una panorámica general de la situación penitenciaria y, a la vez, un análisis muy minucioso y detallado de algunas de las cárceles más importantes de la época. La tercera referencia es el libro publicado recientemente por J.M. Solé, C. Cañellas, R. Torán, O. Junqueres, P. Marín y G. Garriga (2001) sobre la historia de la cárcel Modelo de Barcelona desde 1904 hasta 1983. Este interesante libro colectivo recoge la historia de esta cárcel catalana aprovechando el material inédito de los archivos de la misma prisión.

era casi inexistente debido a la falta de maestros cualificados que estuvieran disponibles, lo cual comportaba que, a menudo, fueran los mismos presos, especialmente los más preparados, los que se responsabilizaban de la instrucción más básica de la mayoría restante. Sin embargo, la educación religiosa, impartida por sacerdotes católicos tenía mucha importancia y “religiosamente” volvió a implantarse en todas las cárceles del país. Pese a no ser, en principio, obligatoria, en la realidad era como si lo fuera, ya que en función del grado de instrucción religiosa que el preso/a adquiría mediante la asistencia a la catequesis o a los actos de culto católico, podía depender su progresión de grado e incluso la concesión de su libertad condicional. En realidad, la iglesia, que había sido relegada del gobierno de las cárceles durante la II República, volvió a tener durante el franquismo el papel influyente que siempre había tenido en el ámbito penitenciario. El cuerpo de sacerdotes, disuelto en 1931 por el gobierno de la II República, fue restituido por un decreto del régimen franquista del año 1943 en el que se regulaba la asistencia religiosa a los reclusos, “misión que si en todo tiempo representó un valioso factor de moralización del delincuente, ahora, ante las circunstancias nacionales, alcanza mayor trascendencia aún” (Sabín, 1996:113). Las funciones de los sacerdotes de prisiones, totalmente apoyada por los directores de las cárceles, eran muy amplias, ya que a parte de las tareas tradicionales de asistencia religiosa –celebrar misa, predicar los domingos y organizar clases de catecismo– también se responsabilizaban de confeccionar un fichero o registro parroquial de control de todos los condenados y, por la falta generalizada de maestros, se les adjudicaba la instrucción básica de los reclusos.

En las cárceles de mujeres la influencia de los religiosos aún era mayor, porque no solo se incorporaron los sacerdotes peni-

tenciarios sino también las comunidades u órdenes religiosas que, tradicionalmente, habían dirigido estas instituciones. Cabe decir que no existe ninguna información sistemática ni ningún tipo de estudio empírico detallado que describa cuál era la situación específica de las cárceles de mujeres durante la dictadura franquista. Aunque ello no debe sorprender, porque como ya he comentado en reiteradas ocasiones (Almeda, 2002), las prisiones de mujeres no se tienen muy en cuenta en los estudios históricos de las cárceles españolas en general y si es el caso, únicamente son breves referencias a cárceles concretas, por lo que hay enormes dificultades para llevar a cabo un análisis conjunto de todas ellas. Sin embargo, existen dos estudios monográficos sobre la situación de las cárceles de mujeres durante el período de la posguerra que conviene mencionar. El trabajo colectivo de E. Barranqueiro et al. (1994) sobre la cárcel de Málaga y el de M. Nuñez (1967) sobre la cárcel de Madrid. Además, algunas mujeres que fueron encarceladas por motivos políticos durante el franquismo han dejado escritas sus memorias y sus experiencias y, ciertamente, todas ellas representan una fuente muy ilustrativa de la realidad que se vivía en las cárceles femeninas de aquella época. Entre estas memorias, cabe destacar, la obra de Tomasa Cuevas (1985a,b), presa política durante el franquismo, militante del PCE en la clandestinidad y, finalmente exiliada política. Su extensa obra dividida en dos tomos y titulada *Cárceles de mujeres* ofrece diversos relatos verídicos sobre testimonios y experiencias de diversas presas políticas. También es interesante el libro de Lidia Falcón (1977), abogada y ferviente feminista que estuvo encarcelada unos pocos meses al final de la dictadura franquista. Su libro *En el infierno. Ser mujer en las cárceles de España* recoge sus impresiones y algunas historias de las mujeres que conoció. Escrita en forma de novela, pero también testimonio, cabe

mencionar el conmovedor libro de Juana Doña (1978), militante comunista desde el año 1933 y perseguida y encarcelada dieciocho años por el régimen franquista. Desde la perspectiva de las mujeres que tienen a sus maridos encarcelados, hay que citar la brillante novela semibiográfica de Teresa Pàmies (1975), escrita como un relato social de los años sesenta y que refleja muy bien los sufrimientos morales y materiales y las angustias y desasosiegos que han de soportar estas mujeres que, aunque de forma indirecta, también han vivido la experiencia carcelaria. Leyendo todas estas obras se constata claramente la pésima y terrible situación de las cárceles femeninas de aquella época y las siguientes citas son una buena ilustración al respecto. La primera es de Lidia Falcón y la segunda de Tomasa Cuevas:

“En la cárcel de mujeres de Barcelona, nadie más que los familiares cercanos podían enviar paquetes a las presas. Cuando no tenían, eran rechazados los de amigos generosos (...) Si la presa no recibe ayuda exterior, ni hay quien pueda o quiera compartir con ella, en pocos meses se le declarara la anemia, se le reproduciría la úlcera de estómago que mantenía en letargo en la calle, se le agudizara la hepatitis (...). Si están penadas, un traje en invierno y uno en verano. Nada de ropa interior, ni toallas ni pañuelos. Si se encuentran en prisión preventiva: nada. Se vestirá con la ropa que llevaba en la calle, con la que la familia y sus allegados le proporcionen. Muchas mujeres han arrastrado durante meses, a veces más de un año, su miseria por las cárceles de España (...) Si no tiene dinero la presa no obtendrá de la cárcel ni toallas ni jabón. Ni papel higiénico. Para conservar su apariencia humana esa mujer tiene que pagar. Sus toallas, su jabón, su pasta de dientes, su cepillo, sus compresas” (Falcón, 1977: 40-41)

“En las Corts, el rancho era muy malo, y además solamente ponían las mondas de las habas, berzas, alguna patata, alguna lenteja y

pare usted de contar, te daban un cacito al principio; luego ya había reenganche, aunque pocas veces. Todo esto unido a la poca higiene que había, porque no teníamos ni agua. Para ducharnos teníamos que pedir cola, nos tocaba cada ocho, quince o más días, y cuando estábamos en la ducha con el jabón nos quitaban el agua. Los platos del mediodía sucios se utilizaban a la noche, daban unas horas el agua y como éramos muchas, siempre había a quién no le daba tiempo de fregar el plato, y teníamos que pasarle un trapo o un papel, y a la noche nos servía para el rancho. Había mucha miseria, muy poca higiene, muchas mujeres, y como es lógico había de todo; al principio las prostitutas, las comunes, las “chorizas” y las políticas estábamos revueltas. Luego ya cuando pasó más tiempo y se fue organizando, nos separaron, se veía de todo, allí aprendimos muchas cosas, que ni siquiera teníamos idea de que pudieran hacerse o que pudiera haber personas que las hicieran (...) (...) La vida oficial se componía de monótonos recuentos mañana y tarde, formación y “cara el sol” en el patio, las tareas de limpieza y talleres obligadas para las juzgadas, a “destinos”, es decir, cocina, oficinas, etc. Las vejaciones. La misa obligada del domingo y eternamente el rancho infecto” (Cuevas, 1985b: 290, 302)

Otro centro penitenciario femenino con pésimas condiciones de vida era la cárcel de las “Ventas”, construida por Victoria Kent durante la II República y demolida a finales de los años cincuenta por la dictadura franquista, aunque antes de ser derribada fue muy utilizada por el régimen, básicamente, para alojar a presas políticas. La cárcel estaba prevista para ubicar unas 500 mujeres pero llegó a albergar a más de 14.000 durante la década de los cuarenta y cincuenta. Obviamente, el elevado número de presas hacía imposible aprovechar las buenas instalaciones e infraestructuras con las que se había dotado el centro desde sus inicios, por lo que todas las ventajas que tenía desaparecieron rápidamente, tal como comenta Tomasa Cuevas:

"Ventas era un edificio nuevo e incluso alegre. Ladrillos rojos, paredes encaladas. Seis galerías de veinticinco celdas individuales, ventanas grandes (con rejas, desde luego), y en cada galería un amplio departamento con lavabos, duchas y waters. Talleres; escuela, almacenes (en los sótanos), dos enfermerías y gran salón de actos transformado inmediatamente en capilla. En cada celda hubo, según dicen, una cama, un pequeño armario, una mesa y una silla. En el 39 había once o doce mujeres en cada celda, absolutamente desnuda, los colchones o los jergones de cada una y nada más. Todo vestigio de la primitiva dedicación de las salas había desaparecido: se había transformado en un gigantesco almacén, un almacén de mujeres. Faltaban el agua, la comida (imposible de suministrar rancho dos veces al día, con unas instalaciones de cocina calculadas para un máximo de 500 personas, a los muchos miles que se amontonaban allí), la asistencia sanitaria. No había más que dolor y hambre, sed y suciedad, enfermedades y humillaciones. Aquellas formaciones, para cantar obligatoriamente los 3 himnos del Movimiento, con la mano derecha en saludo fascista (Cuevas, 1985b:17)

La mayoría de las cárceles de mujeres tenían una galería específica para las madres con hijos/as pequeños, pero las condiciones eran terribles:

"Todos los días tú veías por el suelo de la enfermería los cadáveres de quince o veinte niños que se habían muerto de meningitis (los chiquillos enfermaban y morían; sí, morían con la misma facilidad con la que nosotras matábamos los piojos)" (Cuevas, 1985b: 93)

Como los edificios no disponían de unas mínimas garantías de habitabilidad, muchos niños y niñas morían de enfermedades. Para Tomasa Cuevas:

"El caso de las mujeres que tenían niños es muy patético. Unas, que no tenían donde dejarlo, porque todos en aquella época estábamos perseguidos o estábamos sin dinero, la mayoría

de nuestras familias tenían presos y no podían ayudar. Entonces, si te llevabas los niños te los dejaban tener hasta los tres años, luego se los llevaban a un asilo y ya no los veías más. Casi ninguna madre que ha llevado a los niños al hospicio los ha podido recoger, a los niños los trataban malísimamente y, en general, antes que cumplieran los tres años ya habían muerto (...). Las que tenían niños las ponían a todas en una galería especial y como no podían lavar sus ropitas, se tendían todo sucio y se les volvía a poner sucio y húmedo y los niños enfermaban de tiña, se les hacían pupas, unas costronas grandes en la cabeza y morían a racimos" (Cuevas, 1985a: 62).

Las reclusas con hijos/as pequeños en período de lactancia estaban exentas de cualquier trabajo y siempre que demostraran arrepentimiento por el delito cometido y cumplieran los preceptos religiosos se les contaban los días de lactancia como días de redención de penas. Durante los primeros quince años del régimen franquista se crearon en algunas ciudades españolas centros de reclusión específicamente destinados a mujeres de "mala vida", cárceles para "mujeres caídas" como se las denominaba eufemísticamente. Antes de la dictadura franquista se las confinaba en las mismas instituciones de reclusión de las mujeres que infringían las leyes penales, pero durante los años de la posguerra, las cárceles femeninas estaban demasiado masificadas debido al elevado número de mujeres condenadas por motivos políticos. Así es que el régimen franquista consideró conveniente crear centros específicos para estas mujeres "caídas", si bien es cierto que el propósito también era tenerlas más controladas y también moralizarlas mejor. El decreto fundacional de estas cárceles, promulgado en 1941, justificaba su creación "por la inmoralidad que se padece en los momentos actuales, como consecuencia de la época de descristianización que imperó en España en los últimos años hasta el

advenimiento del Glorioso Movimiento Nacional” (Roldan Barbero, 1988:203).

La duración del internado era indeterminada aunque, en general, dependía del estado de salud de las internas, de su laboriosidad, de su comportamiento moral, de los medios de vida que tuviesen fuera de la institución y del ambiente en el que vivirían en el caso de ser liberadas. Encerradas en nombre del “buen gobierno y las buenas formas”, estas mujeres “desviadas” eran moralizadas en estos centros por ex-combatientes de la guerra civil y por monjas Adoratrices que, desde su aparición como congregación religiosa en el siglo XIX, habían realizado siempre tareas asistenciales con mujeres prostitutas, vagabundas o pequeñas delincuentes.

Durante el franquismo la presencia de religiosas no era, de ninguna manera, exclusiva de estos centros de reclusión, sino que rápidamente se hizo extensible a todas las cárceles de mujeres del país. A parte de las cárceles provinciales, mayoritariamente masculinas, y en donde las mujeres eran ubicadas en departamentos especiales, la mayoría de reclusas se alojaban en cárceles exclusivas de mujeres. Según el Reglamento de 1948 estas cárceles se clasificaban en seis categorías: Central de Multireincidentes, Reformatorios de mujeres, Central Común, Hospital Penitenciario de Mujeres, Clínica Psiquiátrica y Sanatorio antituberculoso. La concepción de la mujer encarcelada como una mujer “amoral y depravada” quedaba muy patente en el Reglamento de los Servicios de Prisiones cuando se definía el tipo de mujeres que serían destinadas a las denominadas “Centrales de Multireincidentes”:

“Donde se destinarán las penadas a quienes les faltare más de dos años y un día para extinguir su condena y reúnan algunas de las circunstancias de multireincidencia, inadaptabilidad social, peligrosidad o vida depravada (...) y las inadaptadas y rebeldes al régimen, además

de aquellas otras de quienes se tuviere noticia de que por el medio en que han desenvuelto su vida anterior o por actos cometidos en reclusión y previo informe, se estime, con fundamento, pueden convertirse en germen de corrupción para las otras internas o neutralizar la acción recuperadora de la misma” (1948: artículo 20).

Como la mayoría de cárceles de mujeres eran clasificadas, precisamente, en la categoría de “Centrales de Multireincidentes”, la presencia de las monjas se hacía imprescindible para moralizar y dar ejemplo de “virtud” a todas las mujeres confinadas. En realidad, al acabar la guerra civil, las comunidades u órdenes religiosas que habían sido relegadas del comando de las cárceles femeninas durante la II República fueron readmitidas rápidamente en las tareas directivas y en la organización de los servicios de régimen interior. Según el artículo 115 del Reglamento de 1948, las comunidades religiosas eran las responsables de los servicios auxiliares de enfermería, cocina, vestuario, limpieza y economato, así como de aquellas competencias que decidieran otorgarse, siempre que fueran compatibles con los fines y reglas de la comunidad y del contrato establecido. De los otros servicios de régimen interno se responsabilizaban las funcionarias de la “Sección femenina del Cuerpo Especial de Prisiones”. Adicionalmente, las religiosas eran también responsables de organizar los cursos teóricos y prácticos de “lavado, planchado, cocina, labores domésticas, confección de ropa blanca y artesanía femenina”. Según Falcón:

“Las prisiones de mujeres abastecían con su artesanía a los grandes almacenes, a las fábricas importantes, a las damas ricas que adquieren preciosos bordados mallorquines, chales castellanos, mantelerías sevillanas. El pago se hace a la administración de la cárcel (...) El sueldo de las mujeres por ocho horas trabajadas es de setecientas pesetas al mes, por doce o catorce horas, el sueldo puede llegar a las mil quinientas” (1977: 46).

A través de la enseñanza de las tareas básicas del hogar, habían de inculcarse los valores tradicionales de la condición femenina y, sobre todo, las funciones domésticas que toda mujer debía aprender. Ciertamente, el codiciado “rigor científico” de las normativas penitenciarias franquistas que había de comportar, como mínimo teóricamente, la resocialización de los condenados/as a partir de la incorporación de una plantilla de profesionales expertos en el tratamiento de los presos y presas, quedaba muy desvirtuado en los establecimientos penitenciarios de mujeres. En las cárceles de hombres la mayoría de funcionarios eran ex-combatientes de la guerra civil o militares retirados, pero a finales de los sesenta y a partir de la creación de los “Equipos de Observación y Tratamiento”, también se incorporaron profesionales de las ciencias humanas y sociales, como psicólogos, criminólogos, psiquiatras, pedagogos, etc. Naturalmente, también habían uno o dos sacerdotes católicos que tenían diversas funciones asignadas. Sin embargo, durante los cuarenta años de franquismo, las cárceles de mujeres siempre fueron gobernadas y administradas fundamentalmente por religiosas, por lo que la represión moral y espiritual que se ejercía en estas instituciones era mucho más estricta que la que existía en las cárceles masculinas.

De hecho, el funcionamiento y la filosofía de las cárceles femeninas del franquismo –en pleno siglo XX– recuerda mucho a lo que ya existía en las Casas Galera de Sor Magdalena de San Jerónimo o en las Casas de Misericordia del siglo XVII, o sea, tres siglos antes. Cierto es que en las cárceles franquistas, las mujeres encarceladas habían sido previamente condenadas y, en cambio, en las instituciones de reclusión femeninas del XVII, las mujeres podían ser encerradas por el solo hecho de ser mendigas o “amorales”, según las normas de la época. Pero, en verdad, una vez las

mujeres eran ingresadas dentro de estos establecimientos, la vida que llevaban era la misma: aprender las tareas domésticas y todo aquello que una mujer “decente” había de saber, coser, bordar, rezar...

El hoy y el ayer de las cárceles actuales de mujeres

Finalizada la dictadura franquista y en plena etapa de transición política, España vivió un período de graves conflictos en el ámbito penitenciario motivado por las precarias condiciones de vida en las prisiones y por la amnistía concedida a los presos/as políticos, que provocaron fuertes protestas de los presos/as comunes o sociales, agrupados muchos de ellos en la Coordinadora de la Copel. En el año 1978, la crisis del sistema penitenciario llegó a su punto álgido con la muerte por atentado del que era director general de prisiones, que había empezado a hacer algunos pasos en la reforma penitenciaria. De todas maneras, la reforma del sistema no se inició, definitivamente, hasta el nombramiento de un nuevo director general, Carlos García Valdés, que desde el primer momento puso en marcha una operación de reforma penitenciaria basada en los siguientes puntos principales: visitas a las prisiones y diálogos con los presos y presas; publicación de Órdenes y Circulares para solucionar algunas de las reivindicaciones de los internos y de los funcionarios; depuración de antiguos cargos con responsabilidad en las instituciones penitenciarias⁶ y lo que es más importante, la elaboración de un Anteproyecto de Ley Penitenciaria que culminó en el año 1979, con la actual Ley Orgánica General Penitenciaria, que más tarde quedaría completada por el Reglamento Penitenciario de 1981. Hace por tanto más de veinte años que se promulgó la Ley Penitenciaria y su Reglamento, y durante todo este período la situación de las prisiones españolas ha

cambiado mucho. En efecto, se ha mejorado la infraestructura penitenciaria y la mayoría de las cárceles cuentan con más y mejores recursos humanos y materiales. Sin embargo, las cárceles de nuestro país siguen teniendo numerosas deficiencias que dificultan enormemente el cumplimiento de lo que, según la Constitución y la Ley Penitenciaria, tendría que ser la finalidad principal de la privación de libertad: la reinserción social de los penados/as. Muchas de las cláusulas y disposiciones de esta Ley, por no decir la inmensa mayoría, no se han cumplido ni se están cumpliendo en la actualidad. Por tanto, las expectativas que tal normativa había creado han quedado mayoritariamente frustradas. La realidad de las prisiones habla por sí misma: masificación y hacinamiento; ausencia de un tratamiento penitenciario individualizado; arbitrariedad y excesivo rigor en la aplicación del régimen penitenciario; precariedad y poca cobertura del trabajo penitenciario; insuficientes y pobres actividades culturales y recreativas; falta de tratamiento y alternativas adecuadas en los casos de drogodependencia; ausencia de una política global de tratamiento y control del sida, etc.

Ciertamente, la situación actual de las cárceles de mujeres en España debe enmarcarse en el contexto general del conjunto de las cárceles del país, aunque estos establecimientos continúan presentando una serie de características específicas

que hay que destacar especialmente, ya que implican diferencias importantes en cuanto a las condiciones de cumplimiento de la pena de prisión entre hombres y mujeres. De hecho, estas particularidades de las cárceles femeninas siguen comportando situaciones muy discriminatorias hacia las mujeres y, en definitiva, una pena privativa de libertad mucho más dura en comparación a la que cumplen los hombres (Almeda 2002, 2003). A diferencia de los hombres encarcelados, distribuidos en centros penitenciarios masculinos específicamente pensados y diseñados para recluirlas, las mujeres presas se distribuyen en tres tipos de dependencias penitenciarias muy diversas entre ellas que deben distinguirse desde un principio: pequeños módulos, unidades o departamentos situados en el interior de cárceles de hombres, pequeñas cárceles de mujeres dentro de grandes complejos penitenciarios de hombres –los denominadas “macrocárceles”– o centros penitenciarios exclusivamente femeninos. En todo el territorio español existen, aproximadamente, unos 75 módulos de mujeres y cada uno de ellos alberga entre 15 y 40 mujeres, aunque en algunos casos pueden llegar a las 70⁶. En cambio, solo existen tres establecimientos exclusivos para mujeres –de los más de 80 que hay en el caso de los hombres– con capacidad de alojar entre 200 y 300 mujeres: Alcalá de Guadaíra (Sevilla), Brieva (Ávila) y Madrid I mujeres. El tercer tipo de dependencia penitenciaria para mujeres,

⁶ Una buena muestra fue la destitución, por un lado, de los directores de las cárceles de Carabanchel y de la Modelo y, por otro, de la plana mayor del Equipo de Inspección General Penitenciaria. Asimismo, las diversas comunidades religiosas fueron expulsadas del gobierno de todas las cárceles de mujeres de España y relegadas de todos sus cargos. Concretamente, en la cárcel femenina de la Trinidad de Barcelona, las “Cruzadas Evangélicas” fueron sustituidas, hasta el nombramiento de un nuevo director/a, por un régimen de cogestión con las reclusas bajo la mediación de dos juristas de prestigio de la ciudad. Hay que destacar que una de las conclusiones de las primeras “Jornades Catalanes de la dona”, celebradas en el año 1976 fue precisamente, la denuncia de la discriminación que padecían las mujeres encarceladas por lo que se exigía la desaparición de las Cruzadas (Comissió Catalana d’Organitzacions no Governamentals, 1977).

⁷ Este es el caso de los departamentos de mujeres de las cárceles de Valladolid, Alcalá II, Martutene, Torrero (Zaragoza), Badajoz, Alicante, Castellón, Palma de Mallorca, Gran Canarias, Pamplona, Málaga, Cuenca, Ibiza, La Coruña, León, Murcia, Almería, Santander, Nanclares de la Oca (País Vasco) o Cáceres I, entre otros. En el caso de Cataluña, los departamentos de mujeres se encuentran en los centros penitenciarios de hombres de Tarragona, Ponent (Lérida) y Gerona.

las pequeñas cárceles femeninas dentro de las macrocárceles de hombres tienen una capacidad similar a las anteriores y han aumentado mucho en los últimos años debido al crecimiento de estos grandes complejos penitenciarios que pueden recluir a más de 1500 personas presas, pero hoy por hoy este tipo de cárceles todavía representa la minoría de centros donde se ubica a las mujeres reclusas. Una muestra de este tipo de cárcel femenina es el centro de Brians aloja alrededor de las 1600 personas presas de las cuales 240 son mujeres y el resto hombres. Otras macrocárceles que tienen cárceles de mujeres similares a Brians son la de Topas o la de Soto del Real (Madrid V). La Ley Penitenciaria de 1979 es partidaria de los establecimientos penitenciarios exclusivos para mujeres y, subsidiariamente, de las unidades o departamentos separados en el interior de las cárceles de hombres. Sin embargo, tal como se acaba de constatar, la realidad es bien diferente, ya que la mayoría de mujeres son encarceladas en las unidades o departamentos dentro de las cárceles de hombres. Los establecimientos solo de mujeres únicamente se encuentran en algunas ciudades del país, como Madrid o Barcelona. En el resto del territorio, pues, las mujeres son distribuidas, mayoritariamente, en departamentos o módulos dentro de cárceles masculinas. Pero sean del tipo que sean, en comparación a los centros penitenciarios de hombres, hay muy pocos centros para mujeres repartidos homogéneamente por todo el territorio español. Esta situación implica más penalidades para las mujeres, ya que, en muchas ocasiones, han de cumplir su pena de prisión en áreas lejanas de su entorno sociofamiliar. Ello perjudica, evidentemente, las posibilidades de visitas de sus familiares y amigos y, a la vez, puede agravar su desarraigo y desintegración familiar.

Efectivamente, las condiciones de vida de las mujeres encarceladas, así como la política penitenciaria que se aplica son muy diferentes según el tipo de centro en el que las mujeres están recluidas. Ahora bien, los centros de mujeres ubicados en el interior de cárceles de hombres tienen muchos más inconvenientes y problemas que los centros penitenciarios donde únicamente se aloja a mujeres por varias razones que pueden resumirse en las siguientes:

- Los departamentos de mujeres están situados en centros inicialmente concebidos para recluir solamente a población reclusa masculina. Estos recintos son, en realidad, como una especie de añadidos o “acomodos de segunda clase” de las cárceles de hombres. Ocupan un espacio muy reducido de toda la estructura principal de la cárcel y, en consecuencia, tienen, generalmente, unas condiciones de habitabilidad muy peores que la de los espacios destinados a albergar a los hombres. Ciertamente, ello es muy grave, porque en estos recintos residen también, en muchas ocasiones, los hijos/as menores de las internas. Al ser las instalaciones muy precarias y deficientes se dispone de muchos menos espacios para realizar actividades o programas específicos de tratamiento.
- Las prisiones de mujeres al interior de las cárceles de hombres son gobernadas generalmente por un solo director que marca la política penitenciaria, tanto para la población reclusa masculina como para la femenina. Como la población masculina es la mayoritaria, la política que se lleva a cabo siempre acaba priorizando las necesidades de este colectivo por encima del femenino, mucho más minoritario. De esta manera, se destinan muchos menos recursos económicos, materiales y/o personales para las mujeres presas, lo cual comporta menos posibilidades de tratamiento, menos talleres productivos, menos activi-

dades culturales y recreativas, menos posibilidades educativas, etc.

- Los centros de mujeres en prisiones masculinas están ubicados en cárceles hechas y pensadas para alojar a hombres y por este motivo no se adaptan a las necesidades y especificidades que puedan tener las mujeres, particularmente si son madres o tienen a sus hijos/as con ellas en la cárcel. Así es que muchos de los departamentos de mujeres de España, pero también en otros países europeos, no tienen los espacios suficientes para tener guarderías para que las presas que son madres puedan recibir, si lo desean, a sus hijos/as en los días de visita. Tampoco tienen suficientes espacios para las que quieren y puedan convivir con ellos/as en la cárcel. De hecho existen algunos departamentos de mujeres que no admiten, ya de entrada, la posibilidad de alojar a los hijos/as de las presas. En el caso de los departamentos que sí albergan a madres presas con sus hijos, éstos no disponen, en muchos casos, de servicios de guardería o de unos servicios específicos para las mujeres y sus hijos/as. Por ello, los niños y niñas que viven en las cárceles se ven obligados a convivir bajo las mismas condiciones que sus madres y en el mismo espacio que el resto de las mujeres encarceladas (Emakume Eta Justizia, 1994; Carlen, 1998). En cambio, en las cárceles exclusivas para mujeres casi siempre hay guarderías y departamentos específicos donde se instalan las madres con sus hijos/as.

Por otra parte, en las cárceles de mujeres actuales existe, en general, una menor oferta de programas rehabilitadores. El conjunto de programas específicos de tratamiento, de formación y/o trabajo o las actividades culturales y recreativas que se ofrecen en las cárceles femeninas es comparativamente menor, menos variado y de peor calidad que el que se realiza en las

cárceles de hombres. Pese a que la situación actual ha mejorado un poco, sigue siendo precaria y deficiente y sobre todo se acusa más en los departamentos de mujeres o en las pequeñas cárceles de mujeres, ubicadas en las cárceles de hombres. La mayoría de los programas educativos, formativos, laborales o las actividades culturales o recreativas que se organizan en las cárceles de mujeres refuerzan el papel tradicional de la mujer en la sociedad. Ello queda muy patente cuando se examina el tipo de actividades formativas o laborales que se desarrollan en el interior de las cárceles femeninas españolas: cursos de corte y confección, patronato, tintorería, bordados, cocina, estética y cosmética, peluquería, puericultura, etc. Las actividades culturales o recreativas que se desarrollan en las cárceles femeninas acostumbra a ser talleres de maquillaje, cerámica, costura o macramé, artes plásticas o trabajos manuales, música, teatro, pintura. En los talleres productivos -los que se llevan a cabo, ya que en muchos departamentos de mujeres no se organiza ni uno, tal como ha denunciado el Defensor del Pueblo en muchos de sus informes-, las tareas que se realizan están relacionadas con los siguientes ámbitos: confección de alfombras, ropa o material del hogar (servilletas, mantelería, camisas, jerséis, edredones, cubrecamas, colchas); fabricación y montaje de pinzas de tender la ropa, muñecas de trapo, flores o árboles de navidad de plástico; trabajos de cerámica o artesanía, etc. En muchas ocasiones se hacen trabajos que han sido rechazados por los centros penitenciarios de hombres, porque están mal remunerados o presentan dificultades en su elaboración (Emakume Eta Justizia, 1994). Según Errico (1996) y Balmaseda y Carrera (1995) los talleres productivos para las mujeres acostumbra a ser los más duros, los peor pagados y, tal como se acaba de comentar, los que han sido rechazados en los centros penitenciarios masculinos. En

cambio, en las cárceles de hombres, tanto los cursos formativos u ocupacionales como los talleres productivos, son mucho más variados y diversificados: construcción, mecánica, encuadernación, electricidad, soldadura eléctrica, tipografía, automoción, climatización, instalación de gas, técnico de sonido, manipulados, informática, confección industrial, pintura o carpintería. La mayoría implican un mayor estatus laboral para las personas que los siguen estudiando una vez cumplida la condena y, en definitiva, son más útiles para contribuir a una futura "reinserción social" de la persona encarcelada.

Este enfoque diferencial en el tratamiento penitenciario entre hombres y mujeres no es en absoluto una política exclusiva de las cárceles españolas y catalanas. En realidad, el énfasis en la domesticidad de las mujeres encarceladas en el conjunto de programas formativos y ocupacionales es una constante que se repite en la gran mayoría, por no decir todas, las cárceles de mujeres de los países occidentales, tal como han señalado las criminólogas del género en todos sus estudios e investigaciones sobre el tema (Carlen, 1998; Heidensohn, 1985; Dobash, Dobash y Gutteridge, 1986; Genders y Player, 1987; Bertrand et al., 1998; Cario, 1990; Campelli et al., 1992, etcétera). Las actividades formativas u ocupacionales que se organizan en las cárceles de mujeres están muy lejos de ser auténticos programas rehabilitadores destinados a la reinserción laboral en sentido amplio. En la cárcel no se prepara a las mujeres, ni se les facilita los instrumentos o técnicas laborales necesarias para realizar un trabajo fuera del hogar una vez cumplida la pena privativa de libertad. Por el contrario, se las forma en las tareas del hogar y en la ética del espacio privado. Se reproducen los estereotipos sociales de género, reafirmando y retribuyendo a las mujeres en sus roles domésticos. De esta manera, la cár-

cel pasa a ser el lugar privilegiado para recordar y enseñar a las mujeres que son y han de seguir siendo buenas hijas, esposas o madres. Ni que decir que si la resocialización significa enseñar aquello que no se sabe, aquello necesario para reintegrarse en la sociedad, parece irónico pensar que las mujeres presas no saben ser madres, esposas, amas de casa y que, precisamente, esto es lo que necesitan saber para reinsertarse en la sociedad.

Tanto en los estudios sobre las cárceles femeninas españolas como en los de la mayoría de sociólogas/criminólogas del género, se constata que en estas instituciones se ejerce un régimen disciplinario y un control mucho más duro y rígido que el que se aplica en las cárceles de hombres. Contrariamente a la opinión general, la incidencia de la violencia en las cárceles femeninas es más elevada que en la de los hombres y ello queda reflejado en las estadísticas penitenciarias con el mayor número de expedientes, sanciones y partes disciplinarios. De hecho, se trata de una violencia basada no en la agresión física, sino en la desobediencia y en la falta de respeto al funcionario penitenciario. En las cárceles de mujeres prácticamente no se encuentran objetos peligrosos, no se organizan muchos motines y las tentativas de evasión son casi nulas. Sin embargo, se crean unas relaciones muy complejas entre funcionarias e internas que a menudo derivan en una espiral creciente de acción, represión y provocación y comportan unos resultados psicológicamente muy destructivos para las mujeres. Desde la perspectiva del género, Dobash, Dobash y Gutteridge (1986) son de la opinión que las pautas de comportamiento de las mujeres presas son en general menos toleradas por el funcionariado que las de los hombres, por lo cual tienen más sanciones disciplinarias. Son menos toleradas porque, por un lado, las concepciones del funcionariado están impregnadas de expli-

caciones sexistas sobre la mujer presa y, por otro, la ideología y las prácticas sociales discriminatorias en las cárceles de mujeres exigen unos estándares de comportamientos más elevados para las mujeres que para los hombres. Además, la concepción estereotipada de la mujer encarcelada como una persona “conflictiva, histérica y emocional” comporta que en las cárceles de mujeres se suministre mayor medicación. Así, en el tratamiento penitenciario de las mujeres predomina un enfoque psicoterapéutico por encima del resocializador. Por este motivo, el nivel de prescripciones de tranquilizantes, antidepresivos y sedantes que se facilitan a las mujeres presas es, en general, mucho mayor que en el caso de los hombres en la misma situación. Ello no es extraño si se tiene en cuenta que, a lo largo del tiempo, la perturbación mental ha sido considerada como una de las causas más importantes de la criminalidad femenina y, por tanto, la medicación y el internamiento psiquiátrico eran y son, en muchos casos, prácticas habituales en el campo penitenciario. La concepción de la mujer delincuente como una persona loca más que mala; *mad not bad* es uno de los temas omnipresentes en la criminología positivista. De hecho, la consideración patológica de la mujer delincuente no ha sido todavía superada y sigue influyendo en la concepción que se tiene de las mujeres presas. Por tanto el enfoque psicoterapéutico y correccional predomina sobre el enfoque rehabilitador. El objetivo final de las cárceles de mujeres sigue siendo la corrección de las mujeres encarceladas que han vulnerado las leyes penales y se han desviado socialmente de su rol social tradicional. La política penitenciaria actual tiene como objetivo corregir esta supuesta desviación social buscando reconstruir la domesticidad perdida de las mujeres encarceladas. La política penitenciaria está empapada de estereotipos sexistas sobre la delincuencia femenina que no es permeable a

las nuevas perspectivas de la sociología o criminología. Las argumentaciones de los primeros criminalistas positivistas fueron un intento de racionalizar y justificar el *status quo* que existía en la sociedad de la época, sobre todo con relación a la posición social que se adjudicaba a las mujeres. En definitiva, eran un reflejo de la mentalidad novecentista repleta de estereotipos y actitudes sexistas hacia las mujeres. Sin embargo, ha pasado más de un siglo, la situación de las mujeres en la sociedad ha cambiado mucho y la persistencia en mantener una política sexista para con las mujeres presas no tiene ahora ningún tipo de justificación ni sentido.

“¡Esto lo entendería hasta un niño de cinco años!. Que traigan a un niño de cinco años!”
Groucho Marx

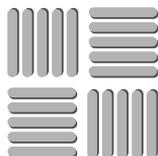
Referencias bibliográficas

- Almeda, E. (2002) *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Edicions Bellaterra, Barcelona.
- Almeda, E. (2003), *Mujeres encarceladas*, Ariel, Barcelona (*en prensa*).
- Arenal, C. (1991), *El visitador del preso*, Asociación de Colaboradores con las Presas/ACOPE, Madrid.
- Balcells, A. (1989), *Justícia i Presons després de Maig de 1937 a Catalunya*, Episodis de la Història, núm. 274, Editorial Rafael Dalmau, Barcelona.
- Balmaseda, J; Carrera, M.J (1995), “Discriminación de la mujer en el ámbito penitenciario”, Ponencia presentada al *Noveno Congreso Estatal de Mujeres Abogadas*, organizado por la Coordinadora Estatal de Mujeres Abogadas, Alicante (2-4 noviembre).
- Barbeito, I. (ed.) (1991), *Cárceles y Mujeres en el siglo XVII*, Ed. Castalia, Instituto de la Mujer, Madrid.

- Barranquero Texeira, E.; Eiroa San Francisco, M.; Navarro Jiménez, P. (1994), *Mujer, cárcel, franquismo. La Prisión Provincial de Málaga (1937-1945)*, Málaga: Patrocinado con fondos de Ayuda a los Grupos Consolidados de Investigación de la Junta de Andalucía.
- Beccaria, C. (1989), *Dels delictes i de les penes*, Clàssics del pensament modern, Edicions 62, Barcelona.
- Beristain, A. (1989) "La mujer víctima y protectora en la cárcel", a A.Beristain; J.L. De la Cuesta (comp.) (1989): 159-179.
- Bueno Arús, F. (1978), "Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días. Evolución, situación actual y reformas necesarias", en *Historia 16*, extra VII, octubre:114-137.
- Campelli, E. et al. (1992), *Donne in carcere*, Feltrinelli, Milano.
- Canteras Murillo, A. (1987) "Cárceles de mujeres en España: origen, características y desarrollo histórico", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm.237: 29-34.
- Carbonell i Esteller, M. (1997) *Sobreviure a Barcelona. Dones, pobresa i assistència al segle XVIII*, Eumo Editorial, Vic.
- Carlen, P. (1998), *Sledgehammer. Women's Imprisonment at the Millenium* Macmillan, London.
- Clara, J. (1995), "Una història de presó a la Girona de postguerra", en *Revista de Girona*, núm.41 (169): 30-33.
- Comissió Catalana d'Organitzacions no governamentals (1977), *Jornades Catalanes de la dona. Maig 1976*, Col·lecció Alternatives, Documentación y Publicaciones Generales, S.A., Barcelona.
- Cuevas, T. (1985a), *Carcel de mujeres (1939-1945)*, Ediciones Sirocco, Barcelona.
- Cuevas, T. (1985b), *Carcel de mujeres*, Ediciones Sirocco, Barcelona.
- De San Jerónimo, M. (1608) "Razón y forma de la Galera y Casa Real", a I.Barbeito (1991): 63-95.
- Dobash, R P.; Dobash, R.E.; Gutteridge, S. (1986) *The imprisonment of Women*, Basil Blackwell, Oxford.
- Doña, J. (1978), *Desde la noche y la niebla (Mujeres en las cárceles franquistas). Novela-testimonio*, Ediciones De la Torre, Madrid.
- Emakume Eta Justizia (Salhaketa) (1994), "Informe General sobre las cárceles de mujeres", Documento interno. Vitoria.
- Errico, M. (1996), "Cuando la familia cumple condena: Perspectivas sobre la madre y sus hijos en prisión", Ponencia presentada al Seminario: "Mujer y prisión: Problematicas y necesidades especiales", organizado por el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Seveilla (18-20 enero)
- Falcon, L. (1977), *En el infierno. Ser mujer en las cárceles de España*, Ediciones de Feminismo, Barcelona.
- Foucault, M. (1986) *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid.
- García Valdés, C. (1975), *Régimen penitenciario de España. Investigación Histórica y Sistemática*, Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, Madrid.
- Genders, E.; Player, E. (1987), "Women in Prison: The treatment, the Control and the
- Heidensohn, F.M. (1985), *Women and Crime*, Macmillan, London.
- Kent, V. (1978), "Las reformas del sistema penitenciario durante la II República", en *Historia 16*, extra VII, octubre: 102-112.
- Núñez, M. (1967), *Cárcel de Ventas*, Libraire du Globe, Paris.
- Pagès i Blanch, P. (1996), *La Presó Model de Barcelona. Història d'un centre penitenciari en temps de guerra (1936-1939)*, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona.

- Pàmies, T. (1975), *Dona de pres*, Edicions Proa, Barcelona.
- Rivera, I. et al. (1995) *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, Ed. J.M.Bosch, Barcelona.
- Roldan Barbero, H. (1988), *Historia de la prisión en España*, PPU, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, Barcelona.
- Rusche, G.; Kirchheimer, O. (1984) *Pena y Estructura social*, Temis Ed, Bogotá.
- Sabín, J.M. (1996), *Prisión y muerte en la España de postguerra*, Anaya & Mario Muchnik, Madrid.
- Salillas, R. (1888) *La vida penal en España*, Imprenta de la Revista de Legislación (Biblioteca del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona)
- Solé, J.M; Cañellas, C.; Torán, R; Junqueres, O.; Marín, P; Garriga, G. (2001), *Història de la presó Model de Barcelona*, Editorial Pagès, Barcelona.
- Suárez, A.- Colectivo 36 (1976), *Libro Blanco sobre las cárceles franquistas, 1936-1976*, París: Ruedo Ibérico.
- Subirats Piñana, J. (1993), *Pilatos 1939-1941. Prisión de Tarragona*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid.
- Vinyes, R. (2000), "Res no us pertany... Les preses de Barcelona, 1939-1945", en *L'Avenç*, núm.251, Octubre 2000: 18-25.

Investigaciones



MUJERES EN SITUACIÓN DE ENCIERRO: PRÁCTICAS DISCRIMINANTES DE LAS AGENCIAS DEL ESTADO

NATALIA BELMONT

*Instituto de Estudios Comparados
en Ciencias Penales y Sociales*

INECIP con el apoyo de la Embajada de Suiza puso en marcha el "Proyecto Mujeres Privadas de Libertad, Divulgación Jurídica y Participación Ciudadana" en la Unidad N° 3 –Instituto Correccional de Mujeres– ubicado en la localidad de Ezeiza en la provincia de Buenos Aires. Durante el año que se ejecutó el proyecto desarrollamos talleres dirigidos a relevar las problemáticas y necesidades básicas insatisfechas de las mujeres privadas de libertad (en adelante también "mujeres") a fin de identificar los mecanismos de protección que ofrece el sistema legal frente a las violaciones a los derechos y dotar a las mismas de herramientas de defensa de la cárcel. Por otra parte, participaron de la capacitación un grupo de trece estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA) seleccionados con el objeto de acercar la realidad penitenciaria a las/os futuros operadores del sistema jurídico.

INTRODUCCIÓN

La cárcel –experimento estatal de la dominación total del poder individualizante y totalitario que juega a confundir realidad con pesadilla– depende básicamente del aislamiento que produce *fuera y dentro* del individuo, respecto del mundo suyo y de todos los demás. Las relaciones de poder que se entretienen en la sociedad carcelaria, se construyen sobre la lógica binaria de un enfrentamiento permanente entre presas/os y carceleras/os. *La eliminación*

del conflicto supone que la confrontación se resuelva por la separación, clasificación y eliminación de lo disfuncional; es decir, evitar que ello contamine la cárcel como premisa básica para la gobernabilidad de los cuerpos en prisión.

En una cárcel de mujeres "lo disfuncional" debe ser visto a través del prisma del género, a fin de visualizar la lógica sexista que atraviesa la clasificación de mujeres buenas y malas distribuidas en el espacio carcelario. *Las lógicas binarias conciben el mundo como dos campos enfrentados que, separados en compartimentos estancos, son la condición de posibilidad de coexistencia de elementos sustancialmente inconsistentes y contradictorios.* El género es un sistema clasificatorio que actúa como código simbólico, en el cual los elementos analizados no tienen significación de manera aislada, sino como miembros de una relación de oposición. La función primaria de un sistema de género es asignar a los seres humanos a una de las dos categorías estructurantes, mujer u hombre, a partir del reconocimiento de un rasgo socialmente significativo (el sexo o los genitales) donde se edificarán las demás propiedades definitorias atribuidas a cada categoría según ciertas reglas y en el interior de una configuración social determinada. Ahora bien, las propiedades atribuidas arbitrariamente serán signadas como superiores o inferiores dependiendo de su asignación como tareas de hombres o de

mujeres; es lo que hace al género como un sistema clasificatorio jerarquizado. En prisión, las prácticas penitenciarias dirigidas al tratamiento de mujeres detenidas carecen de una política criminal que desde una perspectiva de género, se erija en una herramienta política para hacer visible cómo se producen, instalan y renuevan las jerarquías de género. El Estado tiene la obligación de impulsar políticas que prevengan que las prácticas de sus agentes o funcionarios reproduzcan las desigualdades en base al sexo¹.

En este sentido, el sistema penitenciario premia a *la mujer sumisa*, o sea aquella que no se queja de sus condiciones o que no levanta la voz. Sin dejar de lado que ello sea un producto del proceso histórico, cultural y político que atravesó toda nuestra sociedad, entendemos que las prácticas penitenciarias que penan a las mujeres que protestan favorece la división entre las detenidas; en tanto es funcional al control que ejerce el sistema, el hecho de que una presa conciba su libertad como la negación de la libertad de la otra. Por otra parte, estas prácticas poseen un importante carácter sexista que reproduce la concepción dominante de que la mujer autora de delito no respondió al patrón cultural de sumisión, pasividad y obediencia, y en ese orden debe ser castigada más severamente –teniendo en cuenta por ejemplo que las mujeres son sancionadas por levantar la voz, lo cual es impensable en una cárcel de hombres- o soportar pasivamente el abandono del Estado, cuando este no aumenta la oferta de oficios dignos, no impulsa programas de estudios adecuados a sus necesidades, no promueve los vínculos de estas con sus hijos/as, no destina programas de salud específicos para las necesidades fisiológi-

cas femeninas, y un largo etcétera.

Estas graves omisiones del Estado tienen como resultado un sinfín de conflictos que, como decíamos, no son resueltos. Es interesante observar que en la convivencia forzada de la cárcel se entremezclan mujeres que interpretan de distintas maneras la realidad que les toca vivir. En el marco de nuestra experiencia nos ha llamado la atención que una persona que vivió el golpe de Estado de 1976 comprende rápidamente que lo que allí vive es una dictadura; un estado totalitario de tortura física y psicológica permanente, una sucesión desordenada de mecanismos de despersonalización y deshumanización. En cambio, el marco de referencia de las más jóvenes tiende a asimilarse más a figuras de autoridad naturalizadas como las parentales (identificar una celadora con una madre o padre) o la policía (pura represión). Estas últimas pierden la capacidad de desmenuzar la estrategia del poder que se construye a partir de la dependencia o en la negación de su funcionalidad (pura represión sin sentido).

Por otra parte, cuando las compañeras presas del sistema identifican que el experimento de dominación total atenta contra “su cabeza”, logran realizar un ejercicio que las diferencia del muro y de la reja; entonces advierten que la única manera de escapar del encierro es ideando. Viene a mi mente la imagen de una gran mujer “guardada” en el sótano de Ezeiza que realizaba lecturas colectivas en el pabellón y alentaba la solidaridad entre compañeras. *Cuando el individuo se aferra a otro ser humano y cada uno/a es el espejo del otro/a, cada uno/a recupera y ofrece la condición humana para sí y para otro.* En este punto se resalta que las parejas del

¹ Según la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (C.N. Art. 75 Inc.22).

mismo sexo ofrecen un ejemplo de resistencia que exalta la humanidad de las personas. Como la risa, la imaginación, los juegos, el cuidado físico, el diálogo, compartir la comida, informar o aconsejar a otra/o, consolar una compañera. En estas acciones las personas privadas de libertad buscan y encuentran su dignidad.

ESTADO DEL ARTE EN LA MATERIA

Si bien actualmente existen numerosas denuncias e informes frente a organismos estatales e internacionales de derechos humanos respecto de la situación penitenciaria argentina; como pronunciamientos judiciales que dan cuenta de la situación precaria en la que se encuentran las personas privadas de la libertad, lo cierto es que los mayores avances registrados en pos del mejoramiento de la situación de encierro -como por ejemplo, el acceso a la universidad logrado por los presos de Devoto- demuestran que es necesario que la demanda se articule especialmente desde adentro. La articulación de esta demanda, ya sea desde el Estado o desde una ONG, requiere que la definición de sus objetivos y la elaboración de las propuestas tendientes a modificar la situación, se sustente en el conocimiento previo del alcance real de los derechos que asisten a las personas privadas de la libertad, con quienes se pretende aunar esfuerzos.

De lo dicho se desprende que frente a las problemáticas identificadas por las mujeres (abuso de autoridad, trato discriminatorio a las visitas, abuso de poder en las requisas, desatención médica, condiciones de trabajo insalubres, dieta desbalanceada y escasa) se buscó forjar un discurso que, *desde la perspectiva de la legalidad, planteara los conflictos en términos de derechos dentro de la cárcel y ante las autoridades penitenciarias*. Aún cuando las vías institucionales no se ade-

cuen a las urgentes necesidades de protección que se viven dentro de la unidad 3, la lucha por la legalidad cobró cierto sentido entre las mujeres privadas de todo derecho, que viven la cultura del todo prohibido. Consecuentemente, la divulgación de derechos en la cárcel, planteó frente a los reclamos, una salida a la idea de la violencia como modo de afrontar la conflictividad permanente de la cárcel; pues fueron las mujeres privadas de libertad quienes no encontraron ninguna solución al modelo de salida violento. Así, se construyó a partir de nuestro encuentro quincenal, un lugar desde el cual pensar no acarrearba castigo y se consolidó un espacio de transmisión de experiencias de resistencia entre las mismas mujeres, como de información de herramientas jurídicas. Respecto de nosotras, las facilitadoras, y las estudiantes se vivió, en general, un sentimiento común, ya que al finalizar cada taller nos sobrevinía una sensación de impotencia, vacío y tristeza. En reiteradas oportunidades nos tuvimos que dar *un ejercicio de estilo recordatorio respecto de nuestro lugar en los talleres, primero porque es común a nuestra formación de abogados, el creer que somos dueños o intermediarios necesarios de soluciones para la gente, y este imaginario lo comparten también las presas quienes depositaban en nosotros una respuesta que no podíamos dar*. En suma, fue necesario plantear en reiteradas oportunidades, hacia adentro y hacia fuera, que la medida de nuestro aporte estaba dado por visibilizar la realidad de la unidad 3, y por contrastar la ley y la realidad de manera de poder saber en qué grado se violan los derechos de las mujeres, qué mecanismos de reivindicación se encuentran agotados y qué herramientas de poder podían tener ellas para defenderse de la cárcel.

ESTADO DE LOS OBSTÁCULOS EN EL DESARROLLO DEL PROYECTO

En este punto, debe mencionarse que en poco tiempo se fueron generando las primeras complicaciones con algunos agentes del servicio penitenciario que tuvieron como corolario el traslado de dos de las participantes más activas del taller a la unidad de La Pampa, a 600 kilómetros de sus familiares. El mismo no estuvo informado a los jueces pertinentes ni guardó forma alguna de legalidad. Se trasladó a las mujeres en situación de afección a su salud, y en violación a todos sus derechos. Estas mujeres mantuvieron una huelga de hambre durante quince días, antes de que tuvieran que ser reintegradas a la unidad de Ezeiza. Este hecho recoge aquello que el jefe de seguridad de la unidad, Daniel Silva nos recordara en oportunidad de conocer las condiciones edilicias de la sección de visitas, cuando nos advirtió que: “la cárcel no es un lugar público.”

64 |

No existe control sobre las actividades del servicio penitenciario, las mujeres que participaron del taller fueron señaladas por los agentes del SPF como *sediciosas* y en esa medida fueron sancionadas arbitrariamente. Corroboramos entonces que no sólo la cárcel no era un espacio público sino que pensar estaba prohibido. Frente a las situaciones de conflicto generadas a partir de la persecución que algunos agentes del SPF realizaron sobre las participantes del proyecto, se apeló a la Procuración Penitenciaria, con quien firmamos un convenio de colaboración, que intervino tomando nota de cada situación; vale recordar que

dicho organismo puede realizar denuncias y/o efectuar recomendaciones. Accesorariamente, por el modo de actuación de la Procuración Penitenciaria con relación a las internas que solicitan entrevistas se genera una dinámica que reproduce prácticas asimétricas, dependientes, pasivas e individuales en las presas. En efecto, lo que suelen plantear son situaciones problemáticas que las aquejan para que la Procuración gestione algún tipo de solución. De esta manera se reproduce el modelo de aproximación a los conflictos que las presas internalizan en el ámbito carcelario, es decir un modo dependiente de una autoridad, que niega las potencialidades de apropiación del conflicto de las presas para el ejercicio de planteos de carácter colectivo derivados de ejercicios democráticos.

ESTADO DE LA LEGALIDAD EN LAS CONDICIONES DE EJECUCIÓN

Adentrarse en el universo del Instituto Correccional de Mujeres, sito en la localidad de Ezeiza, significa romper con un *proceso de invisibilización* de las demandas específicas de las mujeres en materia penitenciaria. En concreto pudimos relevar como posibles factores de este proceso los siguientes: 1) que la criminalidad se asocia culturalmente con la masculinidad, 2) que el número de detenidas mujeres ha sido históricamente inferior al de la población masculina en virtud de que existen hacia las mujeres otros tipos de control social como la maternidad forzada y otros que las feministas han descripto dentro de la categoría del “control informal”, 3) que las leyes² como la implementación de las mis-

² La actual ley 24.660 tiene 7 artículos destinados a regular las especificidades que deben tener los establecimientos para mujeres. Dos de ellos establecen que las internas estarán a cargo exclusivamente de personal femenino (arts. 190 y 191). Tres artículos dentro de esta sección se refieren genéricamente al trato que las mujeres embarazadas deben recibir por estar en dicha condición (arts. 192 a 194) y al tiempo que podrán quedarse con sus hijos (arts. 195 y 196). El Reglamento de Ejecución hace algo similar, otorgándole al tema un espacio de nueve artículos (115 - 123) en el título dedicado a los grupos diferenciados. Es difícil pensar que todas las aristas que presenta la cuestión del género puedan ser resueltas de modo tan expeditivo. Por lo demás, las unidades penitenciarias pueden dictar sus propios reglamentos internos. En el caso de la Unidad 3 de Ezeiza, aún se regulan las prácticas penitenciarias con el uso de un reglamento que data de la dictadura militar (1977).

mas, no han dado cuenta de particularidades que conforman el fenómeno de la prisionización femenina. En este sentido se destaca palpablemente que la cárcel está construida con una concepción androcéntrica³, es decir el sistema penitenciario (sus normas, prácticas, roles y representaciones) se ha elaborado por hombres para hombres. Por ello no existe una política criminal diferenciada para las mujeres privadas de libertad con el aliciente de que se encubren sus problemas, conflictos y necesidades detrás de una pretendida “igualdad”.

Desde una perspectiva de género, el fenómeno de la *prisionización femenina transforma al ámbito carcelario en un espacio en el que no sólo opera como espacio físico para la ejecución de la pena legalmente impuesta, sino que plasma una variedad de pautas de conducta y actividades destinadas a reafirmar el rol genérico asignado social y culturalmente a la mujer*. En concordancia con ello podemos afirmar que los conflictos de las mujeres privadas de libertad son similares a los de cualquier mujer que se encuentra en libertad, porque dentro y fuera de las cárceles es interpelada culturalmente a cumplir con los papeles asignados a su género⁴.

Es de gran importancia atender a que no se trata de que las mujeres tengan problemas diferentes a los que pueden hallarse en una cárcel de hombres (sobrepoblación, hambre, hacinamiento, etc.), sino que *al conjunto de afectaciones comunes que puedan tener hombres y mujeres en el encierro, se suman las propias de la condición de género*. Para comprender esta cuestión debemos no sólo tomar en cuenta las prácticas del sistema penitenciario

sino también el modo de percepción de las mujeres respecto de ellas mismas, y los modos de organización y resistencia que las aglutinan.

La Ley 24.660 establece en su art. 1, –como fin de la ejecución de la pena– “lograr que el(la) condenado(a) adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social”.

Por otra parte, en su art. 5 y refiriéndose específicamente al tratamiento de la persona condenada, la ley establece que “el tratamiento del(la) condenado(a) deberá ser programado e *individualizado...*”. En su segundo párrafo establece que tanto en lo que se refiere al régimen como al tratamiento “deberá atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades para el momento del egreso, dentro de las posibilidades de la administración penitenciaria”.

En estas dos normas define la ley dos principios básicos del régimen de ejecución de las penas en nuestro país: pudiendo afirmarse que el Estado asume frente a las personas condenadas, cualquiera sea su sexo, la obligación de brindar condiciones de detención que le permitan a éstas ejercer su *derecho a resocializarse y de respetar los intereses y necesidades individuales en cada caso*.

A fin de relevar si respecto de las mujeres condenadas en nuestro país, efectivamente se garantiza un adecuado derecho a resocializarse es necesario partir de un concepto base de “resocialización”. Para ello, tomamos como idea rectora lo dicho por Zaffaroni, para quien “no se trataría de

³ Carmen Anthony García, *Panorama de la situación de las mujeres privadas de libertad en América Latina desde una perspectiva de género*, 2000.

⁴ *Op. cit.*

que el sistema penal trabaje sobre los delitos cometidos como causa de prisionización, lo que es falso, sino sobre (...) la vulnerabilidad de la persona al sistema penal. Una interpretación de la "readaptación" constitucional como trato humano, lo menos deteriorante posible y que trate de reducir la vulnerabilidad de la persona, constituye un programa penitenciariamente realizable y jurídicamente compatible con las normas constitucionales.⁵

De lo dicho se desprende que *el sistema penitenciario argentino debe adoptar como principio rector y complementario de la meta resocializadora para el caso específico de la población femenina, las condiciones de vulnerabilidad social en que se encuentran las mujeres, estén libres o encarceladas*; asumiendo que en ciertos casos estas poseen una especificidad propia dependiente de los dictados del rol "femenino", constituyentes de modalidades de opresión específicas que el Estado está obligado a eliminar.

Pero en el mundo del revés, sito en la unidad 3, en materia de educación y trabajo, se observan diferencias sustanciales respecto del tratamiento recibido por los varones en las unidades de reclusión que no se verifican en las mujeres. La oferta en relación a la educación formal, como a los cursos de formación de capacidades es altamente ineficiente. En el nivel primario se dictan clases regularmente pero con escasa carga horaria, el nivel secundario no se dicta directamente y el terciario y universitario se circunscribe a una oferta limitada a una única carrera –sociología– a cargo de la Universidad de Buenos Aires. Las mujeres que desean estudiar, sobre todo carreras universitarias, son "extorsio-

nadas" por el área de trabajo del servicio penitenciario obligándolas a elegir entre trabajo o estudio, o relegándolas a tareas en talleres de pocas horas y menor paga lo que en muchos casos determina el abandono de los estudios por parte de las presas que necesitan trabajar para mantener a sus hijos/as.

En materia laboral, una reciente investigación del Instituto Gino Germani arroja que el 50% de las mujeres encuestadas se encuentra realizando tareas en los talleres productivos, trabajando entre 10 y 12 horas por una paga de 0,75 centavos la hora para condenadas y 1 peso para procesadas, realizándoles todo tipo de descuentos lo que en algunos casos significa contar con un sueldo mensual de 50 a 70 pesos (menos de 25 dólares). Asimismo manifiestan desconocer el destino de lo que producen. Más de un 10% trabaja en tareas de limpieza de la cárcel, y los denominados "talleres productivos" están referidos a costura, tejido, cocina, lavandería o muñequería.

La atribución de tareas tradicionalmente "femeninas" y el descuido por sus posibilidades educativas, son un fuerte indicio de que el sistema penitenciario argentino no contempla como debiera los requerimientos, intereses y necesidades de cada mujer presa, considerada como sujeto individual. Más bien podría afirmarse que la asignación de estas tareas se dirige a resocializar a las "presas" según su condición social de "mujeres", en términos de género subordinado o relegado.

En el área de salud no se registran tareas preventivas (chequeos clínicos, revisiones clínicas periódicas, controles gine-

5 Zaffaroni, E. en "Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales" pág. 123 y ss. en *El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Julio B. J. Maier y Alberto M. Binder, Comps, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995.

cológicos), ni programas especiales de atención para dolencias específicas. Asimismo, a través de sus relatos se ha podido registrar que previamente a ser atendidas deben reclamar varias veces lo que implica una cuota importante, en algunos casos, de sufrimiento físico sin atención médica ni suministro de medicación. El Estado descuida el modo particular en que la sexualidad y la reproducción afecta a las mujeres, en desmedro de sus derechos sexuales y reproductivos. Esta omisión acarrea el hecho de que las mujeres presas sigan siendo objeto y no sujetos de una política de salud que responda a sus necesidades e intereses. Observemos la definición de salud sexual del Programa de Acción de El Cairo: “el desarrollo de la vida y de las relaciones personales, y no meramente el asesoramiento y la atención respecto de la reproducción y enfermedades de transmisión sexual”: vemos que abarca todas las etapas de la vida de una persona, y no sólo su etapa reproductiva. En efecto, los derechos sexuales crean las condiciones que permiten que las personas determinen si quieren vincular actividad sexual con fines reproductivos o no, y refuerzan su derecho a tener prácticas sexuales no reproductivas.

El análisis de las condiciones fácticas en que se cumple la pena privativa de la libertad demuestra que en modo alguno se cumple con la obligación de trato digno que se impone al Estado en sus relaciones con todas las personas, que es contraria a la constitución de cualquier forma de asignación de roles coactiva que en el fondo encubra modalidades de opresión, en este caso de género. En este sentido decimos que la cárcel reproduce y amplifi-

ca las relaciones de desigualdad entre hombres y mujeres que caracterizan a la sociedad en general.

ESTADO DE LAS PRÁCTICAS DISCRIMINANTES Y VIOLENTAS

La discriminación y la violencia son dos fenómenos que se relacionan indisolublemente. Así lo reconoció el comité que vigila el cumplimiento de la CEDAW (Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer), al decir: *la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades*.⁶ Para decir que la violencia ejercida contra los cuerpos de las mujeres es un modo de penalizarlas y controlarlas como grupo, dado que su propósito es mantenerlas tanto en lo individual como en lo grupal en una posición de inferioridad y subordinación. Si bien la violencia de género se manifiesta en forma diferenciada y parcializada en cada sociedad, es sistemática y estructural, pues su efectividad ha residido en su propia capacidad de naturalización e invisibilización en la opresión entre los géneros.

Así, se observó como práctica penitenciaria regular: el castigo severo frente a cualquier manifestación de autonomía de las mujeres. Particularmente, predominaron las denuncias por el abuso de las celdas de aislamiento o “tubos”, habitáculos oscuros de 2 por 1 metros, donde las mujeres pueden permanecer hasta 15 días. Ciertamente, el aislamiento puede disponerse por cualquier conducta; en general se aplica sobre las que más recla-

⁶ Las Naciones Unidas han conceptualizado la violencia de género como todo acto de violencia ejercido contra la mujer por el simple hecho de serlo y cuyo resultado, posible o real, consiste en un daño físico, sexual, y/o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, y todo ello con independencia de que se produzca en el ámbito público o privado.

man o por “desobediencia”, como por practicar el lesbianismo o por “inmoralidad”; también, es común entre las primarias, como modo de disciplinamiento.

Debe hacerse notar que existe un uso generalizado y discrecional de este castigo en la cárcel de mujeres, que tiene consecuencias devastadoras para las mismas, pues allí se las somete a golpizas, prohibiciones excesivas como no poder fumar ni leer, privaciones alimenticias y de higiene. Todas las mujeres asintieron que las condiciones de “los tubos” son las peores que existen en la cárcel, pudiendo contraerse enfermedades de todo tipo producto de las ratas, cucarachas y otras plagas que se hallan en estas.

Las mujeres resaltaron que cualquier conducta puede ser pasible de sanción de parte del SPF, y que en la mayoría de los casos las mujeres desconocen cómo defenderse frente a esta arbitrariedad.

La ausencia de una política penitenciaria con perspectiva de género, es decir activa respecto de sus necesidades y situación de vulnerabilidad social, entraña una omisión que constituye un trato discriminante hacia las mujeres y, en igual sentido, la violencia del maltrato cotidiano sin posibilidades de reclamo, relega a las mujeres a un papel de objetos respecto de la política criminal estatal, cuando de sus voces podrían salir muchas de las respuestas que exige el sistema penitenciario, y que equivaldría a un trato digno de sujetos de derecho.

Por otra parte, las vuelve particularmente vulnerables el hecho de que una de las palancas de extorsión utilizadas por el servicio penitenciario sea la prohibición de las

visitas o las requisas humillantes a las que someten a los familiares. En materia penitenciaria, se repite un esquema histórico de control sobre las mujeres, en tanto producto del abandono al que se hallan sujetas⁷, se crean relaciones de dependencia respecto de la autoridad penitenciaria.

De lo cual se desprende que el ejercicio de control sobre las mujeres se signa por el papel asignado a las mujeres dentro del sistema dominante, definido respecto de ellas por la violencia y la familia. En este sentido, el manejo de la tensión entre el mundo habitual y el institucional hace énfasis en el descuido de la maternidad de parte de las mujeres transgresoras. En este punto, se observa cómo el manejo de la culpa funciona poderosamente sobre las mujeres que sufren la doble condena: la del encierro y la social. La figura de la mala madre es reiterativa, pues muchas mujeres son jefas de hogar y prefieren elegir que no las visiten sus hijos/os, en aras de priorizar su manutención, atento a los altos costos que implican para las familias viajar a la localidad de Ezeiza. Por ello el efecto del abandono repercute especialmente sobre ellas y las torna mucho más vulnerables frente a las autoridades penitenciarias, pues sus demandas difícilmente son escuchadas.

Resaltamos muy especialmente el hecho de que las autoridades de las unidades penitenciarias de mujeres sean varones, a pesar que la Ley 24.660 lo prohíba.

Paradójicamente, el área en donde el Estado manifiesta de forma más dura su poder sobre la personas, es uno de los espacios de actuación menos sujeto a control ciudadano y, por lo tanto, menos democrático. A partir de estas carencias se

⁷ La ubicación de la cárcel en una zona lejana de los centros urbanos dificulta, por el costo económico, la frecuencia de las visitas.

puede explicar la situación de abandono y aislamiento en que viven las privadas de su libertad. Por otro lado, esta falta de interacción con personas del medio libre provoca un mayor impacto de las consecuencias negativas del encierro, dificultando su reinserción en la comunidad a la cual pertenecen, aumentando aún más los índices de vulnerabilidad que suelen padecer las personas privadas de la libertad.

CONCLUSIÓN

Los derechos de las mujeres se ven vulnerados diariamente a partir de diversas prácticas provenientes de los agentes del SPF, como así también debido a circunstancias que se generan entre las mismas presas en tanto las condiciones de vida que poseen en la unidad penitenciaria son degradantes y totalmente sugerentes para la manifestación de distintas problemáticas que salen a la luz a partir de la convivencia que forzosamente tienen que llevar.

La *ilegalidad de las cárceles*, en coexistencia con su inserción perfectamente

institucional, aunque parezca contradictorio, es una de las claves de su éxito como modalidad represiva del Estado. El mecanismo por el cual se diluye la responsabilidad de los operadores de la cárcel (jueces, fiscales, defensores, carceleros) funciona porque estos conciben su participación personal como un simple paso dentro de una cadena que nadie controla. Es una manera de fraccionar un proceso único. Asimismo, el hecho de que el campo es una realidad aparte constituye una ilusión. El poder intenta colocarlo aparte pero este no es más que otro de los múltiples compartimentos que se pretenden separar, acotar.

Nuestra resistencia radica en unir, proponer abandonar la lógica binaria que divide mujeres buenas y malas, presas y carceleros, y la imposición de una realidad única y total representada por el Estado carcelero. Porque esta construcción del tipo guerrero reduce la realidad y las posibilidades de salvar lo humano intrínseco al conflicto. La vida humana es mucho más que un hecho biológico, cobra sentido en su relación con otras/os. •

MUJERES Y CÁRCEL...

SU TRÁNSITO CONFLICTIVO EN LA JUSTICIA PENAL

LUCÍA MORÁN

*Coordinadora
Programa Justicia Penal y Género ICCPG*

El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, efectuó un estudio que ofrece el acercamiento a las mujeres que son seleccionadas por el sistema penal guatemalteco y su tránsito, hasta ser absueltas o cumplir condena.¹

Pocos estudios abordan esta problemática desde perspectivas multidisciplinares, con enfoque de género, intentando transparentar la forma como operan las agencias de control penal, a quienes dirigen sus acciones de manera preferente y los efectos del funcionamiento.

En definitiva el estudio describe los primeros rasgos para percibir lo complejo de la agenda oculta del sistema penal, el ejercicio del poder de castigar dirigido a determinadas mujeres, las articulaciones a través de las cuales las instancias logran ser un todo, con finalidades definidas, todas apuntando al fortalecimiento de poderes fácticos que requieren de los

poderes formales para realizar su proyectos paralelos, con los cuales preservan o consolidan sus posiciones económicas, políticas y sociales.

En Guatemala no todas las mujeres son seleccionables por el sistema penal, lo son cierto tipo de mujeres, cuyas características no dejan de causar en algunos casos sorpresa. Por ejemplo la mayoría son ladinas, en un país donde la mayoría de la población es indígena y donde las personas indígenas son las personas más pobres. Esto se explica si se advierte que en Guatemala, existe el derecho indígena, el cual funciona en gran medida en el área rural, y es ahí donde viven las mujeres indígenas, es decir que las mujeres indígenas, si fuera el caso de que son captadas, lo son por el sistema de derecho indígena y no el sistema de justicia penal estatal.

Otra de las características es que la mayoría de mujeres, son seleccionadas

1 El ICCPG es una institución académica dedicada a la investigación, docencia e incidencia política en el ámbito de la justicia penal y procura fortalecer la existencia de un Estado Democrático de Derecho a través de incidir en la construcción de una Política Criminal Democrática

El Programa Justicia Penal y Género del ICCPG, realizó una investigación sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad desde una perspectiva de género, denominada "Mujeres y Cárcel...su tránsito conflictivo en la justicia penal", en los Departamentos de Zacapa-Guatemala y Chimaltenango.

Para ello entrevistó al 10% de las mujeres privadas de libertad. Además entrevistó a funcionarios del sistema de justicia penal así como de organizaciones y personas que realizan trabajo con relación al tema. Se trabajó historias de vida con 3 mujeres privadas de libertad. Se analizaron expedientes fenecidos y se observaron debates.

El estudio determinó tres escenarios diferentes considerados como momentos clave para comprender el problema, a) Momento de Aprehensión b) Momento de Prisión Preventiva y c) Momento de cumplimiento de Condena.

Como resultado se cuenta con un informe del estudio en el cual se describe:

- a) Las características de las mujeres privadas de libertad.
- b) Las situaciones de violaciones a derechos humanos más comunes y o más graves observadas durante el estudio.
- c) Factores y dinámicas que propician la violación a los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad.
- d) Conclusiones y Recomendaciones

por faltas, no han sido seleccionadas anteriormente, son madres solteras de 1 a 3 hijos/as, trabajan informalmente en trabajos tradicionalmente catalogados como femeninos (lavar ropa, vender comida en casetas, tortiar, etc.) tienen poca escolaridad (primaria incompleta), y son adultas jóvenes entre 34 y 37 años de edad.

En la práctica social, las personas ingresan al sistema penal guatemalteco, por la vía de la aprehensión policial por supuesta flagrancia. Para el caso de las mujeres esto no es diferente.

Lo que se afirma por nuestro estudio y por otros efectuados por instituciones de derechos humanos, es que la Policía Nacional Civil es quien tiene el control de la selectividad de las personas, su actuación por lo general es arbitraria, corrupta, abusiva y criminal.

72 | Su actuación claramente va dirigida a personas pobres y vulnerables socialmente, sobre las cuales mantienen algún tipo de control social para agenciarse de dinero fácil y sucio. Los actos de la policía, se ven amparados por discursos dominantes dentro de una cultura de violencia que estigmatiza a las personas y justifican toda suerte de violaciones a los derechos humanos.²

Es decir existe una lógica de limpieza social tolerada por una población que tiene el referente inmediato de los treinta y seis años de conflicto armado interno, donde por la sola sospecha de pensar distinto era suficiente motivo para eliminarlo físicamente.

Para el caso de las mujeres, las que preferentemente selecciona la policía, son prostitutas, en Guatemala la prostitución no es un delito, sin embargo las autoridades policiales mantienen constante asedio sobre ellas, extorsionándolas, agredirlas, o consignándolas por hechos falsos.

El registro de mujeres detenidas por las Comisarias 11 y 14 ubicadas en el Depto. de Guatemala para los meses de junio y julio 2003, reporta 90 capturas. De las 90 capturas, **18 mujeres fueron consignadas por “prostitución clandestina”, lo que equivale a un 20% de las mujeres aprehendidas.**

Del total de mujeres capturadas solamente tres fueron aprehendidas por orden judicial. Y muchos de los motivos consignados generalmente (faltas como agresión, riña, robos, tenencia de droga, escándalos, ebriedad) corresponden a lo manifestado por las trabajadoras del sexo, como atribuidos falsamente por la policía para consignarlas por negarse a favores de tipo económico o sexual.

Otras mujeres vulnerables para estas selecciones arbitrarias, son las trabajadoras de maquilas y las amigas o convivientes de hombres jóvenes o adultos catalogados como mareros.

Una funcionaria de la Policía Nacional Civil afirmó:

“Algunas mujeres son capturadas en las maquilas por policías que de antemano han llegado a acuerdos con los dueños para aprehender a unas mujeres para ahorro de los maquileros en el pago de prestaciones laborales, los policías las aprehenden y en el camino les

² La Procuraduría de derechos humanos, en un informe especial sobre el asesinato de mujeres, indica que de 273 muertes violentas registradas en 2003, algunas se corresponden con acciones de limpieza social, dirigida en contra de prostitutas, niñas de la calle, mujeres delincuentes, mujeres alcohólicas o drogadictas. En estos casos se resalta la saña con que se realizan los crímenes: los cadáveres aparecen con señales de tortura, tiro de gracia, amarres en el cuerpo y un modus operandi bastante profesional.

piden dinero o favores sexuales para dejarlas ir, algunas acceden otras no y son consignadas, lo malo es que denunciar estas cosas acarrea demasiado peligro."

Los señalamientos hacia la Policía Nacional Civil en Guatemala son muchos y constantes, sin embargo, las autoridades que deciden la política criminal del Estado, no trabajan en función de investigar las denuncias, procesar y deducir las responsabilidades de los agentes y oficiales señalados. No transparentan ni llevan adecuadamente los registros de las denuncias para favorecer la auditoría social. No trabajan para que existan sistemas de selección, nombramiento y ascenso del personal con reglas y procedimientos claros, sino que existe una suerte de selección, nombramiento y promoción a dedo, lo que favorece relaciones de condescendencias y lealtades entre subalternos y superiores, minando las posibilidades de investigaciones serias, cuando existen denuncias sobre abusos.

El poder fáctico de la Policía Nacional Civil, tienen el referente de haberse conformado como una institución nueva con integrantes de los viejos cuerpos represivos que actuaron durante el enfrentamiento armado interno, sobre los cuales pesan serias acusaciones de torturas, desapariciones forzadas, y ejecuciones extrajudiciales.³

Nuestro estudio, al igual que otros elaborados sobre el tema del abuso policial, apuntan a que la Policía Nacional Civil se encuentra articulada a sectores de poder económico, político y social que requieren de sus servicios para la consolidación de sus posiciones, es por ello, que la actuación de la policía no se encamina de

manera preferente, al control social, de crímenes que atentan contra valores fundamentales como, la vida o los delitos relacionados con el crimen organizado.

En nuestro estudio, los abusos reportados por las mujeres que se encontraron en comisarías de la policía Nacional y Civil y otras que se encontraban en prisión preventiva o cumpliendo condena pero que también pasaron por la aprehensión a cargo de la policía, van desde la aprehensión y detención ilegal, agresiones físicas y verbales, violaciones sexuales, tortura, amenazas y extorsiones.

Una mujer encuestada que cumple actualmente prisión preventiva, relató:

"Fui aprehendida por agentes de la sección de investigaciones criminológicas, durante el traslado me torturaron y obligaron a tener sexo oral, vaginal y anal. Me maltrataron mucho para que confesara el supuesto crimen de secuestro e indicara los nombres de mis supuestos cómplices y finalmente me llevaron a la comisaría, ahí permanecí hasta que otros policías me llevaron con el juez, quien ordenó me llevaran al centro preventivo. Al verme golpeada, la encargada del Centro Preventivo Santa Teresa, quería que los mismos policías me llevaran al hospital, pero estaba tan temerosa que me negué. Esa noche aborté en el penal".

El control judicial sobre el abuso policial es muy débil, sobre todo cuando la denuncia proviene de mujeres dedicadas a la prostitución, pero en general es débil porque las personas a cargo de las judicaturas son objeto de amenazas y su integridad física no puede ser garantizada, por ello, pocas veces instruyen la averiguación correspondiente.

³ La Comisión del Esclarecimiento Histórico registró un total de 42,275 víctimas, el 83% de las cuales eran mayas y 17% ladinos; de estas, el 25% eran mujeres y el 75% hombres. Combinando estos datos con otros estudios sobre violencia política en Guatemala, la CEH estimó que el saldo en muertos y desaparecidos llegó a más de doscientas mil personas.

La etapa de procesamiento penal ofrece a las mujeres seleccionadas por el sistema, serias dificultades para controvertir en situación de igualdad real, dentro del proceso, principalmente porque las instancias intervinientes carecen de enfoque género sensitivo, lo cual provoca que las valoraciones y decisiones relacionadas con medidas de coerción no considere la posibilidad de autorizar alternativas a la prisión preventiva, a partir de ver la poca o ninguna participación real en los hechos de muchas de las mujeres sindicadas principalmente de delitos relacionados con el secuestro o delitos contra la vida. Además de ser en su mayoría mujeres pobres y madres solteras de quienes difícilmente puede preverse un comportamiento que interfiera con la investigación o que tenga facilidades para la fuga.

El análisis de expedientes sobre casos concluidos, permitió encontrar el caso de: una mujer indígena acusada de dar muerte a su conviviente por envenenamiento, quien al ser aprehendida fue violada por agentes de la PNC, ella permaneció privada de libertad un año cuatro meses, hasta que fue declarada inocente, debido a que no se pudo establecer la causa de la muerte, ni un mínimo de posibilidades de participación en los hechos atribuidos a la señora por el MP.

El tribunal señala en la sentencia que el daño social y moral ocasionado a la sindicada es incuantificable, ya que innecesariamente se le sometió a la fase de juicio oral, a través de una acusación cuyo calificativo solo puede ser de mediocre.

En este caso pese a los fuertes señalamientos vertidos por el tribunal, no hubo decisión respecto a la investigación de lo actuado para deducir responsabilidades.

Ocurre además, con las valoraciones y decisiones relacionadas con causas eximentes y modificatorias de la responsabilidad penal, así como los niveles de partici-

pación ya que las mujeres son condenadas mayoritariamente por delitos contra la vida, la libertad y la salud. Estos tienen la particularidad de que generalmente tienen antecedentes claves a considerar cuando en el caso se sindicó a una mujer. Por ejemplo en los delitos contra la vida, particularmente en el parricidio, las mujeres generalmente tienen una historia de violencia intra familiar que no es alegada ni valorada como causa de legítima defensa.

En el caso de los delitos contra la libertad como el secuestro o contra la salud como el narcotráfico, generalmente no es planteado el tema de las relaciones de poder entre convivientes y /o familiares, ya que las mujeres sindicadas son aprehendidas por ser convivientes o familiares de hombres sospechosos de estar implicados en los ilícitos que a ellas les son imputados posteriormente. Estas mujeres no saben manejar armas, vehículos, equipos de comunicación, para el caso de los delitos como el secuestro. Son mujeres que saben cocinar y se les sindicó de preparar la comida a las personas secuestradas, sin valorarse jamás, si esta participación fue voluntaria o no, dentro del contexto de las relaciones de poder desigual en la familia.

El resultado de las decisiones en estos casos son condenas muy largas que no son susceptibles de beneficios carcelarios, hablamos de mujeres que bajo las circunstancias expuestas fueron juzgadas y condenadas a sesenta años de cárcel.

Es importante señalar que las aprehensiones de personas por delitos como el secuestro, está dirigida a personas generalmente pobres quienes sin duda son parte de aparatos bien organizados con vínculos a sectores económicos, políticos o sociales fuertes, que jamás son tocados o expuestos, haciendo ver las actuaciones del sistema penal como un ritual para la exposición intencional de chivos expiatorios.

El cuadro siguiente describe los bienes jurídicos tutelados por los cuales condenan con mayor frecuencia a las mujeres en Guatemala y como puede observarse de manera simple, la mayoría está excluida automáticamente, de obtener el beneficio de la redención de penas.

Nº	Tipo de delito	Cantidad en Nº
1	Delitos contra la vida (Asesinatos 24 Homicidios 18 Parricidio13)	55
2	Delitos contra la libertad	35
3	Delitos contra la salud (son delitos relacionados con la droga)	33
4	Delitos contra la propiedad (la mayoría son robos)	17
5	Delitos contra otros bienes jurídicos	4

Otro problema muy grave, es el relacionado con el procesamiento de mujeres indígenas sin intérprete, esto vulnera el derecho a la defensa de mujeres que hablan y comprenden poco o nada del idioma español y son juzgadas dentro de parámetros de valoración cultural diferente.

Las mujeres indígenas seleccionadas por el sistema penal, aunque son pocas, padecen los rigores de la exclusión más profunda por razones de género, clase y étnia.

Las condiciones en los centros carcelarios, tanto para prisión preventiva como para cumplimiento de condena son precarias. Los centros carcelarios del área rural carecen de todo tipo de acciones relacionadas con garantizar las condiciones mínimas de salud, educación y trabajo. Generalmente el centro está ubicado en una casa grande, la cual es utilizada para hombres y mujeres.

Las condiciones de los centros carcelarios de la capital ofrecen condiciones más favorables, no obstante las acciones realizadas por las autoridades no llegan a cubrir las garantías mínimas, en salud, educación y trabajo.

El 26% de las mujeres entrevistadas indicaron haber sido evaluadas al ingresar al centro. El 74% de las mujeres indicaron no haber sido evaluadas.

Durante las visitas efectuadas al COF para hacer el trabajo de campo, presenciamos el caso de una interna que nos manifestó haberse caído y como consecuencia tenía sumamente hinchado el brazo. Lo cargaba amarrado con un pañuelo.

Eso había ocurrido el día viernes, nosotros visitamos el centro el día lunes, dijo no haber sido evaluada por médico alguno, porque el médico no se presentó a sus labores el día viernes. De acuerdo con los procedimientos, si el médico no firma la orden para sacarle radiografía, no puede ser llevada al hospital. Tampoco le habían proporcionado ningún medicamento.

Preguntamos a la directora y confirmó que así era el procedimiento, pero que el médico llegaría esa tarde para evaluarla. A la siguiente semana volvimos a ver a la mujer y ya estaba enyesada del brazo, nos comentó que el médico llegó hasta el martes y hasta entonces, fue llevada al hospital donde la enyesaron porque tenía quebrado el codo.

No existen programas post carcelarios para las mujeres que cumplen condena, es evidente que la mayor preocupación de las mujeres para el momento en que sean puestas en libertad, es cómo garantizarse un trabajo que les permita sostenerse dignamente.

La preocupación es válida sobre todo cuando el sistema carcelario no proporciona durante la etapa de internamiento las condiciones necesarias para superar el estado de vulnerabilidad de las mujeres, sino más bien propicia a través de la capacitación para el trabajo, así como el trabajo mismo, el reforzamiento de los roles tradicionales de la mujer, por lo cual, sólo pueden desempeñar oficios y trabajos considerados femeninos y por consiguiente poco remunerados tanto dentro como fuera del centro carcelario.

Nuestra visita permitió comprobar que las mujeres indígenas, están asignadas al trabajo más duro y sucio de los que se pueden realizar en el centro, nuestra observación fue comprobada por la funcionaria encargada del área laboral del centro, quien indicó:

“La división del trabajo se hace por capacidad en algunos casos, por ejemplo, las personas indígenas, son aptas para trabajar en limpieza de frijol, porque son fuertes, están acostumbradas a cargar quintales, mientras que se les dificulta otro tipo de trabajo como el doblado de cajas, lo cual hacen de manera deficiente.”

Una mujer indígena que accedió a realizar una historia de vida indicó:

“Cuando uno trabaja tiene que enseñar que trabajo hizo y se tiene que firmar. Uno le enseña a la señora Blanqui. Con nosotros Lucrecia, una compañera, es la encargada del frijol. Ella lleva la lista. Antes había bastantes mujeres trabajando pero ahora hay pocas. Porque ese trabajo es duro. Pesa. Digamos las mujeres sienten duro, pero para mí esta bien. A mí me gusta ese trabajo porque estoy acostumbrada al trabajo pesado. Nosotras cargamos los quintales. Señora Blanqui dice: Como ustedes son indígenas aguantan a trabajar. Y si porque nosotros aguantamos a trabajar. Hemos 7 indígenas trabajando en el frijol. Porque digamos nosotras las de corte trabajamos en eso. Y aparte algunas ladinas. Las compañeras de corte todas tra-

bajan en frijol y hacen sus Güipiles (bordado). En caja y pita no trabajamos”

En ese sentido, este ejemplo probablemente sea el que más duramente ilustre la forma en que se organiza el trabajo y el sentido de esa organización que sencillamente busca reproducir una condición dada, reforzar roles asignados socialmente y en definitiva de ninguna forma busca fortalecer la confianza, el conocimiento, la capacidad y por ende transformar un estado de vulnerabilidad en uno de autonomía personal, de aptitud para alcanzar nuevas metas, afrontar desafíos, resolver problemáticas nuevas, con nuevas herramientas y destrezas.

Un aspecto preocupante es la arbitrariedad manifiesta en la disciplina de los centros. El estudio revela que lo prohibido es cualquier cosa y la forma de sancionar o la sanción misma depende de quien tome la decisión y la decisión la puede tomar cualquier autoridad, desde la Celadora, pasando por la Rectora y las demás personas que integran el equipo multidisciplinario en las áreas de trabajo social, legal, educativo laboral y medicina, hasta la Sub o la Directora del centro.

Una funcionaria del COF indicó:

“Una cosa que no sé ni como se sanciona pero que está prohibida es tener celulares, pero muchas tienen y saber como hacen para ingresarlos. La celda de aislamiento o bartolina, es una sanción que se aplica de 1 semana a 15 días.”

Esto provoca un uso constante y prolongado de la bartolina, que como se sabe es considerado un trato cruel e infamante, sobre todo cuando va acompañado de restricción de alimentos.

El uso excesivo de la coerción fue descrito por una mujer no indígena que ofreció una entrevista más profunda:

“Éramos 4. Nos atraparon nos llevaron a la dirección, allí nos hicieron preguntas, me quitaron los tenis y la directora ordeno que fueran a llenar las bartolinas de agua para que nos metieran allí sin zapatos por un mes y ordeno que no nos tenían que dar comida; que teníamos que pasar 8 días sin comer y sin tomar agua. Y a la que se acercara a la bartolina también la iba a meter. Pero gracias a dios unas compañeras muy buenas me pasaban comida en bolsitas. Un mes estuvimos en la bartolina. Esa directora era muy mala porque hubo un tiempo que, no nos traía atol, pasamos un mes sin tortillas. Algunas nos llevaba muy mal. A mí en lo personal me llevaba mal porque yo no fui oreja de ella; ella quería que todo lo que pasara yo se lo fuera a contar. Entonces yo no quise porque eso ya crea problemas. Y por eso ella no me llevaba bien, inclusive me decía: - Mira un día te voy a desaparecer, ya vas a ver algo te voy a hacer, porque no quisiste trabajar para mí.”

El aspecto inverso es la no investigación y deducción de responsabilidades hacia las autoridades denunciadas por corrupción o abuso de poder.

Una mujer no indígena que accedió a realizar una historia de vida describe:

“Cambian autoridades, entran otras y sigue lo mismos, eso nunca se va a terminar, si uno necesita algo y tiene dinero les habla a ellas (celadoras) uno le dice necesito tal cosa le doy tanto, ahí le traen las cosas que son prohibidas, pero la corrupción si existe en las autoridades... molesta porque a las visitas cuando vienen con su período les hacen que les enseñen si en realidad vienen con eso, la visita le molesta todo eso y para que tanto instigamiento a la visita, solo para teparle el ojo al macho.

Cuando necesitan un celular les pagan de Q500.00 a Q600.00 a las celadoras. Cualquier cosa pueden ingresar al centro. Una botella de licor a Q150.00 ó Q200.00 también los guardias ingresan cosas, sobre todo licor.

Ingresan drogas pero solamente son como 8 las drogadiclas”

Algunas mujeres denunciaron hechos tan serios como agresiones físicas, verbales e insinuaciones sexuales durante los traslados, cometidos por guardias, indicando que no se atreven a denunciar porque nunca pasa nada con las denuncias.

El estudio ofrece como resultado que el 20% de las mujeres entrevistadas manifestaron haber sido objeto de abusos durante el traslado, señalando como responsables a guardias del centro y a agentes del DOAN que a veces las trasladan.

Las formas de abusos de acuerdo con lo manifestado por las mujeres que indicaron haber sido víctimas, son: El 100% indicaron haber sido insultadas, El 33% señalaron que le hicieron insinuaciones sexuales. El 33% indicaron fueron agredidas físicamente.

Cuando se les preguntó sobre se había efectuado la denuncia de los abusos, el 33% indicaron que no. Esta situación es particularmente grave por cuanto que fueron quienes indicaron haber sido víctimas de insultos e insinuaciones sexuales.

Las mujeres que sí denunciaron indicaron: haber hecho su denuncia a las autoridades del centro, pero no hubo resultado, no se hizo nada.

Los centros carcelarios para mujeres son regidos con disposiciones androcéntricas, existe un exceso en el rigor aplicado en las restricciones. Esto se debe a que se toman las decisiones tomando en consideración los hechos de violencia que se cometen en los centros carcelarios para hombres. Las restricciones más visibles son las relacionadas con tener visitas, obtener beneficios como el trabajo extra-muro, o algo tan sencillo como la libertad ambulatoria dentro de los centros, principalmente en las mujeres que cumplen prisión preventiva, que aunque es un contra senti-

do, están más limitadas que aquellas que ya han sido declaradas jurídicamente culpables.

Otro tipo de disposiciones son claramente discriminantes por género. Principalmente lo relacionado con la visita. La visita íntima, las mujeres en prisión preventiva la tienen vedada. Con relación a la visita de familiares y amigos, existe un trato desigual si la visita es hombre o mujer, a las mujeres que visitan les obligan a llevar vestido o falda, y las someten a registros corporales que pueden calificarse de vejámenes, mientras que a los hombres visitantes, no los someten a este tipo de abusos.

En términos generales los centros carcelarios son cajas cerradas, no se permite el acceso fácilmente a las organizaciones pro-derechos humanos, a excepción de la Procuraduría de los Derechos Humanos, las autoridades limitan el acceso, no tienen adecuado registro de las personas privadas de libertad, no transparentan los registros que llevan y cuando son entrevistadas niegan la existencia de problemas como forma de resguardarse de posibles acciones en su contra.

Finalmente el estudio concebido dentro del marco de la investigación acción, ofrece pistas para una acción inmediata que permita transformar situaciones propiciatorias de violaciones a derechos humanos de las mujeres privadas de libertad en Guatemala.

Acciones prioritarias

Situación de aprehensión.

Tomando en cuenta la complejidad de este problema, se estima que para intervenir en el mismo se debiera iniciar acciones como las siguientes:

- a) **Hacer visible el problema.** Denunciando el abuso policial en contra de las mujeres. Procurando promover en la opinión pública una actitud de rechazo hacia este comportamiento perjudicial para la paz social que reclama controles efectivos sobre el mismo.
- b) **Sensibilizar a quienes toman decisiones de Política Criminal** respecto a la necesidad de fortalecer el acceso a la justicia penal para las mujeres, fundamentalmente en el tema del abuso policial. Es prioritario fortalecer el sistema de protección para quienes investigan internamente el abuso policial y erradicar el uso de las comisarías como centros de detención.
- c) **Divulgar los derechos y garantías** que asisten a las mujeres al momento de ser aprehendidas como medio de limitar el espacio de actuación arbitraria de la PNC.
- d) **Apoyar divulgando la existencia de instituciones** como la Procuraduría de los Derechos Humanos a las que se puede acudir en caso de sufrir o conocer sobre un abuso policial.
- e) **Crear registro de denuncia sobre abuso policial**, captadas en diferentes instancias del sistema penal y organizaciones de derechos humanos. **Motivar al registro de las denuncias de abuso policial en las instancias del sistema penal.** Incidir para la transparencia de los registros existentes.

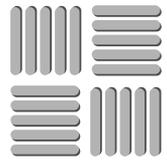
Situaciones de Prisión preventiva y cumplimiento de condena.

- **Sensibilizar** a la sociedad en general y organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos, sobre la situación de violación de derechos

humanos a las mujeres en conflicto con la ley penal.

- **Capacitar a funcionarios de todas las instancias en la temática de género y justicia penal**, especialmente proporcionándoles herramientas útiles que les permita fortalecer su trabajo en casos de mujeres en conflicto con la ley penal.
- **Monitoreo de centros de detención.** Accionar coordinadamente desde organizaciones de derechos humanos para la observación de las condiciones de los centros y establecer canales de comunicación con las autoridades penitenciarias a fin de que se garanticen los derechos humanos de las mujeres en conflicto con la ley penal.
- **Normas reglamentarias para gestión interna de los centros.** Es fundamental para minimizar abusos por parte de las autoridades que se reglamente el relacionamiento al interior de los centros especialmente en lo relativo a procedimientos relacionados con: Denuncias, quejas y/o solicitudes de las mujeres privadas de libertad y Régimen disciplinario.
- **Utilizar el litigio estratégico de casos** para la efectiva protección de derechos humanos a las mujeres privadas de libertad, particularmente en los casos de las mujeres indígenas, mujeres que sufran violencia sexual, mujeres con enfermedades graves y crónicas; y aquellas que sufran tratos crueles, degradantes e inhumanos. •

Otros barrotes



CHILE: LAS CÁRCELES DE LA MISERIA

MARTÍN BESIO HERNÁNDEZ
ÁLVARO CASTRO MORALES

Abogados, investigadores y profesores de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

PRESENTACIÓN

El presente artículo constituye un resumen de la investigación realizada en el marco del Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, en su versión 2005, que elabora periódicamente la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. La investigación, capítulo central de la publicación, centró su contenido en un análisis de las condiciones penitenciarias vigentes en Chile tanto desde un punto de vista normativo como desde la óptica de las prácticas que es posible constatar al interior del sistema, y ambas en su contraste con las exigencias mínimas contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos, obligatorios para el Estado chileno.

En términos generales, la investigación da cuenta de las serias falencias que presenta el sistema carcelario chileno y el modo en que ellas impactan en los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Entre las más importantes, la sobrepoblación y el consecuencial hacinamiento de los recintos penales; la existencia de una práctica generalizada de tortura a internos por parte de los funcionarios de Gendarmería; la existencia de prácticas de corrupción e irregularidades funcionarias; la inexistencia de mecanismos de control y sanción; problemas en

materia de seguridad; abusos en el régimen de visitas; y un deficiente acceso a las prestaciones de salud. Todos ellos constituyen núcleos problemáticos que se generan en hombres, mujeres y adolescentes privados de libertad, aunque con diferentes intensidades. Por último, el estudio hace un análisis crítico de las principales políticas implementadas por Estado Chileno para descongestionar las cárceles.

El resumen aquí contenido sólo expondrá lo relativo a la sobrepoblación y hacinamiento y a la existencia de prácticas institucionalizadas de tortura a reclusos, además de una breve reseña de la metodología empleada en la investigación.

I. CONDICIONES BÁSICAS DE VIDA. HACINAMIENTO, PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS.

Existe un consenso bastante generalizado en cuanto a que el hacinamiento –y, por cierto, sus consecuencias inmediatas– constituye uno de los problemas centrales del sistema penitenciario chileno. Se trata, en estricto rigor, del problema relativo a la falta de plazas o cupos en los penales derivado de la gran cantidad de personas que se mantienen e ingresan año a año al sistema. Es, objetivamente, un problema de infraestructura:¹ las cárceles simplemente

¹ Ello, con todo, no quiere decir que la solución del problema penitenciario pase únicamente por la construcción de más y más cárceles. Aquí sólo se trata de graficar la desproporción existente entre el alto número de personas atendidas por el sistema y su capacidad real.

no dan abasto. Esta situación, sin embargo, no va acompañada de una atención significativa de la opinión pública al respecto.

De acuerdo a las cifras de Gendarmería de Chile (Institución encargada de la ejecución de la pena en Chile), al mes de septiembre de 2004 el sistema penitenciario atiende a un total de 66.103 personas. De tal cantidad, 35.355 personas (53,48% del total) se encuentran en el sistema cerrado –que corresponde a aquellos internos recluidos en los recintos penitenciarios del país–, 505 (0,76% del total) se encuentran en el sistema semi abierto –donde el cumplimiento de la condena se realiza en un Centro de Educación y Trabajo que puede ser de carácter rural (colonias agrícolas) o de carácter urbano (talleres industriales)-; y 30.243 personas (45,75% del total) se adscriben al sistema abierto, donde el cumplimiento total o parcial de la pena se verifica en el medio libre.

Lo central, con todo, radica en la falta de capacidad de los recintos penales para atender de manera satisfactoria a la cantidad de reclusos en contacto con el sistema penitenciario. Así, de acuerdo a las cifras existentes, el sistema penitenciario chileno cuenta con una capacidad real de atención de aproximadamente 22.000 internos, lo que genera un déficit –si se considera que al 28 de febrero del 2005 Gendarmería atiende en el sistema cerrado a más de 38.092 personas- de aproximadamente 16.000 plazas².

Si bien la sobrepoblación carcelaria alcanza a la gran mayoría de las unidades

penales a lo largo del país, existen recintos penales más problemáticos que otros. En efecto, en algunos casos, el porcentaje de déficit de plazas es superior al doble de la capacidad original del establecimiento. Así, por ejemplo, en el mes de junio de 2004, el CDP de Limache atendía a 252 internos, con una capacidad real de sólo 54; el CCP de Rancagua contaba con 933 reclusos siendo su capacidad sólo de 250; el CDP de Puente Alto posee una capacidad de atención para 560 personas y atendía a 1.709; en la ex penitenciaría hay cerca de 5154 reclusos, mientras su capacidad es de 2.400; y el CCP de Concepción posee una capacidad de atención de aproximadamente 950 personas y en octubre atendía a más de 1.900³. En la siguiente tabla se indican los recintos penales con mayores índices de sobrepoblación a lo largo del país.

Cabe precisar que las cifras existentes con relación a los niveles de hacinamiento del sistema penitenciario chileno no siempre concuerdan⁴. De acuerdo a una investigación realizada por la Fundación Paz Ciudadana⁵, esta diferencia se explicaría en razón de las distintas formas de entender la idea de “capacidad del recinto penal”, ya que algunos estiman que correspondería a la capacidad para la que el recinto fue diseñado originalmente y otros incorporarían a tal concepto el aumento de plazas obtenido mediante ampliaciones realizadas con posterioridad, disminuyéndose considerablemente, en las cifras, los índices de hacinamiento. El estudio advierte que a la hora de analizar las cifras de hacinamiento carcelario

² Fuente: información publicada en www.gendarmeria.cl, que incluye datos actualizados al 28 de febrero de 2005.

³ Fuente: El Mercurio, página A10, 13 de julio de 2004; además de información obtenida directamente de recintos penales visitados en la investigación objeto del presente informe. Las cifras respecto del CCP Buin, CDP Castro y CDP San Miguel corresponden al año 2002; en el caso del resto de los penales, las cifras son del año 2004.

⁴ De hecho, mientras las cifras de Gendarmería permiten concluir una cifra cercana al 40%, la prensa estima una cifra próxima al 60%.

⁵ Paz Ciudadana, "Políticas y programas de rehabilitación y reinserción de reclusos: experiencia comparada y propuestas para Chile", año 2004.

debe considerarse la calidad de las plazas que se obtienen por medio de las ampliaciones de recintos penales, pues, en caso contrario se alteraría la representatividad de tales indicadores. En efecto, sostiene que en el análisis del aumento de plazas no se cuenta con estándares acerca del espacio por recluso en las celdas, comedores, talleres, baños o patios, lo que genera distorsiones de la realidad. Así, el estudio indica, a modo de ejemplo, que según la información disponible, el CCP Copiapó aumentó su capacidad de 122 plazas originales a 435 plazas, pero sólo con inversión en baños y patios, por lo que se puede presumir que la calidad de las 122 plazas originales no es equivalente a la de las 435 finales. La advertencia consiste, entonces, en que las cifras existentes pueden encubrir tasas de sobrepoblación penal aún mayores.

En el contexto latinoamericano, las diferentes cifras concuerdan en que Chile es el Estado que cuenta con un mayor número de reclusos por cada 100.000 habitantes, con una tasa de 238 presos en el año 2003, superando por mucho al resto de los países. En efecto, Uruguay cuenta con una tasa de 166; Brasil, 161; México, 156; Argentina, 107; Perú, 104; Venezuela, 76; y Ecuador, 59. Así puede apreciarse en la siguiente tabla comparativa:

La siguiente tabla muestra la evolución en Chile de la tasa de reclusos cada 100.000 habitantes. En el año 1995 era de 155, en 1998 de 181, en 2002 de 231 y en 2003 de 238. La tasa de crecimiento en el período 1995-2003 es de aproximadamente 54%.

1995	1998	2002	2003	% crecimiento
155	181	231	238	54%

Como ya señalamos, un recinto penal sobre poblado, además de constituir una infracción al derecho de cada recluso a tener un espacio mínimo suficiente para desenvolverse, genera una serie de perjuicios adicionales, entre ellos el deterioro en la calidad de las prestaciones que recibe la población penal como consecuencia de la distribución a un mayor número de personas; deficiencias en la seguridad de los penales; aumento de la tasa de motines y huelgas; y un mayor aumento de la violencia entre los reclusos entre sí y entre éstos y funcionarios de Gendarmería, el que escapa al control institucional. Se trata de que todos los problemas inherentes a la vida en la cárcel aumentan considerablemente cuando existe gran cantidad de personas reclusas en un lugar que carece de condiciones para ello.

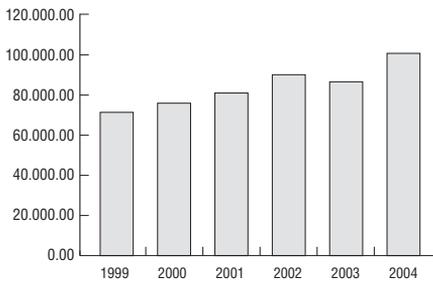
En el mismo sentido, todos los actores del sistema penal entrevistados (jueces, defensores penales públicos, fiscales, abogados, gendarmes) coincidieron en que el hacinamiento es un problema generalizado del sistema chileno. Así, por ejemplo, un Juez de Garantía sostuvo que “no hay ninguna cárcel de Chile donde no hay hacinamiento, sólo la cárcel de Isla de Pascua no está hacinada. Yo la conocí porque fui Juez de aquella isla, pero todas las demás están hacinadas, la de Yumbel, el Manzano, la de Victoria, Nacimiento, Los Ángeles, en fin, todas con hacinamiento. Bueno, en Arica hay bastante hacinamiento y se encuentran los internos en una situación deficiente, por ejemplo, no hay espacio recreacional, tienen un encierro que va más allá del que corresponde y el Estado no entrega recursos para reeducar...”

La escasez de recursos ha sido la explicación recurrente por parte de las autoridades a la hora de enfrentar los problemas que evidencia el sistema carcelario chileno, especialmente en materia de infraestructura y seguridad. En tal sentido, de

acuerdo a un estudio realizado por la Fundación Paz Ciudadana el año 2004⁶, el costo de manutención por interno en junio de 2003 alcanzó los \$6.832 diarios (aproximadamente US\$10 en la época). Considerando el número de personas recluidas a esa fecha, se estimó un presupuesto diario de 240.618.962 millones de pesos por concepto de manutención de los internos a nivel nacional y un presupuesto anual equivalente a 87.825.921.014 millones de pesos.

Cabría agregar, además, que el presupuesto anual de Gendarmería, de acuerdo al informe ya citado, ha mostrado una tendencia al aumento durante los últimos años. En efecto, entre 1999 (72.502,9 millones de pesos) y 2004 (101.222,3 millones de pesos) tuvo un crecimiento promedio anual de 7,1%. Tal información es ilustrada por medio del siguiente gráfico:

Presupuesto Gendarmería



Ahora bien, luego de esta visión general del problema de sobrepoblación carcelaria chilena a la luz de las cifras existentes, enunciaremos sus principales consecuencias en concreto, esto es, cómo se materializa en la vida diaria de los reclusos la falta de infraestructura necesaria para atender a la población penal actual del sistema chileno. Se trata, en definitiva, del hacinamiento y sus consecuencias directas.

a) Celdas

Las celdas constituyen el espacio más importante en la vida diaria de los reclusos, pues es en ellas donde pasan la mayor parte del tiempo al interior de las cárceles. Si bien la jornada diaria de los reclusos está sujeta a los reglamentos internos de cada Penal, y por ello pueden existir algunas diferencias de horario entre unos y otros, la regla general es que los internos estén la mayor parte del día en sus respectivas celdas y sólo pasen entre 5 o 6 horas como máximo afuera de ellas, ya sea en los patios o en los pasillos de los módulos o de la unidad penal de que se trate.

En términos generales, la jornada diaria al interior de los recintos penales se estructura de la siguiente manera: comienza con la levantada, alrededor de las 8 AM, seguida inmediatamente de la llamada “cuenta”, proceso mediante el cual los gendarmes verifican –contando a los internos- que la población penal esté completa y que no haya existido alguna fuga de reos durante la noche. Este conteo de internos tiene una duración variable dependiendo del número de reclusos del recinto penal y de los problemas que se generen en la revisión, llegando en algunas unidades, como en el CDP Santiago Sur, a durar más de dos horas y media, afectando, por ello, el horario de visita de los abogados. Luego de la cuenta, se produce el desencierro de los reclusos, que es el momento del día en que los internos dejan las celdas y pueden acceder a los patios del recinto por aproximadamente 2 horas. A mediodía los internos deben volver a sus celdas para efectos del almuerzo por el mismo lapso (2 horas). Luego de ello, existe un nuevo desencierro por alrededor de tres horas, para después, alrededor de las 5 PM, llevarse a efecto un nuevo proceso

⁶ Op. cit. Paz Ciudadana.

de cuenta de los internos y procederse aproximadamente a las 6:30 PM el encierro de los reclusos en sus celdas hasta la levatada del otro día. Cabría precisar que una vez verificado el encierro de los internos, los módulos y galerías quedan sin la vigilancia de los gendarmes.

Existen, sin embargo, unidades penales en que algunos internos se encuentran todo el día en sus celdas, sin poder acceder a los patios del recinto. Así, por ejemplo, de acuerdo a un informe realizado por CONFAPRECO,⁷ en el CDP Santiago Sur (ex Penitenciaría) existen dependencias que no cuentan con salida al 'óvalo', esto es, al único patio del establecimiento penal. Ello ocurriría en los casos de las calles 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14 y 15, la galería 12 y los módulos A, B, C y D; en total, más de 1.600 personas. Lo anterior es justificado por Gendarmería en razón de la seguridad de los propios internos, pues, en la mayoría de dichas calles se encuentran delincuentes primerizos, personas que tienen problemas con el resto de la población penal y reclusos que se encuentran en rehabilitación. En otros establecimientos penales ello, sin embargo, no ocurre. Así, por ejemplo, en el CCP de Concepción, recinto más moderno que la ex Penitenciaría, no existe un único patio para toda la población penal, sino que, cada módulo –en el que se encuentran internos de similares características– cuenta con un recinto al aire libre al que pueden acceder los internos durante los tiempos de desencierro.

En suma, entonces, y pese a casos especiales en que los internos no tienen

acceso a patios o recintos al aire libre, los reclusos pasan aproximadamente entre 18 y 19 horas de cada día en sus respectivas celdas y sólo 5 o 6 horas fuera de ellas.⁸ Es por ello que adquieren especial relevancia las condiciones de infraestructura e higiene en que se encuentran las celdas.

En concreto, las celdas están constituidas por un espacio bastante reducido en que habitan demasiadas personas. Producto de ello, los internos no cuentan con un espacio mínimo para desenvolverse ni para gozar de un mínimo de privacidad. No es raro encontrarse con internos que duermen en el piso o incluso en los baños o que 2 o más reclusos compartan una misma cama.

En tal sentido, por ejemplo, un recluso entrevistado sostuvo que:

"En la galería 8 habemos como 180 y algo... tiene 36 piezas... 36 piezas más o menos, deberían tener máximo unas 3 personas por pieza... o sea, yo creo que máximo, máximo deberían tener unas 90 personas por galería... no toda la gente tiene cama, hay harta... yo creo que un 30% están durmiendo de a 2 las personas, porque no hay colchones, acá no hay colchones, las piezas son de más menos una medida de 2 x 2 y hay piezas en que viven 7 personas... 7 personas en un cuadrado, en un paje de 2 x 2".

(CDP Santiago Sur)

Otro interno señaló que:

"(...) vivimos al lado del baño, habemos como 25 durmiendo afuera, hay camas en el baño con unas frazás colgás en las ventanas, nosotros tenemos camas hasta en el baño, mitad cama y mitad pasillo y algunos mean en

⁷ CONFAPRECO (Confraternidad de familiares y amigos de presos comunes), Informe N° 1 CDP Santiago Sur, marzo de 2004.

⁸ El artículo 27 del Reglamento Penitenciario prescribe que el horario que rige las actividades de los establecimientos penitenciarios debe fomentar "hábitos similares al del medio libre, tales como horas de inicio y término de la jornada diaria, y de alimentación, garantizando al menos ocho horas diarias de descanso. En el resto del horario deberán atenderse las necesidades espirituales y físicas, las actividades de tratamiento, formativas y culturales de los internos".

la puerta, ahí mismo, te salpican el meo en la cara, te pasan a llevar ... eso pasa en la torre 1, en la 2 y se levantan y mean como si estuvieran en el living de su casa y no están ni ahí po”

(CDP Puente Alto)

Según otro recluso entrevistado:

“(…)Yo vivo en el módulo 3... el módulo completo es, sin mentirle, para unas 200 personas, 50 por pabellón... son 4 pabellones... todos tienen camas, pero es que se duerme mal, es que están sobrepasados...si son para 200, hay 280... y durmiendo de a 2, hay hartos que duermen de a 2... yo duermo sólo si, porque yo algo llevo ya... yo ya llevo 10 años ya...”

(CCP Concepción)

Otro interno, en el mismo sentido, explicó:

“(…) hay calles, por ejemplo, calles que en el invierno, ahora ya no es tanto, ahora que gracias a Dios llegó el verano, pero en el invierno duermen en una cancha de baby futbol, a la intemperie... deben ser más o menos un promedio de 100 personas durmiendo a la intemperie... se hacen carpas con frazás... y la humedad, imagínate la humedad y el frío... y a veces consiguen nylon, tratan de poner el nylon encima, pero los pacos⁹ les sacan el nylon... ni con eso... o por último que los pacos les dijeran “ya, puta, un poco de nylon pa disminuir la humedad” y todo eso... y no po...”

(CDP Santiago Sur)

De acuerdo a otro recluso:

“Hay muchas personas...eeeh, por ejemplo, en el dormitorio hay 65 personas...donde nosotros vivimos hay 12...en los dormitorios hay 8 cuadras, 2 cuadras pequeñas y 6 más grandes, en cambio la mayoría de las carretas son de 8, 10, 12...no todos tienen camas...son 8 camas no más, hay que dormir de a 2 o, si no otros duermen en el suelo...porque hay que tratar de acomodarse. Yo igual tengo mi cama, es que es por el orden de llegada, cuando va llegando uno...”

(CCP Chillán)

Otro interno expuso:

“Debería haber 60 y somos 117... hay gente que duerme en el baño. Por ejemplo, yo no puedo ir en la noche al baño, como la gente duerme en el suelo no puedo pasar... a las 10 de la noche estoy en mi cama... yo vivo en la torre 3, pero en el piso 2 y creo que es la torre y el piso más tranquilo, pero arriba se escucha gente gritando por las ventanas pidiendo comida, pan, porque no tienen qué comer, se escucha en la noche que se pelean...”

(CDP Puente Alto)

Según otro recluso:

“(…) mira, en el módulo en que estoy ahora estaba sólo, pero en los demás módulos viven de a 3 o 4 en una pieza de 2 x 3... 180 personas pa 2 pisos, cada piso tiene 14 piezas... por 2 serían 28 personas, que es lo razonable... con 3 se hace imposible, más la ropa y las cosas, el baño... además, hay baratas, pero eso es normal, zancudos, ratones, no...”

(CDP Arica)

De acuerdo a otro preso:

“(…) en mi calle viven 500... en la noche no se puede caminar por la calle, se llena y arman carpas y cuando caminai pa el baño ni se puede caminar... viven 9 personas en mi celda, 5 arriba y 3 abajo, 2 afuera en una chara que es como carpa... sólo hay una litera, las demás las armamos nosotros... dormimos super incómodos... en una cama duermen 2, hay una sola litera... las demás las hacemos nosotros en el suelo...”

(CDP Santiago Sur)

Otro recluso explicó:

“Yo vivo en una celda de 4 metros de largo por 3 metros de ancho... es como para 2 o 3 personas y nosotros vivimos 5 ahí, pero en otros lados viven 10, 12 hasta 20 personas. Lo más común es ver gente durmiendo en el suelo porque en las literas caben 4 camas y los demás al suelo, sin agua potable porque no hay un siste-

⁹ Los reclusos a los funcionarios de Gendarmería les dicen “Pacos”.

ma donde en la pieza tengai agua y teni que juntar pal día siguiente”

(CCP Rancagua)

En el Complejo Penitenciario de Valparaíso, uno de los más modernos de Chile, solamente existen celdas individuales, esto es, celdas diseñadas para albergar a sólo un interno. Sin embargo, y dada la sobrepoblación existente, es común que tales celdas sean compartidas por 2 y en algunos casos 3 internos.

Así, un recluso explicó:

“Yo vivo en una celda y vivo sólo, pero hay gente en otros módulos viviendo de a 2 o de a 3 y de a 3 es complicado porque el espacio es chico y hay un solo baño y el aseo depende de uno...”

(CCP Valparaíso)

Bastante representativo es el caso de un interno entrevistado en el CCP de Concepción, de 18 años de edad, que por primera vez, y hace sólo un par de días, se encontraba en la cárcel. Explicó que lo ingresaron al módulo, cerraron las puertas y le indicaron que se las arreglara como pudiera. Además, sostuvo:

“(...) estoy durmiendo con otro caballero, desde ayer... hay 4 camas y hay 14... duermo con un caballero, a los pies... y no tengo frazada, no tengo nada... desde el martes... no me dieron nada, llegué así, eso no más, ellos [los gendarmes] se encargan de hacer la cuenta no más, de ver que estén todos, eso no más...”

(CCP Concepción)

El hacinamiento en algunas cárceles ha llegado a niveles tan importantes que el hecho de que un interno pueda contar con una cama para él solo, sin tener que compartirla, es considerado por los reclusos como una situación excepcional. Así, por ejemplo, en el CDP Puente Alto, dados los índices de hacinamiento existentes, uno de los pisos de la torre 3 es denominado

por los propios internos del penal como “la playa”, porque, de acuerdo a un recluso, “es como estar de vacaciones”, por las condiciones en que se encuentran los internos que ahí habitan: todos duermen en camas, se trata de un piso limpio y, aunque sólo cuenta con una ducha, tiene agua caliente, la que es costeada por los propios internos.

Otro aspecto problemático que pudimos constatar radica en la falta de implementos básicos de higiene y comodidad en las celdas. En efecto, no todos los reclusos duermen en colchones y menos aún cuentan con frazadas para protegerse del frío, cuestión grave si se considera que un alto porcentaje de los presos duerme en el suelo o incluso en los baños del penal. De acuerdo a los internos entrevistados, Gendarmería sólo entrega colchones o frazadas a algunas personas, por lo que la mayoría los obtiene a través de las visitas de sus familiares o amigos.

La escasez de tales implementos, genera peleas entre los propios internos para obtenerlos, llegando en muchos de los casos a quitárselos por medio de la fuerza a los beneficiados con ellos. Cabe resaltar que al referirse a esta materia el Reglamento Penitenciario establece que “[t]odo interno tiene derecho a que la Administración Penitenciaria le otorgue al menos el catre, colchón y frazada”.

En tal sentido, uno de los reclusos entrevistados, frente a la pregunta de si contaba con un colchón para dormir, sostuvo que:

“No, porque los choros lo quitan... son los choros de abajo, porque son pasados pal ripio, cogotean a la gente con manilla cuando llegan con cosas, o bonitos de pie a cabeza... los cogotean... los gendarmes no hacen nada porque no saben quiénes son... si a mí me cogotean yo no diría ná, no diría ‘sabe mi cabo, tal persona’ porque a la persona se la llevan castigá, y

si uno sapea, después los mismos machucaos te pegan o te mandan a pegar de otras torres...”.

(CDP Puente Alto)

En el caso de los implementos de aseo, como jabón, pasta dental, cepillo de dientes, papel higiénico y otros, los reclusos deben adquirirlos en el economato del recinto o, también, por medio de sus visitas. El problema se agudiza en el caso de aquellos internos que no cuentan con dinero para adquirir tales productos en el Penal o que no reciben visitas, ya sea por castigo o porque simplemente nadie los va a ver, teniendo en muchos casos que compartir con sus compañeros de celda tales implementos.

Contraste con los estándares internacionales

Con el objeto de poder contrastar la realidad de las cárceles chilenas en relación a los parámetros internacionales existentes, nos referiremos brevemente a las normas de derechos humanos que establecen y desarrollan los estándares mínimos que el Estado debe satisfacer en los recintos penitenciarios a su cargo.

En tal sentido, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el principal instrumento que regula en algún grado de detalle las condiciones carcelarias está constituido por Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, adoptadas en 1955 y ampliadas en 1977 y 1984. Las Reglas Mínimas han sido complementadas, desde entonces, por otros documentos de Naciones Unidas, que han enfatizado o elaborado aspectos humanitarios en las condiciones penitenciarias y el trato a los reclusos y han reconocido otros derechos a los presos. Estos instrumentos son, entre otros:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966);
- La Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984);
- El Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas Sometidas a Cualquier forma de Detención o de Encarcelamiento (1988);
- Los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos (1990).

Sin perjuicio de la regulación que brindan los instrumentos internacionales antes indicados, son las Reglas Mínimas las que establecen con mayor detalle parámetros básicos a que deben sujetarse los recintos penales. Por ello, en lo que sigue, confrontaremos los problemas detectados en las cárceles chilenas con los estándares de las Reglas Mínimas.

En relación a las celdas y dormitorios las Reglas Mínimas prevén como regla general que los presos se encuentren en celdas individuales y sólo excepcionalmente admiten la existencia de dos o más personas en un mismo cuarto. En tal sentido, la Regla 9 establece que “[/]as celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de la población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual”. En el mismo sentido, refiriéndose ahora a las personas no procesadas –y, por ello, consideradas como inocentes–, la Regla 86 establece que “[/]os acusados deberán dormir en celdas individuales, a reserva de los diversos usos locales debidos al clima”. Por otro lado, la Regla 11 establece que en los lugares donde los reclusos tengan que vivir o trabajar “(...) las ventanillas tendrán que ser suficientemente gran-

des para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural; y deberán estar dispuestas de manera que pueda entrar aire fresco, haya o no ventilación artificial. La luz artificial tendrá que ser suficiente para que el recluso pueda leer y trabajar sin perjuicio de su vista”.

b) Higiene

Una de las consecuencias directas del hacinamiento en los recintos penitenciarios está dado por las precarias condiciones de higiene a que están expuestos los reclusos la mayor parte del tiempo. En efecto, y como ya señalamos, el acceso al aseo personal es deficiente y las instalaciones son insuficientes dado el gran número de personas que las utilizan. En algunos casos, como en el CDP Santiago Sur o en el CCP de Concepción, existe una ducha para más de 100 personas. Producto de ello, además, no siempre se encuentran en buen estado y en algunos casos simplemente no funcionan.

Así, por ejemplo, de acuerdo al informe realizado por CONFAPRECO en marzo de 2004, en el CDP Santiago Sur las condiciones sanitarias son deplorables e insuficientes para la población penal. Específicamente, para una población de 4.392 personas, existen 67 tazas turcas, 67 duchas y 63 lavamanos, esto es, un promedio de una taza turca cada 64 internos, una ducha cada 64 internos y un lavamanos cada 69 reclusos. Además, el informe agrega que dado el intenso uso de tales dependencias y la falta de mantenimiento adecuada, alrededor de un 40% de la infraestructura sanitaria se encuentra en malas condiciones.

En el mismo sentido, un Juez de Garantía, refiriéndose a la cárcel de Calama, sostuvo que en ella “(...) hay un baño por pabellón, en cada pabellón hay 50 personas y algunos pabellones no tienen baño,

sólo hay un retrete y la ducha es un tubo que tira agua. Te hablo de un espacio físico donde no caben más de 20 personas, en Calama el recinto fue hecho para 150 personas y hay más de 350. El pabellón de los imputados es el más asqueroso de todos y lo más terrible es la instalación eléctrica, los cables están colgando, no hay aislamiento del sistema eléctrico y cualquier persona podría electrocutarse o causar un incendio. La parte de los imputados era un patio donde funcionaba un taller y sólo le pusieron un techo y separaciones para poner módulos...”

Uno de los reclusos entrevistados describió los baños de la siguiente manera:

“Lo más asqueroso que podís ver...los baños son...empezando, primero que ná, no tienen tazas...es como un hoyo con 2 pisaderas, como 2 plantas de pie adonde tenis que estar ahí y es como estar haciendo en la tierra o en cualquier parte...no tienen desagüe, o sea no hay agua, o sea, si tú no le tirai agua pa que corra eso, no corre, o sea, se amontona no ma ahí...eeeh hay una pura ducha para 180 personas... una ducha...o sea, no es una ducha sino que es una cañería que está cortada, que cae el agua de ahí y que es pa los 180 personas, 182 personas...eeeh lavadero, llaves de mano, como para lavarse las manos, como para lavar la loza o las cosas que tú querí, son 2...son 2 en la galería por lo menos, que es pa 180 personas...”.

(CDP Santiago Sur)

Otro interno señaló:

“No hay tazas. Yo tengo una incomodidad terrible para ir al baño, no hay tazas, hay un hoyo, después uno le tira agua y queda limpio... yo tengo que usar una banca... imagínese que hay 3 hoyos para 117 personas...”.

(CDP Puente Alto)

Según otro interno:

“(...) malos, abajo y arriba, son insalubres. Nosotros arriba tratamos de mantenerlo lo más bien posible, poniendo cloro y eso lo abastecemos nosotros mismos poh, con plata que se

hace uno mismo en el dormitorio porque acá Gendarmería no da nada... nooo, hay que pedirlo y al pedirlo te tramitan y te piden la plata, pero no es como debería ser, semanalmente o continuamente que te deberían dar el baño limpio... hay una pura ducha pa los dormitorios y somos como 35... somos pocos ahí en ese dormitorio porque hay otros dormitorios donde hay hasta 80 personas..."

(CCP Chillán)

Tanto en el caso de las celdas como de los baños, son los internos los encargados de mantenerlos limpios debiendo, por ello, asumir los costos económicos de los diferentes productos necesarios para mantenerlas en condiciones higiénicas aceptables, lo que no siempre ocurre. Tales productos, con todo, como cloro para los baños o detergente para el lavado de la ropa, son vendidos por Gendarmería en el economato al interior de los diferentes recintos penales.

A pesar de que por regla general los baños se mantienen en precarias condiciones higiénicas, su limpieza se torna una necesidad imperativa respecto de los internos que viven ahí. Así, un interno en esa situación expresó:

"Los baños son limpios porque los mismos hermanos los limpiamos y lo mantenemos limpio... mal que mal, se vive ahí. Yo soy mozo, así que limpio, bajo la basura, pero igual duermo afuera... los choros tienen su carreta y si no soi choro no te reciben... a mí no me recibieron, por eso vivo afuera, en el baño del pasillo..."

(CDP Puente Alto)

Una de las principales consecuencias derivadas de las condiciones higiénicas deficitarias de los baños y celdas consiste en la existencia de enfermedades, infecciones y plagas, las que son percibidas como normales por la población reclusa, casi como parte del entorno natural del recinto.

En tal sentido, uno de los entrevistados expuso:

"(...) generalmente los bichos en este tiempo, en el verano, es el chinche, que es una hueá pero insoportable... de repente en los veranos, la bichuca, los ratones, los guarenes... puta, no andan gatos porque los guarenes se comen los gatos... porque pasan generalmente los alcantarillados tapados... al estar tapados salen los guarenes arriba... si tú andai, por ejemplo, de repente en el óvalo, arriba, veí 4 o 5 guarenes inmensos corriendo y arrancan pa allá o muertos, ratones así muertos... porque están los alcantarillados tapados..."

(CDP Santiago Sur)

Según otro recluso entrevistado:

"Las celdas son cochinas, si ya tienen hartos años ya... aparte que hay tanta gente que se puede mantener un rato limpia, pero después se ensucian al tiro... aparte está lleno de bichos, están en todas las viviendas, en las paredes y con el frío se congelan y en el verano con el calor se pasan y salen bichos nuevos... esa hueá da alergia en el cuerpo... y hay ratones, en el piso de abajo hay caleta de ratones..."

(CCP Concepción)

Otro interno, en el mismo sentido, sostuvo:

"(...) andan caleta de bichos, bichuca, baratas, chinches, las bichuca se meten en la oreja y no la podí sacar, duelen caleta y es peligroso porque te ponen huevos adentro de la oreja y podí volverte loco... hay ratones en la torre, me levantaba al baño y en los alcantarillados cercanos al baño habían caleta de guarenes, parecían gatos, además hay basura en las canaletas de al medio..."

(CDP Puente Alto)

De acuerdo a otro interno:

"...bichuca... y son molestas porque son como carnívoras... igual han desinfectado... por suerte las personas con que vivo son limpias, pero las personas que no tienen casa... ellos viven en el pasillo y sus cosas están debajo de las camas o por ahí tiradas... los baños pasan siempre con agua y eso tira mucha humedad..."

igual se trata de limpiar el baño...”

(CDP Puente Alto)

Otro recluso indicó:

“Los chinches son como parte de la vida de uno, son como un compañero más en la pieza y ahora salieron unos bichos como baratas, parecidas a la bichuca, que hay una plaga y andan en todos lados, en la comida, en la madera y de repente te pican caleta...”

(CCP Rancagua)

La experiencia de CONFAPRECO en materias carcelarias corrobora el escenario entregado por los internos. Así, de acuerdo a Manuel Henríquez, su secretario ejecutivo, “Nosotros hemos presenciado personalmente las condiciones de higiene al interior de los penales. El otro día conversé con una persona que tenía el brazo entero llenos de hongos y llevaba cinco meses pidiendo atención médica. Es bastante común ver personas con garrapatas, personas con ladillas y piojos para qué decir. Incluso hay personas con tuberculosis producto de la suciedad de los recintos. Dicen que la tuberculosis está erradicada hace no sé cuántos años de Chile, pero tú ves gente con tuberculosis en la cárcel, que vomita sangre y que con suerte le dan una pastilla”

Contraste con los estándares internacionales

En esta materia, las Reglas Mínimas prevén como directriz general que “[l]as instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente” (Regla 12). Añade que “[l]as instalaciones de baño y ducha deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda y sea requerido a tomar un baño o ducha a una temperatura adaptada al clima y con la frecuencia que requiera la higiene general según la estación y región geográfi-

ca...” (Regla 13) y, por último, disponen que “[t]odos los locales frecuentados regularmente por los reclusos deberán ser mantenidos en debido estado y limpios” (Regla 14).

En cuanto a la higiene de las celdas, las Reglas Mínimas prescriben que “[l]os locales destinados a los reclusos y especialmente aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche deberán satisfacer las exigencias de higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación”.

Con respecto a la higiene personal de los internos, establecen que “[s]e exigirá de los reclusos aseo personal y a tal efecto dispondrán de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza” (Regla 15). De acuerdo a la Regla 19, “[c]ada recluso dispondrá, en conformidad con los usos locales o nacionales, de una cama individual y de ropa de cama individual suficiente, mantenida convenientemente y mudada con regularidad a fin de asegurar su limpieza”.

c) Alimentación

Como ya señalamos, la sobrepoblación carcelaria genera, entre otros problemas, una disminución considerable de la calidad de las prestaciones básicas otorgadas por Gendarmería a los internos. Un aspecto especialmente problemático en tal sentido lo constituye la alimentación. En la práctica, la gran mayoría de los internos entrevistados sostuvo que no consumían la comida entregada por Gendarmería (el denominado ‘rancho’) dada su mala calidad y su poca abundancia y explicaron que son ellos mismos los que diariamente cocinan su propio alimento, el que consiguen por medio de lo que les traen las visi-

tas y lo que pueden comprar en el economato del penal.

Así, uno de los reclusos entrevistados sostuvo:

“La comía del rancho es mala, los machucaos hacen la comía de mala gana y de repente viene con cáscaras, pepas y por eso cocinamos nosotros... la otra comía llega a estar hediendo... demá que sí como me enfermo... sólo los más pato, que son los que viven afuera porque nadie los recibe, comen el rancho... nosotros, los demás, comimos de la comía que cocinamos porque es más bacán...”

(CDP Santiago Sur)

De acuerdo a otro recluso entrevistado:

“La comida es mala... mala po... porque sí po... de repente dan fideo seco, pantrucas malas también... yo no como de eso, prefiero comer pan... es terrible la comida...”

(CCP Chillán)

Otro interno, explicó:

“La alimentación es la que uno se prepara, las visitas nos traen alimentos... yo sólo una vez saqué comida del rancho, que es la que da Gendarmería, y me enfermé de la guata y nunca más... terminé en la enfermería... la comida del rancho es hedionda, mala, poca y yo me enfermé... y todos piensan lo mismo... la comida que uno se prepara es na' que ver con la que dan acá... son 2 comidas al día y nadie saca porque llega pura agua... se dice que es cazuela, pero es pura agua, no trae ninguna presa, nada... de los 117, son como 5 las personas que sacan comida del rancho, los demás nos cocinamos.”

(CDP Puente Alto)

Según otro recluso:

“(...) la comida...tan mala no es, pero buena tampoco. Viene mala y la gente come por la derrota. Entonces, para mantenerte un poco también...entonces, es mejor cocinar uno mismo, si es que se tiene... si no se tiene, hay que comer aquí no más po...”

(CCP Concepción)

Otro interno, en el mismo sentido, sostuvo:

“(...) el rancho es malo, malo pa todos... pa la población... es un fondo hondo, no se po, de... yo creo que debe haber unos 50 litros, unos 100 litros, que es casi pura agua pa 180 personas... todos no sacan de repente, todos sacan las puras presas, una que otra presa que viene de repente...o cuando es legumbre, poroto, lenteja, ahí sacan, pero eso es una vez a la semana... generalmente cocinamos nosotros, tenemos cocina a parafina, olla, todos los utensilios de cocina, y por lo que llega por visita, por lo que llega por encomienda, lo que uno sobrevive consiguiéndose con amigos... lo que yo tengo le convido a otros y lo que ellos tienen... y así vamos comiendo, hay que sobrevivir po...”

(CDP Santiago Sur)

De acuerdo a otro recluso entrevistado:

“(...) con la comida que preparamos en la carreta nos alimentamos... yo no como la comida que dan los paco, es mala... en la encomienda que nos llega de la calle viene comía, y ahí se hace comía pa todos, la de nosotros es mucho mejor... la comía de los pacos la hacen los mismos internos y la dan 2 veces al día, pero nosotros en la caleta comimos en el almuerzo y en la noche”

(CDP Puente Alto)

Otro interno sostuvo:

“La comida es mala, todo viene desintegrado y no sabí que trae... dejan de servir la comida y en el fondo de la olla hay capas de tierra, de arenilla y la comida viene cruda, por eso nosotros cocinamos, hacemos grupos y nos cocinamos nosotros los jueves, viernes y sábados...los demás días no porque vienen visitas, los alimentos pa cocinar los trae la familia...”

(CCP Rancagua)

La visión entregada por los internos contrasta con las disposiciones del Reglamento Penitenciario en relación al tema de la alimentación. Así, el artículo 47 de dicha normativa prescribe que “[l]os internos tendrán derecho a que la Administración

les proporcione una alimentación supervigilada por un especialista en nutrición, médico o paramédico, y que corresponda en calidad y cantidad a las normas mínimas dietéticas y de higiene”.

Según Manuel Henríquez (CONFAPRECO), “(...) el tema de la alimentación es irrisorio. Si tú preguntas acerca de la alimentación que tienen los internos en el Penal, claro, ellos [Gendarmería] te van a pasar las minutas que tienen. Por ejemplo, hay una que me da mucha risa, dice ‘hoy día Miércoles a los internos se les preparó almejas al no se cuánto’ y tú en la sala de abogados ves pasar las ollas y es pura agua con zanahorias. Entonces, ves la información escrita y te podrías quedar tranquilo, pero ¿qué pasa en la realidad?”

Contraste con los estándares internacionales

En materia de alimentación, y luego de establecer la posibilidad de que cada interno, si lo desea, pueda alimentarse por su propia cuenta, la Regla 21 establece que “[t]odo recluso recibirá de la administración, a las horas acostumbradas, una alimentación de buena calidad, bien preparada y servida, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas.”

d) Otros aspectos

Además de los problemas derivados de la alimentación, higiene y, en general, de la sobrepoblación carcelaria, es posible constatar que en las cárceles chilenas las celdas, por regla general, no cuentan con sistemas de ventilación ni calefacción ade-

cuados. Como consecuencia de ello, los reclusos deben soportar muy altas o muy bajas temperaturas, dependiendo de la estación del año y del lugar geográfico en que se encuentre el Penal. Lo anterior se agrava respecto de aquellos internos que, como ya señalamos, duermen en el suelo, en los baños o a la intemperie y/o que no cuentan con implementos básicos como colchón o frazada para dormir.

En relación a los estándares internacionales en materia carcelaria se pronunció en septiembre de 2004 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Tibi vs. Ecuador. En concreto, y analizando las precarias condiciones de reclusión en que se encontraba el recurrente, la Corte sostuvo que “[d]e conformidad con ese precepto (artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰) toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene (...) constituye una violación a su integridad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos”.

¹⁰ El artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “[n]adie 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”

II. CÁRCEL, TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

En términos generales, las falencias que presenta el sistema penitenciario chileno pueden ser agrupadas en dos grandes núcleos problemáticos. Se trata, en primer lugar, de la carencia de infraestructura necesaria para satisfacer niveles aceptables de vida al interior de los penales —en general, hacinamiento y sus consecuencias directas— y, en segundo lugar, la constatación de una práctica habitual de apremios ilegítimos a reclusos por parte de funcionarios de Gendarmería de Chile.

En las líneas que siguen revisaremos la práctica generalizada de abusos a internos por parte de funcionarios de Gendarmería. Al hablar de práctica generalizada nos referimos a la existencia de un número importante de casos que dan cuenta de un patrón común, es decir, que no se trata de hechos aislados, advirtiéndose tolerancia y falta de sanción respecto de los abusos. Para ello, en primer término, nos referiremos brevemente al régimen de disciplina contenido en el Reglamento Penitenciario y a las sanciones que establece, para luego, en segundo término, analizar en concreto los abusos a que son sometidos los internos —tanto con motivo de la aplicación de castigos como sin motivo alguno— y a los mecanismos de control existentes y su eficacia en la práctica, además de identificar algunas de las irregularidades que presenta la administración penitenciaria.

a) Régimen de castigos

El Reglamento Penitenciario contempla una serie de normas cuyo objeto principal es la regulación del régimen de disciplina al interior de los recintos penales. Se trata

de normas que regulan las conductas prohibidas a los internos, las consecuencias asignadas a su comisión y el procedimiento por medio del cual éstas se hacen efectivas. En definitiva, tales reglas establecen como consecuencia de la verificación de las conductas que prohíbe sanciones susceptibles de ser aplicadas a personas ya sancionadas con la privación de libertad, una suerte de sanción dentro de otra sanción.

El problema, se configura toda vez que no existe una vía idónea de control de la discrecionalidad del jefe del penal en la aplicación —elección— de las sanciones, como consecuencia de la verificación de faltas disciplinarias. Existen, sin embargo, algunas atenuaciones de tal discrecionalidad. En primer lugar, en hipótesis de aplicación de faltas graves, de acuerdo al artículo 83 del Reglamento, una copia de la resolución debe ser remitida al Director Regional de Gendarmería quien puede modificarla o anularla en casos fundados. Como se ve, el control en este caso se ejerce al interior mismo de Gendarmería lo que plantea dudas razonables acerca de su efectividad, sobretudo desde el punto de vista de la imparcialidad necesaria de quien ejerce el control. En segundo lugar, el sistema prevé un cierto grado de control judicial en la aplicación de sanciones disciplinarias. En efecto, según el Reglamento (artículo 87) la repetición de toda medida disciplinaria debe ser informada al juez respectivo —juez del crimen o juez de garantías— quien debe autorizarla por resolución fundada. Por otra parte, el artículo 150 inciso final del Código Procesal Penal, establece que la imposición de medidas disciplinarias a imputados sujetos a prisión preventiva debe ser comunicada inmediatamente al Juez de Garantía —que asume el control judicial de la ejecución de la pena en el nuevo sistema—, quien puede dejarla sin efecto cuando la

estime ilegal o abusiva¹¹. En ambos casos, con todo, el ámbito de control es limitado: se trata de que solamente la judicatura puede fiscalizar la repetición de medidas, en el primer caso; y el segundo sólo admite control en hipótesis de imputados sujetos a prisión preventiva. Por ello el ámbito de discrecionalidad de que goza el jefe del establecimiento penal a la hora de decidir la medida disciplinaria del caso es todavía bastante amplio y no está sujeto a una fiscalización adecuada.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación de una sanción, el Reglamento establece (artículo 82 y siguientes) que el jefe del establecimiento penal debe determinar la sanción aplicable teniendo a la vista el parte de rigor y la declaración del infractor, los testigos y el afectado, si lo hubiere, así como también, si existe, la recomendación del Consejo Técnico.¹² De todo ello debe dejarse constancia “sucintamente” en la resolución que aplica la sanción. Además, sólo en hipótesis de falta grave el jefe del penal está obligado a escuchar al infractor. En el resto de las faltas, la sanción es determinada sin oír la versión del interno, esto es, sólo con el parte emitido por los gendarmes y las declaraciones de los testigos y afectados, si los hubiere. Con todo, y como ya señalamos, sólo en caso de faltas graves, una copia de la resolución debe ser remitida al Director Regional de Gendarmería, quien puede eventualmente anularla o modificarla.

b) Práctica de los castigos

No obstante la regulación pormenorizada que hace el Reglamento Penitenciario

del régimen de castigos, su aplicación en la práctica es bastante diferente de su consagración normativa. En efecto, de acuerdo al testimonio de los internos entrevistados, confirmados por actores relevantes del sistema, hemos podido constatar una serie de problemas e infracciones a los derechos de los internos que se generan a partir del abuso de los gendarmes de sus potestades sancionadoras y de su actuación al margen del Reglamento.

b.1) Desconocimiento del régimen de castigos

Uno de los problemas más importantes que detectamos en relación a este tema consiste en el desconocimiento por parte de los internos del Reglamento, sus faltas, sanciones y procedimiento de aplicación. En efecto, del total de internos entrevistados la mayoría no sabía de la existencia de una regulación que estableciera conductas como prohibidas y, consecuentemente, tampoco conocían las eventuales sanciones derivadas de su comisión. En suma, el Reglamento no se conoce al interior de los penales, los internos no saben a ciencia cierta -salvo un cierto grado de conocimiento práctico derivado del dinamismo propio de la cárcel- lo que pueden o no hacer y, menos aún, el procedimiento de aplicación de las sanciones. En el mismo diagnóstico coincidieron todos los jueces y defensores entrevistados. Incluso es posible advertir una suerte de resistencia por parte de los gendarmes a que los internos tengan acceso al reglamento y, por ello, al conocimiento de sus derechos y obligaciones.

Tal resistencia en algunos casos se materializa en acciones positivas, como la

¹¹ La norma dispone que “[c]ualquier restricción que la autoridad penitenciaria impusiere al imputado deberá ser inmediatamente comunicada al tribunal, con sus fundamentos. Este podrá dejarla sin efecto si la considerare ilegal o abusiva, convocando, si lo estimare necesario, a una audiencia para su examen”.

¹² El Consejo Técnico es un órgano asesor del jefe del establecimiento penal, presidido por él mismo e integrado, en general, por oficiales penitenciarios.

situación relatada por un interno del CDP Santiago Sur: *"Mira, hay veces en que, por ejemplo... que ha venido gente de la pastoral o gente de otras instituciones y que ha regalado los folletos y, por ejemplo, yo he tomado los folletos y los he pegado en la entrá de la galería...y todos los leen, se acercan a leerlos... y los pacos a la hora de la cuenta, por ejemplo, en la mañana o en la tarde y los hacen tira con los mismos sables, los sacan, ¿me entendí?... tú no podís reclamar por tus derechos, 'oiga, sabe que, puta, yo tengo mis derechos, no puede despegármelos', no, no podís, o sea, porque es peor po, 'ah, soy añiñao, soy retabao' y todo eso, si es mejor, por ejemplo, llevártelos por la buena... si es así po..."*

b.2) Arbitrariedad en la aplicación de castigos

Pese al Reglamento Penitenciario, en la práctica no existe un procedimiento claro, conocido y transparente para la aplicación de los castigos. En muchos casos los gendarmes no formulan imputaciones concretas o, cuando lo hacen, se trata de causas no previstas por el Reglamento. Es común, además, que las conductas que son sancionadas no estén suficientemente acreditadas por los gendarmes, lo que produce que sean castigadas personas inocentes, que no han tenido participación alguna en los hechos.

Así, un interno sostuvo:

"No, te castigan por cualquier cuestión, mirai feo, andai desaseado, alterai el orden del penal. No se puede reclamar, te fuiste no má castigado...Igual hay gente mal..."

(CDP Puente Alto)

De acuerdo a otro recluso:

"No po, dentro de acá, puta, veí cada montón de cosas... puta, el abuso de autoridad... entre 6 o 7 pacos pegándole a personas así por ná po... o sea por ná, ¿me entendí?... vai caminando y si no vai con las manos atrás, porque,

puta, de repente se te olvida o cualquier cosa y... o de repente hay personas que... yo conozco personas que están en la galería que llevan 9 años presos, que son del sur, que no tienen nadie que los venga a ver, que no tienen relación con las personas como pa, por ejemplo, para conseguirles siempre máquinas de afeitarse... hay veces que, por ejemplo, bajan con una barba relativa... puta los traen pa acá pa la guardia interna, le pegan 3 o 4 palos, o sea, son marcas que te quedan en el... en el poto, se podría decir... bájate los pantalones pa pegarte los palos ahí... y no debería ser po..."

(CDP Santiago Sur)

Según otro interno:

"Ehhh... la otra vez me fui castigado porque fue el primer castigo que tuve... estaba procesado y pillaron un túnel allá al lado... mira, tengo un amigo acá que en ese sentido se porta mal, ha estado dos veces, dos condenas este año... ya po, y estaban los procesados que llevaban dos meses y pillaron el túnel y por ser amigo de él me pa callaron a mí también... llega el teniente y dice 'ya, están culpados por esto y esto'... ya po, y a mí no me dijeron nada po, me dijeron que yo estaba ahí por unos acuerdos con mi amigo, que había salido mi nombre y toda la huevada y ná que ver po... y quedamos ahí, yo no quise comer... y estaban todos piola porque estaban ahí los pacos, eran como 20... y me empezaron a decir 'ya, chuchetumadre, entra pa dentro chuchetumadre'... me pegaba así con la cabeza dada vuelta siendo que yo ná que ver, que estaba yo sólo y me dijo que abriera la puerta y me dijo que me tenía que quedar 20 días encerrado..."

(CCP Chillán)

Otro recluso entrevistado sostuvo:

"(...) ellos [gendarmes] de repente ni siquiera por hacer algo te castigan... por ejemplo, yo puedo tener una discusión con un gendarme y a los 2 días después allanan y el gendarme dice que me halló una cuchilla o que yo tal cosa...y el capitán le cree a él... ¿contra quién reclamo?... me cagó no más po... así es como la conducta se echa a perder" (CCP Concepción)

Según otro recluso:

"(...) mira, por ejemplo, yo he tenido... un día me encontré en una situación de una pelea arriba del carro carnicero, venía un montón de gente, imagínate 140 personas, 120 personas en un carro que, cuánto es, como de dos metros y medio por cuatro metros... imagínate, apretados... y hubo una pelea arriba del carnicero... y bajamos del carnicero y los pacos, porque los agredidos ya venían sangrando 'ya tú, tú y tú son los culpables' o sea, los que ellos querían eran los culpables de la pelea..."

(CDP Santiago Sur)

Otro interno explicó:

"Te pillan con un encendedor, 15 días de castigo... por cualquier cuestión te castigan... es fácil al funcionario castigarte por cualquier cosa... el funcionario es como un ministro de fe y si él dice que tú lo agarraste a chuchás, cagaste... ¿qué vas a hacer?... tú lo único que podís decir es que no fuiste, pero no sirve de na... incluso a mí me condenaron cuando salí de la enfermería y ahí me revisaron y no tenía na... luego salgo y los cabos Salo y Reyes los veo con un caramelo que lo saca del bolsillo y se me acerca y lo abre y tenía marihuana, y yo le digo 'ya córtala, hueón' y el me dice que es mía y me mandaron 15 días castigado y luego me condenaron a una unidad tributaria... yo saco la cuenta que te cargan pa dejarte en el disciplinario porque con cada castigo te dejan 4 meses... así, llevo 8 meses y recién hoy día me sacaron..."

(CDP Arica)

Según otro interno:

"(...) porque aunque tú no seai culpable te castigan... de repente tú podís estar separando una pelea, y por estar separándola te puede llegar una puñalá porque estai entremedio, pero el paco 'no, tú estabai metido en la pelea'... aparte de estar herido, aparte te pegan y te mandan

castigao... o sea, no te creen que tú podís estar separando una pelea..."

(CDP Santiago Sur)

En el mismo sentido, un Juez de Garantía al que entrevistamos sostuvo que "muchas veces las conductas que ameritan un castigo no están bien acreditadas por parte de Gendarmería, pues, por ejemplo, no todos los internos participan en una gresca o en un motín o lo hacen de diferentes maneras, algunos para defenderse y otros no, o no todos son responsables de las armas que se encuentran en los módulos, por ello muchas veces los castigos aplicados 'al voleo' perjudican a internos que no tienen nada que ver con los hechos por los que se le sanciona. Creo que hay arbitrariedad en la aplicación de las medidas disciplinarias por parte de Gendarmería y creo que también hay desproporción en las medidas que suelen aplicarse..."

b.3) Celdas de castigo

Si bien el Reglamento Penitenciario contempla varias sanciones posibles dependiendo de la gravedad de la falta cometida, la regla general es que en la práctica los internos sean castigados casi exclusivamente con un período de tiempo en las denominadas "celdas de castigo", "celdas de aislamiento" o "celdas solitarias"¹³. Se trata de celdas de mínimas dimensiones, con precarias condiciones de higiene, sin luz, que en la mayoría de los casos albergan a numerosos internos. Las condiciones en que se encuentran los reclusos en las celdas de aislamiento son, a todas luces, inhumanas y degradantes.

¹³ Vale la pena insistir en que, de acuerdo al Reglamento Penitenciario, sólo pueden ser castigados con aislamiento en celda solitaria los internos que incurran en una infracción calificada como grave. En tal evento, el jefe del establecimiento puede imponer el aislamiento hasta por cuatro fines de semana o por períodos continuos que no pueden exceder de 15 días.

De acuerdo a un interno entrevistado:

"Las celdas de aislamiento, puta, son como de 3 x 3, con baño adentro y un camarote que es de cemento, pero a uno le pasan una frazada y una colchoneta... están malas eso sí porque no las cambian, si las cambiaran una vez al año sería como mucho... y eso está húmedo, son muy chicas las piezas, uno como que no respira adentro..."

(CCP Chillán)

Otro recluso sostuvo:

"El castigo es en las celdas de aislamiento que hay acá...hay veces en que llegan a haber 20, 25 personas por celda (...) ahí dormí en la mitad de una colchoneta toda cochina, frazás no te pasan y si te pasan es un pedacito de cómo del porte de una toalla... ehhhh la alimentación ahí es casi nada... o sea, cero alimentación... los tres panes que te dan en la mañana, un rancho al mediodía, que es una comida que es asquerosa porque como es pa'l castigo es como lo peor que llega, las sobras de los demás como que llegan ahí, o sea que donde estai ahí no te dan ni ganas de comer... no hay una bandeja o una fuente o algún tipo de cuchara plástica por último pa poder comer, o sea, que te pasen una fuente toda engrasada y tenís que sacar de ahí, y tratar de comer con la mano o con una concha de almeja o una concha de choro o una cuestión así..."

(CDP Santiago Sur)

Según otro recluso:

"Mira, son de 3 metros por 2 metros... tienen un baño con plantillas como para agacharse y sentarse en un extremo... al otro extremo, al fondo, tienen como una superficie de cemento para poner la cama... hay colchonetas, pero las colchonetas ya no son colchonetas, son como almohadas... es húmedo, hediondo, encerrado, como deprimente... aquí en las celdas, hasta 5, 6 personas, a veces metían hasta 11 personas en 6 metros cuadrados... ¿te imaginai 11 personas en 6 metros cuadrados?..."

(CCP Concepción)

De acuerdo a otro interno:

"En las de castigo no hay nada, una pieza toda de lata, el techo de lata, las paredes de lata, la puerta de lata, no hay nada, no hay luz, es oscuro, no hay ventana, en la puerta hay cinco hoyitos chicos del porte de un cigarro y en verano hace un calor horrible, te castigan por 15 días..."

(CCP Rancagua)

Otro interno expuso:

"(...) serían de 4 metros de largo y 2 de ancho... está todo cagao, 3 camas de concreto, todo oscuro... a veces te tiran con más personas y ahí ocurren cosas... el mes pasado murió un compadre, el compañero lo degolló con una lata de escobillón el cuello y quedó todo lleno de sangre y nadie hizo nada..."

(CDP Santiago Sur)

Según otro recluso:

"(...) lo más terrible es la celda de castigo, ahí te pasan una sola frazáz... la hueá es oscura, con baño hediondo, a veces no má te dan comida... a veces te dan comida, pero no hay fuente y no comi no má... y los gendarmes no te pasan ná y no comi no má... ahí a veces estay solo, a veces... yo he estado hasta con 15 personas y no caben más de 5..."

(CDP Santiago Sur)

Un Juez de Garantía entrevistado, que conocía las celdas de aislamiento, las describió de la siguiente manera: "Las celdas de castigo son celdas, por lo menos las que yo conozco, sin ventanas, tienen solamente una puerta de fierro con un solo orificio para poder mirar en su interior, no tienen ventilación adecuada, no tienen ningún mueble, son de material sólido, de concreto por todas partes y, por supuesto, no tienen servicios higiénicos dignos. De tal manera que una persona que pase un día en esas condiciones sufre todos los rigores habidos y por haber..."

Otro Juez de Garantía sostuvo que "la higiene en las celdas de castigo, que son

contrarias a los derechos humanos, son deplorables, no hay baño, sólo un alcantarillado en tubo, no hay ventanas, entonces el olor hace que sean verdaderas celdas de castigo y tortura...”

Cabría agregar que de acuerdo al Reglamento Penitenciario mientras dure el castigo en celda solitaria los internos deben ser conducidos, a lo menos durante una hora diaria, a un lugar al aire libre para que puedan realizar algún tipo de ejercicio físico. Además, el jefe del establecimiento o el médico asume la obligación de visitarlos diariamente debiendo dejar constancia por escrito de la existencia de alguna irregularidad o vulneración a los derechos del interno, como el maltrato corporal. Pese a la normativa existente, en la práctica, tales salidas no tienen lugar.

Así, un interno explicó:

“La celda es fea, oscura, de repente te meten de a 3 personas, la luz entra por unos hoyitos y no te dan hora de patio, de repente ni te sacan, yo estuve 15 días en la celda y sin hora de patio...”

(CCP Valparaíso)

Otro interno expuso:

“Me castigaron 15 días porque me pillaron un celular, día por medio me sacaban para el baño, que te sacan una hora al día es un mito, eso no pasa, además, ahí no hay ná, no hay colchoneta, no hay frazú, no hay ná...”

(CCP Rancagua)

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos establece a este respecto que “[l]as penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidos como sanciones disciplinarias” (Regla 31). Además, la Regla 32 prescribe que “[l]as penas de aislamiento y de reducción de alimentos sólo se aplicarán cuando el médico, después de haber examinado al recluso, haya

certificado por escrito que éste puede soportarlas” (1) y que lo mismo será aplicable a cualquier otra sanción que pueda perjudicar la salud física o mental del recluso. Subraya, además, que “[e]n todo caso, tales medidas no deberán nunca ser contrarias al principio formulado en la regla 31, ni apartarse del mismo” (32.2).

b.4) Tortura

Como sostuvimos en un comienzo, uno de los problemas centrales del sistema penitenciario chileno radica en una práctica habitual de apremios físicos a los reclusos por parte de los funcionarios de Gendarmería. Tales maltratos constituyen, de acuerdo a la nomenclatura internacional, casos de tortura. En efecto, de acuerdo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, constituye tortura “[t]odo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sea físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. Desde el punto de vista de nuestro derecho interno, el artículo 150 A del Código Penal chileno recoge, en términos generales, dicha definición y la sanciona como delito.

Sin embargo, y pese a la prohibición tanto nacional como internacional de la tortura, es posible verificar una práctica habitual de tortura y apremios físicos al interior de los recintos penales, ya sea con ocasión de la imposición de castigos, como fuera de tal régimen.

En tal sentido, un recluso sostuvo:

"Me han apaliado la espalda, tengo un tajo de siete centímetros en la cabeza, casi nos mataron a mí y a XX, un amigo mío que con la lesión que le provocaron perdió el ojo... a XX, compañero de causa que casi le vuelan un diente, la sangre corría por la escalera...esto fue en enero de este año (...) íbamos esposados, en el módulo B2 nos pegaron, pero en el D2UCE (Unidad de cuidados especiales y celdas de castigo) nos dieron duro... íbamos esposados con las manos en la espalda, se nos tiró al suelo y con los bototos nos empezaron a golpear con los tacos, luego con los puntetes, luego nos apallaron, saltaron arriba mío hasta que perdí el conocimiento, quedé sin cara porque era un camote... me mandaron 15 días castigado (...) les dije los nombres de las personas que nos golpearon, el capitán XX que está a cargo de los derechos de los imputados y cuando nosotros llegamos al recinto y nos esposaron en la espalda él nos vio y les dijo a los otros gendarmes 'péguenles' y ahí empezó todo... nos pegaron en el camino al módulo B2, camino a los cuartos y en los cuartos..."

(CDP Arica)

Según otro interno:

"(...) el trato es malo aquí... hay maltrato porque uno hace una cosa chica y te sacan la miércale, te pegan palos, patadas... es malo el trato aquí... supongamos que hay un funcionario, y el funcionario te trae para acá y si el funcionario me tiene mala o me agarró mala por ahí, te pegan entre todos... lo meten a uno en las partes del castigo, de encierro, donde ahí no ve nadie... nos pegan con palos, con unos palitos cortos que usan, con esos palos le pegan a uno... de repente nos esposan y te dejan así toda la noche... está bien, si uno se condorea de repente, pero le dan duro a uno cuando está castigado, nos esposan y nos agarran a palos..."

(CCP Chillán)

De acuerdo a otro recluso:

"El trato es duro, porque nos pegan... te pegan palos, te mandan castigado, te mandai cualquier condoro y te mandan castigado y ahí

arriba te pegan po... con palos, toda la hueá... te esposan de manos y pies y así no podí moverte y ahí te pegan entre los funcionarios que hayan ahí... pueden haber 10... hay unos que pegan más y otros que pegan menos... si te mandai un condoro sabís que vas a irte castigado y cuando te vai castigado ahí entran a utilizar la violencia (...) los golpes a uno no se los dan en la cara porque es lo primero que se ve, la cara,... y le pegan en el cuerpo a uno..."

(CCP Concepción)

Otro interno sostuvo:

"Yo empecé a denunciar, yo no me callo después de lo de los testículos que fue en junio... ahí me pegaron... me había tomado un remedio, a las 10:30 abren la puerta pa bajar, me sentía mal, estaba sedado y le digo al gendarme que no voy a bajar, el paco cierra la puerta y baja a buscar a otro paco, XX y XX son los pacos, me dicen 'pa fuera', yo me levanto y me dicen que estoy volado, yo le digo que sí y que es por los remedios, me esposan las manos, yo quedé con las manos en la espalda, me hacen arrodillarme y me pegan una patá en los cocos y yo me doblé entero... y listo, me llevaron a la celda y cuando me soltaron los mojé con agua de una botella porque tenía una rabia y te lo juro que si hubiera tenido algo en mis manos me voy encima y no respondo..."

(CDP Arica)

De acuerdo a otro recluso:

"Aquí hay un régimen que tení que llevar y si te salí de la línea te tienen que castigar, por ejemplo, si te pillan con un celular adentro se te castiga y te pegan, si dai la cara a veces no te pegan, pero si anda de mala el paco te manda su charchazo, ahora, si te pillan robando, curao o haciendo escándalo también pasai a ser castigao y te pegan..."

(CCP Rancagua)

Según otro interno:

"Si po, los pacos son terribles de malos, nos pegan con palos, patás donde te lleguen y por puras hueás no más, por no poner las manos atrás... de repente andan en mala y se desqui-

tan con uno... y duelen caleta los palos, te dejan hasta roncha y machucao te mandan a la enfermería..."

(CDP Santiago Sur)

Otro recluso explicó:

"Mire, cuando hay falta grave, te pegan, te tratan mal, por ejemplo el otro día le faltaron el respeto al capitán y le tiraron un tarro, entonces al muchacho no se le hizo ná, pero en los cuartos del castigo le sacaron la cresta porque es una falta grave..."

(CCP Valparaíso)

Con todo, no todos los internos son objeto de apremios ilegítimos. En ese sentido, de acuerdo a los testimonios recibidos, los reclusos saben que si no cometen faltas no serán golpeados. Se asume, en definitiva, que los castigos importan necesariamente golpes por parte de los gendarmes por lo que estar exento de faltas asegura, por regla general, ausencia de maltratos físicos.

Así, un interno sostuvo:

"Depende como uno se porte no más... si uno se moviliza y anda haciendo chicha o cuchilla y todo, le van a agarrarle mala a uno y lo van a dejar castigado y todo eso... sí, les pegan sus palos, pero yo por lo menos no me han pegado porque he seguido mi línea no más po.. a otros compañeros, su palo, de repente se les va al chanco y pegan cualquier palo... no sé po, la mayoría yo he visto que les han pegado porque les han echado la putiá... de repente, un día no más vi una pegada injusta, que le fueron a abrir la puerta en la mañana y andaba con problemas y el paco le dice algo y este le contesta más o menos mal, pero no era pa tanto...y lo agarraron a palos y lo cambiaron...más o menos no más quedó..."

(CDP Santiago Sur)

Según otro recluso:

"(...) si se buscan problemas se tienen, o sea, el que se moviliza le llega, o sea, si uno arremete verbalmente por cualquier cosa le

llega su charchazo, aunque no deberían pegar aunque uno le diga cosas, eso no puede ser..."

(CCP Valparaíso)

Por otra parte, todos los internos entrevistados coincidieron en que mientras más sumiso se es con los gendarmes menos posibilidades existen de maltratos físicos. Ello ocurre, por ejemplo, con los llamados 'mozos', que son reos que trabajan para los gendarmes y que, por ello, por regla general no tienen problemas con los funcionarios. Sin embargo, las actitudes sumisas hacia los gendarmes son poco frecuentes en la población penal, ya que pareciera ser parte de la subcultura de la cárcel una actitud más arrogante en su trato con ellos. Además, usualmente quienes son más sumisos son mucho menos respetados por el resto de la población penal.

Así, un interno sostuvo:

"En mi caso es normal, es que yo tengo ciertos...soy mozo, yo trabajo con ellos y me porto bien, o sea, hay un buen trato con los funcionarios, pero no todos tienen la misma oportunidad... porque hay algunos que están aquí y de repente por orgullo como que chocan con los funcionarios, pero eso depende de cada uno... aquí yo no tengo mayor inconveniente en vivir con los funcionarios al lado... pero sí, hay gente que es abusada..."

(CCP Concepción)

Además, es posible advertir una suerte de selectividad de los gendarmes a la hora de golpear a los reclusos. Por regla general, los reos más respetados dentro de la jerarquía propia de la cárcel no tienen mayores problemas, pero sí aquellos que no son conocidos o personas de una baja dotación intelectual o de niveles mínimos de educación.

En tal sentido, un recluso explicó:

"Mira, el trato depende de cada uno de nosotros, ¿me entendí?... y, por ejemplo, aquí el funcionario, o el paco como les decimos, sabe y

conoce a la gente... a uno lo conoce, el paco sabe que, por ejemplo, a una persona que tiene más o menos una estatua aquí no lo puede llegar y tutearte o tratarte mal... hay pacos que son más pasaos a película, como se dice y no están ni ahí, pero la mayoría de los pacos respetan al que tiene que ser respetao..."

(CDP Santiago Sur)

De acuerdo a otro interno:

"A otros compañeros los han golpiado... hay cosas que no se dicen... hay reos que no saben hablar sin garabatos y por eso los sancionan y les pegan caleta de charchazos..."

(CDP Arica)

Por último, hemos constatado que los malos tratos a reclusos no se harían efectivos por parte de la generalidad de los funcionarios de Gendarmería. Al parecer, sólo los gendarmes más jóvenes y aquellos que llevan poco tiempo de trabajo en los penales tenderían a ser más brutales y prepotentes; y son ellos los que protagonizan por regla general la mayoría de los actos de tortura en contra de reclusos.

Así, por ejemplo, un interno sostuvo:

"(...) de Gendarmería, los funcionarios nuevos son los que tienen más... se creen super policías, se creen más aniños, más bacanes y toda la cuestión... los más cabros más que na, los tenientes, los capitanes nuevos... los funcionarios antiguos, como los sargentos, llevan más años de circo y saben lo que tienen que hacer, no es como los cabros..."

(CDP Santiago Sur)

Según otro interno:

"No, algunos no más pegan... son los que están acá abajo, los que estén ese día de guardia... ehhh el capitán normalmente, pero si viene alguien de arriba ellos tienen que golpiar no más..."

(CCP Concepción)

De acuerdo a otro recluso:

"(...) yo he estado en otros módulos para arriba y no es muy bueno el trato, pero no es

tanto con los funcionarios que son de grado, sino que los problemas son los cabos, que son más peliculeros con la gente, como se podría decir, así como también hay gente que se las busca pa trampear con ellos..."

(CCP Valparaíso)

En cuanto a las razones que explicarían los abusos cometidos por gendarmes en contra de los internos, un Juez de Garantía entrevistado sostuvo que éstas se encontrarían en la formación institucional de los gendarmes. En efecto, indicó que "efectivamente hay golpes y heridas que se producen entre los propios internos y también por Gendarmería. Yo creo que los golpes son cotidianos y me lo explico en parte por la formación que tienen los gendarmes, en general, ellos no tienen una mayor preparación sobre el trato con las personas". Otro Juez señaló que, en su parecer, hay muy pocos abusos de tipo físico y que la mayoría de los abusos se producen en la limitación de los derechos básicos, como la privación de las visitas y el hostigamiento general de que son objeto los internos, entre otros casos. Por último, otros jueces señalaron que las razones de los malos tratos se encontrarían en la necesidad de imponer respeto y disciplina al interior de los penales.

Por otra parte, la mayoría de los jueces coincidieron en que los internos no les presentan mayores quejas acerca de maltratos por parte de gendarmes –como sí ocurre con la falta de implementos básicos de vida, como frazadas o colchones–, ya que si lo hacen son catalogados como "sapos", lo que es mal visto tanto por los demás internos como por los propios funcionarios de Gendarmería y podrían existir represalias en su contra.

c) Invisibilidad de la tortura, un método generalizado

Con todo, y salvo los casos más graves y evidentes, resulta muy difícil poder acreditar judicialmente la existencia de apremios ilegítimos, puesto que en la mayoría de los casos no quedan secuelas de los golpes propinados a los reclusos dadas las técnicas utilizadas por los gendarmes para inflingirlos. En efecto, en todas las cárceles visitadas pudimos constatar el empleo del mismo método para hacer desaparecer del cuerpo de los internos las marcas propias de los golpes. Este consiste en que después de golpear a los reclusos los gendarmes aplican en las zonas afectadas agua helada –sumergen a los internos en tambores o se las tiran directamente con mangueras– lo que hace desaparecer los moretones o magulladuras propias de los apremios. Como consecuencia de ello, se hace imposible poder acreditar las golpizas y exigir se haga efectiva la responsabilidad de los hechores.

Así, en tal sentido, un interno explicó:

"(...) en los castigos lo primero que hacen aquí según por lo que vengai, los pacos te meten ahí a la guardia interna o en el espacio del castigo y te pescan a palos entre 3, 4, 5 pacos, te pegan... después que te pegan, te mojan, te meten adentro de un tambor con agua... eso es para que las moraduras no salgan a flote, ¿me entendí?... y no les interesa como vengai todo, te ponen la ropa así mojado como estai y pa dentro del calabozo... y ahí estai 5 días, 10 días, 15 días según la causa que traigai, generalmente son 10 días, es como el promedio normal..."

(CDP Santiago Sur)

Según otro recluso:

"Nos agarran a combos y patadas, es que andan con un bate ellos y nos agarran a batazos... y si ellos me quieren pegar, ellos me agarran con el bate y después te bañan... te bañan para que no te salgan moretones po... y des-

pués de que se te quita todo ¿qué voy a reclamar? No tengo justificación para alegar...nunca pasó nada..."

(CCP Chillán)

Otro interno explicó:

"Sí, sí, hay... por ejemplo uno tiene problemas, uno viene palabriendo o tratando mal al funcionario y ya acá abajo cuando uno llega te ponen unos palos, lo duchan y vuelta a la celda... una ducha po, agua con una manguera y te manguean... así los moretones no se notan... los hematomas se van pa dentro... y después de la ducha los días de castigo... golpean una pura vez, cuando uno llega pa acá abajo no más..."

(CCP Concepción)

Según otro recluso:

"Antes pegaban menos, pero igual te pegan y después te echan agua fría pa que no se salgan los moretones, te tiran agua con una manguera como de bombero, como en las películas, te tiran patá en cualquier parte del cuerpo, te pegan entre varios, entre 5 o 6 y después no te llevan a la enfermería... normalmente te pegan porque reclamai, por la hora de patio, por la comía, por el agua, por el pan..."

(CCP Rancagua)

En todos los recintos penales a que accedimos durante la investigación objeto del presente informe pudimos constatar la existencia de la misma técnica de camuflaje de las consecuencias directas de los apremios ilegítimos inferidos a reclusos. Se trata de la reiteración del mismo patrón de conducta en establecimientos penitenciarios ubicados tanto en la zona norte como centro y sur del país.

d) Apremios fuera del régimen de castigos

Además de apremios ilegítimos inferidos a reclusos con motivo de la aplicación de castigos, es posible advertir también una práctica habitual de malos tratos fuera

del régimen disciplinario formal. Así, hemos constatado que los gendarmes suelen ejercer ciertos tratos abusivos con los reclusos como una forma de intimidarlos y de hacer notar su superioridad. Entre ellos, pueden mencionarse los malos tratos verbales; ciertos golpes de menor entidad, como empujones o cachetadas; amenazas de agresión física; ejercicios físicos; y golpes con puños, patadas y palos.

Representativo de lo que venimos diciendo es el caso de un gendarme del CDP Santiago Sur que utiliza un palo al que llama 'consejo' para golpear a los internos con la excusa de dar 'consejos formativos'. Así, un interno explicó:

"(...) mira, por ejemplo, aquí hay un Mayor que, por ejemplo, tiene un palo bastante grueso que se llama, tiene escrito con plumón 'consejo' y él, como jugando, por ejemplo, por cualquier cosa te dice 'ven ¿sabís qué? te voy a darte dos consejos o cuatro consejos pa que caminís mejor' y te pesca a palos y son marcas que te quedan..."

En el mismo sentido, un interno señaló:

"La relación con los gendarmes yo no tengo problemas, pero con otros son durísimos, por cualquier cosa los castigan, los aíslan... o usted lo mira y te cayó mal, te dan palos, si no te afeitate lo mismo o andan de mala y te hacen hacer 300 sentadillas... esos dejan con tiritones y los palos que pegan..."

(CDP Puente Alto)

Según otro interno:

"El trato depende del gendarme, hay gente que te da raya, te tratan como delincuente... te humillan, no te escuchan, te putean... yo soy primerizo y te tratan como reincidente, ellos tienen el concepto de que uno será delincuente toda la vida y que no hay derecho a la reinserción..."

(CDP Arica)

Otro recluso explicó:

"(...) por ejemplo, los funcionarios tienen el derecho de decirnos tal por cual y ese es el

trato que nos dan...yo soy mozo acá, yo soy mozo e igual me tratan mal, en ese sentido, soy mozo y me deberían pedir las cosas por favor..."

(CCP Chillán)

Según otro recluso:

"En la población cambia la mano, uno trata de llegar como corresponde donde el funcionario y te trata mal, te dice que no, que me vaya, y te pegan cuando hay cosas que no le gustan con palos o con los pies, te golpean en cualquier parte del cuerpo tratando de evitar la cara, pero lo que es nuca, brazos, piernas, les dan... por ejemplo, el paco toca el pito a las cuatro y media pa cerrar e irse rápido y no falta el interno que anda afuera consiguiéndose aceite y lo pesca a palos..."

(CCP Rancagua)

e) Sistemas de control. Inexistencia de vías idóneas de reclamo y sanción

A las graves situaciones descritas anteriormente se suma la inexistencia de mecanismos eficientes de control y sanción de ellas. En efecto, Gendarmería no cuenta con un sistema idóneo para que los internos pongan en conocimiento de las autoridades penitenciarias las faltas o abusos cometidas por los gendarmes en ejercicio de sus funciones. Tampoco -y en parte por lo anterior, los abusos son investigados ni eventualmente sancionados, lo que importa un incentivo para su repetición en el tiempo. Por otra parte, el control que efectúan los jueces es por regla general bastante exiguo.

e.1) Control Administrativo

a) Vías de reclamo

En la práctica, a nivel institucional no existe un mecanismo eficaz que permita a los reclusos reclamar de los abusos cometidos por gendarmes. Se carece al respecto de una vía idónea para reclamar de los apremios ilegítimos de que habitualmente

son objeto los internos en los recintos penales chilenos. La tortura y otros tratos inhumanos, en consecuencia, quedan en la mayoría de los casos en la impunidad, pues no son conocidas por las autoridades penitenciarias o, conociéndolas, éstas no son investigadas.

Así, frente a la pregunta de si podían reclamar de los abusos de Gendarmería, un interno sostuvo:

“¿Pero a quién? ¿A quién voy a reclamarle? Cuando uno tiene un problema tiene que quedarse callado y después tiene que alegar, cuando las cosas ya están hechas ya...cuando uno ya no tiene ni un moretón, nada...”

(CCP Chillán)

Según otro interno:

“Callao no má... y qué vai a hacer... la gente no reclama por miedo, en otras torres es el drama, los pacos abusan, les pegan, la gente lo pasa mal...”

(CDP Puente Alto)

Otro interno indicó:

“¿Y a quién? Hay un libro de reclamos, pero uno no gana nada porque uno es interno y nada va a pasar más allá...”

(CCP Rancagua)

Otro recluso sostuvo:

“No podís reclamarles porque son una familia ellos, no podís llegar tú donde un suboficial, donde un sargento, donde un cabo, porque te van a decirte ‘ya, anda donde el paco tanto’ que es un paco raso, un paco nuevo y no podís reclamar ‘mire, el suboficial tanto, el teniente tanto me pegó’... ‘ah, ¿te pegó?, ya ándate pa dentro hueón o si no te voy a pegarte yo’, te dicen,... se protegen entre ellos, es una familia y entre ellos se cuidan...” (CDP Santiago Sur)

b) Responsabilidad administrativa

Como en todo servicio público, los funcionarios de Gendarmería están sujetos a un régimen de disciplina e incurrir en responsabilidad administrativa si infringen sus obligaciones, deberes o prohibiciones. Pese a que el estatuto jurídico aplicable al personal de Gendarmería, de acuerdo a su Ley Orgánica, debiera ser el correspondiente Reglamento de Disciplina, en la práctica se sujetan al Estatuto Administrativo¹⁴ aplicable a la generalidad de los funcionarios públicos y al Estatuto del Personal de Gendarmería¹⁵, pues, el mencionado Reglamento de Disciplina¹⁶ nunca fue dictado. En suma, los procedimientos destinados a hacer efectiva la responsabilidad funcionaria de los gendarmes se rigen por las normas pertinentes del Estatuto Administrativo y no, como cabría esperarse, por un régimen especial dada las peculiares características de las funciones que desempeñan.

En términos generales, y en la medida que el Estatuto Administrativo no establece taxativamente las conductas susceptibles de sanción, la infracción a cualquier deber o prohibición por parte de un gendarme puede generar responsabilidad administrativa. Sin perjuicio de ello, el Estatuto del Personal de Gendarmería establece ciertos deberes y prohibiciones. A título de deberes (artículo 4) enuncia el someterse al régimen disciplinario de la institución; dispensar un trato digno a los reclusos; guardar secreto acerca de aquellos asuntos que lo ameriten; seguir los cursos de formación y perfeccionamiento; y usar conforme al Reglamento el uniforme, vestuario, equipo y armamento. Por otra parte, establece como prohibiciones

¹⁴ Ley N° 18.834 de 1989.

¹⁵ DFL N° 1791 de 1980.

¹⁶ La LOC de Gendarmería de Chile hace referencia en varias oportunidades a un Reglamento de Disciplina, el que debió ser dictado por el Presidente de la República dentro del plazo de 360 días contados desde su promulgación, el año 1979. Tal reglamento de disciplina, contenido en el DFL N° 253 de 1980, nunca entró en vigencia, pues, Contraloría General de la República lo declaró inconstitucional por medio del dictamen N° 015681 de 1983.

(artículo 5) la utilización indebida de bienes fiscales; influir en los reclusos para la designación de abogado defensor; y recibir regalos de reclusos o contraer con ellos deudas en dinero o especies. Las sanciones susceptibles de ser aplicadas por concepto de responsabilidad administrativa son de carácter taxativo, a saber, censura (reprensión por escrito con anotación en la hoja de vida), multa (privación de un porcentaje de la remuneración mensual), suspensión del empleo hasta por tres meses con privación de un porcentaje de la renta y destitución del empleo en ciertos casos graves y taxativos, como la condena por un crimen o simple delito. Salvo el caso de la destitución —en que existen causales específicas— en los demás casos existe discrecionalidad en la elección de la sanción aplicable, debiendo considerarse la gravedad de los hechos y la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes.

108 |

Cabe agregar, por último, que la sanción administrativa es independiente de la eventual sanción penal del caso y, por ello, podrían llegar a ser acumulativas. Esto es importante en la medida de que, como ya señalamos, la tortura es un delito tipificado en la legislación penal (150-A CP).

Con respecto a ese tema, el Estado de Chile, en su presentación ante el Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas el año 2004, sostuvo que “[t]anto la Policía de Investigaciones como Carabineros y Gendarmería poseen mecanismos de control interno o de vigilancia de la actuación de sus funcionarios, que se encuentran en pleno funcionamiento y que contribuyen a la prevención de la tortura.” La realidad, sin embargo, pareciera ser otra. En efecto, según el informe alternativo presentado por CODEPU “(...) el propio informe del Estado da cuenta de lo grotesco que resultan las sanciones administrativas impuestas a funcionarios en el evento de compro-

barse algún grado de participación en actos constitutivos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Así, tal estudio, analizando las cifras presentadas por el gobierno, indica que entre el período 1998-2003 se han llevado a efecto 142 sumarios administrativos motivados por abuso de poder. De ese total, sólo 74 corresponden a actos calificados de ‘agresión a internos’, ‘apremios ilegítimos y/o maltrato a internos’. De tal cifra, en 27 casos fueron sobreseídos o absueltos los implicados, 36 se encuentran en tramitación y los restantes casos en que efectivamente se pudo constatar responsabilidad administrativa, se impusieron sanciones que importan una multa que no excede del 20% de la remuneración de los funcionarios declarados como culpables, sanciones, de acuerdo al informe, “irrisorias que constituyen una forma de impunidad de facto, de tolerancia institucionalizada a actos graves que malamente pueden calificárseles de contribuir a la prevención de la tortura.”

Además de que los sumarios administrativos no resultan idóneos a la hora de establecer sanciones proporcionales al mal causado, las cifras expuestas por el gobierno demuestran por sí mismas que el control interno ejercido por Gendarmería no es eficaz a la hora de detectar los abusos cometidos por gendarmes. En efecto, según hemos constatado en el presente Informe, existe una práctica habitual de apremios ilegítimos a reclusos, tanto con motivo de la aplicación de castigos como fuera de tal régimen, situación que no es concordante con el número de sumarios administrativos iniciados por tales motivos. Si el sistema de control fuese efectivo, las cifras serían, de seguro, mucho mayores.

Por otro lado, no está claro si en los casos en que se ha comprobado la existencia de responsabilidad administrativa por apremios ilegítimos a reclusos, se han

realizado o no las correspondientes denuncias a la justicia penal. Como ya señalamos, la responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad penal derivada del delito de tortura.

e.2) Control judicial

A continuación analizaremos brevemente el impacto que ha tenido el control por parte de los jueces tanto de los abusos cometidos por gendarmes en contra de internos como en la aplicación de los castigos a reclusos.

a) Control de los abusos

La eficacia del control judicial respecto de los abusos cometidos en contra de reclusos es bastante exigua como regla general. Ello se explica por diversas razones, pero principalmente porque los abusos no generan normalmente denuncias concretas a la judicatura. Así, de acuerdo a los jueces entrevistados, los internos no efectúan normalmente reclamos en contra de gendarmes por apremios ilegítimos en su contra y sólo acusarían problemas derivados de las precarias condiciones de vida al interior de la cárcel, como falta de espacio, hacinamiento y la escasez de implementos básicos de subsistencia. De hecho, como ya señalamos, la impresión de algunos jueces es que por regla general no existen abusos graves cometidos por gendarmes. Otros, sin embargo, indicaron que sí existen pero que los internos no reclaman de ellos por diversas razones, entre las que se encuentra el miedo a ser catalogados como delatores. Además, muchos internos asumen los malos tratos proporcionados por gendarmes como parte del régimen penitenciario, como algo normal que deben soportar por el sólo hecho de encontrarse en prisión, mientras que otros reclusos no reclaman por miedo a represalias más duras o porque dudan seriamente de la efectividad de una posible denuncia.

Por otro lado, la regla general es que los apremios en contra de reclusos constituyan hechos respecto de los cuales es difícil obtener pruebas acerca de su comisión para poder acreditarlos. Lo anterior se debe en muchos casos a las técnicas utilizadas para ocultar las secuelas derivadas de los malos tratos y a que, en general, en tales casos los gendarmes tenderían a negar los hechos con el propósito de autoprotegerse.

Ninguno de los jueces entrevistados ha sancionado a funcionarios de Gendarmería por abusos cometidos en contra de reclusos.

La situación es diferente en las regiones en que se encuentra en vigor la Reforma Procesal Penal, donde hemos constatado que los Jueces de Garantía sí acceden semanalmente a las cárceles y sostienen entrevistas con los reclusos con el propósito antes señalado. Además, la regla general es que los defensores penales públicos ejercen una labor efectiva de control y fiscalización de los abusos cometidos en contra de sus patrocinados. En algunas regiones ha surgido la práctica de denunciar tanto abusos de gendarmes como castigos irregulares por medio de una audiencia de cautela de garantías (artículo 10 Código procesal Penal), con resultados bastante favorables. Así, un defensor entrevistado sostuvo que “siempre que castigan a internos o cuando son maltratados por los gendarmes utilizamos la audiencia de cautela de garantías, que es mucho más efectiva que cualquier otro medio, los jueces la conceden inmediatamente y generalmente obtenemos buenos dividendos.” Sin perjuicio de ello, los casos de abusos de que tienen conocimiento los defensores y jueces son bastante pocos e importan las mismas dificultades expuestas anteriormente.

Con la implementación de la Reforma Procesal Penal en Chile el control judicial en la aplicación de medidas disciplinarias ha tendido a ser más efectivo, básicamente porque los jueces tienen un mayor acceso en la práctica al conocimiento de las sanciones aplicadas. Como ya señalamos, el artículo 150 del nuevo Código prescribe que toda restricción impuesta al imputado sujeto a prisión preventiva debe ser comunicada de forma inmediata al Juez de Garantía, el que puede dejarla sin efecto cuando la considere ilegal o abusiva, convocando a una audiencia para su examen si lo estima necesario. No obstante que tal disposición se aplica sólo en hipótesis de imputados en prisión preventiva, el mecanismo ha demostrado ser bastante efectivo para controlar la imposición de sanciones a reclusos. Así, la experiencia en regiones demuestra que efectivamente los jueces de garantía revisan las medidas disciplinarias impuestas a imputados y, eventualmente, las revocan o dejan sin efecto cuando adolecen de vicios de legalidad o son consideradas abusivas. Así, por ejemplo, un Juez de Garantía entrevistado sostuvo que Gendarmería siempre cumple con la obligación de comunicar la adopción de medidas disciplinarias al Juzgado y que, en varios casos, en ejercicio de sus facultades de control de la ejecución de la pena, ha disminuido el tiempo de sanción en varios días.

Por medio del artículo 150 se ha podido controlar no tan sólo la medida disciplinaria impuesta, sino que también su procedimiento de adopción. Así, en marzo de 2004, un Juzgado de Garantía de Valparaíso sostuvo que, considerando la normativa internacional vigente y obligatoria para Chile (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos), “se colige

que toda persona, previo a la imposición de una medida de carácter sancionatorio, como sin duda son aquellas que el propio Reglamento de establecimientos Penitenciarios denomina ‘sanciones’ (...) tiene el derecho a un justo y racional procedimiento, el cual entre otras garantías mínimas, implica el derecho a conocer oportunamente los cargos, al tiempo adecuado para preparar su defensa, y la asistencia jurídica del caso”¹⁷. Por ello, la resolución citada, en el análisis de un caso en el que al adoptar una medida disciplinaria en contra de un imputado no se le comunicó de ello a su abogado defensor, sostuvo “[q]ue no habiéndose, por lo pronto, reconocido ni proporcionado la asistencia jurídica debida al sancionado, entendida esta como la posibilidad de contar con un abogado, y por ende de defenderse, el Tribunal debe constatar que se ha vulnerado una garantía básica consagrada tanto en la Constitución como en Tratados Internacionales, y en razón de lo anterior, el Tribunal debe declarar que la medida tal como fue aplicada (...) ha vulnerado garantías judiciales mínimas (...)”.

El mismo Juzgado de Garantía de Valparaíso se pronunció respecto de otro caso, en que el jefe del Penal, al imponer a un imputado una falta grave, no escuchó al infractor antes de determinar la sanción. En tal sentido, la resolución estableció que el incumplimiento de tal obligación “(...) vulnera garantías judiciales mínimas consagradas en tratados internacionales, y en la propia Constitución Política De la República.”¹⁸

Además, y como ya señalamos, en algunas regiones se estaría desarrollando la práctica de cuestionar las medidas disciplinarias impuestas a reclusos por medio de una audiencia de cautela de garantías ante al Juez de Garantía del caso.

¹⁷ Juzgado de Garantía de Valparaíso, causa RIT 831-2004, 26 de marzo de 2004.

¹⁸ Juzgado de Garantía de Valparaíso, causa RIT 727-2004, 24 de marzo de 2004.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

La información contenida en la presente investigación descansa fundamentalmente en tres grandes fuentes: la visita a recintos penitenciarios a que tuvimos acceso a lo largo del país y las entrevistas que sostuvimos con reclusos de cada uno de tales penales; las entrevistas e información entregada por diferentes actores del sistema penal (jueces, defensores, fiscales, gendarmes, etc); y, en tercer lugar, la información contenida en estudios, boletines, informes y otras publicaciones de instituciones tanto privadas como públicas en relación a la materia.

Como señalamos, una de las bases principales de la información consignada en la investigación radica en la visita a diferentes recintos penitenciarios del país y en las entrevistas sostenidas con internos de tales establecimientos. En total, accedimos a 9 centros de privación de libertad, entrevistando a 58 reclusos por medio de la utilización de pautas previamente establecidas. Además, mantuvimos conversaciones informales con 10 gendarmes de tales recintos.

Con fecha 19 de agosto de 2004 solicitamos al Ministro de Justicia, Luis Bates, autorización para poder visitar un número determinado de recintos penitenciarios, sin obtener respuesta alguna a la fecha. Pese a ello, a través de contactos con las autoridades penitenciarias locales, jueces o encargados de los centros de reclusión, mediados en algunos casos por la Defensoría Penal Pública, pudimos acceder personalmente e inspeccionar las instalaciones de los penales de Arica, Valparaíso, Rancagua, Concepción, Tiempo Joven y Sección Menores del Penal de Puente Alto, además de entrevistar a los reclusos de tales establecimientos. En el caso de las cárceles restantes, las entrevistas las realizamos en calidad de abogados particulares.

Todas las entrevistas a reclusos fueron realizadas personalmente por los investigadores, en privacidad y de manera voluntaria. Además, todos los entrevistados autorizaron la reproducción de sus testimonios bajo la condición de no hacer públicas sus identidades. En aquellos recintos en que fueron posibles las entrevistas fueron grabadas, en los otros casos se tomaron notas.

Otra fuente importante de información la constituyeron las entrevistas a diferentes actores involucrados en el sistema penal. En concreto, entrevistamos a 8 Jueces de Garantía, 14 defensores penales, 7 fiscales, 3 Jueces del Crimen de Santiago, 1 ministro de Corte de Apelaciones, 3 abogados especialistas en menores y 3 postulantes de la Corporación de Asistencia Judicial. Las entrevistas se acordaron bajo la condición de no publicar sus identidades.

Además, entrevistamos a Gastón Rodríguez, jefe del Área Médica de Gendarmería de Chile; a la jefa del Departamento de Responsabilidad Juvenil del SENAME, Carmen Andrade; a Manuel Henríquez y a Carolina Palacios de la Confraternidad de Familiares y Amigos de los Presos Comunes (CONFAPRECO); y a Alejandra Arriaza, abogada de la Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo (CODEPU).

Informes, publicaciones y otros

Se utilizaron en este estudio investigaciones, informes, estudios, revistas, boletines y otras publicaciones sobre la materia emanados tanto de instituciones públicas como privadas (Paz Ciudadana, Gendarmería, CODEPU, Ministerio de Justicia, CONFAPRECO, etc). Además, recogimos la información de prensa más relevante en la materia durante el período que comprende el presente informe. •

EL SISTEMA PENITENCIARIO CHILENO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA. Resultados de un estudio jurídico-empírico

JÖRG STIPPEL

Representante de la Agencia de Cooperación Alemana (GTZ)

I. LEGISLACIÓN

A. Legislación vigente

La ejecución de la pena privativa de libertad en Chile tiene su fundamento jurídico en un decreto elaborado por el Ministerio de Justicia y publicado en 1998¹ –Decreto Supremo–.² Distintas leyes accesorias y otros decretos contienen disposiciones adicionales sobre la suspensión del resto de la pena³, remisión condicional y penas alternativas.⁴

Además del derecho Penal General, Chile no tiene hasta ahora un derecho penal especial juvenil. No obstante, en la actualidad se encuentra en el parlamento chileno un proyecto de ley para generar un derecho penal juvenil. El proyecto contiene también algunas disposiciones en relación al cumplimiento de penas de los jóvenes.⁵ En la presente investigación no se incluyó el ámbito de la ejecución penal de jóvenes, por lo que no abordaremos más adelante esta temática.

B. Legislación necesaria

En Chile, recién en el último tiempo, el mundo de los juristas se replantea el hecho de que el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad está regulado solo por mecanismos con menor rango que una ley, es decir, sólo por reglamentos.

En este sentido, una comisión especial de la Cámara de Diputados ya había propuesto en enero de 1992 la elaboración de una Ley Penitenciaria para resolver en parte los problemas en el sistema penal.⁶

La comisión debía elaborar propuestas sobre un nuevo enfoque político en la superación de los problemas existentes. Como resultado de su trabajo se hicieron las siguientes propuestas: reducción de las penas cortas privativas de libertad; modificar el derecho procesal penal; promulgar una Ley Penitenciaria; modernizar la administración penitenciaria; instaurar un control judicial sobre los centros peni-

¹ Decreto Supremo N. 518, publicado en el Diario Oficial el 21 de Agosto de 1998. Con este decreto se reemplazó un decreto anterior del 9 de Febrero de 1993, Decreto Supremo N. 1771.

² El art. 32 N. 8 de la Constitución chilena establece que, "Son atribuciones especiales del Presidente de la República: ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no son propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes."

³ Decreto Ley N. 321 sobre libertad condicional; y el decreto respectivo, Decreto N. 2442, Reglamento de Libertad Condicional.

⁴ Ley N. 18216 del 14 de mayo de 1983, ley que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad; y el respectivo decreto, Decreto Supremo N. 1120 del 18.01.1984

⁵ Véase Proyecto de Ley, descargable en www.camara.cl.

⁶ La llamada Comisión Especial Investigadora de los Problemas Carcelarios del País, cuyo informe se reproduce en el libro *El sol en la ciudad* de la Comisión Chilena de Derechos Humanos, editado por Fernando Escobar Aguirre, Santiago, 1993, Pág. 243 y siguientes.

tenciarios; separar los lugares de detención entre procesados y rematados; vincular a la sociedad civil a la problemática de la ejecución penal.

Dado que desde entonces no se designó otra comisión para estos efectos y tampoco se volvió a tratar el tema de la elaboración de una Ley Penitenciaria en la discusión parlamentaria, reproduciremos algunos de los argumentos presentados por la comisión en relación a las propuestas de solución.

La necesidad de elaborar una Ley Penitenciaria fue fundamentada como sigue: "La legislación que rige el conjunto de actividades vinculadas a la ejecución penitenciaria adolece de una serie de problemas tanto formales como substanciales que aconsejan el abocarse al estudio de un cuerpo unitario y moderno que aborde de un modo general los múltiples problemas implicados en ella. Además de dar solución a los propiamente legales, el estudio y dictado de la ley debiera abordar la necesaria modernización del sistema penitenciario nacional a partir de los criterios y principios formulados por las diversas disciplinas que se han preocupado del estudio de este complejo problema, así como recoger la experiencia extranjera en términos de los éxitos y fracasos de las políticas implementadas en otras latitudes."⁷

Para fundamentar la necesidad de un control judicial sobre los Centros Penitenciarios se señala: "Todos los elementos que componen una política general penitenciaria deben ser objeto de control por parte de organismos jurisdiccionales, en lo posible tribunales especializados destinados a garantizar el cumplimiento de los normas y la aplicación de los principios del Estado de Derecho al interior de los recintos carcelarios".⁸

La problemática de una judicatura especial en las causas penitenciarias se ha replanteado en el marco de las discusiones parlamentarias sobre el nuevo derecho procesal penal. Sin embargo, la discusión no ha derivado en la constitución de tribunales penitenciarios.⁹

Los problemas expuestos siguen subsistiendo aún trece años después de la publicación del informe de la comisión; sigue existiendo una legislación incompleta en el ámbito penitenciario; no está garantizada la protección jurídica en la ejecución penal y las condiciones en ella tampoco son transparentes.

A pesar de las propuestas de solución, posteriormente no se emprendieron esfuerzos serios para superar estos problemas.¹⁰ En la literatura se señala que, si bien los sucesivos gobiernos habrían constatado la necesidad de elaborar una

⁷ Informe de la Comisión Especial Investigadora de los Problemas Carcelarios del País en *El sol en la ciudad*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, editado por Fernando Escobar Aguirre, Santiago, 1993, Pág. 245.

⁸ Informe de la Comisión Especial Investigadora de los Problemas Carcelarios del País en *El sol en la ciudad*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, editado por Fernando Escobar Aguirre, Santiago, 1993, Pág. 246.

⁹ En este sentido, el artículo 11 del proyecto de ley del nuevo Código de Procedimiento Penal aún contenía una disposición expresa que establecía: "Debe existir una competencia absoluta del juez de garantía en relación a las causas penitenciarias hasta que se haya instaurado una judicatura especial para el ámbito penitenciario. El texto original dice: "Mientras no se establezcan tribunales especializados, la ejecución de las condenas criminales será supervisada por los tribunales que hubieren dictado la condena respectiva." Texto contenido en *Propuesta Anteproyecto Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Ministerio de Justicia, Fundación Paz Ciudadana, Cooperación de Promoción Universitaria, Santiago, Chile, 1995, Pág. 31.

¹⁰ Este desarrollo es criticado especialmente por María Inés Horvitz. Véase "La Protección Jurídica de los derechos del privado de libertad en el ámbito carcelario chileno. Derecho y realidad", no publicado, extraído de los materiales de estudio del Diplomado Internacional: Estado de Derecho y Reformas a la Justicia, Módulo VIII, Universidad de Chile.

Ley Penitenciaria y de instaurar una judicatura especial, al parecer no se habría incorporado en el calendario legislativo una reforma en este ámbito.¹¹

Una vez que el nuevo derecho procesal penal fue introducido en casi todo el país,¹² también vuelve a ponerse en el tapete el tema de elaborar una base legal amplia para regular las relaciones jurídicas y la protección jurídica en la ejecución penal.

Actualmente la planificación del Departamento de Defensa Social del Ministerio de Justicia prevé para el año 2005 la elaboración de un Proyecto de Ley para regular la ejecución de las penas privativas de libertad en los centros penitenciarios.¹³

II. SISTEMA PENITENCIARIO

A. Personas atendidas por Gendarmería

La autoridad penitenciaria chilena, Gendarmería de Chile, atendió un total de 66.561 personas durante el año 2003.¹⁴ De éstas, 34.543 personas (51,93%) se encontraban en instituciones cerradas –sistema cerrado–. Las llamadas instituciones para la educación y el trabajo corresponden al sistema semiabierto¹⁵, en el cual pueden considerarse también, por ejemplo, las llamadas Colonias Agrícolas. Por sistema abierto se entienden los tipos de ejecución en los cuales las penas se cumplen total o parcialmente en libertad. Entre éstos se cuentan especialmente la reclusión nocturna.¹⁶ El resto de los datos pueden extraerse de la siguiente tabla¹⁷:

Población promedio atendida por Gendarmería a nivel nacional en el Año 2003				
Población	Hombres	Mujeres	Total	%
a) Total en Sistema cerrado, de ellos	32.413	2.130	34.543	51,93%
En detención provisional	1.629	170	1.799	2,70%
Procesados	13.276	902	14.178	21,31%
Rematados	17.508	1.058	18.566	27,91%
b) Sistema semi abierto	441	17	458	0,69%
Rematados	441	17	458	0,69%
c) Sistema abierto	28.965	2.555	31.520	47,38%
Total en penas alternativas, de ellas	26.347	2.240	28.587	42,97%
Con remisión condicional	21.338	1.800	23.138	34,78%
Libertad vigilada	3.281	413	3.694	5,55%
Reclusión nocturna	1.728	27	1.755	2,64%
Total en Medidas de reinserción, de ellos	2.618	315	2.933	4,41%
Salida diaria	824	117	941	1,41%
Suspensión del resto de la pena	1.412	191	1.603	2,41%
Salida controlada al medio libre	382	7	389	0,58%
Total	61.819	4.702	66.521	100,00%

Uno de los objetivos perseguidos por la reforma del derecho procesal penal era reducir las penas carcelarias como respuesta generalizada a la conducta criminal, a través de la generación de salidas alternativas. Esto no se ha logrado hasta ahora.

La fundamentación de la ley, con la cual el Presidente remitió al Congreso chileno el Proyecto de Ley sobre el nuevo derecho procesal penal, contiene la siguiente declaración: "(...)los avances de las disciplinas penales muestran cómo las respuestas tradicionales del sistema, fundamentalmente las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que sus eventuales beneficios, o porque la rigidez en su aplicación desplaza soluciones alternativas socialmente más productivas y más satisfactorias para los directamente involucrados en el caso, especialmente las víctimas o los civilmente afectados por el delito".¹⁸

Teóricamente, Chile parece seguir una política criminal de corte reduccionista, que busca reducir el uso de la pena privativa de libertad. Sin embargo, el concepto político perseguido no se expresa hasta ahora en las cifras de encarcelados.

En total, la cifra de reclusos en Chile se ha más que duplicado desde 1980. Este aumento se mantuvo también durante el período de la introducción progresiva de la reforma, entre los años 2000 a 2003. En vez de un retroceso de las cifras de encarcelados, como resultado de una mayor aplicación de las "salidas alternativas" y del principio de oportunidad, la evolución de las cifras muestra un incremento persistente. La tabla siguiente¹⁹ informa sobre esta evolución en los últimos 24 años²⁰:

Año	Encarcelados	Año	Encarcelados
1980	15.230	1992	20.258
1981	14.726	1993	20.490
1982	16.598	1994	20.962
1983	18.525	1995	22.027
1984	19.222	1996	23.567
1985	20.235	1997	25.137
1986	21.348	1998	26.871
1987	22.813	1999	30.051
1988	24.354	2000	33.050
1989	24.497	2001	33.620
1990	22.593	2002	34.901
1991	20.872	2003	36.331

116

¹¹ Cristian Riego, en *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, AD-HOC, Buenos Aires, 2000, Pág. 184.

¹² En diciembre de 2000 se implementó el nuevo derecho procesal penal en dos regiones de Chile y su aplicación se ha ido extendiendo desde entonces en intervalos anuales hasta alcanzar doce de las trece regiones de Chile. El cronograma previsto originalmente por el legislador para la implementación de la reforma en las diferentes regiones ha sido prolongado ya dos veces, de forma que Santiago será incorporado recién en junio de 2005 al proceso. Originalmente se había previsto incorporar a Santiago en octubre de 2002. El artículo 484 del nuevo derecho Procesal -Ley 19696- fija la sucesión temporal de la entrada en vigor de la reforma en cada una de las regiones.

¹³ El desarrollo posterior puede seguirse en la página web del Proyecto de Reforma Judicial de la Sociedad para la Cooperación Técnica, GtZ., www.gtzreformajudicial.cl.

¹⁴ Las cifras que se presentan a continuación han sido extraídas de los Compendios Estadísticos de Gendarmería de Chile. Estos anuarios no son publicados, por lo que agradezco al Ministerio de Justicia chileno el haberme facilitado el material informativo que ha servido de base para la realización de esta investigación.

¹⁵ Artículo 17 del D.S. 518.

¹⁶ Véase artículo 11, Párrafo 2 del D.S. 518.

¹⁷ Compendio Estadístico 2003, Pág. 7.

¹⁸ El texto original dice: "(...) los avances de las disciplinas penales muestran cómo las respuestas tradicionales del sistema, fundamentalmente las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que sus eventuales beneficios, o porque la rigidez en su aplicación desplaza soluciones alternativas socialmente más productivas y más satisfactorias para los directamente involucrados en el caso, especialmente las víctimas o los civilmente afectados por el delito", en *Código de Procedimiento Penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001, Pág. 16.

La breve disminución de la cifra de encarcelados en el año 1990 tiene relación con una amnistía general²¹, dictada al momento del retorno a la democracia. Los datos presentados se refieren a la totalidad de ciudadanos encarcelados, considerando a los condenados, procesados y detenidos provisionalmente, en tanto se encuentren internados en alguno de los centros de reclusión administrados por Gendarmería.

B. Duración de las penas

El aumento creciente del número de reclusos debe observarse también en relación con las penas excesivamente largas. En este sentido podemos recurrir sólo a cifras de los años 2000 y 2001²², pues los Compendios Estadísticos de los años siguientes no contienen esta información. En resumen se puede constatar que en el año 2000 un 48,44% de los encarcelados cumplía penas de cárcel de entre cinco y diez años y en el año 2001 era un 45,4 %. Otro 31,46% (2000) y 34,2% (2001) de los reos esperaba penas de más de diez años. En consecuencia, un total de 79,9% y 79,6% de los condenados cumple penas de más de cinco años.²³ La tabla siguiente informa sobre una distribución más exacta de la duración de las penas.

Pena	2000	%	2001	%
Menos de un año	770	4,52	411	2,2%
1 hasta 2 años	914	5,37	629	3,4%
2 hasta 3 años	673	3,95	605	3,3%
3 hasta 5 años	1064	6,25	2.141	11,5%
5 hasta 7 años	6221	36,56	6.091	32,8%
7 hasta 10 años	2022	11,88	2.349	12,6%
10 hasta 20 años	4615	27,12	5.570	30,0%
20 hasta 30 años	386	2,27	470	2,5%
Más de 30 años	140	0,82	99	0,5%
Cadena perpetua	212	1,25	230	1,2%
	17017	100%	18.595	100,0

Llama la atención especialmente el incremento de las penas entre tres y cinco años y de aquellas entre diez y veinte años de duración.

Si comparamos estos datos con los correspondientes datos de Alemania constatamos que en esta última, en el mismo período, sólo un 14,3 % de los delincuentes cumplía penas con una duración mayor a los cinco años.²⁴ En el otro extremo, mientras en Chile sólo un 2,2% de los reclusos cumple penas de una duración menor a un año, en Alemania es un 44,1%.²⁵

¹⁹ Datos extraídos del Compendio Estadístico 2003, Pág. 13.

²⁰ En el resto de la investigación se entenderá como población penal, en base a los Compendios Estadísticos de Gendarmería, a los presos encarcelados en sistemas cerrados, en sistemas semiabiertos y a quienes gozan de medidas de flexibilización con salidas diarias y permiso penitenciario.

²¹ La amnistía se refirió a todas aquellas personas que "(...) hubieran sido encarceladas o condenadas por delitos políticos o delitos comunes vinculados con ellos (...)." El texto original dice: "Conceder amnistía amplia e incondicional en aplicación del artículo 205, Numeral 16, de la Constitución de la República, a todas las personas encausadas o detenidas, sujetas a proceso en cualquier tribunal de la república, o sentenciados, que hayan sido acusados por los delitos políticos y comunes conexos contemplados en el artículo 335, Numeral 6 del Código Penal (...)." Decreto N. 30-90 del 14.12.1990, Gaceta N. 26346 del 23.01.1991.

²² Compendio Estadístico 2000, Pág. 52; Compendio 2001, Pág. 42.

²³ Véase Capítulo A.

²⁴ Datos de la Oficina Federal de Estadísticas citado por Klaus Laubenthal en "Strafvollzug", 3 Edición, Springer 2003, Pág. 34.

²⁵ 1,4 % menos de un mes, 8,2 % desde uno hasta tres meses, 13,7 % desde tres hasta seis meses, 11,9 % desde seis hasta nueve meses, 8,9 % más de nueve meses hasta un año; Datos de la Oficina Federal de Estadísticas, citados por Klaus Laubenthal en "Strafvollzug", 3ª Edición, Springer 2003, Pág. 34.

A pesar de estas penas relativamente largas, los resultados de un estudio encargado por el Ministerio de Justicia de Chile muestran que el 80% de la población opina que estas penas son bajas o muy bajas.²⁶

Esta opinión se refleja también en la política contra la criminalidad de Chile. Así, por ejemplo, en el Senado se discute actualmente un Proyecto de Ley titulado La tercera es la vencida. Esta versión chilena de la legislación estadounidense Three Strikes, prevé el endurecimiento de las penas de cárcel para los reincidentes. Por ejemplo, un autor que comete robo con violencia por tercera vez arriesga una pena que va desde quince años hasta cadena perpetua.²⁷

En enero de 2005, la Cámara de Diputados discutió una ley que busca aumentar las penas de cárcel por el tipo de hecho de Maltrato de obra a Carabineros²⁸. Este tipo legal es equiparable al señalado en el § 113 StGB –Código Procedimiento Penal alemán– como “resistencia ante los agentes ejecutores de la ley”. El Proyecto de Ley ya fue aprobado por la Cámara de Diputados y despachado al Senado para su discusión ulterior. Como resultado de ello, quien se resista con violencia a un funcionario de la policía podría ser condenado a una pena mínima de quince años de prisión.

C. Sobre población

Los establecimientos penitenciarios chilenos están en su mayoría extraordina-

	Cantidad promedio de reclusos	Plazas de reclusión	% de sobrepoblación
2000			
Región Metropolitana	11.578	7.400	56,5%
Total Chile	34.333	23.326	47,2%
2001			
Región Metropolitana	11.972	7.400	61,8%
Total Chile	35.012	25.096	39,5%
2002			
Región Metropolitana	12.900	7.888	63,5%
Total Chile	35.944	27.361	31,4%
2003			
Región Metropolitana	13.994	7.888	77,4%
Total Chile	37.257	27.454	35,7%

riamente sobrepoblados. En el año 2003, los centros penales de Santiago tenían una sobrepoblación de un 77,4%, en comparación con las plazas previstas originalmente. En Santiago está internado más de un tercio de todos los reclusos del país. En la siguiente tabla se puede apreciar esta situación:

La siguiente tabla muestra la evolución de las cifras de reclusos en los mayores centros de reclusión de Santiago durante la última década:

²⁶ El estudio fue realizado por Ipsos en Noviembre de 2003 por encargo del Ministerio de Justicia de Chile. Se encuestó telefónicamente a 4021 personas. Se señala un margen de error de 1,5%.

²⁷ Véase, en relación al proyecto y a la discusión, las noticias del diario electrónico chileno www.elmostrador.cl del 17, 19 y 20 de enero de 2005. El Senado aceptó el proyecto de ley para su ulterior tratamiento en el parlamento con 24 votos a favor, 5 en contra y 8 abstenciones.

²⁸ Proyecto de Ley del 06.07.2004 contenido en el Boletín Nr. 3587-02. El proyecto puede descargarse desde la página Web del Senado chileno www.senado.cl/prontus4_senado/head/head/html.

Establ.	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
CCP Colina I.	1034	985	881	1267	1271	1303	1203	1327	1336	1333	1336
CCP Colina II.	----	473	814	825	1074	1238	1243	1363	1309	1383	1381
CDP Santiago Sur	3058	3049	3193	2665	2691	3152	3503	3794	4158	4696	5194
CDP Puente Alto	485	533	558	757	889	1117	1374	1458	1487	1486	1707
CDP San Miguel	983	1083	1225	1182	1291	1374	1541	1689	1714	1910	2075
CPF Santiago	323	444	613	508	510	578	642	717	772	846	927

Si observamos, por ejemplo, la evolución de las cifras en el CDP de Puente Alto, el número de reclusos ha aumentado en un 352% en la última década. En el caso del Centro Penitenciario Femenino el incremento es de un 287%. Resulta evidente²⁹ que con tales tasas de incremento es imposible realizar una planificación penitenciaria sería³⁰.

D. Nuevas construcciones

El Ministerio de Justicia chileno ha invertido, según su propia información, cerca de U\$D 135 millones en la infraestructura de los establecimientos penitenciarios del país entre los años 1990–1999.³¹ Sin embargo, considerando el creciente número de reclusos, estas inversiones no se han traducido en un mejoramiento de las condiciones de reclusión.

Por ello, el gobierno chileno acordó en el año 2000 implementar un extenso programa para ampliar la infraestructura de los establecimientos penitenciarios. De

acuerdo al programa deberían construirse diez nuevos establecimientos, con una capacidad para albergar entre mil trescientos a dos mil reclusos cada uno. Con esto se generarían dieciséis mil nuevas plazas de reclusión. Para ello se levantarán más de 350.000 m² de superficie edificada, con un desembolso de U\$D 280 millones.³²

Cabe destacar que el Estado chileno realiza importantes esfuerzos para construir nuevos centros de reclusión. Sin embargo, resulta cuestionable si con ello se mejorará a largo plazo la situación de la ejecución penal. La última “ola de construcciones” en el ámbito penitenciario se remonta a la primera mitad de la década de los años ochenta. En ese período se construyeron los centros penitenciarios de Colina, San Miguel y Puente Alto³³. Estos establecimientos ya están en su mayoría absolutamente sobrepoblados y no han significado, por lo menos a mediano plazo, un mejoramiento de las condiciones de reclusión, aún cuando las nuevas edificaciones aliviaron en un primer momento las

²⁹ Véase, Doris Cooper Mayr en: *Delincuencia Común en Chile*, editores LOM, Santiago, 1994.

³⁰ Ésta también se prevé en el Reglamento Penitenciario en el artículo 93 del D.S. N. 518.

³¹ Según el Subsecretario del Ministerio de Justicia de Chile, Jaime Arellano Q., en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, Santiago, 2003, Pág. 15.

³² Según el Subsecretario del Ministerio de Justicia de Chile, Jaime Arellano Q., en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, Santiago, 2003, Pág. 23.

³³ Este desarrollo se describe en un estudio no publicado del Ministerio de Justicia chileno del año 1998. El título del estudio es *Nueva Política Penitenciaria - Modernización del sector Justicia y su impacto en el sistema de Ejecución Penal*, Pág. 2.

condiciones de hacinamiento. No obstante es de temer que una nueva “ola de construcción” tampoco pueda controlar este problema, pues la causa del hacinamiento casi crónico no es la falta de plazas de reclusión, sino la carencia de una política penitenciaria efectiva. Sobre este punto volveremos más adelante. Además, en la última “ola de construcción” se ahorró en la calidad de las edificaciones y se puede observar que los nuevos edificios están ya en un estado ruinoso pues los materiales utilizados fueron de muy mala calidad.

El gobierno chileno ha resuelto que los nuevos establecimientos sean construidos y gestionados en una especie de “administración mixta” entre inversionistas privados y Gendarmería de Chile. Con ello, según los cálculos, deberían aumentar los costos de construcción y gestión para el estado en cerca de un 5%, pero con una mayor calidad de los servicios.³⁴

De acuerdo a las condiciones de licitación, los concesionarios tendrían las siguientes responsabilidades:

- Planificación, construcción y equipamiento de los establecimientos.
- Elaboración de un manual de operaciones para cada establecimiento. Esto incluye la capacitación del personal de Gendarmería en la optimización de los recursos materiales y de personal.
- Mantenimiento de la infraestructura, del equipamiento y de las instalaciones de seguridad.
- Proveer la alimentación para los reclusos y el personal del establecimiento, de una lavandería, servicio de aseo e higiene.

- Proveer atención médica.
- Proveer servicios de reinserción social.³⁵

Los primeros centros penitenciarios ya fueron licitados exitosamente. Sin embargo, no existen experiencias prácticas en la operación de tales centros. Hay buenas razones para esperar que mejore en algo la atención a los reclusos, considerando que los inversionistas privados deberán prestar servicios que hasta ahora no habían sido entregados por Gendarmería –por ejemplo, lavandería– y al mismo tiempo proveer de espacios para actividades que tampoco fueron realizadas por Gendarmería –instrucción en oficios, etc.–

Queda por esperar cuánto tiempo pasará hasta que el espacio adicional previsto para el internamiento de los reclusos sea utilizado. Tampoco es claro aún si la presencia de los concesionarios significará la eliminación de posibilidades de trabajo de los reclusos, por ejemplo, en el ámbito de la lavandería o preparación de los alimentos.³⁶

III. ACCESO A LA JUSTICIA

A. Recursos de amparo y protección

Los únicos recursos judiciales que permiten reclamar por la violación de los derechos de las personas privadas de libertad en el ámbito penitenciario en la Región Metropolitana, son los recursos de amparo y protección establecidos en los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la República de Chile.

³⁴ Según el Subsecretario del Ministerio de Justicia de Chile, Jaime Arellano Q., en Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, Santiago, 2003, Pág. 19.

³⁵ Jaime Arellano Q. en Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, Santiago, 2003, Pág. 23.

³⁶ En relación a una crítica de principios a la “privatización” de los centros penitenciarios, expuesta en base a ejemplos de EUA, véase Loïc Waquant en *Las Cárceles de la miseria*, Ediciones Manantial, Buenos Aires, 2000.

Debido a su tramitación y resolución práctica, los recursos de amparo y protección no permiten un efectivo control de la legalidad de las actuaciones de la administración penitenciaria y de los acontecimientos que se suscitan en la fase de la ejecución de la pena. Debido a estas deficiencias, se impide un real acceso a la justicia en materia penitenciaria.

El funcionamiento práctico de los recursos constitucionales de amparo y protección ha sido criticado en diversas ocasiones. El Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004³⁷, alude al recurso de protección afirmando que en la práctica "...es donde comienzan a observarse numerosos y determinantes obstáculos para el derecho de acceder a los tribunales de justicia y a obtener una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales." Además critica con justa razón la legitimidad democrática de los Autos Acordados que limitan aún más el uso de este recurso constitucional³⁸. Otra publicación afirma que "No existen mecanismos judiciales eficientes para poder hacer valer las responsabilidades por abusos de funcionarios de Gendarmería a los reclusos. En general, los jueces (...) tienden a no involucrarse, como si fuera un tema que no les atañe fiscalizar..."³⁹. A nivel internacional, el relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, recomendó a Chile en su informe

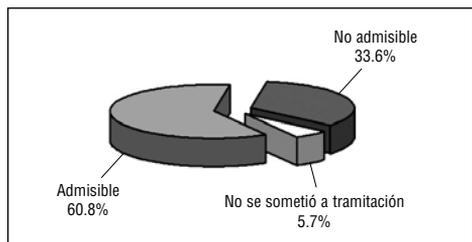
del 4 de enero de 1996, que "Los jueces deben aprovechar plenamente las posibilidades que brinda la ley en cuanto al procedimiento de hábeas corpus -procedimiento de amparo-. En particular deben tratar de entrevistarse con los detenidos y verificar su condición física. La negligencia de los jueces con respecto a esta cuestión debería ser objeto de sanciones disciplinarias."⁴⁰

A pesar del público conocimiento y extendido resquemor que generan las deficiencias prácticas de los recursos de protección y amparo, estas aún no han sido superadas.

a.1 Resultado examen de admisibilidad

Las cortes, a fin de resolver la causa, se detienen con excesivo celo en aspectos formales que no permiten que el contenido sea planteado.⁴¹ La siguiente tabla demuestra el resultado del examen formal que realizan las cortes⁴²:

Resultado Examen Formal (Base: TOTAL Recursos)



³⁷ Ver Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004, publicado por la Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2004, página 28 y siguientes.

³⁸ De hecho el informe afirma que esta situación irregular "...es tolerada diariamente por todos los que operan en el sistema judicial -jueces, abogados, académicos- y, desde luego, por el poder político." Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004, página 30

³⁹ Ver Tortura, *Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile*, CEJIL y Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 2002.

⁴⁰ Informe del Relator Especial Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo de la resolución 1995/37 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1996/35/Add.2, página 24. Recomendación: cabe mencionar que esta negligencia, en la legislación chilena, no sólo podría ser sujeto de una sanción disciplinaria, sino de una sanción penal, según el artículo 225 Num. 3 y 5 del Código Penal

⁴¹ Este resultado parece coincidir con un estudio inédito de Gastón Gómez, mencionado en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004*, que indica que la cantidad de recursos de protección que son declarados inadmisibles suele rondar entre 40% y 45 % del total de acciones; página 33

⁴² La base de este resultado son 459 recursos de Protección y Amparo tramitados ante las cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel los años 2000-2002.

Existe una ausencia de parámetros claros y consistentes en la jurisprudencia de las cortes, que podrían permitir una interpretación sistemática o doctrinaria de los requisitos formales y de fondo exigidos por las cortes. Existen múltiples casos declarados inadmisibles que relataban antecedentes de hecho que en otros recursos bastaban para declarar la admisibilidad de la causa y decidir acerca de la cuestión de fondo. La siguiente tabla⁴³ grafica las razones utilizadas por los jueces para decretar la inadmisibilidad de las causas:

Razones de Inadmisibilidad: Inadmisibles totales	
Extemporáneo	1.3 %
Hechos constitutivos de delito	12.3 %
Hechos son de competencia de la autoridad administrativa	6.5 %
Falta de fundamentos	16.2 %
No se indica	1.9 %
Otros	7.1 %
No indica con precisión hechos en que se funda	3.2 %
No se señala en que consiste la ilegalidad	7.1 %
No corresponde a los casos protegidos	44.2 %

Llama la atención la persistencia de respuestas estandarizadas en la argumentación de las cortes. En vez de juzgar cada caso por los detalles que lo caracterizan, las cortes, al parecer, optan por fórmulas que evitan las sentencias fundadas. Resulta también cuestionable la utilización por parte de las cortes, de razones elusivas como aquellas que pretenden que los hechos son de competencia de la autori-

dad administrativa o el argumento de que los hechos podrían ser constitutivos de delito.

En este último caso, resulta evidente que los hechos denunciados pueden revestir enorme gravedad, en el entendido que la propia corte estima que pueden constituir un delito, si no fuera así no tendría que remitir los antecedentes al juzgado del crimen. En estos casos normalmente no le interesa al recurrente que se inicie una causa penal contra el victimario. El interno, víctima de un delito, pretende en general, al igual que otras víctimas, ser protegido contra el agresor.

Entonces las finalidades de un recurso de amparo o protección y una investigación criminal son distintas. Las acciones constitucionales como el recurso de amparo o de protección solo buscan “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”, en cambio, la acción penal busca perseguir la responsabilidad penal.⁴⁴ Por lo demás, el artículo 20 establece que el recurso de protección puede interponerse “sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o tribunales correspondientes”.

En consecuencia, no cabe duda que ante la denuncia de hechos que afecten derechos constitucionalmente garantizados y protegidos por los artículos 20 y 21 de la constitución, la corte debe al menos someter a su conocimiento dichos recursos.

¿Cabe preguntarse si una respuesta estandarizada a una petición individual implica una torcida administración de justicia, como lo establece el artículo 324 del

⁴³ La base son los 154 recursos declarados inadmisibles.

⁴⁴ Se debe recordar que éste no es el interés de los recurrentes al interponer un recurso de protección o amparo, sino simplemente restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Código Orgánico de Tribunales, o si se puede hablar de negligencia e ignorancia inexcusable en la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente piden los internos y sus familiares, comportamiento penalmente castigado por el artículo 225 N.3 del Código Penal?

No corresponde dar la respuesta a esta interrogante en el marco de este trabajo. No obstante, la aparente debilidad en la fundamentación de las resoluciones que declaran la inadmisibilidad de los recursos, indica que estos no son idóneos para garantizar un verdadero control judicial de la administración penitenciaria.

Esta práctica viola el derecho a una protección jurídica eficiente, consagrado en el artículo 25 párrafo 1 de la Convención Interamericana e Derechos Humanos. Esta norma dispone que " Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente Convención aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales."

a.2. Examen de fondo⁴⁵

Del total de los recursos de amparo y protección tramitados antes las cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel en materia penitenciaria, un 94,1% fue declarado inadmisibile o rechazado y tan sólo un 5,9 % obtuvo un resultado favorable al recurrente. Este resultado se detalla como sigue: De los 279 recursos declarados admisibles, un 88,5% (247 recursos) es rechazado, y sólo un 9,7% (27 recursos) es acogido, en tanto un 1,8% es desistido (5 recursos).⁴⁶ Sin embargo, si ese 9,7 % de libelos acogidos son correlacionados con el universo de los recursos objeto del estudio (459), los recursos exitosos disminuyen a un 5,9%.

Al analizar los datos referentes al examen de fondo correlacionados con quienes presentaron los recursos, el estudio da cuenta que casi la totalidad de los recursos presentados por los mismos internos (98,5%) ha sido rechazado. Las probabilidades de éxito son mejores cuando los recursos son presentados por familiares (4,1%). No obstante para tener una posibilidad real de éxito se requiere de la asistencia de un abogado (24,6% de recursos acogidos).

La siguiente tabla grafica este resultado:

⁴⁵ Luego de efectuado el examen de forma de los recursos de protección y amparo, es decir, una vez efectuada la declaración de admisibilidad del recurso, las cortes de Apelaciones, solicitan los informes a las personas o autoridades que les parezcan pertinentes, y luego el recurso es puesto en la tabla a fin de proceder a su conocimiento. Posterior a ello, la sala que conoce del recurso resuelve de inmediato o en un breve plazo si acoge o rechaza el recurso. Este último trámite lo hemos llamado examen de fondo, es decir, aquél en el cual las cortes efectúan la revisión de los hechos y el derecho alegado, decidiendo respecto a la procedencia de las alegaciones, y determinando si existe vulneración de las garantías constitucionales amparadas por ambos recursos.

⁴⁶ Hay que tener en cuenta que en estos casos se encuentran incluidos todos los recursos en que se interpuso recurso de apelación en contra del fallo de la corte de Apelaciones. Es decir, las cifras antes indicadas incluyen los resultados de la Corte Suprema, pudiendo encontrarse entre estos datos recursos de protección o amparo que han sido revocados o confirmados por la Corte Suprema. Así, si un recurso rechazado por la corte de Apelaciones es luego acogido por la Corte Suprema, para todos los efectos es un recurso acogido, y un recurso acogido y luego rechazado por la Corte Suprema es un recurso rechazado.

Tabla examen de fondo por recurrente								
	Personas que interponen los recursos							
	Familiares y otros		Afectado		Abogado		Total	
	N	%	N	%	N	%	N	%
Se acoge	6	4,1%	1	1,5%	17	24,6%	24	8,6%
Se rechaza	137	94,5%	64	98,5%	49	71,0%	250	89,6%
Desistido	2	1,4%	0	0%	3	4,3%	5	1,8%
Total	145	100%	65	100%	69	100%	279	100%

Base: 279 Recursos

124 |

El 1,5 % de recursos acogidos presentados por los propios internos, representa sobre la base del total de los recursos interpuestos por los propios afectados (117), sólo un 0,85% (1 recurso). Un resultado que permite entender la desilusión de los internos respecto a la utilidad que pueden tener los recursos judiciales para resolver conflictos que se suscitan en el ámbito penitenciario. Sobre la base del total de los recursos objeto de este estudio, interpuestos por abogados o con ayuda letrada (101), sólo un 16,8% fue acogido por las cortes de apelaciones (17 recursos).

Los datos antes expuestos, también son un indicador de la falta de confianza de los ministros de las cortes en los hechos denunciados por personas privadas de libertad, quizás por la estigmatización que sufren éstas por haber cometido un delito, o simplemente refleja la falta de interés de los ministros frente a temas relativos a los reclusos. Concluyendo, se puede afirmar que, en recursos en esta área específica existe una situación de absoluta desprotección legal para las personas privadas de su libertad. Para estos ciudadanos, quienes además no cuentan con

recursos financieros suficientes para costear los honorarios de un abogado, como es el caso de la mayoría de los internos, sus posibilidades de acceder a la justicia son nulas.

Visto lo anterior, resultan relevantes los esfuerzos realizados en esta área por abogados de corporaciones y asociaciones, como la Corporación de Asistencia Judicial, la ODEP⁴⁷, la CONFRAPRECO⁴⁸ y el Hogar de Cristo, entre otras, quienes realizan la defensa gratuita de los derechos de las personas privadas de libertad.

B. Impacto de la reforma procesal penal

b.1. Rol del juez de garantía

Con motivo de la reforma procesal penal y la Ley N° 19.665 que efectúa importantes modificaciones al Código Orgánico de Tribunales –COT–, se introducen en la legislación chilena los Juzgados de Garantía. En consonancia con la reforma procesal penal, los juzgados de garantía han sido implementados progresivamente en el territorio chileno, a medida que ha ido entrando en vigencia en cada región la reforma procesal penal.

⁴⁷ Organización de Defensa Popular.

⁴⁸ Confraternidad de Familiares de Presos Comunes.

Los jueces de garantía deben supervisar la ejecución de la prisión preventiva y la forma de la ejecución de condenas criminales. Esta afirmación se basa en las siguientes consideraciones:

a. Durante la prisión preventiva

El juez de garantía⁴⁹ según el Código Procesal Penal está a cargo de supervisar la ejecución de la prisión preventiva y de conocer las solicitudes y presentaciones realizadas con ocasión de la ejecución de la medida.⁵⁰

El estudio no recopiló mayores antecedentes para poder emitir una opinión acerca de la forma en que los jueces de garantía asumen esta responsabilidad. No obstante, se analizaron, en este contexto, dos actas resumidas de audiencias realizadas en el Juzgado de Garantía de Valparaíso.⁵¹ Ambas audiencias fueron realizadas con la presencia del fiscal, defensor y abogado de la Dirección Regional de Gendarmería. La causa de ambos casos fue una solicitud de la defensa⁵², en virtud de lo dispuesto en el artículo 150 del CPP, debido a la aplicación de una medida disciplinaria al imputado, provista por Jefe del Establecimiento Penitenciario.

El juez de garantía, en ambos casos, declara ilegal la medida disciplinaria impuesta a los imputados dejándola sin efecto, por cuanto se habrían vulnerado las garantías judiciales mínimas, consagradas en el artículo 19 N. 3 de nuestra Constitución, como en el artículo 14 N. 1, N. 2 y N.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, al no habersele reconocido y proporcionado asistencia jurídica al imputado privado de libertad, entendida ésta como la posibilidad de contar con un abogado y, por ende, de defenderse. Arguye, que la aplicación de la medida disciplinaria se habría realizado sin que el abogado defensor del imputado haya tenido conocimiento de los hechos y, por ende, sin que hubiese podido intervenir en su defensa.

El estudio de estas dos causas, permitió vislumbrar la importancia de un control judicial de la actividad penitenciaria y el posible impacto que puede tener tal actividad en la humanización de las relaciones en la institución total. Se percibe además un cambio en la cultura jurídica de los jueces en comparación con la tramitación de

⁴⁹ Vea artículo 14 N. F del COT, que otorga este deber al juez de garantía.

⁵⁰ El texto original del artículo 150 del CPP indica: "Ejecución de la medida de prisión preventiva: El tribunal será competente para supervisar la ejecución de la prisión preventiva que ordenare en las causas de que conociere. A él corresponderá conocer de las solicitudes y presentaciones realizadas con ocasión de la ejecución de la medida. La prisión preventiva se ejecutará en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizaren para los condenados o, al menos, en lugares absolutamente separados de los destinados para estos últimos. El imputado será tratado en todo momento como inocente. La prisión preventiva se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto. El tribunal deberá adoptar y disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad física del imputado, en especial aquellas destinadas a la separación de los jóvenes y no reincidentes respecto de la población penitenciaria de mayor peligrosidad. Excepcionalmente, el tribunal podrá conceder al imputado permiso de salida durante el día, por un período determinado o con carácter indefinido, siempre que se asegurare convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva. Cualquier restricción que la autoridad penitenciaria impusiere al imputado deberá ser inmediatamente comunicada al tribunal, con sus fundamentos. Éste podrá dejarla sin efecto si la considerare ilegal o abusiva, convocando, si lo estimare necesario, a una audiencia para su examen."

⁵¹ Acta resumida de fecha 24 de marzo de 2004, realizada en la causa RIT 727-2004, y acta resumida de fecha 27 de marzo de 2004, realizada en la causa RIT 824-2004.

⁵² En este contexto, el artículo 95 CPP permite interponer un amparo ante el juez de garantía. El artículo dispone en el segundo párrafo que:

"el abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre, podrán siempre concurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquella se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia(...)", con, según el primer párrafo, el objeto de "que examine la legalidad de su privación de libertad, y en todo caso para que examine las condiciones en que se encontrare (...)", pudiendo ordenar "la libertad del afectado o adoptar medidas que fueren procedentes".

los recursos de amparo y protección presentados en materia penitenciaria. A pesar de ello se trata tan sólo de una impresión, que basados en los resultados de este estudio no permite ser generalizada.

b. Durante la ejecución penal

Se comparte la opinión de la Dra. María Ines Horvitz en el sentido que la obligación establecida en la letra F del artículo 14 del COT, significa en la práctica que “a falta de un juez de garantía de ejecución penitenciaria, la ley atribuye a los jueces de garantía el deber de hacer ejecutar todas las condenas criminales y las medidas de seguridad aplicadas en las sentencias, incluidas las dictadas por los tribunales de juicio oral en lo penal. Asimismo, les da competencia para resolver las solicitudes y reclamos de los reos o penados y de las personas a quienes se haya aplicado una medida de seguridad que se planteen durante el tiempo de ejecución de la condena o la medida”.⁵³ Esta interpretación encuentra su fundamento también en el artículo 466 del CPP.

El artículo 466 inciso 1° del CPP entrega la competencia de la ejecución de la pena al juez de garantía, al señalar, “Durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, sólo podrán intervenir ante el competente juez de garantía el ministerio público, el imputado y su defensor”. El inciso segundo, dispone luego, que “El condenado o el curador, en su caso, podrán ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los

derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare.”

Entonces el inciso uno establece que el imputado, en este caso el imputado condenado⁵⁴, está legitimado para actuar durante la ejecución de la pena ante el juez de garantía. Esta posibilidad la puede ejercer para hacer valer sus derechos, entre otros, los derechos que la normativa penitenciaria le otorga. Es decir, por ejemplo, el derecho a la atención médica,⁵⁵ a la educación⁵⁶ o a la alimentación apropiada.⁵⁷ Por ello, cualquier situación ocurrida a un recluso durante el período de ejecución de la condena es de competencia exclusiva del juez de garantía.

Cabe concluir que el CPP establece que el juez de garantía está a cargo de supervisar la forma de ejecución de las penas privadas de libertad y del tratamiento penitenciario.⁵⁸ Responsabilidad que los jueces de garantía aún no asumen a cabalidad.

Al consultar la opinión de los jueces⁵⁹ sobre si los derechos y garantías en el ámbito penitenciario de los condenados privados de libertad se garantizan de mejor forma a raíz de la implementación de la reforma procesal penal, el 71,1% de los jueces opina que la situación no ha variado; un 26,3% indica que ha mejorado y sólo un 2,6% que está peor. (38 respuestas válidas). La siguiente tabla grafica este resultado:

⁵³ María Inez Horvitz Lennon, "Derecho Procesal Chileno", cit. p. 204.

⁵⁴ La palabra imputado comprende también a la persona condenada, ya que según el artículo 7 del CPP se pierde la calidad de imputado recién con la "completa ejecución de la pena." Además el artículo 466 esta bajo el Título VIII. "Ejecución de las sentencias condenatorias y medidas de seguridad."

⁵⁵ Vea artículo 34 del Reglamento Penitenciario

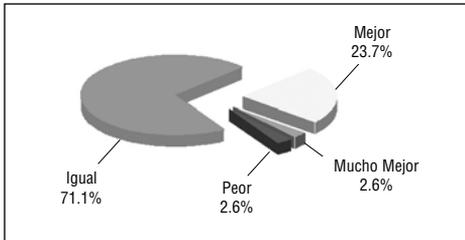
⁵⁶ Vea artículo 59 del Reglamento Penitenciario

⁵⁷ Vea artículo 47 del Reglamento Penitenciario

⁵⁸ Vea artículo 11 del anteproyecto.

⁵⁹ El universo de esta parte del estudio esta constituido por 44 respuestas a una encuesta autoaplicada, lo que en la práctica equivale a un 69% de la población total de Jueces de Garantía existentes al momento de la investigación. Se trata de una encuesta respecto a las apreciaciones de los jueces de garantía sobre el tema, no de un estudio del comportamiento real de ellos basados en la jurisprudencia y/o actas de visitas.

Como considera que están garantizados los derechos penitenciarios de los condenados en el Nuevo Proceso Penal respecto al anterior



El resultado demuestra que una parte de los jueces de garantía aparentemente perciben que cumplen un rol de juez de ejecución de penas. Entre quienes señalan que el nuevo proceso garantiza de mejor manera los derechos de los condenados en el ámbito penitenciario –diez casos, quince respuestas–, el principal motivo para explicar esta mejoría es la mayor intervención de los jueces de garantía, señalando como segunda opción la segregación al interior de los penales. Sorprende que el porcentaje de jueces que opinan que les concierne esta competencia de supervisar la ejecución de las penas sea tan bajo.

Entre quienes señalan que en el marco del nuevo proceso ha empeorado o no ha sufrido variación la situación respecto a garantizar los derechos de los condenados –veinticinco casos, treinta y un respuestas–, los temas más recurrentes son referidos a que la situación no ha variado respecto al proceso penal anterior y a las dificultades existentes para la reinserción social.

Cabe concluir, que en el plano de los condenados, hasta el momento los jueces de garantía no desarrollan esfuerzos mayores respecto a garantizar de forma efectiva el cumplimiento de los derechos en el ámbito penitenciario.

b.2 Rol de los Defensores Públicos⁶⁰

La Defensoría Penal Pública fue creada mediante la Ley N° 19.718, del año 2001.⁶¹ Su misión es “proporcionar defensa penal de alta calidad profesional a las personas que carezcan de abogado por cualquier circunstancia, velando por la igualdad ante la ley, por el debido proceso y actuando con profundo respeto por la dignidad humana de sus representados”.

La Defensoría Penal Pública asume la defensa del imputado “desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare (...)”.⁶² Entonces el defensor debe jugar un papel importante mientras se desarrolla el proceso, además su función se prolonga hasta que su representado haya culminado el cumplimiento de su condena. Esto implica que durante el período de ejecución de la condena, el defensor puede y debe actuar legítimamente en defensa de los derechos del condenado, por ejemplo, en temas relacionados con el cómputo del plazo de condena, castigos, beneficios, entre otros.⁶³

⁶⁰ Durante Agosto y Octubre de 2003, se intentó aplicar una encuesta -consistente en un cuestionario autoaplicado- a la totalidad de los jueces de garantía existentes en el país, los que según datos de Defensoría Penal ascendían a setenta y cuatro defensores. Dicho censo tuvo un total de sesenta respuestas, lo que en la práctica equivale a un 81% del universo total de defensores al momento de la investigación. De este modo, al no cubrir a la totalidad del universo y no haber controlado factores externos que pudieran intervenir en la ausencia de respuestas, no es posible estimar la población a partir de las respuestas obtenidas, aunque sí podemos decir que es una representación exacta del 81% de defensores públicos que contestó el instrumento.

⁶¹ El artículo 1°, define a la Defensoría Penal Pública como un servicio público, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia.

⁶² Conforme a lo dispuesto por el artículo 8 y 102 del CPP

⁶³ Por ello el artículo 466 del CPP establece que el defensor puede intervenir ante el juez de garantía para ejercer, por ejemplo los derechos y facultades que la normativa penitenciaria atorga al preso.

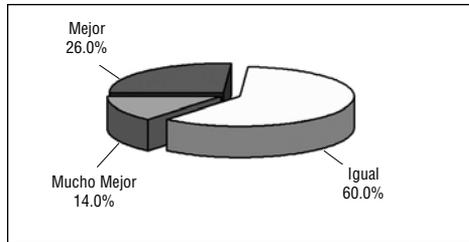
En consecuencia, el defensor nacional dictó el ORD. N° 138, con fecha 23 de agosto del 2002, dirigido a los defensores y jefes de estudios regionales, referente a la visita de los defensores locales a los establecimientos penitenciarios, efectuadas a los imputados y condenados privados de libertad, con el objeto de precisar un procedimiento uniforme de actuación.

En cuanto a los condenados privados de libertad, se indica que el defensor que lo haya representado en el momento de dictarse la sentencia condenatoria, deberá efectuar visitas al interno con una periodicidad no inferior a un mes⁶⁴. Agrega que este deberá dejar constancia, especialmente, en la planilla de visita, de la circunstancia de haberse formulado solicitudes por parte del interno al defensor local, tal como solicitud de beneficios o reclamos sobre el régimen de internamiento. Y que las demás observaciones formuladas respecto de los imputados le son aplicables en lo pertinente.

En consecuencia, los defensores pueden desarrollar una labor importante en asegurar el acceso a la justicia de las personas privadas de su libertad.

No obstante, sólo un 40% de los defensores considera que la situación de protección de los derechos penitenciarios ha mejorado a raíz de la implementación de la reforma procesal penal, mientras un 60% considera que la situación se mantiene igual. El gráfico muestra este resultado:

¿En que medida considera que están garantizados los derechos de los CONDENADOS en el ámbito penitenciario respecto al proceso penal anterior?



Base: 50 casos

Con relación a los motivos señalados por los defensores, respecto a los derechos de los condenados privados de libertad, quienes indican que su situación mejoró apuntan a una mejor defensa, así como a la entrega de nuevos derechos y garantías, también mejoras en infraestructura y mejor trato por parte de funcionarios de GENCHI.

En cambio, entre quienes señalan que el respeto de derechos de los condenados no ha sufrido mejora e incluso ha empeorado, los principales motivos que enuncian apuntan a la inexistencia de cambios de fondo en sistema penitenciario, que dote de oportunidades de capacitación y trabajo a los internos, con el objeto de fomentar su reinserción social, así como a la falta de segregación al interior de los penales.

El resultado demuestra que los defensores no hacen uso de las facultades de intervenir en la defensa de los derechos penitenciarios de los condenados. Esta facultad está contemplada en el artículo 466 del CPP. Contraria a la opinión de la

⁶⁴ Resulta interesante preguntarse cuál es el criterio a aplicar en este sentido respecto a la modalidad de defensas licitadas, en particular respecto a la situación de los condenados una vez que termine el tiempo de duración de los contratos de licitación.

⁶⁵ El texto original dice: "América Latina es hoy la tierra de evangelización de los apóstoles del 'más Estado' policial y penal, como en las décadas del setenta y del ochenta, bajo las dictaduras de derecha, había sido el terreno predilecto de los partidarios y constructores del 'menos Estado' social dirigidos por los economistas monetaristas de América del Norte", en *Las Cárceles de la Miseria*, Ediciones Manantial, Buenos Aires, 2000, Pág. 12.

mayor parte de los encuestados, la proyección jurídica de las personas condenadas mejoró a raíz de la puesta en vigencia del código procesal penal. El hecho que los defensores no den cuenta del cambio ocurrido, demuestra que todavía no hacen uso de la facultad legal de intervenir a favor de los derechos penitenciarios de los condenados, y de la cual no están exceptuados de cumplir. Esta situación debería ser revertida a través de esfuerzos de capacitación y sensibilización instruidas de parte del defensor nacional.

IV. CONCLUSIONES

La actual política criminal chilena lleva a un permanente aumento de la cifra de reclusos, que ha aumentado en más del doble en las últimas dos décadas. Tanto la actual duración de las penas, como la reducción en las autorizaciones de libertad condicional son causales del permanente aumento de las cifras de reclusos.

Al mismo tiempo, el Estado chileno no ha generado la infraestructura necesaria para internar en forma digna a los reclusos, siguiendo la tasa de incremento, ni tampoco ha provisto el personal necesario para su atención. Por ello, la situación en los establecimientos penales chilenos es cada día peor. La construcción de nuevos establecimientos ya iniciada mejorará solo a corto plazo la situación en los centros de reclusión; a mediano y largo plazo puede esperarse que siga creciendo el número de reclusos lo que hará necesaria la construcción de cada vez más cárceles.

El cumplimiento terapéutico previsto en la ley se transforma cada vez más en un mero internamiento y no se aprecia por ahora ninguna señal de que esta tendencia se revierta. Por el contrario, gracias a la importación de dudosas estrategias para

combatir la criminalidad, especialmente la legislación de “la tercera es la vencida” - Three Strikes- este desarrollo seguirá acelerándose.

La situación jurídica en el ámbito de la ejecución penal debe hacerse compatible con las disposiciones jurídico-constitucionales a través de la elaboración y dictado de una Ley Penitenciaria. Esta ley debería cubrir tanto el ámbito de la ejecución penal, como también aquél de las penas alternativas y de la prisión preventiva. Gracias a una regulación legal amplia de la ejecución penal es posible fijar claramente los derechos y deberes del personal penitenciario, de los reclusos y de quienes están en prisión preventiva. La claridad normativa que se genera así fomenta la seguridad jurídica.

Además es necesario realizar un esfuerzo especial por sensibilizar al mundo especializado, como también a la opinión pública, que debe servir para clarificar la posición de los reclusos como portadores de derechos. En este sentido, es necesario evidenciar las oportunidades y ventajas que implica estimular a los reclusos a participar en actividades de formación y capacitación. Todo tipo de internamiento es finalmente más caro que aquella ejecución, cuya prioridad es habilitar a los reclusos para una vida en libertad sin delinquir.

Para finalizar, habrá que confiar en que en Chile no se haga realidad el temor expresado por Wacquant: “América Latina es hoy la tierra de evangelización de los apóstoles del ‘más Estado’ policial y penal, como en las décadas del setenta y del ochenta, bajo las dictaduras de derecha, había sido el terreno predilecto de los partidarios y constructores del ‘menos Estado’ social dirigidos por los economistas monetaristas de América del Norte (...).”⁶⁵ •

MILITARIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN DEL SISTEMA PENAL Y PENITENCIARIO (Distintas racionalidades punitivas)

IÑAKI RIVERA BEIRAS

(Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans
de la Universitat de Barcelona)

El análisis del llamado *business* penitenciario, inicialmente propuesto por Christie, es un esfuerzo que debe encuadrarse en un contexto mucho más amplio que el de la ejecución de la pena. El examen analítico debe establecer los vínculos del sistema penal con los cambios políticos y económicos que se vienen produciendo, durante las últimas tres décadas, en el marco de lo que se ha dado en denominar la *modernidad tardía*.

Dos interrogantes iniciales pueden servir como punto de partida para orientar el desenvolvimiento de la discusión. ¿Cómo se ha llegado a desarrollar un tipo de racionalidad penal meramente “tecnocrática” que quiebra los fundamentos de una intervención penal propia del *welfare*? ¿Existe una relación entre la crisis de la cultura del *welfare* y el surgimiento de racionalidades penales tecnocráticas?

OTROS RUMBOS PUNITIVOS

Es necesario comenzar haciendo una rápida alusión a los cambios que se han producido durante las últimas décadas, en la misma forma-Estado, es decir, en la forma propia del denominado “constitucionalismo social” europeo, en la cultura *welfare* británica y norteamericana, y en el paulatino resquebrajamiento de los fundamentos de esa forma de organización política. Veamos, primero, qué sucedió en los Estados Unidos de América, y posteriormente

las repercusiones (y exportaciones político-criminales) en y hacia Europa continental.

En primer lugar, cabe recordar que la crisis fiscal del *welfare State* en los Estados Unidos, anunciada por O'Connor hace 30 años, provocó que se replantease el “complejo penal” que había surgido al amparo de ese modelo estatal y que perduró exactamente un siglo (de 1876 a 1976). El ideal rehabilitador sólo podía funcionar si el Estado tenía numerosas agencias de justicia que le sirvieran de soporte, lo cual exigía importantes gastos en materia policial, jurisdiccional, penitenciaria, así como en operadores sociales y penales diversos. El aumento de los gastos oficiales por encima de los ingresos fue conduciendo a la quiebra económica del *welfare*, de modo que las erogaciones que implicaban aquellos se enfrentaron con la amenaza cada vez más aguda de la crisis presupuestaria. Igualmente, el descrédito de la sentencia indeterminada, el cuestionamiento de los fundamentos mismos que intentaban legitimar la posibilidad de una supuesta intervención rehabilitadora y la puesta en viló de la pretendida científicidad de los diagnósticos y pronósticos sobre futuros comportamientos son todos factores que también determinaron en Estados Unidos la redefinición de las asociaciones entre crisis del *welfare* y sistema penal.

La desaparición de la sentencia indeterminada y del mito de la rehabilitación en los

Estados Unidos, durante la década de 1970, dio paso a diversos modelos de *sentencing* que, salvo algunos intentos del *justice model*, estarían dominados por racionalidades de corte económico y tecnocrático. Las nociones de *costes-beneficios*, *cálculo* y *análisis estadístico*, unidas al intento por “anclar las escalas penales” de manera fija y determinada, explican el surgimiento de un tipo de *sentencing* estadounidense que acabará empleando mayoritariamente dos instrumentos de la nueva cultura penal: las *mandatory penalties* (cuya versión más conocida es la popularmente designada como ley de los *three strikes and you're out*) y las *guidelines sentences*. El “retorno a Beccaria”, a través de la teorización de un sujeto que racionalmente decide su comportamiento (*rational choice*), prepara el terreno para la remozada racionalidad “ilustrada/posmodernista”.

GÉNESIS DE LA INDUSTRIA PENAL ESTADOUNIDENSE

Es evidente el impacto que logró la nueva orientación punitiva sobre la cárcel de los Estados Unidos. En poco más de 10 años la nueva penalidad fija, determinada y elaborada cada año en las *Guidelines Sentencing Commissions* –estatales y federal–, ha enviado a la cárcel a más de un millón de personas. En consecuencia, había suficiente materia prima para el montaje de una industria.

No obstante, faltaba dar un paso más para que el “mercado” se expandiera. La teoría de la incapacitación, tanto en su versión *absoluta* –teorizada por criminólogos conservadores como James Q. Wilson–, cuanto en la *selectiva* –de Peter Greenwood–, estimuló un neorretribucionismo que se asentó en la “científica” conclusión de que mientras la gente está encerrada no delinque: populismo, sentido común y maquillaje criminológico –junto a importan-

tes tratamientos mediáticos– hicieron propicio el terreno para el despliegue exitoso de la llamada *incapacitación punitiva*. Según esta “racionalidad”, se pretende restringir la comisión de delitos con la sujeción de las personas a impedimentos físicos, asumiendo que la única finalidad posible de la cárcel es sustraer a los detenidos de la sociedad, alejarlos de la calle, que lo único que queda para reducir la posibilidad del delito es la restricción espacial que implica el encierro. En consecuencia, la incapacitación erigida en principal finalidad carcelaria abrió de par en par las puertas de la privatización y fijó el comienzo del negocio y la industria del control del delito.

Por lo que puede hoy corroborarse, la empresa prosperó. Christie lo ha explicado suficientemente al señalar que, respecto a otras, la industria del control punitivo cuenta con un poderoso privilegio: su materia prima nunca escaseará en la medida en que parece ser infinita la oferta de delito. Además, la demanda de servicio y la disposición a pagar por ofertas de seguridad también tienden a ser ilimitadas, mientras en la ciudadanía se alimenta la creencia de que la industria punitiva, al extraer del sistema social elementos no deseados, cumple con un necesario papel de limpieza.

Siguiendo de cerca la obra de Zygmunt Bauman, *Modernity and the holocaust* (1989), se aprecia que el autor noruego explica el nacimiento del negocio de la gestión punitiva como una forma de obtener otras utilidades de la pobreza en los Estados Unidos. En efecto, el paulatino convencimiento de que valía la pena “invertir dinero para tener esclavos” demostró que sería una aventura rentable si de verdad se apostaba a la construcción de un “gran encierro” que posibilitara la aparición de un nuevo “sector” empresarial. De este modo, Estados Unidos recuperó dos de sus grandes tradiciones: la privatización y

la esclavitud de viejo cuño, ahora remozadas para ser adaptadas a la nueva empresa. Es preciso recordar que Christie escribía estas reflexiones hace 10 años, cuando la población estadounidense encarcelada era aproximadamente la mitad de la de hoy. La superación actual de la cifra de dos millones de personas privadas de libertad, por tanto, debe ser una demostración de que “la industria ha prosperado”. Veamos los resultados de esa prosperidad.

Wacquant es tal vez uno de los autores que en los últimos años han descrito con mayor claridad las transformaciones del sistema penal estadounidense. Como él señala, la política de expansión del sector penal no es patrimonio exclusivo de los republicanos. “Durante los últimos cinco años, mientras Bill Clinton proclamaba su orgullo por haber puesto fin a la era del *Big Government* y la comisión de reforma del Estado federal se esforzaba por podar programas y empleos públicos, se construyeron 213 nuevas cárceles, cifra que excluye los establecimientos privados que proliferaron con la apertura del lucrativo mercado del encarcelamiento privado. Al mismo tiempo, la cantidad de empleados, sólo en las prisiones federales y estatales, pasaba de 264 mil a 347 mil, entre ellos 221 mil vigilantes. En total, el ‘mundo penitenciario’ estadounidense contaba con más de 600 mil empleados en 1993, lo que [lo convertía en] el tercer empleador del país, apenas por debajo de la *General Motors*, primera empresa mundial por el volumen de sus negocios, y la cadena de supermercados internacionales Wal-Mart. De hecho, y de acuerdo con la Oficina de Censos, la formación y contratación de vigilantes es, entre todas las actividades gubernamentales, la que creció con mayor rapidez durante el decenio pasado”.

Por otra parte, desde que *Corrections Corporation of America*, *Correctional Services Corporation*, *Securicor* y *Wacken-*

hut comenzaron a cotizar en la bolsa, la industria carcelaria es uno de los niños mimados de Wall Street. En uno de los últimos “grandes salones de la prisión” –exposición anualmente convocada por la *American Correctional Association*– en Orlando, Florida, fueron exhibidos los siguientes “productos”: esposas con protección para las muñecas, armas de asalto, cerrojos y rejas irrompibles, muebles para celdas con literas ignífugas, retretes de una sola pieza, elementos cosméticos y alimentarios, sillas de inmovilización, uniformes de extracción –para sacar de las celdas a los presos más resistentes–, cinturones electrificados de descarga mortal, programas de desintoxicación para toxicómanos, sistemas de vigilancia electrónica y de telefonía de última generación, tecnologías de detección e identificación, programas informáticos para el tratamiento de datos administrativos, sistemas de purificación de aire antituberculosis, celdas desmontables –que se pueden instalar en un día, en un área de estacionamiento para absorber una masiva llegada de detenidos–, cárceles llave en mano y hasta un camión quirófano para operaciones de urgencia en el patio del penal [cfr. Wacquant, *op. cit.*: 9].

No parece haber muchas dudas en torno a que, en efecto, la industria ha progresado. Ahora bien, para entender esta prosperidad hay que volver al plano de las nuevas racionalidades que permitieron esos despliegues punitivos.

“NUEVAS” RACIONALIDADES PUNITIVAS

Los desastres bélicos de la II Guerra Mundial y el holocausto judío, así como la tarea de reconstrucción europea iniciada a partir de 1945, marcarían el inicio de una nueva forma-Estado en la Europa continental, sustentada en un modelo constitucional heredero de la *Resistenza* ejercida por

quienes habían sufrido en sus entrañas los efectos del Derecho penal autoritario de los totalitarismos nazi y fascista. No puede entenderse en toda su dimensión la aparición del llamado “constitucionalismo social” si no se considera la etapa de enajenación europea simbolizada en el *univer-so concentracionario*, parafraseando a David Rousset, Hannah Arendt y otros sobrevivientes y estudiosos del Holocausto, de la Solución Final y del genocidio europeo que terminaron costando la vida de más de cincuenta millones de seres humanos.

Precisamente tras el final de la segunda Guerra Mundial iba a iniciarse el momento “dorado” del constitucionalismo social, el del *garantismo penal* para cuanto aquí interesa. Como se ha dicho, ello no puede comprenderse en su totalidad sin el recuerdo, sin la vigencia de aquel universo concentracionario aludido. Como señaló Adorno, Auschwitz se erigió en un nuevo imperativo categórico. Al grito de ¡Nunca más! y como freno definitivo a la barbarie criminal y enajenada del autoritarismo *nazi-fascista* (y de sus satélites), Europa inauguraba, junto a la tarea de la reconstrucción continental, un nuevo tipo de constitucionalismo que, con las garantías de rigidez que le son propias, desplegaba amplios catálogos de derechos fundamentales, civiles, sociales, políticos y procesales. En todo ello tuvo un papel protagonista la *Resistenza* que comprendió que la “lucha por los derechos” construía un escenario que debía ser fortalecido de modo permanente. El pensamiento y la praxis crítica atravesaron Europa y los Estados Unidos de Norteamérica. Efectivamente, las constituciones italiana y alemana inauguraron el aludido movimiento constitucionalista. Este acogería una tradición propia del *welfare* como reinterpretación adaptada a la cultura jurídica continental europea, lo cual tuvo decisivas implicancias en las formas de legitimar la intervención jurídico-penal. ¿Qué queda

de aquel firmamento del derecho internacional de los derechos humanos? ¿Resiste hoy Europa a la tentación penal norteamericana?

Wacquant señala que la difusión de las políticas *securitarias* norteamericanas en Europa, se produjo gracias al rol desempeñado por los *think tanks* de los Estados Unidos e Inglaterra. Concebidas como auténticas “usinas de elaboración de pensamiento” o “fábricas de ideas”, los *think tanks* neoconservadores más nombrados en este ámbito político-penal son el *Manhattan Institute* y la *Heritage Foundation*, lugares que se convirtieron en habituales sitios de recepción para los “forjadores de la nueva razón penal”, tales como Rudolph Giuliani, ex alcalde de Nueva York, o el ex jefe de seguridad del Metro de Nueva York, William Bratton, ascendido luego a Jefe de la Policía Municipal. Por el lado británico, el *Adam Smith Institute*, el *Centre for Policy Studies* y el *Institute of Economic Affairs* son los principales *think tanks* que ya difunden las concepciones neoliberales en materia económica y social y, posteriormente, las tesis punitivas elaboradas en Estados Unidos e introducidas en el gobierno de John Mayor, y que después serán ampliamente retomadas por Tony Blair. Inglaterra se convierte así en avanzadilla europea de la nueva racionalidad penal estadounidense.

Muy pronto la penetración continental dio sus frutos, al menos en tres de los principales Estados europeos –Francia, Alemania e Italia–: Jospin, con la “tolerancia cero a la francesa”, la Unión Cristiano Demócrata -CDU-, con el inicio de la campaña de *null toleranz* en Frankfurt y Nápoles como bandera de punta, al enarbolar su *tolleranza zero* a la pequeña y mediana delincuencia. En el caso de España, es indudable también la penetración de estas nuevas racionalidades punitivas. Las recientes reformas del gobierno de José

María Aznar se incardinan decididamente en la dirección apuntada: el aumento de treinta a cuarenta años de la pena de prisión, la aplicación “sin trabas” de la prisión preventiva, la reducción de competencias de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y la potestad de expulsar del país a todos los extranjeros que cometan un delito. Los cimientos del “constitucionalismo social”, heredero del grito de *¡Nunca Más!* de la posguerra mundial, descrito por Ferrajoli, empezaron a resquebrajarse.

Pero, a estas alturas, ¿de qué sociedad europea se está hablando? Ulrich Beck definió hace más de quince años la “sociedad del riesgo” como aquella que, junto a los progresos de la civilización, presentaba la contrapartida de la producción de nuevos riesgos estrechamente vinculados a esos progresos, por ejemplo, peligros nucleares y ambientales. Hoy día, como él mismo destaca, la lista de riesgos podría ser ampliada: riesgos laborales -precariedad, flexibilidad laboral y despido-, los de tipo sanitario-alimentario -contaminaciones, adulteraciones, transgénicos, pestes vacunas y porcinas-, los derivados de la alta accidentalidad -muertes en accidentes de vehículos y accidentalidad laboral muy elevada-, los propios de los desajustes psíquico-emocionales y los derivados de las *patologías del consumo* -anorexias y bulimias-.

En el ámbito de la cultura penal anglosajona y como una de las diversas respuestas para “gobernar las crisis” -*management*-, las propuestas político-criminales consistieron en el desarrollo de una línea conocida como “Criminología administrativa o actuarial”, que presenta ciertas características: se impone una “gestión” de los riesgos que quedará sobre todo en manos estrictamente administrativas y en la que importará fundamentalmente “regular comportamientos para evitar riesgos” -y ya no, como antaño, cambiar mentali-

dades-. En consecuencia, debe hacerse un verdadero “inventario” de los riesgos que se deben controlar y evitar. Ya existen ejemplos muy claros: instalación de cámaras de video-vigilancia en las calles; regulaciones de las prohibiciones de salir por la noche a los jóvenes de ciertas edades -con toques de queda y/o controles nocturnos-, para “evitar” el contacto de los jóvenes con el *riesgo* de la noche, con el *riesgo* del delito, a esas horas; prohibiciones de venta de alcohol para. Todas las medidas tienen ciertos rasgos en común: se actúa cuando no se ha cometido todavía un delito -¿suerte de medida de seguridad pre-delictiva?-, sin embargo, no es aplicada a una persona en concreto sino a un grupo o categoría de personas, bajo el presupuesto de que se hace para “evitar riesgos” que son predecibles. Los jueces no son los encargados de desarrollar esas medidas -ellos se encargan sólo de los casos concretos-. Diversas agencias de la administración pública -Ministerio del Interior, gobernadores y alcaldes de ciudades- adoptan medidas de este tipo en relación con grupos enteros de la población. Además, la implementación de aquellas, con el fin de prevenir posibles “delitos” y “riesgos”, se vale de los nuevos sistemas de seguridad urbana -vigilancia por video, monitoreo electrónico-, lo cual, claro está, abre la puerta a las empresas privadas para que instalen sus máquinas, sus sistemas de identificación, sus videocámaras y muchísima tecnología punitiva más que va surgiendo para acrecentar la industria. Ya no se trata de rehabilitar sino de monitorear.

Los planteamientos de Malcom Feeley y Jonathan Simon permiten cerrar el análisis de esta nueva “racionalidad punitiva”. Lejos de la patología, consideran la existencia del delito como algo que debe darse por sentado y suponen la desviación como un acto normal. Las intervenciones no deben entonces dirigirse hacia la vida

individual, pues no la cuestionan moralmente ni pretenden explicarla causalmente ni normalizarla; sólo deben procurar la regulación de grupos humanos peligrosos para optimizar el manejo o “gerencia” de los riesgos. Para ello será decisivo el empleo de las estadísticas, no como un camino para descubrir causas o patologías sino como un medio de conocimiento directo de factores y distribución de los riesgos y de elaboración de mapas de probabilidades que se deben reducir o redistribuir. Se trata de lograr una eficacia sistémica.

EN EL NUEVO ESCENARIO MUNDIAL

No parecen existir, pues, demasiadas dudas en torno a las consecuencias que para el sistema penal produjo la crisis de la cultura del *welfare* –en el ámbito británico y norteamericano– y del Estado social –en el área de Europa continental–. Por tanto, no pueden causar demasiada extrañeza los caminos iniciados tras el ataque a los Estados Unidos del 11 de septiembre de 2001: los cimientos ya estaban colocados. La opción bélica de los Estados Unidos viene acompañada de una serie de medidas en el ámbito del sistema penal que, al parecer, tienden a perdurar mucho más allá de los fugaces y momentáneos tiempos de los bombardeos. Dado que son tantas, se ha optado por mencionar tan solo las más relevantes para ilustrar el rumbo por el cual se ha optado.

- a) En primer lugar, debe decirse que el Senado estadounidense ha aceptado la nueva legislación antiterrorista por un período de vigencia de cuatro años, aun cuando debe aceptar que las nuevas medidas “pueden provocar una erosión irrecuperable en el grado de libertades civiles de la sociedad”.
- b) Una de las medidas más controvertidas, pero sobre la que parece haber acuerdo entre los dos principales parti-

dos políticos, reside en la posibilidad de detener a un extranjero durante tiempo como medida preventiva, sin tener que presentar cargos contra él si existe una mínima sospecha de su vinculación terrorista.

- c) También se permitirá que las fuerzas de seguridad intervengan teléfonos o cuentas de internet asociadas a un supuesto terrorista, sin que medie una orden judicial para cada uno de los números.
- d) Un solo permiso judicial permitirá intervenir todos los teléfonos que el terrorista pudiera utilizar –generalización que capacitará a la policía para interceptar conversaciones de ciudadanos íntegramente inocentes–.
- e) Se prevé asimismo el agravamiento de penas por actividades terroristas o por lavado de dinero vinculado a estas organizaciones.
- f) Se debate, finalmente, sobre la necesidad de “legalizar ciertas formas atenuadas de tortura” para evitar la comisión de algunos delitos terroristas.

La lista podría ser más extensa, sin duda, pero ya es lo suficientemente elocuente para ilustrar en torno al camino iniciado. Como claramente puede observarse, todos los fundamentos de un Derecho penal garantista, empiezan a ser rápidamente desmantelados. La imagen de la paulatina construcción de un Derecho penal de enemigos vuelve a emerger recordando las raíces nazis sobre las cuales fue edificado.

Dos imágenes finales pueden ser útiles para acabar de señalar el rumbo iniciado: Guantánamo y Abu Graibh: los centros de privación de libertad donde Estados Unidos puede practicar el terror tras haber invadido Afganistán, primero, e Irak después.

La “cárcel” de Guantánamo se convirtió en los últimos años en el lugar emblemáti-

co de lo que alguna vez fue definido como la “zona del no Derecho” (cfr. Pietro Costa 1974). Esto es, un lugar en el cual el Estado –en este caso, el norteamericano–, puede poner a prueba un poder absoluto, sin límites, si las “trabas” del Estado del Derecho –como expresamente señaló el Presidente George Bush–. El auténtico *limbo jurídico* en el que se situaron a centenares de presos invirtió todas las reglas de un proceso penal ordinario, o sentado sobre bases liberales. En efecto, en una actuación procesal insólita, los presos reclamaron “ser acusados de algo” pues, en tal caso, se les debían designar abogados defensores y aplicárseles todas las garantías del proceso penal.

Mientras tanto, en junio de 2003 se conocía el Informe del Inspector General de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, en el cual se deja constancia que “el Departamento de Justicia violó los derechos civiles de cientos de inmigrantes (762, en concreto) tras el 11-S”, como pudo señalar Anthony Romero, director de la Unión Americana de Libertades Civiles –ACLU–. En el mencionado informe se indica que los inmigrantes detenidos estuvieron privados de libertad, como media, unos ochenta días durante los cuales no pudieron comunicar su situación a sus abogados ni a sus familias, fueron esposados y encadenados por los pies y la cintura, sufrieron aislamientos de veintitrés hs. al día de encierro celular. Finalmente, todos los detenidos fueron puestos en libertad sin cargos al no haberse acreditado participación alguna en actividades terroristas. Pese a todo ello, el informe señala que no cabe el procesamiento de ningún agente pues “las pruebas, tales como la filmación de interrogatorio, fueron destruidas”. El informe concluye indicando que “nuestras acciones se ajustaron a la ley y fueron necesarias para proteger al pueblo norteamericano (...). No hemos de pedir perdón a nadie por utilizar

todos los recursos legales para proteger al público americano frente a posibles y nuevos ataques terroristas” [cfr. *El País*, 4 de junio de 2003].

El otro ejemplo, representado por la situación de la cárcel de Abu Graibh en Irak, ha saltado a los medios de comunicación tras las revelaciones de las torturas, testimoniadas con fotos, que han venido siendo sometidos durante muchos meses los prisioneros iraquíes tras la ocupación militar del país. De nada han servido semejantes revelaciones, al menos en cuanto hace a las responsabilidades políticas en los altos mandos norteamericanos. Ya se ha dicho antes que la nueva legislación antiterrorista aprobada en los EE.UU. contempla el sometimiento a “formas atenuadas de tortura” a prisioneros recalcitrantes y cuyas voluntades fuesen difíciles de doblegar. ¿A qué extrañarse entonces? Se trata, simplemente, de la aplicación de la ley –aplicación extraterritorial, eso sí, pero esto ya no es más que un “detalle” procesal cuando se ha bombardeado una nación entera–. Por otra parte, ya se ha puesto de manifiesto que las torturas cometidas en la cárcel de Irak habían sido “ensayadas” previamente en Guantánamo, donde el Pentágono había aprobado un año antes el empleo de las *20 técnicas* para presionar e intimidar a los presos.

Veremos cuánto tarda en verificarse la difusión de esta “nueva” política penal en los países europeos. La tendencia es clara: gestión punitiva de la pobreza, mercado económico de total flexibilización, criminalización cada vez mayor de la disidencia y reducción del Estado. El espacio de “lo público” parece caminar en esa dirección. El escenario punitivo no parece que así se pueda contraer. Sin embargo, como seguramente fracasará, una vez más, en sus funciones declaradas, quien pueda deberá prepararse para *comprar* seguridad *privada*.

ATENTADOS EN ESPAÑA -11 DE MARZO DE 2004-

Entre el dolor y el regreso de la razón.

Al escribir desde España, esta intervención no puede finalizar sin una mención, aunque sea rápida, de los acontecimientos vividos en Madrid el pasado mes de marzo. De todos son conocidos los atentados con un resultado de ciento noventa y dos personas muertas y mil quinientas heridas. Al dolor por semejante tragedia, se sumó de inmediato la indignación ciudadana ante la manipulación y la mentira empleada por el Gobierno conservador de Aznar al querer desviar la atención sobre la autoría de los atentados hacia la violencia política de ETA, con tal de aferrarse al poder y ganar las elecciones que estaban previstas para el domingo 14 de marzo. Afortunadamente, el vuelco electoral que dio la victoria al Partido Socialista ha dibujado un nuevo marco, no sólo en España, sino en el concierto internacional que esperamos se caracterice por un alejamiento de la hegemonía norteamericana. Si todo cuanto antes ha sido mencionado se inscribe en el marco de la irracionalidad política, con sus particulares consecuencias en el ámbito del sistema penal, la movilización ciudadana que acabamos de ver y de protagonizar desde España parece que nos vuelve a situar en la recuperación de una racionalidad que emerge con la única posibilidad que nos queda para alejarnos de un nuevo holocausto.

Y, asimismo, para no terminar este ensayo con un pesimismo que pueda por alguien ser entendido como sentimiento de parálisis o desesperanza, conviene recordar –especialmente cuando este trabajo se ha elaborado desde Barcelona– lo que constituyó el movimiento ciudadano que se vivió en 2003, traducido en el grito del “No a la guerra”. Millones de personas expresaron así su rechazo al rumbo que ciertos acontecimientos mundiales iban

adquiriendo. Estas personas fueron, por un tiempo, auténticos protagonistas, tomaron las calles –y muchas instituciones–. Es de esperar que ese latido no se apague; seguramente en ello nos va, a estas alturas, nuestra propia supervivencia como civilización –si queremos, de verdad, evitar el triunfo de la barbarie–. •

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Arendt, H. *Eichmann en Jerusalén, Un estudio sobre la banalidad del mal*, Editorial Lumen, Barcelona, 1963.
- Bauman, Z., *La Globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001a.
- Bauman, Z., *La posmodernidad y sus descontentos*, Editorial Akal, Madrid, 2001b.
- Bauman, Z., *En busca de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002
- Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.
- Beck, U., *La democracia y sus enemigos*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2000a.
- Beck, U., *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2000b.
- Burton Rose, D., Pens, D., Wright, P., *El encarcelamiento de América. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.*, Editorial Virus, Barcelona, 2002.
- Christie, N., *La industria del control del delito ¿La nueva forma del holocausto?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- Costa, P., *Il Progetto Giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico (Vol.I, Da Hobbes a Bentham)*, Editorial Giuffrè, Milano, 1974.

- De Giorgi, A., *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control*. Editorial Virus, Barcelona, 2004c.
- Feeley, M., Simon, J., "La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones" en *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, año 4, núm. 6-7 (33-58), 1995.
- Ferrajoli, L., "El Derecho Penal Mínimo" en *Poder y Control, Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social*, núm.0. Barcelona: PPU, 1986.
- Ferrajoli, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- Mate, R., *Por los campos del exterminio*, Anthropos, Barcelona, 2003a.
- Mate, R., *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*, Trotta, Madrid, 2003b
- O'Connor, J., *La crisis fiscal del Estado*, Ediciones Península, Barcelona, 1981.
- Rivera Beiras, I., "Forma-Estado, Mercado y Trabajo y Sistema Penal" en *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historias del presente y posibles escenarios*, Editorial Anthropos, Barcelona, 2004a.
- Rivera Beiras, I., *Recorridos y formas de la penalidad*, Editorial Anthropos, Barcelona, 2004b.
- Rivera Beiras, I., Monclús Maso, M., "Presentación" en *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control*, op. cit., 2004c.
- Rivera Beiras, I. (coord.), *Sistema Penal y Política Criminal*. Editorial Anthropos, Barcelona, 2004d.
- Rousset, D., *El universo concentracionario*, Editorial Anthropos, Barcelona, 1946.
- Silveira Gorski. H. C., *El modelo político italiano. Un laboratorio: de la tercera vía a la globalización*, Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 1998.
- Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, Editorial Manantial, Buenos Aires, 2000.
- Wacquant, L., "California: primera colonia penitenciaria del milenio" en *Panóptico núm. 2 Nueva Epoca*, Editorial Virus, Barcelona, 2001.
- Wilson, J., Kelling, G., "Ventanas Rotas. La policía y la seguridad en los barrios" en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 10, núm. 15-16, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires-Santa Fe, 2001.
- Young, J., *The Criminology of Intolerance: zero-tolerance policing and the American prison experiment*, Centre for Criminology, Middlesex University, Londres, 1996.
- Young J., "Canibalismo y bulimia: patrones de control social en la modernidad tardía" en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 10, núm. 15-16. Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral (25-42), Buenos Aires-Santa Fé, 2001.
- Young, J., *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Marica Pons Editora, Barcelona, 2003.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL *SENTENCING* Y SUS PROBLEMAS ACTUALES

DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

Facultad de Derecho de la U.B.A.

I. INTRODUCCIÓN

Para aludir a las cuestiones vinculadas con la determinación de la pena, en términos internacionales se utiliza la voz *sentencing* (Jescheck 1993:785; Conseil de l'Europe 1987; Brodeur 1997:81; Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000:948).

Toda vez que la preocupación contemporánea se centra, necesariamente, en las penas privativas de libertad, con adecuación a la histórica distinción de Saleilles –1914– entre una individualización legal, judicial y administrativa, suele distinguirse, particularmente, entre un *sentencing* judicial y un *sentencing* penitenciario (Pavarini 1994a:267).

Como se advierte, el vocablo proviene del ámbito jurídico anglosajón, donde se denomina *sentencing* al proceso legal mediante el cual los jueces imponen una pena a quien ha sido condenado por la comisión de uno o más delitos. *Sentence*, a su vez, alude no sólo a la sentencia, sino también a la condena impuesta por medio de ella.

Así pues, el campo de estudios relacionado con este concepto es vasto y comprende cuestiones meta-normativas de derecho sustancial y adjetivo. Ordinariamente involucra a las teorías de la pena, cuestio-

nes históricas, sociológicas, penológicas y jurídicas relativas a ella, diversos sistemas de castigo como el basado en un esquema de penas fijas –en el sentido de inflexibles, predeterminadas legislativamente– y los sustentados en penas individualizadas e “indeterminadas”¹, el estudio del catálogo de penas disponibles por la legislación y las formas de ejecución de aquellas, todas las cuestiones procesales atinentes al tema y muchas otras derivaciones (Walker y Padfield 1996; Ashworth 1989).

Como vemos, entendida como un área de estudios, el *sentencing* identifica las cuestiones que en nuestro contexto se analizan bajo el nombre de determinación de la pena, pero también parece desbordarlas.

En verdad, en nuestro medio es frecuente la afirmación de que estos estudios –en especial los relativos a la determinación judicial– han suscitado muy poco interés para los juristas, hasta muy recientemente. Se considera que frente a una gigantesca literatura que ha explorado las teorías o doctrinas de justificación de la pena y la teoría de los presupuestos del delito, la temática en comentario tiene una presencia insignificante. Ello, a pesar de la innegable trascendencia que el tópico posee para la disciplina jurídico-penal, pero, particularmente, para quienes sufren

¹ De esta manera, para evitar confusiones verbales, debe tenerse presente que el sistema de penas fijas, determinadas o predeterminadas, al igual que el de penas flexibles o individualizadas son especies del género: determinación de la pena (*sentencing*).

sus consecuencias (Hassemer 1984:133; Córdoba Roda 1982; García Arán 1982:5; Rodríguez Devesa 1985; Gallego Días 1985:1; Bustos Ramírez 1989:323,329; Maier 1996a:382; 1996b:14; Binder 2000:259; Zaffaroni Alagia y Slokar 2000:949).

Esta apreciación, sin duda, es acertada. Sin embargo, el hecho dista mucho de ser casual. Hay buenas razones para entender que el reciente interés despertado en los juristas europeo-continental –y a partir de ello, latinoamericanos– por la determinación de la pena se vincula con la problemática anglosajona –luego extendida universalmente– de un modelo de *sentencing* sustentado en la resocialización y en las penas individualizadas².

En efecto, el intenso debate académico y político criminal sobre el *sentencing* que se desarrolló en los EE.UU. desde fines de los años 1960's y que se materializó entre los 1970's y los 1980' en modificaciones legislativas estructurales, no ha tenido un correlato similar, pero sí una importante influencia en el resto del mundo.

De este modo, para comprender con mayor lucidez las tensiones y problemas de la determinación punitiva del presente, tomar una posición más reflexiva al respecto e intervenir de manera más consciente en el tema, es necesario examinar la configuración de dos modelos modernos y antagónicos de *sentencing* que pueden concebirse como tipos ideales en el sentido weberiano (Weber 1969:7).

Como plantearemos, desde el siglo XVIII la experiencia penal de los países

occidentales se ha adecuado, en más o en menos, a uno u otro de estos modelos, aunque la característica del siglo XX han sido las formas híbridas.

Sin embargo, en los EE.UU. –durante el siglo pasado– se consolidaron de manera emblemática ambos modelos y la crisis que medió entre ellos resulta particularmente aleccionadora de las tensiones, puntos de encuentro, encantos y desencantos de las propuestas de renovación en materia de *sentencing*.

II. CASTIGO Y MODERNIDAD. DOS MODELOS ANTAGÓNICOS DE *SENTENCING*

Lo que primero viene a la mente cuando pensamos en el castigo del Antiguo Régimen es la existencia de numerosas penas corporales y aflictivas. Entre ellas, resaltaba la pena de muerte, identidad por la cual se expresaban una aterradora variedad de suplicios que multiplicaban al infinito las respuestas posibles (Rusche y Kirchheimer 1983:20/23; Jiménez de Asúa 1956:287/297, Foucault 1989:39; Spieremberg 1984).

Para nuestros propósitos, sin embargo, es conveniente recordar que después del siglo XI, en toda Europa, los jueces tuvieron amplias facultades para elegir la clase y forma de ejecución de los castigos, e incluso para evitarlos. El mejor ejemplo de esta potestad fue la "pena arbitraria", instituto que en países como Italia y Francia se extendió desde el siglo XV hasta la revolución francesa, y que en Alemania pervivió desde aquellas épocas hasta mediados

² Desde una perspectiva anclada en lo local, Bustos Ramírez -1989- atribuye el interés sobre el tema a las propuestas de Hassemer y Jakobs con relación a la prevención general positiva. Toda vez que entendemos que muchas de las formulaciones contemporáneas de justificación del castigo son correlato de la crisis de la resocialización -y esta, a su vez, del modelo al que pertenece- la identificación de este despertar no resulta incompatible con nuestra afirmación.

del siglo XIX. (Jiménez de Asúa 1947; Asúa Batarrita 1989:421/422; Gallego Díaz 1985:17; Ferrajoli 1997:403).

La noción de arbitrariedad se vinculaba con la potestad del juez de obrar a su entero arbitrio o prudencia y, obviamente, no tenía el sentido peyorativo que transmite hoy día. Su antecedente inmediato provenía de las penas “extraordinarias” previstas por la *cognitio extraordinem* del Derecho Romano Imperial, retomado por el Derecho Canónico y expandido a partir del siglo XIII a la justicia secular.

Esta amplia discreción judicial, enmarcada en un contexto de competencias y leyes múltiples y solapadas, no siempre fue juzgada negativamente por los juristas modernos; algunos consideraron que aquella potestad también había permitido suavizar, en el caso en concreto, las severas penalidades previstas por las leyes³.

Sin embargo, el enorme poder de los jueces del Antiguo Régimen fue uno de los blancos de ataque predilectos del pensamiento iluminista del siglo XVIII y principios del XIX (Tomás y Valiente 1990:475; Ferrajoli 1997:403)⁴. Desde entonces esta preocupación retornará cíclicamente hasta nuestro presente.

Otro tipo de observaciones, alimentadas por la descripción del diagrama de poder soberano efectuada por Foucault

(1989:54), nos conduce a pensar que la arbitrariedad judicial puede haber constituido un dispositivo necesario para desempeñar hábilmente la función jurídico-política de reactivación del poder real. No una, sino “mil muertes”, para expresar el exceso del soberano en el ceremonial público del castigo.

Lo importante de todo ello es destacar que el derecho penal moderno reaccionará contra las prácticas del pasado –y contra sus propias reacciones– y, como consecuencia, sentará las bases de dos modelos de *sentencing* y formas híbridas que aun dominan el escenario penal de los países occidentales.

Estos esquemas pueden ser contruidos a partir de los discursos –de los que nos ocuparemos especialmente– representaciones y prácticas del castigo nacidas, a mediados del siglo XVII y del siglo XIX, respectivamente, y extendidas hasta el presente.

Puede estimarse que en el primer caso –la adopción del tipo puro–, cuando las tensiones inherentes se definen como “problema” la solución suele decantar en el traspaso legislativo e institucional al otro modelo. Por supuesto, identificar la existencia de una problematización no es una cuestión meramente teórica, sino que depende de razones económicas, políticas y sociales.

³ Pacheco, en su *Código Penal concordado y comentado*, consideraba que: “...esa arbitrariedad misma erigía en sistema, dulcificando hasta cierto punto los más crudos castigos de las más antiguas leyes, aplicando en medio de su barbarie el contrapeso del buen sentido y de la humanidad, servía de lenitivo a la inmensidad de sus males, y hacia más llevadera su subsistencia. La arbitrariedad, que es en este punto la injusticia y el desorden, era, sin embargo, más bien, como correctivo de otra injusticia mayor. A tal punto de confusión se había llegado, que aquella, un mal, era remedio de otro mayor mal; y que sin lo vago y anárquico, lo fijo y lo permanente se habría encontrado insoportable” cit. Por Gallego Díaz (1985:40). Por diversos motivos, también fueron afines a este instituto autores positivistas como Dorado Montero, (1915) Saleilles, Silvela y el mismo Jiménez de Asúa, según su cita (1989:53/54).

⁴ “Durante los últimos tiempos de la Ilustración se había difundido mucho por toda Europa la crítica al excesivo arbitrio judicial; se aspiraba a un juez sometido a las leyes, intérprete ciego y mecánico de éstas. Cuando con el Estado liberal se constitucionaliza la división de poderes es obvio que el legislativo alcanza una situación de preeminencia, y ello por dos razones: porque es el poder directamente representativo de la soberanía nacional y porque asume la función principal, esto es, la de legislar” (Tomás y Valiente 1990:475).

En los modelos híbridos los cambios resultan menos perceptibles, pues, acostumbrados a mayores contradicciones, las respuestas al problema condicionan una modificación de los componentes internos dominantes. De este modo, desarrollos jurídicos renovados suplantán los cambios de modelo.

A. El primer modelo, al que siguiendo un término ya utilizado llamaremos "Modelo de Justicia"⁵ es de corte filosófico-político, racional y deductivo, usualmente se identifica con el Iluminismo contractualista o la Escuela Clásica del derecho penal⁶. Beccaria (1994), Bentham (1838) y Feuerbach (1989), se adelantan a muchos otros nombres para constituirse en sus representantes más ilustres.

Podemos definir este tipo a partir de las siguientes pautas distintivas:

144 |

- Sus autores están influenciados expresamente por la teoría política contractualista, o, al menos, plantean un desarrollo que se adecua muy bien a estos postulados –Bentham–.
 - Los hombres son seres racionales y libres, guiados por el principio de utilidad o placer.
 - El delito, sus causas, el juicio y el castigo se encuentran y responden en la misma ley.
 - Sólo el legislador puede hacer las leyes y fijar los castigos correspondientes. La ley, sin embargo, puede ser una fórmula convencional o una verdad de la razón.
 - Los delitos deben ser conocidos por todos, también las penas que son su consecuencia.
- El juez –*bouche de la loi*– sólo debe determinar la culpabilidad o inocencia de una persona, no la pena que debe sufrir.
 - La pena debe ser igual para todos, sustentarse principalmente en el daño producido por el delito y no en las intenciones o en la persona del delincuente. Por ello, debe ser cierta y fija –principio de legalidad punitiva por medio de la pena predeterminada–.
 - La finalidad del castigo es la prevención de futuros delitos mediante la retribución justa. La justicia formal de las leyes garantiza la legitimidad penal. La pena debe ser lo suficientemente severa para prevenir el delito, debe disuadir a todos generando más costes que beneficios, pero no más que lo necesario.
 - El castigo puede beneficiarse con la intimidación de quien ha delinquido, pero no debe procurar su reforma –dado que trata con hombres racionales– o, en todo caso, la reforma autónoma es deseable, pero ocupa un papel marginal.
 - Para llevar a cabo esta prevención es necesaria la publicidad, tanto de la conminación penal como de la ejecución de la pena. La prisión sólo puede ser una más entre las penas, la cual debe vincularse con el delito cometido⁷.
 - Para prevenir, las penas deben ser ciertas –en el sentido de ineludibles e inmodificables en el tiempo– y prontas –en el sentido de no distanciadas temporalmente de la comisión del delito–.
 - El Estado se limita a arbitrar entre los ciudadanos mediante la imposición del castigo en los casos debidos.

⁵ La distinción entre un "Modelo de Justicia" y un "Modelo Rehabilitador" o "Modelo Médico" se ha difundido en las lecturas anglosajonas con relativo éxito (así puede verse en Fogel 1978; Pires 1987; Hudson 1987; Cohen 1989; Cavadino y Dignan 1997). Por ello nos parece adecuado mantener esta terminología pero identificar libremente las pautas que, consideramos, mejor definen uno y otro esquema.

⁶ En *Vigilar y Castigar* el modelo estudiado es ilustrado a partir de las propuestas de los "reformadores" por encontrar una nueva economía del castigo basada en un novedoso diagrama de poder.

⁷ Bentham personalmente ligado a su proyecto de Panóptico (1989), parece desacordar en este punto. Sin embargo en sus textos también se preocupa por otras finalidades y medios punitivos.

Con posterioridad a la Revolución francesa y hasta la primer parte del siglo XIX, este modelo de *sentencing* tuvo notable influencia en Europa, EE.UU. y algunos países latinoamericanos (Garland 1987, 2001, Baratta 1991:23/27; Pavarini 1993: 27; Taylor, Walton y Young 1997: 19/24; Cullen y Gilbert 1989:28; Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000:272; Marteau 2003: 39/59)⁸.

Se afirma que la legislación que mejor plasmó este ideal fue el código revolucionario francés “Lepeletier”, de 1791 (Jiménez de Asúa 1956:309; Ferrajoli 1997: 403, 454, Gallego Díaz 1985:70/72; Rusche y Kirchheimer 1984:95).

Este código, texto en el que para muchos nace la prisión como pena dominante (Durkheim 1999:80; Rivera 1996:53) y que consagra esa muerte igualitaria, que “casi no toca el cuerpo”, mediante la guillotina (Foucault 1989:20/21), preveía una pena fija para cada crimen, cuyo cumplimiento sería inalterable (Gallego Díaz 1985:71/72). También un criterio de responsabilidad sin distinciones para reincidentes, jóvenes e insanos (Cullen y Gilbert 1989:31).

Con menor purismo, también encontramos muchos de estos rasgos en la obra de Feuerbach: el Código de Baviera de 1813, el Código Francés de 1810, el Código Imperial de Brasil⁹, de 1830, e incluso, en nuestras tierras, el Código Tejedor (Jiménez de Asúa 1956:311; Gallego Díaz 1985:85, García Arán 1982:26,37; Feuerbach 1989; Arnedo y Zaffaroni 1996). Todos ellos incluyeron un importante catálogo de penas predeterminadas o escasamente determinables por el juez que no

serían modificadas durante su ejecución, además de adecuarse a otras de las notas mencionadas.

Hoy día, se señalan como ejemplos contemporáneos, inspirados por el neoclasicismo, a muchas de las legislaciones norteamericanas sobre *sentencing* sancionadas a partir de los años 1980's; particularmente, a las *U.S. Sentencing Guidelines* que regulan el ordenamiento federal (Christie 1993:133/145; Zaffaroni 1993; Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000:993; Zysman 2004).

Como puede advertirse fácilmente, la aproximación penal garantista, estrechamente ligada con una teoría liberal del Estado y el imperio de la ley frente a los jueces u otros agentes del sistema de justicia penal, tiene, en sus distintas manifestaciones, un especial afinidad con este modelo. Ello se traduce en la preferencia por un sistema de penas delimitadas cualitativa y cuantitativamente por la legislación e inmodificables durante la ejecución (Ferrajoli 1997; von Hirsch 1986, 1998).

B. El segundo modelo en estudio, que identificaremos como “Modelo Resocializador”, es científico, terapéutico y asistencial. También es empírico e inductivo y suele identificarse con el correccionalismo penal, la corriente moderada de la Escuela Positiva y la criminología más ortodoxa. Además, está estrechamente vinculado con el desarrollo de las ciencias humanas y el dominio de la pena privativa de libertad entre las demás clases de pena. Fueron claros exponentes del mismo pensadores como Ferri –1928– en Italia, Von Liszt en Alemania –1995–, Brockway

⁸ Debe destacarse que, sin perjuicio de las afirmaciones comunes, encontraremos variadas diferencias en la descripción de estos autores; también en la periodización del modelo en distintos países. Así, por ejemplo, el que efectúan Salvatore y Aguirre (1996) al estudiar las ideas penales clásicas y la prisión en Latinoamérica.

⁹ Que, sin embargo, Zaffaroni, Alagia y Slokar admiten como el ejemplo más paradigmático de penas fijas. También Zaffaroni (1993).

–1871– en los EE.UU. o Dorado Montero –1915– y Jiménez de Asúa –1989– en España; pero también una gran cantidad de autores que han estilizado el discurso y cuya influencia llega hasta nuestros días.

Este esquema se constituye a partir de las siguientes pautas.

- El castigo debe analizarse desde una perspectiva científica; por lo tanto, es competencia propia de expertos penales –criminólogos, penitenciaristas o juristas–.
- No puede admitirse que los hombres sean iguales, libres, ni racionales y, por ende, no son enteramente culpables de sus actos.
- Existen individuos, pero también individualidades que deben contemplarse.¹⁰
- Ciertas personas están determinadas o, al menos, condicionadas a cometer delitos, por la confluencia de causales variadas.
- No puede castigarse a quienes cometen un delito, o, en todo caso, el castigo debe ser entendido como terapéutica o reforma individual.
- La pena debe individualizarse para el caso en concreto y extenderse cuanto sea necesario para cumplir con su finalidad.
- El sistema de justicia penal debe interesarse por el delincuente más que por el delito, dado que éste no es más que un síntoma de criminalidad.
- Las penas deben diversificarse en calidad o cantidad para responder a las singularidades de quienes delinquen –a pesar de que estas singularidades pueden clasificarse–.

- La ley puede ser un instrumento de intervención, pero no es un marco de referencia. La delincuencia y su respuesta no se encuentran limitadas legislativamente.
- La delincuencia es un problema que afecta al cuerpo social y el Estado debe intervenir de un modo activo frente al mismo, mediante conocimiento experto y asistencia.
- El encierro –prisión, reformatorio, penitenciaria, manicomio– ocupa un lugar referencial con respecto a las demás medidas penales.

Este modelo ha estado presente en muchas de las legislaciones e institutos penales desarrollados en los últimos años del siglo XIX que continúan informando nuestros códigos penales y prácticas punitivas. En verdad, durante gran parte del siglo XX, edificar un sistema penal correccional fue la meta común de muchos países europeos, norte y sudamericanos (Jiménez de Asúa 1956; Taylor, Walton y Young 1997:28; Garland 1987, 1999:186, 2001:27; Cullen y Gilbert 1989: 32/34; Del Olmo 1999, Salvatore y Aguirre 1996).

La gran mayoría de los códigos modernos que han incorporado disposiciones concernientes a un derecho penal de doble vía, a la individualización judicial de la pena, la *probation*, la condena y la libertad condicional¹¹, entre muchos otros institutos asociados a la resocialización, demuestran rasgos que se identifican con este modelo.

¹⁰ Recordamos que para Foucault (1989:197/198) las disciplinas implican una inversión del eje de la individualización. Esto pues, mientras en las sociedades premodernas, quien esta individualizado es quien ejerce el poder, en el régimen disciplinario, son individualizados los destinatarios del ejercicio de poder. Todas las prácticas "psi" se sustentan en esta inversión.

¹¹ La vinculación de muchas de estas medidas con la misma finalidad se ilustra particularmente en los debates y encuentros internacionales de fines del siglo XIX y principios del XX. Así, en el Sexto Congreso Penitenciario Internacional, celebrado en Bruselas en 1900, la propuesta de la pena indeterminada es rechazada en favor del instituto de libertad condicional (Asúa Batarrita 1989:423).

Además, en términos político-económicos, existe gran consenso en remarcar los importantes lazos que vincularon la difusión de estos institutos (o este modelo de *sentencing*) y el Estado de Bienestar o *Welfare State* (Garland 1987; 2001:27/51; Pavarini 1992, 1994b:77; Bergalli 2001; Rivera 2004:295).

Por otra parte, la mejor expresión de este modelo de castigo la encontramos en diversas leyes norteamericanas de “sentencia” o pena indeterminada, ensayadas por algunos estados norteamericanos desde 1876 –New York, para el reformatorio de Elmira– hasta mediados de los años 1970’s, época para la cual su dominio era indiscutible, dado que todo estado de los EE.UU. había desarrollado leyes de pena indeterminada para algunos de sus delitos (Tonry 1996:4).

Por medio de estas leyes se estableció que el juez sólo debería determinar un amplio rango de pena, o sólo un máximo, toda vez que la duración efectiva de la pena sería establecida por las autoridades penitenciarias en función del progreso en la resocialización.

El caso más emblemático de todos parece haber sido una recordada ley californiana del 1º de mayo de 1944. Por aquella ley se expresaba que: “toda persona condenada por delito que tenga señalado por Ley la pena de prisión en un reformatorio o en una prisión del Estado, salvo que sea colocada en *probation* o quede pendiente de nuevo juicio o se deje la sentencia en suspenso, será condenada a cumplir la prisión en una institución del Estado, si bien el tribunal al dictar la pena en sentencia no fijará el término o duración del período de internamiento” (cit. por

Asúa Batarrita 1989:432/433, con nuestro resaltado).

III. CRISIS Y CAMBIOS. HISTORIA DEL TRASPASO DEL “MODELO RESOCIALIZADOR” AL “MODELO DE JUSTICIA” EN LOS EE.UU. (Y su influencia en otros países)

Dado que durante el siglo XX, el *sentencing* norteamericano constituyó el ejemplo histórico más ajustado al “Modelo Resocializador”, no es de extrañar que, duramente cuestionado al llegar los años 1970’s, experimentara una profunda crisis –dentro de lo que Garland –1987- llamo crisis del penal *welfare complex*- que decidiera su abrupto trasvase hacia formas reconocibles del “Modelo de justicia”¹².

Por eso nos resulta de particular interés reseñar la singularidad de esta experiencia, altamente ilustrativa en cuanto a las consecuencias del “Modelo Resocializador” y las tensiones suscitadas por aquel, que con arreglo a lo expresado con anterioridad, parece haber sentado las bases contemporáneas para el desarrollo internacional de los estudios sobre el *sentencing*.

En efecto, el sistema de la pena indeterminada a la que nos referimos anteriormente, fiel exponente del “Modelo Resocializador”, dominó el escenario penal de los EE.UU. durante la mayor parte del siglo XX. Sin embargo, al finalizar la década del sesenta comenzó a ser cuestionada; años más tarde estas críticas depararon un brusco cambio de dirección, hasta entonces imprevisible en el escenario penal norteamericano (Garland 2001:53).

¹² Por un lado, es claro que realizar estas afirmaciones es dificultoso en el marco de cincuenta Estados legislantes y un ordenamiento federal. Con esas salvedades el diagnóstico de la tendencia parece poco controvertible.

En el curso de una década o tal vez menos, el ideal resocializador se derrumbó de modo precipitado y arrastró consigo a la pena indeterminada que le había dado vida (Cullen y Gilbert 1989:91; Allen 1998; Garland *ibid*).

Así, en muy poco tiempo se afirmó una nueva ortodoxia que estableció que los objetivos resocializadores eran insustentables y que los programas que perseguían este fin estaban desacreditados o, al menos, eran de dudosa confianza (Garland 1001:08)). En consecuencia, la pretensión resocializadora, hegemónica por casi un siglo, se vio desplazada a una posición marginal en el sistema de justicia penal (Morris 1985; Allen 1998:18; Garland *ibid*).

Este debate no solo se expandió por los EE.UU. sino que también influenció, notoriamente, la doctrina y la política criminal de Gran Bretaña, Suecia, Canadá y Australia, entre otros países anglosajones.

La bibliografía sobre el tema suele describir dos frentes antagónicos que coinciden en su ataque al llamado paradigma resocializador (Friedman 1993:306; Cavardino y Dignan 1997:51; Cohen 1988:355). De manera simplificada podemos decir que por un lado se manifestaron cuestionamientos que ligaron el aumento del índice delictivo durante lo 1960's con el fracaso preventivo de la reforma individual, su benevolencia injustificada con el delincuente y la discreción judicial y administrativa necesaria para conseguirlo. Este flanco, que se identifica con el pensamiento penal conservador o "realismo de derechas" (Young 1999; Platt 2002; Pegoraro 2002; Zysman 2005:259/65), bregó por un desplazamiento de la preocupación por el condenado hacia las víctimas del delito y reclamó penas mayores y de cumplimiento certero. En algunas ocasiones también resultó crítico del costoso andamiaje del correccionalismo penal, circunstancia que

se rebelaría particularmente influyente ante la crisis fiscal de los años 1970's (Rivera Beiras 2004:295).

Por otro lado, ingresó al debate una línea orientada por posiciones liberales y radicales que en una atmósfera definida por las contiendas por los derechos civiles, particularmente, de la población afroamericana (Gianmanco 1970; Jones 2001: 435, 525) deploró las consecuencias de la prisión y la angustia indefinida de la población carcelaria. Así también, llegó, incluso, a examinar –o directamente proponer– la abolición de la pena de prisión (von Hirsch 1986, Larrauri 1987:95).

Del mismo modo, se cuestionó que tras la noción de corrección individual y tratamiento terapéutico se escondía violencia y arbitrariedad, además de un incisivo ingreso del Estado norteamericano en el control de las personas (Cullen y Gilbert 1989: 110; Morris 1985:23). Esta cuestión, sin duda, ha constituido una preocupación relevante en el imaginario de la época. Muchas piezas de literatura y filmografía han captado el conflicto (Burgess 2003; Kessey 1977).

Así pues, estos movimientos, relacionados con los procesos internos y el telón de fondo de la guerra de Vietnam, reaccionaron contra el poder coercitivo del Estado para suprimir las protestas e iluminaron las profundas disparidades del sistema de justicia, cuestionando la legitimidad de la autoridad estatal y su sistema de movilidad de clases como una afirmación ideológica. Se expusieron en él los efectos del racismo, sexismo y desigualdad social que socavaban los ideales democráticos que los Estados Unidos abanderaban y esgrimían para la acción en otros países (Garland 2001:55/60).

Entre las expresiones más significativas y reconocidas de esta corriente se desta-

caron dos relevantes informes no gubernamentales que convocaron en sus filas a prestigiosos teóricos.

En este sentido, en 1971 se publicó una obra voluminosa –en la que además de académicos participaban activistas por los derechos humanos y ex-prisioneros– que constituía el informe del Working Party del American Friends Service Committee. Se llamó *Struggle for Justice* y criticó drásticamente las falencias del modelo resocializador y el tratamiento penitenciario al que consideraba “teóricamente errado, sistemáticamente discriminatorio, e inconsistente con algunos de nuestros más básicos conceptos de justicia” (Cavadino y Dignan 1997:49; Garland 2001:55/58).

En esta misma senda, en 1976 se publicó *Doing Justice: The Choice of Punishment*, un estudio preponderadamente teórico y de menor radicalismo que constituía el informe del Comité for the Study of Incarceration. En este caso, y debido al elevado número de participantes, su redacción final estuvo encomendada a Andrew Von Hirsch. Este autor pronunció múltiples críticas al uso ordinario de la pena indeterminada, la pretensión resocializadora sustentada en los pronósticos de peligrosidad, el desconocimiento del debido proceso legal en la fase de ejecución de las sanciones y la imposición de penas decididamente dispares, producto de todo lo anterior (Von Hirsch 1986).

Cabe destacar que al promediar los 1970's la consolidación de diferentes propuestas críticas a la resocialización formó lo que se conoció como *Justice Model*; un influyente programa de reformas en el que confluían diversos intereses políticos y teóricos y en el cual aparecían como protagonistas destacados los juristas defensores del debido proceso legal (Fogel 1978;

Hudson 1987:37; Cohen 1988:355; Pavarni 1991:20, 1994b:81). Esta experiencia se extendió exitosa y rápidamente a Canadá, Gran Bretaña, Australia y otros países anglosajones, aun cuando ninguno de ellos había tenido una tradición similar en legislación y programas de resocialización (Cavadino y Dignan 1997:50; Matthews 1999:169, 2002; Garland 2001:60).

En verdad, tanto la crítica anteriormente señalada como la crítica conservadora encontraron un poderoso respaldo en estudios empíricos que pretendieron demostrar cuantitativamente la historia fatídica de las experiencias correccionales. La expresión más ilustrativa de ello fue el famoso informe publicado por Robert Martinson en 1974.

En esa fecha, Martinson dio a conocer en la revista *The Public Interest*, “*What Works? –questions and answers about prison reform*”, un artículo que rápidamente capturó el interés de los especialistas en materia penal y cuya cita se perpetúa hasta el presente en la literatura especializada y los discursos oficiales. Este trabajo había adelantado una investigación más extensa, impulsada con otras intenciones en 1966, que involucraba a otros dos autores, y que en 1975 dio a luz en la forma de libro¹³ (Martinson 1974; Sarre 1999; Miller 1999).

La obra presentaba y analizaba los resultados sobre reiteración delictiva de 231 evaluaciones de programas de tratamiento resocializador que habían sido especialmente seleccionados. Estos programas habían sido conducidos por diferentes investigadores entre los años 1945 y 1967, momento de apogeo de estas experiencias correccionales. El factor determinante de su interés se expresaba

¹³ D. Lipton, R. Martinson y J. Wilks: *The Effectiveness of correctional treatment: A survey of treatment evaluation studies*, Praeger; New York, 1975.

en sus demoledoras conclusiones: "Con pocas y aisladas excepciones, los esfuerzos resocializadores que han sido reportados hasta aquí, no han tenido efecto apreciable en la reiteración delictiva" (Martinson 1974:25; Cullen y Gilbert 1989:111).

Mediante una aplicación coherente de estas expresiones, al final del artículo se esbozaba una pregunta retórica cuya respuesta fue difundida como disparador de la crítica correccionalista, ejerciendo enorme influencia en el pensamiento profesional y popular. Martinson cerraba su texto inquiriendo: "¿Nada funciona?" ("*Does nothing work?*").

En términos generales, en lo que atañe propiamente a la pena indeterminada, el movimiento crítico aludido afirmó que dicha flexibilidad había permitido una mayor lenidad y que la falta de certeza con relación a la pena que sería finalmente cumplida socavaba el efecto preventivo general de la sanción. Por otro lado, quienes se enrolaron en el *Justice Model* resaltaron que estas prácticas de *sentencing* habían llevado a condenas dispares, arbitrarias y globalmente más extensas, en las que la incertidumbre del condenado frente a su liberación se volvía una herramienta de gobierno carcelario y una pena adicional a la impuesta. Ambos ataques impugnaron las facultades discrecionales de los jueces y los agentes del aparato correccional y mostraron su preferencia por la intervención legislativa y las sentencias fijas o (pre)determinadas (Fogel 1978:160; Clarkson y Morgan 1995:4; Tonry 1996:4)¹⁴.

Así expresaba este conflicto el informe "Doing Justice" al que nos hemos referido: "Donde la pena es indeterminada, los males se componen con la agonía de la ausencia de certeza. Los internos están encerrados por años, con el suspenso insoportable de lo más importante de sus vidas –el tiempo de su liberación–. En forma no sorprendente, muchos prisioneros contemplan la pena indeterminada, quizás, como el peor rasgo de la existencia en prisión" (Von Hirsch 1986:31).

En este contexto, en 1976 el estado de California dictó la primera ley de sentencia (pre)determinada –*determinate sentencing*– de la época actual. A esta ruptura con la –muy asentada– política de *sentencing* de penas indeterminadas le siguieron los estados de Indiana (1977) y luego Illinois (1978).

En un intento de marcar con claridad su alejamiento de los principios rectores de la resocialización, la ley californiana mencionada especificaba que se proponía eliminar la disparidad y promover la uniformidad de condenas. Para ello adoptaba la retribución o justo merecimiento –*just desert*– como finalidad del castigo. Con respecto a los jueces, dejaba un estrecho marco punitivo aplicable a cada delito –la pena para la mayoría de los delitos se había fijado en tres niveles–, del que solo permitía ajustes menores, en orden a circunstancias agravantes o atenuantes. Para evitar la disparidad también se facultaba que las condenas pudieran ser apeladas a un tribunal superior. Al mismo tiempo se abolían las juntas de libertad condicional o *parole boards*, consideradas como la puer-

¹⁴ La disparidad que el sistema permitía se observó tanto en las decisiones enormemente distantes de jueces diferentes –por ejemplo, casos en los cuales por el mismo delito se podía imponer veinte años de prisión y una multa sustancial, mientras que en otro el juez consideraba suficiente una condena de tres años, sin multa– como en las variadas decisiones para un mismo caso de un único juez. Esta percepción no se moderaba –como pensaban sus sostenedores años atrás– sino que se agravaba, con la intervención de las comisiones de *parole* que, en verdad, reproducían igual lógica con su poder de decidir la liberación.

ta trasera –*back door*– del *sentencing* judicial, es decir, el lugar por donde se colaba la discrecionalidad que finalmente determinaba el verdadero castigo; estas eran las responsables de que no pudiera “confiarse en la pena” (“*Truth in sentencing*”)¹⁵.

A partir de ello, las sentencias que los jueces pronunciaban debían ser cumplidas en su totalidad, aún cuando podrían ser reducidas por buena conducta en una porción que las leyes consideraban expresamente –y que en forma usual iría según los estados, de un tercio a la mitad de la sentencia– (Knapp 1989:112; Morgan y Clarkson 1995:9; Frase 1995:178; Tonry 1996:10).

Esta tendencia siguió fortaleciéndose. Las primeras evaluaciones de California y luego de Carolina del Norte concluyeron en que existía una efectiva disminución de la disparidad en las penas impuestas, y asimismo, una reducción en la extensión del promedio de las condenas (Tonry 1996:28).

En 1978 el estado de Minnesota sentará las bases del sistema de determinación punitiva o *sentencing* que se propagaría como línea principal hasta nuestros días.

En esa fecha, la legislatura del estado citado, adoptó un esquema de penas fijas o determinadas haciendo manifiesto su deseo de lograr condenas proporcionales y uniformes. Por estas mismas razones eliminó la *parole board*, tornando voluntarios los programas de tratamiento resocializador hasta entonces coactivos; al mismo tiempo, creó la *Sentencing Guidelines Commission*, destinada a implementar re-

glas numéricas y orientadoras –*presumptives*–, para las condenas de prisión por *felonies*, es decir, delitos que conllevaban más de un año de prisión. Asimismo, se estipulaba que la Comisión sería un cuerpo permanente, compuesto por un total de once integrantes entre los que habría jueces, fiscales y abogados defensores, oficiales del servicio correccional, expertos en políticas penales y simples ciudadanos.

Al poco tiempo la experiencia de las *sentencing guidelines* se difundió con rapidez constituyendo la nota general de las nuevas políticas en materia de *sentencing* (Frase 1995:169; Tonry 1996:29; Zysman 2004). En algunos estados como Pennsylvania (1982), lo hizo en forma parcial ya que pese a su implementación no eliminó a las autoridades de *parole*. En otros como Washington (1983-84), lo efectuó calcando la experiencia y liderazgo de Minnesota (Knapp 1989:113; Frase 1995:177; Von Hirsch 1995:150, 1998:25).

En 1987 la legislatura federal de los Estados Unidos implementó las *U.S. Sentencing Guidelines*, una compleja y severa legislación destinada a regir a lo largo del país para casi todo delito federal; de esta manera no sólo se ocupaba de todas las *felonies* sino también de algunos delitos menores –*misdemeanors*–. Con ello se inauguró el proceso de reformas más controvertido y criticado de la historia de los Estados Unidos. Se afirma que ha sido el que tuvo menos apoyo externo y recibió mayores cuestionamientos por parte de los jueces involucrados y los especialistas en la materia (Christie 1993:133/45; Tonry 1996:75; Doob 1995:201, 245¹⁶).

¹⁵ Bajo el lema de “*Truth in sentencing*” se agruparon algunos de los movimientos de reforma del flanco conservador que reclamaban penas fijas, sentencias en las que “se pudiera confiar”, no como en el caso de las indeterminadas, de consecuencias insospechadas. Esta idea, obtendría posteriormente el amparo del gobierno federal que presionaría a los estados con variados “estímulos” para adecuarse a la nueva legislación.

¹⁶ Antes de cumplir dos años de vigencia más de doscientos jueces federales escribieron o afirmaron en sus decisiones que el nuevo sistema era constitucionalmente inválido.

Esta reforma también daría los mejores argumentos para asociar el sistema de penas determinadas, el neoclasicismo expresado por el *just desert* y las *guidelines*, con uno de los instrumentos más aptos para el endurecimiento punitivo, circunstancia que en los 1980's se había vuelto un hecho indiscutible (Tonry 1996:72; Frase 1995:200; Christie 1993:141; Mauer, 1997a:183; 1997b).

Si bien no todas las *sentencing guidelines* tienen una estructura idéntica, puede afirmarse que en su mayoría se han basado en algunas características comunes. De acuerdo a Frase (1995:174; 1997:13/17) los rasgos generales serían éstos

- a. En primer lugar, si bien los fines u objetivos aparentes de las reformas son diversas, todas ellas reflejan el deseo de hacer el *sentencing* más uniforme, y eliminar disparidades no deseadas.
- b. También encuentra que la mayoría está orientada a delitos de cierta entidad –*felonies*–. Entre ellos los delitos de homicidio, violación, robo, secuestro, asalto agravado, hurto, fraude, delitos relacionados con la prostitución, etc.
- c. Pese a ello, además de las federales, unas pocas *guidelines* estatales incluyen también a delitos menores o *misdemeanors*.
- d. Conforme con el esquema trazado por Minnesota, en la mayoría de los sistemas de *sentencing guidelines*, la *parole* ha desaparecido. Los condenados deben cumplir el tiempo completo en prisión, sujetos a una única posibilidad de reducción por buena conducta.
- e. Todos los estados basan sus *sentencing guidelines* principalmente en dos factores: las condenas previas o “historial criminal”, y la gravedad del delito cometido.
- f. Casi todos los Estados utilizan estándares numéricos contenidos en una o más tablas de dos dimensiones, definidas

por los parámetros recién referidos. Algunos de estos poseen una tabla especializada para delitos que involucran drogas. En realidad, las mayores diferencias entre las *guidelines* estatales, se relacionan con el puntaje de la “historia criminal”. También varían las fórmulas para sopesar los delitos anteriores y el uso de reglas que imprimen mayor severidad si el hecho antecedente es similar al juzgado; la actitud con respecto a los delitos anteriores, que pueden no computar, o computar en forma atenuada, y el peso que puede darse al hecho de que el condenado estuviera en probation o no, al momento del delito motivo de sanción.

- g. Algunas de las *sentencing guidelines* además de los fines de uniformidad propuestos, crecientemente han enfatizado la importancia de evitar la superpoblación carcelaria y hacer mayor uso de sanciones intermedias o comunitarias.

Como expresamos con anterioridad, este desplazamiento desde la resocialización hacia la retribución y la proporcionalidad en el *sentencing* también se reflejó en diversos proyectos y modificaciones legislativas internacionales. Así lo hizo el comité de derecho penal de Finlandia de 1976 (Christie 1984:54/58) y la *Criminal Justice Act* de 1991 para Inglaterra y Gales –donde recientemente (1999) se creó un órgano consultivo para aconsejar a los tribunales de apelación sobre el *sentencing*, el *Sentencing Advisory Panel*– (Cavadino y Dignan 1997; Walker y Padfield 1996; Ashworth 1987:118/119; 2002).

También recibieron esta influencia la *Canadian Sentencing Commission* establecida en 1984¹⁷, la ley sueca de reformas en el *sentencing* de 1998, y la Australia Law Reform Commission de 1998 (Pires 1987; Brodeur 1991; Tonry y Hatlestad 1997:8/10, 122/124; Doob 1997:171/172; Freiberg 1997:156).

IV. DESARROLLO DE LOS ESTUDIOS SOBRE *SENTENCING*

En las páginas anteriores resumimos la historia institucional y temática del *sentencing* norteamericano. Hemos sugerido que de allí provino el reciente despertar del interés internacional sobre este tema.

Pero también en Europa continental, de modo relativamente reciente, se registró una preocupación jurídica y político criminal con relación a las penas.

Un bosquejo de la historia de esta evolución, destacaría, además, que en 1967 la doctrina jurídico-penal alemana sobre la determinación judicial de la pena alcanzó parámetros anteriormente desconocidos, debido a la publicación de *Strafzumessungsrecht*, la obra magna de Bruns, posteriormente ampliada y reeditada. Este autor sustentó su trabajo en los antecedentes publicados durante los años 1930's por autores como Drost en 1930, Exner en 1931, Grassberger en 1932 y Peters en el mismo año; posteriormente a la segunda guerra mundial, por Dreher, en 1947, Spendel en 1954, Weber en 1956, Stree en 1960 y Warda en 1962. Se entiende que el texto mencionado, a su vez, motivó la obra de Henkel de 1969, Zipf del mismo año, Haag en 1970, Frisch un año después 1971, Stratenwerth en 1972, Hertz en 1973 y Lackner en 1978, entre otras (Maurach, Gössel y Zipf 1995:690; Jescheck 1993:788.; Gallego Díaz 1985:2; Ziffer 1996, Crespo 1998).

En Italia, el primer referente contemporáneo, en gran medida aislado, se debe a la obra de Dolcini, *La commisurazione della pena*, publicada en 1979. En verdad, los antecedentes monográficos más cercanos se remontaban varias décadas atrás, a la obra de Girolamo Bellavista (1939), *Il potere discrezionale del giudice nell' applicazione della pena* (Gallego Díaz 1985:3/4; Ferrajoli 1997:399, 452).

En España, vinculados con la reforma constitucional y penal, desde fines de los 1970's se publicitaron artículos especialmente dedicados al tema, escritos por Quintero Olivares (1978), Luzón Peña, Bacigalupo y Gómez Benítez. Recién en 1982 se hizo público el primer libro enteramente destinado a la temática: Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español, de García Arán (1982); (Gallego Díaz 1985:4; Crespo 1998:19; Luzón Peña 1998).

El interés sobre estas cuestiones también ha motivado diversas experiencias y encuentros europeos. En 1973, en el marco de las actividades realizadas por el Consejo de Europa, el subcomité presidido por Hall-Williams realizó una experiencia con jueces en la que intervinieron dieciséis países, con el objeto de analizar distintos casos penales reales¹⁸. Cada juez debía explicar, entre otras cosas, el mínimo y máximo de la pena en su país, la fundamentación de la pena que impondría, las circunstancias atenuantes o agravantes, el fin de la pena perseguido -distinguido entre disuasión o resocialización- y

¹⁷ Mientras en EE.UU e Inglaterra y Gales se produjeron reformas que alteraron significativamente la práctica en materia de *sentencing*, en Canadá se llevó a cabo un importante y extenso trabajo en comisión, en el que intervinieron destacados especialistas, pero que no llegó a concretarse. Los primeros documentos de trabajo sobre el tema fueron: *Commission Canadienne sur la détermination de la peine* (1987), *Reformer la sentence: Une approche canadienne*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada (1990), *Vers une réforme: Les Affaires correctionnelles et la mise en liberté sous condition*, Ministère de la Justice, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada (Brodeur 1991; Doob 1997)

¹⁸ Comité européen pour les problèmes criminels, *Sentencing*, Conseil de l' Europe, Strasbourg, 1974.

acordar la pena que hubiese aplicado, tanto de acuerdo con el marco legal de su país, como en el caso en que tuviese total libertad.

Como resultado de ello, con solo examinar los primeros tres dossiers se advirtió que las diferencias entre medidas y penas propuestas por cada uno de los países eran por demás considerables (Kellens 1978:88/90).

Algunos años más tarde, en 1987, el octavo Coloquio Criminológico celebrado en el marco del Consejo de Europa se destinó a analizar el problema de la disparidad en el *sentencing* (Conseil de l'Europe 1989; Bueno Arús 1992). En este encuentro expusieron los representantes de Suecia, Francia, Holanda y Gran Bretaña.

Puede destacarse de este evento que el conflicto de tradiciones asentadas en los dos modelos de *sentencing* trascendió también a la definición de disparidad. Por esto, luego de variados intentos se señaló que no eran disparidades las diferencias que podrían explicarse por razón del hecho enjuiciado o de la persona del delincuente, pero sí aquellas que hubieran de imputarse al azar, la personalidad, las opiniones personales o el estado afectivo del juez, la opinión pública, la propaganda difundida por los medios de comunicación o los deseos de las víctimas (Bueno Arús idem).

Las conclusiones y recomendaciones del coloquio reconocieron que no todos los países consideraban el tema como un problema, ni debían adoptar las mismas soluciones. Se estimularon medidas para adoptar una política coherente y consis-

tente para identificar los factores de determinación pertinentes o, en su defecto, un acuerdo con respecto a los que no podrían tener trascendencia en el tema. Todo ello, con el fin de dotar de previsibilidad al *sentencing*.

Del mismo modo, estas indicaciones puntualizaron la necesidad de una mayor formación técnica de los jueces y un análisis jurisprudencial de las prácticas efectivamente seguidas, la obligación de justificar los motivos por los cuales se dispone una pena y la posibilidad de recurrir las decisiones. También se dejó en claro que el interés debía dirigirse tanto con respecto a la determinación judicial como a la determinación ejecutiva de la pena, para evitar que esta última neutralizase los efectos de la primera.

Por lo demás, se recomendó proseguir con el estudio de estas cuestiones, elaborar estadísticas europeas y crear un grupo de trabajo para formular recomendaciones.

Sobre estas bases, en 1992 el Consejo de Europa dictó la recomendación Nro. 17 concerniente al *sentencing* (Council of Europe 1992, R 17) ¹⁹. Este documento se ocupa, entre muchas otras cosas, de abordar la disparidad injustificada como un problema al que debe responderse, respetando la imparcialidad de los jueces, a partir de una declaración de principios jerarquizados mediante la ley o de otro modo que permita darle coherencia y consistencia. Se entendió que esto no debería llevar a mayor severidad penal ni a discriminación por razones de color, género, nacionalidad o estatus social. Además, la pena prevista para distintos delitos debía ser coherente con su gravedad, los már-

¹⁹ Un resumen de los debates del grupo internacional de trabajo creado a resultas del coloquio ("Comité restringido de expertos sobre el pronunciamientos de las penas"), en 1988, y las propuestas de recomendación sobre el tema pueden consultarse en Bueno Arús (1992). El origen moderno de estos marcos penales parece remontarse al Código Penal francés de 1810, el cual modificó el sistema de penas fijas de 1791 del que hablamos anteriormente (Jiménez de Asúa 1956:315).

genes estipulados no muy amplios –los mínimos, incluso, deben poder franquearse por las circunstancias del caso– y las agravantes debían ser clarificadas por la ley o la práctica legal. También se entendió que requerían ser probadas más allá de la duda razonable. Del mismo modo, por aquella resolución se recomienda el estudio de la jurisprudencia por parte de los jueces, la confección de estadísticas, investigaciones y cooperación internacional en la materia.

Finalmente, para ilustrar el desarrollo de la literatura latinoamericana puede utilizarse el ejemplo de nuestro país. Entre fines de los 1960's y principios de los 1970's, Baigún y Chichizola publicaron libros sobre la individualización de la pena que, a pesar de su valor –y como resulta comprensible por la periodización europea mencionada con anterioridad–, no llegaron a ser representativos de los debates y lineamientos dogmáticos y político criminales que algunos años después adquirirá el tema en otros países.

Estimamos que recién en 1993, con la obra colectiva: *Determinación judicial de la pena* (1993) se avanza en este sentido, y se consagra en 1996 con el importante libro de Ziffer: *Lineamientos de la determinación de la pena*, que, a pesar de su título, se ocupa casi exclusivamente de la dogmática de la determinación judicial de la pena.

Como resultado de la apreciación conjunta de los últimos dos apartados podríamos entender que en los países en los cuales los estudios sobre la problemática del *sentencing* son abordados particular-

mente por los juristas, los debates han sido, básicamente, teóricos, desprovistos de perspectiva histórica, más detallados y casi exclusivamente dirigidos a lo que conocemos como determinación judicial de la pena.

En cambio, donde la reflexión ha surgido desde la criminología o penología –aun cuando también hayan sido acompañadas por importantes reflexiones de juristas– los debates teóricos han consistido en aproximaciones de mayor generalización, orientadas a la política criminal en materia de penas o se han basado en investigaciones empíricas. Además, en la mayoría de los casos, para comprender e intervenir en esta problemática han considerado necesario prestar atención, no sólo a la determinación judicial sino también a la ejecución de la pena privativa de la libertad –*sentencing* penitenciario–, momento en el cual la configuración de la pena se muestra particularmente decisiva.

Asimismo, donde se implementaron legislaciones que preveían o aun prevén una discrecionalidad judicial muy amplia y que carecen de una tradición dogmática jurídico-penal, muchos de los problemas relacionados con el *sentencing* se han planteado e intentado resolver a partir de importantes virajes político-criminales desde el “Modelo Resocializador” al “Modelo de Justicia”. Esto ha llevado la cuestión y las discusiones a terrenos mucho más visibles.

19 Un resumen de los debates del grupo internacional de trabajo creado a resultas del coloquio (“Comité restringido de expertos sobre el pronunciamientos de las penas”), en 1988, y las propuestas de recomendación sobre el tema pueden consultarse en Bueno Arús (1992).

V. PROBLEMAS Y DEBATES ACTUALES EN MATERIA DE *SENTENCING*

Toda vez que, según hemos sugerido, el desarrollo de los estudios sobre el *sentencing* es relativamente reciente, tanto en el sistema jurídico de los países anglosajones como en el europeo-continental y en ambos casos –a pesar de sus innegables diferencias, por supuesto– se encuentra enmarcado en la crisis del “Modelo Resocializador” del que nos ocupamos páginas atrás, entendemos que para acercarse a esta temática resulta provechoso repasar –de manera muy panorámica, por cierto– los problemas y debates más destacados en ambas tradiciones jurídicas con relación al tópico.

Dado que al instituto de la determinación de la pena puede ingresarse mediante aproximaciones no normativas o normativas, y en este último caso, sustanciales y procesales, para comprender el estado de la cuestión será de interés introducirnos en preocupaciones de estos distintos órdenes.

A. Discrecionalidad y arbitrariedad

Algunas páginas atrás mencionamos que la discrecionalidad judicial fue considerada un valor positivo durante el Antiguo Régimen. Después de atravesar un momento crítico durante el Iluminismo, esta discrecionalidad fue rescatada por razones científicas –y en algunos casos humanitarias– por los principales exponentes del correccionalismo y el positivismo criminológico.

A la importante influencia de esta tradición en las leyes y prácticas penales se debe el hecho que la discrecionalidad no

haya sido cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia hasta tiempos muy recientes. Desde entonces, la noción de discrecionalidad –identificada como arbitrariedad, en sentido peyorativo– se constituye en un problema para el *sentencing* y un exponente de los espacios de irracionalidad de las decisiones judiciales no escrutadas por el derecho (Magariños 1993:71; Ziffer 1993:89/90; Crespo 1998).

A diferencia de los estudios criminológicos, penológicos y político criminales que han planteado los problemas del *sentencing* con otra extensión, el concepto de racionalidad judicial en la imposición judicial de los castigos parece ser la preocupación dominante de los estudios dogmáticos –de tradición europeo-continental– que hemos mencionado (Maurach, Gössel y Zipf 1995:687, Roxín 1981:93; Ziffer 1993; 1996:29; Magariños 1993; Crespo 1998; Messuti 2005).

Así, en códigos penales como el nuestro, caracterizados por penas flexibles enmarcadas entre un mínimo y un máximo²⁰, se ha advertido que más de un siglo debates sobre la teoría del delito no han sido acompañados por definiciones que permitan obtener una determinación de la pena racional; es decir, previsible, coherente y fundada.

De este modo, los estudios sobre la naturaleza de la discrecionalidad y la aplicación de derecho en la determinación de la pena, la fijación de los marcos punitivos sobre los cuales se aplicará, la difícil combinación de los principios de culpabilidad y prevención (casi con seguridad, una muestra de la hibridación de los modelos a los que aludimos), la identificación y ponderación de los factores relevantes para la

²⁰ El origen moderno de estos marcos penales parece remontarse al Código Penal francés de 1810, el cual modificó el sistema de penas fijas de 1791 del que hablamos anteriormente (Jiménez de Asúa 1956:315).

determinación punitiva, la *poena naturalis*, la taxatividad, indeterminación o sentido de las agravantes y atenuantes, observaciones sobre la sensibilidad del condenado a la pena o la prohibición contra la doble valoración *-ne bis in idem* sustancial- configuran los principales problemas analizados desde esta perspectiva (Magariños 1993; Jescheck 1993; Ziffer 1996; Maurach, Gössel y Zipf 1995:687, Roxin 1981:93, Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000:999).

En Alemania, los intentos por estrechar esta irracionalidad han conducido a propuestas enmarcadas en las teorías de la unión. La teoría del ámbito de juego *-Spielraumtheorie-*, de la pena puntual *-Punktstrafetheorie-* o la teoría del valor relativo o posicional *Stellenwerttheorie-* se presentan como expresiones contemporáneas de estos análisis. Sin embargo, un repaso de aquellas muestra como hilo conductor un importante acento en tecnicismos en lugar de preocupaciones materiales por la pena, su finalidad y funciones (Messuti 2005).

El caso más notorio internacionalmente y el más cuestionado en los EE.UU. por haber exacerbado el intento por excluir cualquier atisbo de discrecionalidad judicial en la pena, es el de las *U.S. Sentencing Guidelines* al que nos referimos anteriormente (Alschuler 1991:906; Albonetti 1997:789; Standen 2002:784).

Sin embargo, una de las mayores críticas es que esta la reforma ha aumentado la severidad sin aportar ningún otro beneficio, ya que también ha fallado en su meta principal de reducir la disparidad. Así, algunos autores han señalado temprana-

mente que la reducción de la discreción al momento de determinar la pena no ha desaparecido o mermado con las guías, sino que tan solo ha cambiado su lugar *-change of locus-* en el proceso penal.

Este argumento configura una de las críticas más difundidas y potentes del pensamiento jurídico norteamericano sobre el tema. Es particularmente interesante para nosotros, pues tiene influencia o aplicación parcial en otras legislaciones nacionales, europeas²¹ y latinoamericanas que han incorporado juicios, procedimientos “abreviados” u otro tipo de instancias de acuerdo entre fiscales e imputados con relación al hecho y a la pena (Binder 1993; Ambos 1996; Ferrajoli 1997:746; Abad et al 1999; Anitua 2003:398).

Así se expresaba este reparo –que nos permitimos citar en extenso–, en un publicitado trabajo de principios de los 1990’s, crítico de la intención de las *sentencing guidelines* a la luz de las facultades intactas de los fiscales con respecto al *plea bargaining*: “No existe objeción a la discreción de los jueces en la determinación de la pena que no se aplique también en su completa medida a la discreción que ejercen los fiscales y defensores en el *plea bargaining*. Sin embargo, el poder político de los fiscales y el miedo a empantanar los tribunales han inmunizado largamente el *plea bargaining* –la parte más importante de la reforma en el *sentencing*. El movimiento de reforma no ha restringido la discreción tanto como la ha transferido de los jueces a los fiscales. En verdad, un sistema de *sentencing guidelines* que de frente prescribe penas severas pero deja sin restricciones al *plea bargaining*, es el paraíso de los fiscales. Las *sentencing*

²¹ Anitua (2003:403) nos recuerda que el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, en la Recomendación R (87) 19, de 1987, se pronuncia abiertamente por la incorporación de modos de aceleramiento de la justicia como el *guilty plea* estadounidense.

guidelines enmascaran la determinación de la *sentencing commission* de penas apropiadas. En realidad, las guías son armas de negociación –armas que habilitan a los fiscales, no a la *sentencing commission*, a determinar la pena en la mayor parte de los casos. En su operatoria las guías no establecen la pena; simplemente aumentan el poder del fiscal de hacer ello” (Alschuler 1991:926).

B. Mínimos penales

Desde una perspectiva contemporánea diversa, algunos juristas de tradición europeo-continental, en expresión minoritaria, han planteado la posibilidad de considerar que los mínimos penales de las penas privativas de libertad, en algunas circunstancias –ante penas naturales o ilícitas–, o hasta cierto punto –mínimo natural en el que la pena se transforma en tasa–, no resultan vinculantes para el juez (Ferrajoli 1997; Zaffaroni, Zaffaroni, Alagia y Slokar 2000:951; Aguado Correa 1999:321 y Velázquez?:628; ambos citados por los últimos).

Este hecho, que en parte recupera la “benevolencia” –y los problemas asociados– de ampliar el marco de discreción judicial para realizar justicia en el caso en concreto, tiene sólidos antecedentes en el sistema legal anglosajón, donde, históricamente, la fijación del máximo satisface de por sí los requisitos del principio de legalidad (Ashworth 1989:110). Por el contrario, allí la imposición de mínimos legales obligatorios –*mandatory penalties*– suele provocar el rechazo de los jueces, quienes lo consideran una afrenta a la imparcialidad del *judiciary*. Estos mínimos, además, son

cuestionados pues acostumbran asociarse con imposiciones de las reformas penales más punitivas (Tonry 1996:135; Mauer 1997a:180)²².

En este sentido y como posible línea de desarrollo también debe tenerse presente que la Recomendación Nro. (92) 17 del Consejo de Europa que mencionamos con anterioridad, estableció que “...cuando sean aplicables penas mínimas, aquellas no deben impedir al tribunal tomar en consideración las circunstancias particulares en el caso individual”.

C. Fundamentación

La discrecionalidad judicial también se vincula con las exigencias de fundamentación –sustanciales y procesales– de la pena impuesta y la posibilidad del control judicial sobre la determinación de la pena mediante recursos de revisión limitada, como el de casación.

Esta tendencia, también propiciada por la recomendación citada, se ha desarrollado recientemente en países como Alemania, España, o Argentina, acompañando a las demás preocupaciones mencionadas. Para ello debió vencer importantes obstáculos vinculados con la concepción de que un tribunal distinto del que determinó la pena no podría revisar las decisiones discrecionales basadas en las impresiones subjetivas que causó el condenado en los miembros del tribunal original (Maurach, Góssel y Zipf 1995:798/799; Conseil de l’Europe 1989; Ziffer 1996:182; Silva Sánchez 1987; Ramos Tapia 1999; Zysman 2002).

²² Frente a los códigos penales europeo-continentales que desde el siglo XIX han fijado, como regla general, una pena máxima y una mínima para cada delito, en Estados Unidos, hasta los años 1870s, las leyes sólo fijaron una penalidad máxima por cada infracción penal. De esta manera, una vez que el juez condenaba a una pena, ésta era inmutable y el condenado debía cumplirla completamente. Lo único que podía modificar ello, en forma excepcional, escapaba a la decisión judicial; era el perdón o indulto del gobernador, a veces utilizado para conmutar parcialmente una condena a prisión (Barnes y Teeters 1963:567; Rotman 1995:173).

Algo similar ha ocurrido en los países del *common law*, donde el respeto por los poderes discrecionales del juez también ha sido la regla. Sin embargo, salvo en los EE.UU., la revisión de las penas impuestas mediante recurso de apelación –*appellate review*– ha sido el principal método utilizado para uniformar las penas (Walker y Padfield 1996:13).

En Norteamérica, bajo el dominio del sistema de penas indeterminadas, el criterio general indicaba que mientras la pena impuesta se encontrara en los marcos determinados por la ley, básicamente, ninguna revisión era posible (Alshuler 1991: 906). Se entendía que la apelación era conducente únicamente cuando el juez había alegado o se había excedido en la “autoridad” emanada de la constitución y las leyes a la hora de individualizar la pena. Así pues, las primeras revisiones provinieron de cuestionamientos relacionados con la prohibición constitucional de los “castigos crueles e inusuales”, con relación a referencias indebidas a criterios como la raza, etnia, u otros casos del estilo.

En verdad, no obstante que un gran número de Estados terminó rechazando la posición tradicional restrictiva, y dejó espacio a una mayor flexibilidad, la ausencia de parámetros para fijar las penas implicó que se hiciese imposible arribar a una revisión sustancial.

Se afirma que este panorama cambió drásticamente con el advenimiento de lineamientos en el *sentencing*, como el uso de *statutory guidelines* (La Fave e Israel 1992:

1100). En estos casos, tanto la defensa como la acusación, pueden recurrir un error en la aplicación de aquéllas.

D. Cesura del juicio

La cesura del juicio es un instituto de desarrollo reciente en el ámbito europeo-continental que permite dividir el debate en dos partes²³. En la primera se examinaría la existencia del hecho y la culpabilidad –interlocutorio de culpabilidad– o sólo la existencia del hecho –interlocutorio de hecho– y la segunda sería destinada, específicamente, a las cuestiones concernientes a la determinación de la pena²⁴. La conveniencia de este instituto se sustenta en que permite resguardar al acusado de los efectos perniciosos de publicitar su pasado y vida actual –circunstancia necesaria para la individualización punitiva–, particularmente cuando aún no ha sido condenado, pero también porque la existencia de una única fase probatoria en la cual se acredite tanto el hecho delictivo y la participación como la pena resultaría conflictiva dado que limita ciertas estrategias defensistas que podrían esgrimirse. Finalmente, porque este mecanismo permitiría restablecer la importancia y trascendencia de la determinación de la pena al obligar a concederle un tratamiento diferencial y, por ello, más profundo y detenido. Además, se admite que esta última fase podría llevarse a cabo a puertas cerradas, sin menoscabo del principio de publicidad. (Maier 1984; 1996:382/385; Bertoni 1993; Bustos Ramírez 1989:329/330; Ziffer 1996:176; Binder 2000:258/259).

²³ Maier (1996) recuerda que esta propuesta se difundió a raíz de la recomendación del X Congreso Internacional de Derecho Penal, de 1960.

Puede apuntarse que el instituto estaba previsto facultativamente para el caso de juicio por jurados en el proyecto de Código Penal Iberoamericano, y que hace algunos años se incorporó al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (Ley 11.922).

²⁴ Sobre las distintas propuestas, sus consecuencias y relación con las teorías de la unión, Ziffer 1996:177/181.

En verdad, esta cesura está asentada desde antaño en el procedimiento penal estadounidense. En él, una vez determinada la culpabilidad por reconocimiento del acusado o veredicto del jurado se prevé una audiencia para la determinación de la pena –o *sentencing hearing*– para la cual se elabora –usualmente los oficiales de *probation*– un *presentence report* en el que se documenta información del condenado que se considera relevante para tomar esta decisión (La Fave e Israel 1998: 28; Walker y Padfield 1996:24; Hendler 1996:130)²⁵.

Como puede colegirse, muchas de estas preocupaciones se vinculan particularmente con la necesidad de la individualización del delincuente y de la pena, y, por ello, con la búsqueda de un mayor conocimiento de las características e historia del condenado (Foucault 1989), propio del “Modelo Resocializador”. Pero también responde a este esquema la concepción del acto del castigo como potestad técnica, privativa de los expertos penales.

E. Prueba de agravantes y atenuantes

Otro de los puntos en los cuales *sentencing* y proceso penal se entrecruzan, es el relacionado con la prueba de los elementos que serán valorados como agravantes o atenuantes. Debido al raquitismo de este tema, o, directamente, por el aval de decisiones jurisprudenciales, principios y criterios de valor que gobiernan el proceso para establecer la certeza de un delito no siempre se han extendido con éxito a la determinación de la pena (Maier 1996: 500).

Esta circunstancia, aunada a otro tópico de relevancia, como es el relativo a la garantía a un juicio por jurados, fue tratada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. y continúa provocando un intenso debate en cuanto a las consecuencias de esta decisión en muchas de las legislaciones estatales.

En los Estados Unidos, cuando la legislatura definía ciertos actos como delito, incluía algunos hechos como “elementos” del mismo y otras condiciones que no necesariamente se consideraban relevantes a estos efectos. De este modo, se determinaba cuales hechos constituían el núcleo de prohibición y debían responder constitucionalmente al requisito de juzgamiento por ante un jurado y conforme con las reglas probatorias que requieren acreditarlos “más allá de la duda razonable”. Si las legislaturas se abstendían de identificar ciertos hechos como “elementos” del delito, incluyendo hechos relativos a la admisión de prueba, *sentencing*, *probation* y *parole*, la decisión sobre los mismos se trasladaba a los jueces, u otros integrantes del sistema de justicia. En estos casos se consideraba que no eran elementos del delito, sino factores de determinación de pena –*sentencing factors*– sólo relevantes a partir de la declaración de culpabilidad y verificables, sin más, a partir del requisito de la “evidencia preponderante” (Standen 2002:779; La Fave e Israel 1992:1093).

Este criterio, asentado durante la hegemonía institucional del sistema de penas indeterminadas, pero extendido a las legislaciones posteriores, mudó recientemente, a raíz de una seguidilla de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. que parecen haber culminado a principios de este año (2005).

²⁵ Para prepararlo se buscan los antecedentes delictivos existentes en los registros oficiales y suelen incluirse entrevistas con el condenado, representantes de la fiscalía y la policía, familiares y vecinos, empleadores y otras personas que puedan aportar elementos para definir atenuantes o agravantes previstos por la ley.

En efecto, en “*Apprendi v. New Jersey*” (530 U.S. 466, 490) del 2000, se estableció que “...cualquier otro hecho distinto a una condena anterior que incrementa la penalidad por un delito más allá del máximo prescripto por la ley debe ser puesto en consideración de un jurado, y probado más allá de la duda razonable”. Esta afirmación fue mejor precisada en “*Blakely vs. Washington*” (542 US 159) al expresar que el máximo previsto legalmente –*statutory maximum*–, con independencia de las denominaciones legales, es la pena más alta que un juez puede imponer, estrictamente, sobre la base de los hechos reflejados en el veredicto del jurado o admitidos por la defensa; no el máximo legal establecido para el delito (Standen 2002; Zysman 2004). Finalmente, en “*U.S. vs. Booker*”, de enero de 2005, la Corte Suprema concluyó en que los pronunciamientos de “*Apprendi*” y “*Blakely*” también se aplicaban a las *U.S. Sentencing Guidelines*, es decir, al complejo y vasto ordenamiento federal.

F. Disparidad de penas y discriminación: algunos estudios

Para los parámetros modernos de racionalidad, la discrecionalidad judicial con relación a las penas puede implicar un “mal” por sí mismo. Con anterioridad hemos relatado los esforzados intentos dogmáticos por eliminarla o minimizarla. No obstante y sin duda, el problema de la discrecionalidad del que hablamos asciende de categoría (y gana especificidad) cuando se entiende que aquella se traduce en disparidad, incoherencia o ausencia de uniformidad en el *sentencing*.

La problematización de este aspecto, parte de tomar conocimiento, mediante estudios empíricos, que uno o distintos jueces pueden imponer penas diversas para casos considerados similares o penas similares para casos que se consideran diversos.

Este fue el caso de los EE.UU. donde este tema fue uno de los que mejor se capitalizó en la crítica norteamericana al instituto de la pena indeterminada y que mayor consideración ha recibido en la exposición de motivos de las leyes estadounidenses posteriores en materia de *sentencing*, por ejemplo, en las *sentencing guidelines* de los estados de Minnesota, Washington y el ordenamiento federal (Frase 1995:174, 1997:13/17; Doob 1995:204; USC 1984; USSG 1987).

Toda vez que los intensos debates norteamericanos sobre este punto se trasladaron rápidamente al Canadá, Gran Bretaña y los demás países del *common law*, no debería resultar extraño que el Octavo Coloquio Criminológico, celebrado en 1987, haya versado sobre las disparidades en el *sentencing* (Conseil de l’Europe 1987).

En verdad, si bien se ha entendido que la noción de disparidad en el *sentencing* entraña una dimensión normativa que debe ser definida previamente a cualquier afirmación comparativa al respecto (Ashworth 1991:116; Standen 2002:784) son muchas las lecturas que afirman que un sistema de *sentencing* orientado por la proporcionalidad entre gravedad del delito y pena –básicamente, el “Modelo de Justicia”– confiere menores atribuciones a los jueces que uno sustentado en la individualización de aquellas y, por lo tanto, una posibilidad efectiva de reducir las disparidades (Jareborg 1989:17; Ashworth 1989: 105).

Además, es posible que una lectura superficial sobre la disparidad en materia de penas pueda entenderla como un problema de educación y coordinación judicial para el cual cierto entrenamiento, modelos matemáticos e información estadística podría ser fructífera (Conseil de l’Europe 1987; Ziffer 1996:30; Crespo 1998:31). Sin embargo, como pudimos apreciar a partir del relato de la historia norteamericana, los

estudios empíricos sobre disparidad punitiva no han dejado de relacionar esta cuestión con variables como la raza, identidad nacional, género y posición social. Por esta razón, la disparidad de penas posee una importante identificación con la discriminación²⁶ y dado ello, el punto es problematizado, particularmente, en los países en los cuales estos conflictos resultan más visibles socialmente (Matthews 2003:272; Tonry 1996:56; Walker y Padfield 1996, Pavarini 1994a:237).

Sin embargo, esta dependencia con relación a los estudios empíricos también hace explicable que en lugares con importantes diferencias sociales, como Latinoamérica, donde no es arriesgado estimar que se presenta un suelo particularmente fértil para desarrollar este concepto, la idea de disparidad no haya tenido elaboración ni impacto.

162 | Retomando lo dicho, la llegada de las *U.S. Sentencing Guidelines* a las que hemos mencionado dio lugar a una gran cantidad de estudios de tipo empírico, que intentaron definir y medir la disparidad existente en el sistema de guías penales, a veces en comparación al sistema anterior, en base a muestras de las condenas aplicadas a casos similares.

Así por ejemplo, algunos trabajos han considerado que el impacto de aquellas en la disparidad de las penas entre jueces –definida como las diferencias en el porcentaje nominal de la extensión de la pena de prisión en casos comparables asignados a diferentes jueces– ha sido positivo.

En ese medio, las investigaciones y los cuestionamientos metodológicos que sus-

citan son incontables. Sólo para jugar un poco con cifras podemos señalar que el estudio de Anderson et al (1999) realizado con la ayuda de instrumentos del análisis económico muestra que la diferencia entre dos jueces típicos en el porcentaje de extensión de condena fue aproximadamente un 17 por ciento –4.9 meses– en 1986-87, cuando las guías no se encontraban en funcionamiento, para caer a un 11 por ciento –o 3.9 meses– en 1988-93 en los primeros años de operatividad de aquéllas. Este trabajo, aclara, no intenta medir el efecto de la *parole* en el sistema previo, ni la discreción de los fiscales o la proporcionalidad del castigo bajo las guías y en comparación a la etapa anterior.

A pesar de que también otras investigaciones coinciden básicamente en esta afirmación, el reconocimiento a la virtud de las *guidelines* no parece ser la posición dominante, siquiera en este tipo de estudios.

Otros estudios muy popularizados han llegado a conclusiones abiertamente discordantes. Así, Albonetti (1997) estudiando 14.189 condenas por drogas y un procedimiento multivariable pretendió responder: a) si las características del imputado –etnia, género, educación y estatus en la sociedad– influenciaban significativamente la severidad de las penas; b) si existía evidencia empírica de que los *guilty pleas* y los apartamientos de las *sentencing guidelines* –entendidos como mecanismos que podían afectar la idea de penas uniformes– afectaban significativamente los resultados; c) si la condición étnica de los condenados afectaba las variables estipuladas legalmente en las guías –nivel del delito, tipo de drogas involucradas, antecedentes delictivos, número de hechos–, y

²⁶ La recomendación del Consejo de Europa que mencionamos con anterioridad ha resaltado en el punto 7mo. que no debe haber discriminaciones en el *sentencing* por razones de raza, color, género, nacionalidad, religión, estatus social o creencias políticas de quien delinque o de la víctima. Factores como el desempleo, o las condiciones culturales o sociales de quien delinque no deben influenciar el *sentencing* para discriminar negativamente.

otras variables como los *guilty pleas* –reconocimiento de culpabilidad– y los apartamientos en la extensión de la prisión y la probabilidad del encarcelamiento.

Albonetti afirmó que en los casos estudiados, variables que se pretenden irrelevantes para el *sentencing* tienen un peso significativo.

Sostiene que el género de la persona condenada, la etnia, educación, y el estatus social, ejercen efectos significativos en forma directa en los resultados de la pena. Particularmente, llega a la conclusión de que las mujeres reciben condenas a penas menos severas que los hombres; que los jueces imponen penas más severas a ciudadanos extranjeros que a los norteamericanos, y más severas a los afroamericanos e hispanos que a sus pares blancos. De la misma forma, afirma que quienes poseen estudios secundarios se ven beneficiados frente a los que no los han completado.

En orden a la segunda pregunta reconoce que la segunda variable más importante es la posibilidad de apartarse de las estrechas penas de las *guidelines* y no las declaraciones de *guilty plea* como muchos trabajos críticos habían afirmado.

Finalmente, considera que en las guías federales la etnia condiciona el nivel base en el que se sitúa el delito, la puntuación del historial delictivo y el tipo de delito de drogas que será aplicable, y que lo hace en forma similar para afroamericanos e hispanos que se ven en desventaja frente a los ciudadanos blancos.

En un estudio más reciente, David Mustard arriba a similares conclusiones. Luego de examinar 77.236 condenados federales concluye en lo siguiente. Primero, que luego de controlar variables criminales, demográficas y socioeconómicas,

encuentra que los afroamericanos, masculinos y aquellos con bajos niveles de educación e ingresos reciben penas sustancialmente más extensas. Segundo, que las disparidades son primeramente generadas por los apartamientos de las guías –algunos legalmente establecidos– que por aplicaciones diferentes dentro de las posibilidades de las guías. Afirma que los apartamientos producen aproximadamente un 55 por ciento de las diferencias entre afroamericanos y blancos y el 70 por ciento de las diferencias entre hombre y mujer. Tercero, que a pesar de que las disparidades entre afroamericanos y blancos suceden a lo largo de todos los delitos, las mayores se apuntan en relación al tráfico de drogas. La disparidad hispano - blanco se genera primariamente por aquellos condenados por tráfico de drogas y posesión de armas de fuego/tráfico. Finalmente, concluye en que afroamericanos y los hombres tienen menos posibilidades de evitar la prisión cuando esta opción está disponible; menos posibilidades de recibir apartamientos benéficos, más posibilidades de sufrir ajustes más gravosos y, en el caso de recibir reducciones, que éstas sean menos significantes que las de los ciudadanos blancos y las mujeres.

Un estudio que no puede ser obviado en este ámbito es el trabajo de Marc Mauer. En 1990 el director del *Sentencing Project* dio a publicidad un informe impactante que generó notable repercusión en el ámbito académico, institucional y en los medios de comunicación de EE.UU. y otros países de habla inglesa. En el reporte “Jóvenes hombres negros y el sistema de justicia criminal” se establecía que en un día, uno de cuatro hombres negros entre los veinte y los veintinueve años de edad está bajo la órbita del sistema de justicia penal, ya sea en prisión, detención en una cárcel local, *probation* o *parole*. De este modo, los 609.690 hombres afroamericanos que por entonces se encontraban

sometidos a aquellas condiciones, excedían en mucho los 436.000 hombres negros, de todas las edades, que desarrollaban estudios superiores (Mauer 1997c:219).

Es verdad que, estas cifras, agudizadas en el transcurso de la década del noventa –al tiempo se hablaba de uno de cada tres hombres negros– e impactantes por sí mismas, no encuentran una explicación pacífica. Ahora bien, no obstante la criminalización secundaria, producto de las detenciones selectivas parece ser una pauta por demás indicativa, también se ha expresado en forma influyente que este caso es un producto de la disparidad en el *sentencing*, dado que bien puede ser atribuida a las severas penalidades –siempre privativas de libertad– previstas por las leyes federales con relación a drogas como el crack. Se estima que esta droga, a diferencia de otras variantes de la cocaína a las que se aplican penas sensiblemente menores, se comercializa, casi exclusivamente, por afroamericanos (Macdonald y Carlson 1997:238; Mauer 2001).

Ahora bien, como vimos al desarrollar el caso norteamericano, un punto sensible de la disparidad es el que concierne a la fase ejecutiva de la pena. Con relación a ello es de utilidad recordar el importante trabajo empírico llevado a cabo en Italia por Pavarini, durante el período de vigencia plena de la ley Gozzini –años 1987 a 1990–.

Por medio de esta ley se multiplicaron los institutos aplicables a la ejecución penal, intensificándose el poder discrecional de los jueces para determinar la pena privativa de libertad; por ello este prestigioso autor ha comparado aquella ley al sistema implementado a mediados de la década de 1990 por la Ley Penitenciaria Nacional

(argentina) Nro. 24.660 (Pavarini 1994b: 267; Pavarini 1999).

La investigación mencionada tuvo como objeto las decisiones de los tribunales de Brescia, Milán, Boloña, Florencia, Roma, L'Aquila, Nápoles, Bari, Calabria, y Palermo, según adelantamos, durante el periodo 1987 a 1990.

Sintéticamente –y considerando sólo algunas de las variables analizadas que se muestran relevantes para nuestro propósito²⁷– a partir de este estudio se llegó a la conclusión que existían desigualdades geográficas y jurisdiccionales medianamente amplias con respecto a la concesión de ciertas medidas y amplísima con relación a alguna medida en particular. En todo caso, Boloña con una estadística de concesión de las solicitudes de semilibertad del 46,6 por ciento y del 9,1 por ciento de las detenciones domiciliarias, sobre una media nacional del 57,1 por ciento y 35,7 por ciento, respectivamente, se mostraba como la jurisdicción más severa, seguida por L'Aquila para algunos institutos como la libertad condicional.

También se observó que la variable género era determinante en la concesión de medidas como la semilibertad. Así, mientras, en general, para la semilibertad existía mayor facilidad de obtención que para el *affidamento in prova* al servicio social, en el caso de las mujeres esta diferencia resultaba –para beneficio de ellas– menos marcada, dado que se concedía en la misma medida en que se denegaba. Sin embargo, en el caso de los hombres las concesiones resultaban, estadísticamente, veinte puntos más bajas que las denegatorias. Esta tendencia también se comprobaba con respecto a la liberación condicional y la detención domiciliaria.

²⁷ También se evaluó el peso de un proceso pendiente, los dictámenes del equipo de observación tratamental, la opinión del Servicio Social de Adultos -C.S.S.A.-, de las fuerzas del orden -policía y carabinieri-.

De similar modo, se encontró que a mayor edad existía una facilidad progresiva para obtener el *affidamento in prova*, la liberación condicional y, como era previsible, la detención domiciliaria; mientras tanto, la edad no resultaba tan significativa para obtener la semilibertad y para el *affidamento in prova* de la legislación penitenciaria anterior.

También se relevó que, a diferencia de la liberación condicional y el *affidamento in prova*, el nivel de instrucción registraba, sorpresivamente, una decidida e inesperada indiferencia con relación a la semilibertad.

Sin embargo, la existencia de una pena cumplida con anterioridad también se mostraba significativa, particularmente, en el *affidamento in prova* y la libertad condicional. En el primer caso -a nivel nacional- ante la inexistencia de una condena anterior las concesiones eran del 52,30 por ciento de los pedidos, descendían al 42,20 por ciento si se valoraba una pena anterior de hasta dos años; si era de entre 2 a 5 años al 31,10 por ciento, entre cinco a diez años al 22,30 por ciento y entre diez a veinte años, al 7,10 por ciento de los casos.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El interés y los problemas contemporáneos en materia de *sentencing*, y de forma más acotada, de determinación de las penas, se desarrollan en marcos más extensos que los que nuestros escasos estudios jurídicos suelen otorgarle. En las páginas anteriores hemos pretendido ingresar a ellos a partir de distinciones conceptuales y ejemplos históricos que consideramos necesarios para una comprensión más lúcida de su desarrollo actual, tensiones principales, consecuencias y perspectivas de intervención eficaz.

Es claro que el tema no puede abordarse sin la vinculación con las doctrinas o teorías de la justificación penal -y en este sentido la difusión de justificaciones mixtas empaña en gran medida la cuestión-, pero también resulta indisoluble de las nociones en disputa sobre fenómeno criminal y la intervención penal del Estado.

Hemos querido marcar, asimismo, que en las sociedades modernas donde tiene arraigo la pena privativa de libertad, el objeto de nuestro estudio debe ser entendido a partir de los problemas que afectan a la legislación, a la determinación judicial y a la ejecución de la pena.

En este sentido, los estudios empíricos pueden servir para identificar -y a veces problematizar- ciertos aspectos del *sentencing*. Muchas veces, con gran potencial crítico.

Por ejemplo, la noción de disparidad, reveladora de diferencias geográficas, sociales o raciales, resulta particularmente cuestionadora de la legitimidad estatal en materia punitiva y obliga a una detenida reflexión.

Esta reflexión deberá contemplar las posibles soluciones a la luz de los modelos de *sentencing*, los peligros de cooptación de las propuestas de cambio y el riesgo de implementar respuestas técnicas uniformadoras desprovistas de sustento teleológico y criterios de justicia. •

Bibliografía y Documentación

- Aa.Vv., *Determinación Judicial de la Pena*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- Abad, F., "Los Procesos Penales Especiales", en Edmundo S. Hendler (Dir.) *Sistemas Procesales Penales Comparados*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

- Aguado Correa, T., *El Principio de Proporcionalidad En Derecho Penal*, Madrid, 1999.
- Albonetti, C.A., "Sentencing Under the Federal Sentencing Guidelines: Effects of Defendant Characteristics, Guilty Pleas, and Departures on Sentence Outcomes for Drug Offenses", 1991-1992., en *Law & Society Review*, Vol 31, Num. 4, Pp. 789/822, 1997.
- Allen, F., "The Decline of the Rehabilitative Ideal", en Andrew Von Hirsch & Andrew Ashworth (Eds) *Principled Sentencing. Readings on Theory & Policy*, Pp. 14/19, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- Alschuler, A.W., "The Failure of Sentencing Guidelines: a Plea for less Aggregation", en *University Of Chicago Law Review*, Summer, Pp. 901 Y Ss., 1991.
- Ambos, K., "Procedimientos Abreviados en el Proceso Penal Alemán y en los Proyectos de Reforma Sudamericanos", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1996.
- Anderson, J. M., Et Al., "Measuring Inter-judge Sentencing Disparity: Before and After the Federal Sentencing Guidelines", en *Journal of Law And Economics*, 1999.
- Anitua, G., *Justicia Penal Pública*, Del Puerto: Buenos Aires, 2003.
- Arnedo, M., Zaffaroni, E., *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Tomo I, Az, Buenos Aires, 1996.
- Ashworth, A., "Techniques de Reduction des Disparités Subjectives dans le Prononcé des Peines", en *Conseil de L'europe, Disparités dans le Prononcé des Peines: Causes et Solutions. Rapports Presentes au Hutieme Coloque Criminologique*, Strasbourg, 1987.
- Ashworth, A., "English Sentencing Since the Criminal Justice Act 1991", en Tony M., Hatlestad, K. (Eds.), *Sentencing Reform In Overcrowded Times. A Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1997.
- Ashworth, A., "England and Wales: Sentencing Advisory Panel", en *Sentencing Observer*, Nro. 1.
- Asúa Batarrita, A., "Pena Indeterminada", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo Xix, Francisco Seix, Barcelona, 1989.
- Baigún, D., *Naturaleza de las Circunstancias Agravantes*, Buenos Aires, 1971.
- Baratta, A., *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI, México, 1991.
- Barnes, H. E., Negley K. T., *New Horizons In Criminology*, 3er. Ed., Prentice Hall, Englewood Cliffs, N.J., 1963.
- Beccaria, C., *De Los Delitos y de Las Penas*, Alianza, Buenos Aires, 1994.
- Bentham, J., *Teoría de Las Penas y de Las Recompensas*, 1838. (Obra Sacada de los Manuscritos de Bentham por Estevan Dumont), Manuel Saurí: Barcelona.
- Bentham, J., *El Panóptico*, Premià, Puebla, 1989 [1791].
- Bergalli, R., "Globalización y Control Social: Post-Fordismo y Control Punitivo", *Sistema* 160, 2001.
- Berlin, E. P., "The Federal Sentencing Guidelines' Failure To Eliminate Sentencing Disparity: Governmental Manipulations Before Arrest", En *Wisconsin Law Review*, 1993.
- Bertoni, E. A., "La Cesura del Juicio Penal", en Aa.Vv., *Determinación Judicial de la Pena*, Del Puerto, Buenos Aires. 1993.
- Binder, A., "Límites y Posibilidades de Simplificación del Proceso", en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- Binder, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2da. Ed, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- Brockway, Z., "The Ideal Of A True Prison System For A State", en *Transactions Of The National Congress On Penitentiary And Reformatory Discipline*, Ed. por E.C. Wines, Albany, Weed, Parsons., 1870. Disponible en <www.crimethereory.com>

- Brodeur, J. P., "Quelques Notes Sur la Reforme de la Determinación de la Peine Au Canadá", *Criminologie*, Vol Xix, Nro. 2, 1991.
- Bueno Arús, F., "La Determinación Judicial de la Pena y el Consejo de Europa", en *Actualidad Penal*, 1992-1.
- Burgess, A., *La Naranja Mecánica*, Minotauro, Buenos Aires, 2003 [1962].
- Bustos Ramírez, J., "Medición de la Pena y Proceso Penal", en *Hacia Una Nueva Justicia Penal*, Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 1989.
- Cavadino, M., Dignan J., *The Penal System. An Introduction*, 2da. Ed., Sage, London /Thousand Oaks/New Delhi, 1997.
- Clarkson, C., Morgan, R., (Eds.) *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford.
- Cohen, S., *Visiones de Control Social*, Barcelona, 1988, [1985].
- Conseil de L'Europe, *Disparités dans le Prononcé des Peines: Causes et Solutions*. Rapports Presentes au Hutieme Coloque Criminologique, Strasbourg, 1987.
- Córdoba Roda, J., "Prólogo" a García Arán, M., *Los Criterios de la Deterterminación de la Pena en Derecho Español*, Universitat de Barcelona, Barcelona. 1982.
- Crespo, E., "Notas Sobre la Dogmática de la Individualización de la Pena" en *Nueva Doctrina Penal* 1998/A, 1998.
- Cullen, F. T., Gilbert, K. E., *Reaffirming Rehabilitation*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1989, [1982].
- Chichizola, M., *La Individualización de la Pena*, Buenos Aires, 1967.
- Christie, N., *La Industria del Control del Delito. ¿La Nueva Forma del Holocausto?*, Del Puerto: Buenos Aires.
- Del Olmo, R., *America Latina y su Criminología*, Siglo XXI, México, 1999 [1981].
- Dobb, A., "The United States Sentencing Commission Guidelines: If You Don'T Know Where You Are Going, You Might Not Get There", en Clarkson, C., Morgan, R., (Eds.) *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- Dorado Montero, P., *El Derecho Protector de los Criminales*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1915.
- Duff, A., Garland, D., "Introduction: Thinking About Punishment", en Duff, A., Garland, D., (Eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1994.
- Durkheim, E., "Dos Leyes de la Evolución Penal", en *Delito y Sociedad* Nro. 13, 1999, [1899-1900].
- Ferrajoli, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 2da. Ed, Trotta, Madrid, 1997.
- Ferri, E., *Sociología Criminal*, Góngora, Madrid, 1928 [1900].
- Fogel, D., "The Justice Model For Corrections", en Freeman, J. (Ed), *Prisons Past And Future (Cambridge Studies In Criminology)*, Heinemann, London, 1978.
- Foucault, M., *Vigilar y Castigar. El Nacimiento de la Prisión*, Siglo XXI, México, 1989, [1975].
- Frankel, M. E., "Lawlessness in Sentencing", en *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 41, Nro. 1, 1972.
- Frase, R., "Sentencing Guidelines In Minnesota And Other American States: A Progress Report", en Clarkson, C., Morgan, R., (Eds.) *The Politics Of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- Frase, R., "National Developments – Sentencing Guidelines Are 'Alive And Well' In The United States", en Tonry, M., Hatlestad, K., (Eds.), *Sentencing Reform in Overcrowded Times. A Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1997.
- Freiberg, A., "Sentencing and Punishment in New South Wales", en Tonry, M., Hatlestad, K., (Eds.) *Sentencing Reform In Overcrowded Times. A Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1997.

- Friedman, L. M., *Crime And Punishment In American History*, Basicbooks, New York, 1993.
- Gallego Díaz, M., *El Sistema Español de Determinación Legal de la Pena. Estudio de las Reglas de Aplicación de Penas al Código Penal*, ICAI, Madrid, 1985.
- García Arán, M., "Los Criterios de la Determinación de la Pena", en *Derecho Español*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1982.
- Garland, D., *Punishment And Welfare: A History on Penal Strategies*, Gower, Aldershot, 1987[1985].
- Garland, D., *Castigo y Sociedad Moderna. Un Estudio de Teoría Social*, Siglo XXI, México.
- Garland, D., *The Culture Of Control. Crime And Social Order In Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2001.
- Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- Hendler, E. S., 1996, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1984.
- Hudson, B., *Justice Through Punishment*, Mac Millan, London.
- Jareborg, N. "Disparités dans le Prononcé des Peines—Quelques Observations Generales" en *Conseil de L'Europe, Disparités Dans Le Prononcé Des Peines: Causes Et Solutions. Rapports Presentes Au Hutieme Coloque Criminologique*, Strasbourg, 1987.
- Jescheck, H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ta. Ed., Granada, Comares, (1993).
- Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal*, T.I, 2da. Ed., Losada, Buenos Aires, 1956.
- Jiménez de Asúa, L., *La Sentencia Indeterminada*, 2da Ed, Ediciones Jurídicas, Lima, 1989 [1947].
- Jones, M. A., *Historia de Estados Unidos*, Madrid, Cátedra, 2001 [1995].
- Kellens, G., "La Determination de la Sentence Penales de la Lunette Au Microscope", en *Deviance et Societe*, Vol 2, No. 1, 1978.
- Kessey, K., *Alguien Voló Sobre El Nido del Cuco*, Circulo de Lectores, Argentina, 1977 [1962].
- Knapp, K. A., "Criminal Sentencing Reform. Legacy for the Correctional System", Chap. 7, en Goodstein, L., Mackenzie, D. (Eds.), *The American Prison. Issues In Research And Policy*, Plenum Press, New York/London, 1989.
- La Fave, W., Israel, J. H., *Criminal Procedure*, West Publishing Co, St. Paul, 1992.
- Larrauri, E., "Abolicionismo del Derecho Penal: Las Propuestas del Movimiento Abolicionista", en *Poder y Control* Nro. 3, Pp. 95-116, 1987.
- Luzón Peña, D., "Culpabilidad y Pena en el Código Penal Español de 1995", en Aa. Vv., *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.
- Macdonald, D., Carlson, K., "Drug Policies Causignn Racial And Etnic Differences In Federal Sentencing", en Tonry, M., Hatlestead, K., (Eds.) *Sentencing Reform In Overcrowded Times*, Oxford University Press, New York, 1997.
- Magariños, M., "Hacia Un Criterio Para la Determinación Judicial de la Pena", en Aa.Vv., *Determinación Judicial de la Pena*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- Maier, J. B. J., "La Cesura del Juicio Penal", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- Maier, J. B. J., "Prologo" a Aa.Vv. *Determinación Judicial de la Pena*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Del Puerto, Buenos Aires, 1996^a.
- Maier, J. B. J., "Prologo" a Ziffer, P., *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996b.
- Marteau, J. F., *Las Palabras del Orden. Proyecto Republicano y Cuestión*

- Criminal en Argentina (Buenos Aires: 1880-1930)*, Del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- Martinson, R., "What Works? – Questions And Answers About Prison Reform", en *The Public Interest* 35, 1974.
- Matthews, R., *Doing Time. An Introduction to the Sociology of Imprisonment*, Macmillan Press, Houndmills/ Basingstoke/Hampshire/London, 1999.
- Matthews, R., "Reflexiones sobre los Recientes Desarrollos de la Política Penal desde la Teoría de los Sistemas", en *Panóptico*, 2002.
- Mauer, M., "La Fragilidad de la Reforma de la Justicia Penal en los Estados Unidos", en *Nueva Doctrina Penal*, 1997a.
- Mauer, M., Ponencia presentada en Septiembre de 1997 ante el Symposium on the Federal Sentencing Guidelines, disponible En <www.sentencing.org> (Citado 20.8.2000)
- Mauer, M., "Young Black Men and the Criminal Justice System", en Tonry, M., Hatlestad, K., (Eds.) *Sentencing Reform in Overcrowded Times. A Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York/ Oxford, 1997c.
- Mauer, M., "The Causes and Consequences of Prison Growth in the United States", en *Punishment & Society*, Vol 3, Nro. 1, January (Número Especial sobre Encarcelamiento Masivo En E.E.U.U.), 2001.
- Maurach, R., Gössel, K. H., Zipf, H., *Derecho Penal. Parte General*, T. 2, Astrea Buenos Aires, 1995.
- Messuti, A., "Algunas Reflexiones sobre la Pena y el Pensamiento Penal", en Suplemento Penal de Eldial.Com (www.eldial.com.ar), Junio, 2005.
- Miller, J. G., "The Debate On Rehabilitating Criminals: Is It True That Nothing Works?", en The Washington Post <www.prisonworks.com/scans/rehab.html> (Citado 30.3.2005), 1989.
- Morris, N., *El Futuro de las Prisiones. Estudios sobre Crimen y Justicia*, 3era. Ed., Siglo XXI, México, 1985, [1974].
- Mustard, D. B., "Racial, Ethnic, and Gender Disparities in Sentencing: Evidence from the U.S. Federal Courts", en *Journal of Law And Economics*, PP. 285/ 312, 2001.
- Pavarini, M., "Historia de la Pena. La Justificación Imposible", en *Delito y Sociedad* Nro. 1, Pp. 9/21, 1992.
- Pavarini, M., *Control y Dominación*, Siglo XXI, México, 1993, [1980].
- Pavarini, M., *Lo Scambio Penitenciario. Manifiesto e Latente Nella Flessibilità Della Pena In Fase Esecutiva*, Martina Bologna, Bologna, 1994a.
- Pavarini, M., *I Nuovi Confini Della Penale. Introduzione Alla Sociologia Della Pena*, Martina Bologna, Bologna, 1994a.
- Pavarini, M., "Algunas Notas Críticas a la Luz de la Experiencia Italiana", introducción al libro Rivera Beiras, I., SALT, M. G., *Los Derechos Fundamentales de los Reclusos. España y Argentina*, Del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- Pegoraro, J., "Derecha Criminológica, Neoliberalismo y Política Penal", en *Delito y Sociedad* Nro. 15-16, Buenos Aires, 2001.
- Platt, T., Takagi, P., "Los Intelectuales del Derecho y del Orden. Una Crítica a los Nuevos 'Realistas'", en *Delito y Sociedad* Nro. 15-16, Buenos Aires, 2002, [1979].
- Pires, A., "La Reforme Penale au Canada: L'apport de la Commission Canadienne sur la Determination de la Peine", en *Criminologie* V, Xx, Nro. 2, Pp. 11/55, 1987.
- Quintero Olivares, G., "Política Criminal y Determinación de la Pena", en *Doctrina Penal*, 1978.
- Ramos Tapia, M. I., "El Control del Arbitrio Judicial en la Individualización de la Pena", en *Cuadernos de Política Criminal* Nro. 69, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Pp. 613-633, 1978.

- Rivera Beiras, I., "Los Primeros Sistemas Penitenciarios en España", en Rivera Beiras, I., (Coord.) *La Cárcel en el Sistema Penal. Un Análisis Estructura*, Ed. Rev., M.J.Bosch, Barcelona, 1996.
- Rivera Beiras, I., "Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal ('Nuevas' Racionalidades Punitivas y Posible Escenarios Penales)", en *Mitologías y Discursos sobre el Castigo*, Pp. 287/326, Anthropos, Barcelona, 2004.
- Robert, P., "Utilitarisme, les Economistes et la Délinquance", en *Archives de Philosophie du Droit*, To 26, Pp. 199/222, L'Utile Et Le Juste, 1981.
- Rodriguez Devesa, J. M., "Prólogo" a Gallego Díaz, M., *El Sistema Español de Determinación Legal de la Pena. Estudio de las Reglas de Aplicación de Penas al Código Penal*, ICAI, Madrid, 1985.
- Rotman, E., "The Failure Of Reform. United States, 1865-1965", en Morris, N., Rothman, D.(Eds), *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*, Pp. 160/197, Oxford University Press, New York/Oxford, 1995.
- Roxin, C., *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1981.
- Rusche, G., Kircchheimer, O., *Pena y Estructura Social*, Temis, Bogotá, 1983.
- Saleilles, R., *La Individualización de la Pena. Estudio de Criminalidad Social*, Madrid.
- Salvatore, R., Aguirre, C., *The Birth of the Penitentiary in Latin America*, University of Texas Press, Austin, 1996.
- Sarre, R., "Beyond 'What Works?' A 25 Year Jubilee Retrospective Of Robert Martinson". Paper presented at the History of Crime, Policing and Punishment Conference convened by the Australian Institute of Criminology in conjunction with Charles Sturt University and held in Canberra, December 1999. <www.aic.gov.au/conferences/hcpp/sarre.htm> (Citado 30.3.2005).
- Silva Sánchez, J. M., "La Revisión en Casación de la Individualización Judicial de la Pena", *Poder Judicial* Nro. 6, Pp. 137/145, 1987.
- Spierenburg, P., *The Spectacle of Suffering. Executions and the Evolution of Repression*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.
- Standen, J., "The End of the Era of Sentencing Guidelines: Apprendi V. New Jersey", en *Iowa Law Review*, Pp. 775/805, 2002.
- Taylor, I., Walton, P., Young, J., *La Nueva Criminología*, Amorrotu, Buenos Aires, 1997, [1973].
- Tomas y Valiente, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1990.
- Tonry, M., *Sentencing Matters*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1996.
- U.S.C., *United States Code*, 1984.
- United States Sentencing Commission, *Federal Sentencing Guidelines Manual*, U.S.S.C., 1989, disponible en <http://www.ussc.gov/>
- Von Hirsch, A., *Doing Justice. The Choice of Punishments*, Northeastern University Press, Boston, 1986 [1976].
- Von Hirsch, A., "Sentencing Guidelines in Minnesota and other American States: a Progress Report", en Clarkson, C., Morgan, R. (Eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Pp. 149/167, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- Von Hirsch, A., *Censurar y Castigar*, Trotta: Madrid, 1998, [1993].
- Von Liszt, F., *La Idea del Fin en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1995, [1882].
- Young, J., *The Exclusive Society : Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, Sage, London, 1999.
- Walker, N., Padfield, N., *Sentencing. Theory, Law and Practice*, 2ed., Butterworths, London/ Dublin/ Edinburgh, 1996.

- Weber, M., *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Zaffaroni, E., "Prologo" a Cristie, N., *La Industria del Control del Delito. ¿La Nueva Forma del Holocausto?*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- Zaffaroni, E., Alagia, A., Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- Ziffer, P. A., *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
- Zysman Quirós, D., "Sobre la Revisión de la Pena Impuesta en Juicio. La Situación en España y Argentina", *Revista del Ministerio Público Fiscal*, Nro. 9, Pp. 65/75.
- Zysman Quirós, D., "Determinación Judicial de la Pena, Poderes de los Jueces y Derecho a Un Juicio Por Jurados. Una Aproximación al Sistema Estadounidense de Sentencing Guidelines a Partir del Reciente Fallo "Blakely Vs. Washington", en *Nueva Doctrina Penal*, Pp. 627/667, 2004.
- Zysman Quirós, D., "La Crisis del Welfare y sus Repercusiones en la Cultura Política Anglosajona, Cap. VI, en Rivera Beiras, I. (Coord.), *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*, Anthopos, Barcelona, 2005.

DETENCIONES Y PROCESOS LEGALES POR EL DELITO DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO EN GUATEMALA

KRISTIN SVENDSEN

ICCPG

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad posconflicto guatemalteca se encuentra en un proceso de transición democrática devastado por altos índices de violencia y pobreza. Según las últimas estadísticas publicadas por los medios de comunicación, hubo 229 asesinatos con arma de fuego sólo en los meses de mayo y junio de 2004, 200 autobuses fueron saqueados diariamente y 25 vehículos robados cada día. La violencia contra mujeres también tiene índices muy altos: 246 mujeres fueron asesinadas de enero a junio de 2004¹.

En este contexto, la ciudadanía clama resultados inmediatos para frenar la inseguridad en la que viven. Y el gobierno responde con una política de mano dura que no busca las causas de la violencia ni prevenir el delito. Esa mano dura es una respuesta violenta a corto plazo que no analiza las verdaderas causas de la violencia y que, por tanto, dificultosamente podrá resolverla. La auténtica *causa* es la falta de un desarrollo integral para todos los guatemaltecos, especialmente para los niños y los adolescentes, y el *efecto* que notamos es la inseguridad que actualmente atormenta el país. La seguridad que ofrece el

gobierno responde únicamente al *efecto*, a través de una política populista que difícilmente es eficaz para crear una sociedad más pacífica, que es violatoria de derechos fundamentales y que eventualmente crea más violencia y más conflicto social.

El llamado Plan Escoba² –que la Policía Nacional Civil puso en marcha en junio de 2003– es parte de esta política y se dirige hacia adolescentes y jóvenes que supuestamente pertenecen a pandillas juveniles o *maras*. Durante el último año en Guatemala, las autoridades de gobierno han emprendido planes de detención masiva de adolescentes que identifican como miembros de estos grupos, concretándolos como asociaciones delictivas. En declaraciones públicas, el vocero de la Policía Nacional Civil responsabilizó a las pandillas juveniles de por lo menos el 70% de los actos delictivos que ocurren en el país³. Los planes de detención masiva se comprueban con el alto número de jóvenes que comenzaron a ingresar a los centros de detención a finales de 2002. El significativo aumento de la población carcelaria a finales de ese año, provocó que los jóvenes se amotinaron en un centro preventivo, provocando la muerte de 14 personas⁴. Como marco legal de

¹ *Prensa Libre*, 22 de julio de 2004. Los datos son de la morgue del Organismo Judicial, cuerpos de socorro y de la Policía Nacional Civil.

² Así lo denominan muchos miembros de la PNC, haciendo referencia a planes de "limpieza social" implementado por fuerzas represivas de seguridad en el pasado contra grupos vulnerables.

³ *Siglo XXI*, 10 de diciembre de 2003.

⁴ *Prensa Libre*, 27 de diciembre de 2003. Lara, J. "Cholos" tomaron el poder tras la masacre en Pavoncito, Fraijanes, las autoridades siguen vigilando el área perimetral.

actuación, el Plan Escoba menciona la Constitución guatemalteca y la legislación ordinaria, pero no se hace referencia a la normativa internacional. Como directrices superiores en este marco general, se establece que los agentes policiales *“actuarán con respeto irrestricto de los derechos humanos y constitucionales de todas las personas”*. No obstante, en este mismo marco general, se concibe al joven pandillero como “adversario”.

Es necesario conocer la efectividad de este tipo de estrategias para disminuir los índices de criminalidad en el país. Por ahora, las detenciones masivas en Guatemala es una gran preocupación porque no se dirigen hacia los múltiples ataques contra la vida y la integridad física que sí representa un problema innegable en el país. Al contrario, el delito por el cual ingresan más personas a los centros penales es el de posesión para el consumo, un delito que ni siquiera afecta un bien jurídico tutelado.

El artículo 39 de la Ley contra la Narcoactividad (decreto número 48-92) establece que *“Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años y una multa de Q200.00 a Q10,000.00. Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que de las demás circunstancias del hecho, surja la convicción de que la droga es para uso personal”*.

En el contexto de la política de seguridad de mano dura y el Plan Escoba, grupos socialmente vulnerables son utilizados para mostrar una eficacia que no existe en la persecución penal. Las detenciones masivas son de jóvenes a los que se les incauta una cantidad mínima de marihuana y la selectividad del sistema se eviden-

cia al observar que las personas detenidas por el delito de posesión para el consumo tienen un perfil que muestra vulnerabilidad social y económica.

Asimismo, estas detenciones tienen un costo muy alto para el Estado guatemalteco, el cual difícilmente se justifica tomando en cuenta los pocos –si hay alguno– resultados probados con relación a la violencia. Y es más, los costos sociales de estas detenciones son severas: el detenido perdería su trabajo; se perjudicarían las posibilidades de conseguir trabajo después de haber sido detenido; si la persona tiene dependientes económicos, resultaría crítica la situación de ellos; le estigmatizaría socialmente a una persona haber estado detenido; y su integridad física corre riesgo dentro de un centro penal. Todo esto –entre otras consecuencias– causaría más pobreza, más desempleo, más personas enajenadas socialmente y menos confianza en el Estado y las autoridades. Es decir, las causas de la violencia se agravan en un círculo vicioso y resultaría en más conflicto social y menos seguridad pública.

La mayor parte de las detenciones por el delito de posesión para el consumo son realizadas por la Policía Nacional Civil como delito cometido en flagrancia. Sin embargo, se registran bastantes casos de simulación de flagrancia, se cometen múltiples violaciones en las distintas etapas del proceso penal, los imputados muchas veces pasan más de una semana en un centro penal antes de prestar su primera declaración y, por fin, en un porcentaje mínimo de estos casos son formuladas acusaciones.

Partiendo de estos fundamentos, la problemática existente relativa a la violencia actual en Guatemala y los planes de seguridad pública de los últimos gobiernos, se tomó la decisión de conseguir estadísticas sobre los ingresos al sistema judicial por el

delito de posesión para el consumo durante el último año, para conocer la efectividad de las estrategias mencionadas y el carácter de las detenciones y los procesos legales en estos casos. Asimismo, estudiar una muestra de casos ingresados al sistema durante el actual gobierno por el delito de posesión para el consumo, para averiguar la existencia o no de detenciones ilegales y otras violaciones al debido proceso.

METODOLOGÍA

El trabajo de análisis de expedientes judiciales inició el 21 de junio de 2004 y terminó el 25 del mismo mes. La coordinación departamental del Instituto de la Defensa Pública Penal proporcionó los expedientes. Para tomar una muestra de casos ingresados al sistema de justicia por el delito de posesión para el consumo, fueron elegidos los siguientes criterios de selección: únicamente las personas detenidas por el delito de posesión para el consumo, y no en combinación de otros delitos o faltas; únicamente casos ingresados a la coordinación departamental del Instituto de la Defensa Pública Penal durante el transcurso del mes de mayo de 2004 (esto significa que se trata de detenciones efectuadas en los meses de abril y mayo); y sólo casos ingresados a los juzgados primero de primera instancia penal al décimo de instancia penal del departamento de Guatemala (se excluyen los municipios de Villa Nueva y Mixco).

Se eligieron cuatro casos de estos Juzgados y fueron distinguidos según un

criterio preestablecido y arbitrario⁵, partiendo de la numeración hecha por el Instituto de la Defensa Pública Penal. Ya que el Instituto de la Defensa Pública Penal no contaba con todos los expedientes judiciales de los casos elegidos y en estos casos, se eligió el próximo caso según ese criterio. Aún así, no se logró una muestra cabalmente completa.

Los 30 casos estudiados involucran a 41 detenidos. La muestra contiene los expedientes siguientes:

- 29 prevenciones policiales
- 29 resoluciones del juez de primera instancia
- 36 expedientes de la primera comparecencia ante juez
- 32 expedientes de primera declaración

II. DATOS GENERALES SOBRE DETENCIONES POR POSESIÓN PARA EL CONSUMO

Personas ingresadas a centros penales preventivos por el delito de posesión para el consumo

Como es posible ver de las estadísticas proporcionadas por la Dirección General del Sistema Penitenciario, el número de ingresos a los centros penales preventivos del departamento de Guatemala⁶ por el delito de posesión para el consumo es exageradamente alto.

El total de delitos por los cuales han ingresado personas a estos centros penales de Guatemala del 1 de junio de 2003

⁵ Este criterio significó elegir los casos con la cifra última más baja, es decir, desde 0 hacia arriba. Por ejemplo, si los seis casos ingresados al juzgado segundo de instancia penal por el delito de posesión para el consumo en el mes de mayo (según numeración del IDPP) tuvieron los números siguientes: 389, 483, 829, 70, 729, 8140, los tres elegidos serían: 70, 8140 y 483. Si hay varios expedientes que terminan con la misma última cifra, se decidió elegir el número más alto. Por ejemplo, si los seis casos ingresados al juzgado cuarto de instancia penal por el delito de posesión para el consumo en el mes de mayo (según numeración del IDPP) tuvieron la numeración siguiente, 1459, 2147, 7295, 2440, 3251 y 3545, los tres elegidos serían: 2440, 3251 y 7295

⁶ Al Centro de Detención Preventiva para hombres de la Zona 18; al Anexo 1 del Centro de Detención Preventiva para hombres de la Zona 18; y al Centro Preventivo para mujeres Santa Teresa de la Zona 18.

al 30 de junio de 2004 es 45.098⁷. De estos, 11.708 delitos son delitos de bagatela⁸. En este mismo período, un total de 10.527 personas han ingresado a estos penales por el delito de posesión para el consumo⁹. Esto da un promedio de casi 27 personas detenidas por este delito cada día¹⁰, es decir, aproximadamente 813 personas al mes. Si se define la posesión para el consumo como delito de bagatela, en total hay 22.235 ingresos a los centros preventivos por delitos de bagatela. Es decir, el 49.3% del total de ingresos.

Ingresos a los centros preventivos para hombres por el delito de posesión para el consumo

2003		2004	
Junio	479	Enero	655
Julio	540	Febrero	892
Agosto	1059	Marzo	964
Septiembre	758	Abril	852
Octubre	743	Mayo	774
Noviembre	587	Junio	1091
Diciembre	640	TOTAL	10.034

Ingresos al preventivo de mujeres por el delito de posesión para el consumo

2003		2004	
Junio	27	Enero	27
Julio	25	Febrero	43
Agosto	65	Marzo	31
Septiembre	52	Abril	42
Octubre	31	Mayo	30
Noviembre	42	Junio	42
Diciembre	36	TOTAL	493

Fuente: Unidad Informática del Sistema Penitenciario. Las estadísticas son del período 1 de junio de 2003 a 30 de junio de 2004¹¹.

Al estudiar estos datos, es importante ser conscientes de que ha habido un aumento en el número de detenciones por el delito de posesión para el consumo bajo la política de seguridad pública del actual gobierno¹². Fueron ingresados a los centros penales del departamento de Guatemala de junio a diciembre de 2003 (durante el Gobierno del FRG), un total de 5084 personas. Es decir, 23,76 personas al día (214 días en el período). En comparación, ingresaron 4761 personas del 1 de febrero al 30 de junio de 2004. No obstante, esto significa 31,53 personas al día (151 días)¹³, es decir, 7,77 personas más cada día.

⁷ 33.718 a la Zona 18, 8357 al Anexo 1 de la Zona 18 y 3023 a Santa Teresa)

⁸ 9.500 a la Zona 18, 1763 del Anexo 1 de la Zona 18 y 445 a Santa Teresa. Se define como delitos de bagatela: abuso contra particulares, agresión, agrupaciones ilegales de gente armada, allanamiento, amenazas, asociaciones delictivas, atentado, consumo ilícito de bebidas alcohólicas o fermentadas, año, desacato de autoridad, desobediencia por particulares o funcionarios, desorden público, motín de presos o rebelión, portación ilegal de armas blancas ofensivas, portación ilegal de armas de fuego defensivas y/o deportivas, portación ilegal de armas de fuego ofensivas, portación ilegal de explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales, posesión ilegal de materiales de fabricación y/o de máquinas reacondicionadoras de munición para armas de fuego, raptó impropio, resistencia, responsabilidad de conductores, reuniones y manifestaciones ilícitas, tenencia ilegal de armas de fuego ofensivas, explosivos, armas químicas, biológicas, atómicas, trampas bélicas y armas experimentales, y tenencia ilegal de municiones para armas de fuego.

⁹ 7852 a la Zona 18, 2182 del Anexo 1 de la Zona 18 y 493 a Santa Teresa.

¹⁰ 365 (un año) + 30 (junio) = 395 días

¹¹ Fuente: Dirección General del Sistema Penitenciario. 9 de julio de 2004.

¹² Hubo cambio de gobierno el 14 de enero de 2004.

¹³ Se excluye de la comparación el mes de enero de 2004 por el cambio de gobierno.

Como se demostrará a lo largo de este informe, este dato no significa que la política de seguridad pública del actual gobierno es más eficaz que la de la anterior administración. Al contrario, significa que la actual política es más represiva, más violatoria a los derechos fundamentales de los guatemaltecos, más dañino al tejido social que tanto necesita ser fortalecido y, en última instancia, que no contribuye al combate al crimen que tanto paraliza el país y limita la libertad personal de todos los ciudadanos.

Casos ingresados al Organismo Judicial por el delito de posesión para el consumo

Relativo a las consecuencias jurídicas en los casos por el delito de posesión para el consumo, estadísticas del Centro Administrativo de Gestión Penal del Organismo Judicial (CAGP) indican que el juez dicta falta de mérito en más de la mitad de los casos¹⁴. Como se puede ver de la tabla, el total de casos ingresados por este delito en los juzgados del primero al undécimo de instancia penal (o sea, los casos que cubre el CAGP) es de 5243.

CONSECUENCIA JURÍDICA	Frecuencia	Porcentaje*
Desestimado y archivado	86	1.6
Falta de mérito	2663	50.8
Desjudicializados	401	7.7
Criterio de oportunidad	397	7.6
Suspensión de la persecución penal	4	0.08
Actos conclusorios	966	18.5
Acusaciones formuladas	58	1.1
<i>Abierto a juicio</i>	15	0.3
<i>Procedimiento abreviado</i>	43	0.8
Clausurado provisionalmente	166	3.2
Sobreseído	742	14.2
Remitidos a otra instancia	491	9.4
Certificado de menores	20	0.4
Remitido a paz	281	5.4
Remitido a la magistratura de Menores	26	0.5
Remitido a otro juzgado	164	3.1
Otras	14	0.26
Enviado a la Sala de Apelaciones	1	0.02
Pendiente de aprehensión	11	0.21
Conexión	1	0.02
Denuncia	1	0.02
Prisión preventiva (en etapa preparatoria)	294	5.6
Pendiente de resolver de situación jurídica (nuevos)	328	6.3
TOTAL	5243	100

* Porcentajes aproximados.

¹⁴ Es necesario aclarar que los datos proporcionados por el Centro Administrativo de Gestión Penal son del 1 de julio de 2004 al 31 de mayo de 2004. Es decir que, para efectos comparativos, se restará los meses de junio de 2003 y junio de 2004 de los datos proporcionados por el Sistema Penitenciario, presentados arriba. Así, suman 8888 los ingresos al Sistema Penitenciario entre el 1 de julio de 2003 y el 31 de mayo de 2004. El total de casos ingresados al Centro Administrativo de Gestión Penal, que cubre todos los municipios del departamento de Guatemala, con excepción de los municipios Villa Nueva y Mixco, es de 5243. Es decir que $(5243 \cdot 100 / 8888 = 58.99)$ 41% de los ingresos a los centros preventivos del departamento de Guatemala, son casos que pertenecen a la jurisdicción de los municipios de Villa Nueva o Mixco.

El juez de primera instancia penal dictó falta de mérito en el 50.8% de todos los casos ingresados al CAGP del 1 de julio de 2003 al 31 de mayo de 2004. Es decir, en la mitad de los casos el juez resolvió que 1) el hecho no constituyó delito, 2) no existían indicios racionales suficientes para probar la participación del imputado en el hecho, o 3) no existía una causa justificada para realizar el registro del imputado. Según la muestra estudiada en el capítulo III, lo más común es que el juez dicte que no existen los indicios racionales suficientes para probar la participación del imputado en el hecho o que no existía una causa justificada para realizar el cacheo; en otras palabras, que hubo una detención ilegal.

Cuando sea manifiesto que el hecho no es punible o cuando no se pueda proceder, el Ministerio Público solicitará al juez de primera instancia la desestimación o el archivo de la denuncia, la querrela o la prevención policial (artículo 310 del Código Procesal Penal (CPP)). Según la tabla, el Ministerio Público actuó de tal manera únicamente en el 1.6% del total de los casos ingresados por el delito de posesión para el consumo.

Cuando el caso ha llegado al procedimiento intermedio, el Ministerio Público pueda presentar acusación o pedir el sobreseimiento o la clausura provisional. El sobreseimiento se solicita cuando no es posible formular acusación por falta de prueba o porque el hecho no constituye delito¹⁵. Durante los 11 meses que repre-

sentan los datos de la tabla, 742 casos fueron sobreseídos, lo cual constituye el 14.2% del total.

La institución acusadora puede solicitar la clausura provisional cuando aún es posible presentar pruebas adicionales, aunque al momento de terminar la etapa preparatoria no cuenta con ella. Cuando el caso se clausura provisionalmente, el Ministerio Público tiene 5 años para continuar la investigación¹⁶. Según nuestros datos, éstos fueron el 3.2% del total de casos por el delito de posesión para el consumo (166 casos).

Si se suma los casos sobreseídos y los clausurados provisionalmente, resulta que en el 17.4% del total de los casos ingresados por el delito de posesión para el consumo, primero se dicta prisión preventiva para que después no se formule acusación. En estos casos, el imputado pasa meses en un centro penal preventivo durante el procedimiento preparatorio.

En suma, únicamente 15 casos fueron abiertos a juicio (el 0.3%) y 43 resueltos a través de un procedimiento abreviado. Esta salida puede pedirla el Ministerio Público si estima suficiente la imposición de una pena no privativa de libertad¹⁷ (artículos 464-466 del CPP). Según nuestros datos, el procedimiento abreviado fue la consecuencia jurídica en el 0.8% de los casos. Es decir que el porcentaje de acusaciones formulados únicamente es del 1.1% del total de los casos ingresados por el delito de posesión para el consumo.

¹⁵ Artículo 325 del CPP: "Si el Ministerio Público estima que no existe fundamento para promover el juicio público del imputado, solicitará el sobreseimiento o la clausura provisional. Con el requerimiento remitirá al tribunal las actuaciones y a los medios de prueba materiales que tengan en su poder".

¹⁶ Artículo 331 del CP: "Si no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura del juicio, se ordenará la clausura del procedimiento, por auto fundado, que deberá mencionar, concretamente, los elementos de prueba que se espera poder incorporar".

¹⁷ O de una pena no mayor a cinco años de privación de libertad, no obstante, no sería el caso por el delito de posesión para el consumo, porque el artículo 39 de la Ley contra la Narcoactividad establece que el delito de posesión para el consumo "será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años...".

III. ANÁLISIS DE CASOS DE DELITO DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO

a) El perfil socio-económico de la muestra de personas detenidas

La muestra contiene un total de 41 personas detenidas en los casos analizados. La totalidad de las personas detenidas es hombres. Relativo a su **edad**, la mayoría tiene 22 años o menos (22 personas). Casi 80% de la muestra tiene 26 años o menos (diez personas entre 23 y 26 años). La persona mayor que se detuvo tiene 32 años. De esto se agregará el dato sobre su **estado civil**: el 80% de las personas detenidas es soltero. Cuatro personas son casadas, cuatro unidas.

En cuanto a la **profesión u oficio** de las personas detenidas, se muestra, igual que en relación con su edad, una vulnerabilidad económica y social categórica¹⁸. La misma vulnerabilidad social se muestra según **residencia**. Como ya se ha mostrado, la mayoría de los detenidos son jóvenes y solteros, que factiblemente aún vive en el hogar de sus padres. En lo general, los detenidos viven en las áreas que son señaladas de tener los índices de violencia más altos en la ciudad de Guatemala¹⁹.

La prevención policial no incluye el dato sobre el **ingreso** de las personas detenidas, sin embargo, catorce imputados dieron este dato al momento de la primera comparecencia al juez o al momento de la primera declaración. Con la excepción de

una persona que informó ganar Q9000 mensuales, las personas detenidas ganan entre Q400 y 1500 al mes. El promedio de ingreso mensual es de Q865. Es decir, aproximadamente la mitad del salario mínimo. Tomando en cuenta la mínima cantidad de droga supuestamente incautada a las personas de esta muestra, las detenciones en ningún momento podrá justificarse como parte de la lucha contra la narcoactividad, la cual está controlada por personas de considerables recursos y con un poder político y económico fuerte. Los recursos invertidos en la persecución penal deben dirigirse hacia estas personas.

En lo que se refiere al tema de la **reincidencia**, la muestra estudiada da pautas para decir que la policía no detiene las personas que realmente causan un problema para la convivencia social pacífica. Aproximadamente la mitad de las personas de la muestra nunca había sido detenida anteriormente²⁰. Lógicamente esto no comprueba que no han cometido algún delito, pero tampoco prueba lo contrario. Más bien, y agregado a todos los demás datos proporcionados por el presente informe, es otro aporte que apoya la hipótesis de que la PNC detiene arbitrariamente en la calle para, entre otras razones, llenar cuotas, cometer abusos y robos y/o para justificar su trabajo dentro del marco del plan del actual gobierno de seguridad pública. En adelante, se revelará que las personas imputadas no cometen ningún delito al momento de ser detenidos, al contrario, son víctimas de detenciones ilegales.

¹⁸ Ninguna de las personas imputadas ejercen un empleo que les da un ingreso sólido. Seis detenidos eran estudiantes, ocho comerciantes y siete albañiles o ayudantes de albañil. De ahí, se encontraron en la muestra dos jornaleros, dos mecánicos y dos agricultores, asimismo, una persona de cada uno de los siguientes oficios: enderezado en pintura, bloker, cargador, piloto automovilista, cocinero, mesero, carpintero, electricista, recolector de basura, panadero y ayudante de panadero

¹⁹ Once personas de la zona 6, siete de la zona 7, seis de la zona 18 y tres de cada una de las zonas 11 y 21. Además, dos personas son de la zona 1 y dos de la zona 8, asimismo, una persona de cada una de las zonas 4, 12 y 17. Por última, una persona detenida era del municipio Santa Caterina Pinula, una de Chinautla y otra de la Ciudad Quetzal. En el caso de una persona no consta este dato.

²⁰ En el caso de trece personas no consta en el expediente o no se contó con el expediente; cuatro personas tienen un ingreso anterior, tres personas dos; y dos personas varios ingresos.

b) La detención

B.1. La detención ilegal

Los presupuestos legales para poder realizar una detención están estrictos. Primero, el artículo 6 de la Constitución establece que *“Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta...”*. Como toda detención lleva implícita la previa realización de una aprehensión —es decir, el acto físico por medio del cual se detiene a una persona²¹— todo acto realizado por parte de la PNC que impide la libre locomoción de una persona tiene que cumplir con los requisitos del artículo seis constitucional, es decir, la persona tiene que haber cometido un delito (una acción típica y antijurídica) o una falta.

Segundo, la detención (o la aprehensión) exclusivamente puede realizarse cuando haya una orden del juez competente. El mismo artículo constitucional garantiza que es necesario que exista una *“orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente”*. Para el efecto de esta investigación, no se entrará a la discusión sobre el cumplimiento de los presupuestos legales de esta normativa: si la orden ha sido librada, si ha sido librada con apego a la ley, si ha sido librada con apego a la ley por una autoridad judicial y, por fin, si esta autoridad judicial es la competente en el caso específico. No se discutirá acá porque los casos analizados, se basaron en la excepción que el artículo 6 establece en su segundo párrafo, *“los casos de flagrante delito o falta”*.

En 29 de los treinta casos analizados se logró estudiar la prevención policial y se

determinó que todas las detenciones fueron realizadas por la policía en supuesta flagrancia. El artículo 257 del Código Procesal Penal guatemalteco contiene los presupuestos legales de una detención *de flagranti*. Dice que *“Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento mismo de cometer el delito”*²².

Con ello, para que la PNC pueda efectuar una detención deberán cumplirse los presupuestos siguientes:

1. la existencia de un delito o una falta, y
2. la persona es sorprendida en el momento mismo de cometer este delito o esta falta.

a) No hay delito ni falta; violación al artículo 6 constitucional

En muchos casos de los 29 partes policiales estudiados no es posible identificar cuál es el delito o la falta supuestamente cometido por la persona detenida. Las frases siguientes son copiadas de diez prevenciones policiales de detenciones por el delito de posesión para el consumo:

1. ... de la aprehensión al efectuarles un registro superficial...
2. ...procedieron a la aprehensión en virtud que caminaba rápidamente al notar la presencia policial por lo que dio lugar a identificarlo y efectuarle un registro superficial...
3. ... procedieron a identificar a los hoy puestos a su disposición, quienes empezaron a temblar y al momento de efectuarles un registro superficial...
4. ...en virtud cuando el hoy detenido circulaba a pie en la vía pública y en su estado normal se le efectuó un registro superficial...

²¹ García Morales, Faniel: "La detención legal", en *La Prisión Preventiva*, ICCPG. Guatemala, 2000.

²² Además, el artículo 257 establece como flagrancia en su segundo párrafo "Procederá igualmente la aprehensión cuando la persona es descubierta instantes después de ejecutado el delito, con huellas, instrumentos o efectos del delito que hagan pensar fundadamente que acaba de participar en la comisión del mismo...". Este presupuesto no se discutirá para el efecto de este análisis porque los agentes captadores en ninguno de los casos analizados han argumentado en base de éste para efectuar la detención.

5. ...cuando efectuaron un recorrido de rutina y seguridad, procedieron a la aprehensión y conducción del señor, procedieron a hacer un registro superficial...
6. ...procedieron a la aprehensión en virtud de haberlo sorprendido flagrantemente, en su estado normal, cuando se conducía a pie, en la dirección ya mencionada que al hacerle el alto policial, indicándole que detuviera la marcha, y al efectuarle un registro superficial...
7. ... cuando caminaban los aprehendidos y al momento de proceder a la identificación y cacheo superficial por parte de los captores, los sorprendieron en el momento mismo cuando se le incautó entre el calcetín del pie izquierdo...
8. ...procedieron a la aprehensión cuando efectuaban un recorrido de rutina por el sector, procedieron a identificarlo a quien se le hizo un registro superficial...
9. ...por haberlos sorprendido flagrantemente cuando en la mano derecha portaba un envoltorio de papel blanco...
10. ...cuando realizaban recorrido a pie por el lugar, procedieron a identificarlo y al efectuarle un registro superficial...

Es decir, de las prevenciones policiales es claro que los agentes policiales detienen a personas que no han realizado ninguna acción ilícita. La frase típica que sigue estas descripciones es que la persona detenida cargaba algún tipo de droga en sus prendas de vestir. Como veremos en adelante, esta imputación ha sido negada en todas las declaraciones de los sindicados.

Regresando al tema de los presupuestos legales para que una detención sea legal. Es indiscutible que ninguno de los hechos descritos por los agentes captores consiste en una acción típica y antijurídica, por ejemplo *“en virtud de haberlo sorprendido flagrantemente, en su estado normal, cuando se conducía a pie”*. ¿El delito es que la persona se conducía a pie y la fla-

grancia que los agentes policiales le sorprendieron conduciendo a pie? O, ¿cómo es posible que los agentes policiales sorprendan al detenido *en el momento mismo cuando se le incautó entre el calcetín del pie izquierdo...?*

En los casos donde la prevención policial únicamente indica que *“procedieron a identificarlo a quien se le hizo un registro superficial”*, o formulaciones similares, la prevención policial consiste en la mejor prueba de que la detención realizada es ilegal. Ella misma demuestra que los agentes simple y sencillamente detienen a cualquier persona en la calle para registrarla y, en última instancia, para llevarla presa.

b) No hay causa justificada; violación al artículo 25 constitucional

En varios casos la prevención policial relata que *“al notar la presencia policial intentó darse a la fuga”* y que, por lo tanto, se realizó el registro y consecuentemente se le incautó la droga. Relativo a estos casos, es importante señalar dos aspectos.

Primero, el artículo 25 de la Constitución establece que *“El registro de las personas (...) sólo podrá efectuarse por elementos de las fuerzas de seguridad cuando se establezca causa justificada para ello”*. Por tanto, para efectuar un registro, los agentes policiales necesitan una **causa justificada**. Varios aspectos hacen difícil comprobar si realmente existe tal causa justificada en las detenciones por el delito de posesión para el consumo.

Primero, que una persona haya intentado *darse a la fuga* necesariamente es una interpretación hecha por los agentes policiales, consecuentemente es subjetiva. Varias preguntas nacen al momento que los policías argumenten en la prevención policial que la persona haya intentado darse a la fuga y son difíciles de responder: ¿La persona realmente notó la pre-

sencia policial? ¿Se fue corriendo por esta razón y no por una completamente distinta? ¿O simplemente se fue corriendo por miedo de ser víctima de robo, lesiones, extorsión u otro tipo de abuso de parte de la PNC?

Segundo, varía mucho lo relatado en la prevención policial con la primera declaración de los imputados. Comparemos²³:

La prevención policial	La primera declaración del detenido
...al notar la presencia policial intentaron darse a la fuga...	...cuando veníamos de regreso de comprar unas cosas para su bebé, como a una cuadra y medio de donde yo vivo, se nos acercó una estación móvil y se bajaron unos agentes de la policía. Mi amigo y yo no cargábamos documentos de identificación y nos subieron a la subestación sin mediar palabra...
... al notar la presencia policial salió corriendo...	...yo estaba esperando la camioneta cuando unos policías me dijeron que me habían encontrado droga, pero no es cierto (...) los policías me dijeron que me pusiera a la pared y me registraron y bien sintió cuando me quitaron el dinero, yo se los pedí llorando y ellos me dijeron que no sabían nada del dinero, entonces me pegaron y me subieron al carro. Yo no sabía por qué me habían detenido, yo le pido al juez que me dé mi libertad, ya que nunca he estado preso.

... en virtud de haberlos sorprendido flagrantemente, cuando se intentó darse a la fuga...	... yo iba caminando ya que por defectos de mi vehículo para la zona 4 a buscar a un mi primo, portaba la carátula JVC y dos sensores para motor de vehículo cuando estos señores me detuvieron la marcha cuando, me preguntaron la procedencia de estos aparatos, solicitó la factura de los mismos, yo no la portaba ya que esos son usados, me trasladaron a la comisaría en donde ellos me preguntaron si iba a dejar este aparato, afirmando para que el día siguiente yo iba a recoger con la factura respectiva. Ellos de una forma trataron de que yo les entregara mi radio para poder salir libre. Al ver ellos mi respuesta tomaron la decisión de consignarme, nunca estuve enterado ya que según la ley no hay cárcel por no portar factura...
...en virtud de haberlo sorprendido flagrantemente, cuando se conducía a pie y quien a momento de notar la presencia policial, éste salió corriendo...	...yo venía caminando y se bajaron dos policías y luego me pidieron mis papeles y como no los cargaba me empezaron a golpear, luego me dijeron que me subiera a la radiopatrulla sin darme mayores explicaciones...

Relativo al último ejemplo, el defensor público asignado argumentó que el imputado había sido objeto de violación de las garantías constitucionales establecidas por los artículos 17, 25 y 26, toda vez que “...fue objeto de un registro **sin causa justificada**, él ya indicó la forma en la cual fue detenido y se determina la mala fe y arbi-

²³ Cabe aclarar que en uno de los siete casos en los cuales la prevención policial indica que el imputado intentó darse a la fuga, no existe el expediente de la primera declaración. En otros dos, sí existe, sin embargo, los expedientes únicamente informaron que el imputado dijo que es inocente o que niega los hechos. Por ello, fue imposible realizar una comparación de los hechos en estos tres casos.

triedad con que actuaron los agentes captores y por no tener documentos y para justificar su detención introdujeron en sus ropas de vestir una mínima cantidad de posiblemente droga... ”.

Asimismo, varios defensores públicos argumentaron ante el juez de primera instancia que es una práctica conocida que los agentes policiales colocan droga a las personas que detienen. Estos fueron los argumentos de varios defensores, tanto en casos donde la prevención policial indica que el imputado había intentado darse a la fuga como en otro tipo de detenciones²⁴.

Es decir, existen varios elementos para dudar en la existencia de la supuesta **causa justificada** que los policías captores argumentan en los casos de los supuestos intentos de fuga. Y por último, en cinco de estos casos el juez dictó falta de mérito, lo que significa que los jueces normalmente no aceptan ésta como causa justificada para efectuar el registro.

c. Detención por falta; violación al artículo 11

Existe también otro tipo de detenciones en los casos de posesión para el consumo. Estos son los en los cuales la policía sorprende, supuestamente en flagrancia, a personas por faltas como escándalo en

la vía pública. En siete casos, la prevención policial describió situaciones como ésta, o parecidas: *“...procedieron a la aprehensión en virtud de haberlo sorprendido en el momento mismo cuando posiblemente bajo efectos de alguna droga ya que no se le sentía olor de licor escandalizaba en la vía pública y al efectuarle un registro superficial...”.* En uno de estos casos, el detenido supuestamente portaba en la mano un cuchillo, *“poniendo en peligro su integridad física, así como de las personas que se conducían a pie por el lugar”.*

Como escándalo en la vía pública es una falta, es pertinente averiguar si las personas que fueron detenidas por esta falta contaron con sus documentos de identificación personal al momento de la detención. Eso porque el artículo 11 de la Constitución establece que *“Por faltas o por infracciones a los reglamentos no deben permanecer detenidas las personas cuya identidad pueda establecerse mediante documentación...”.*

Aunque la mayoría de las personas no cargaba su identificación personal al momento de ser detenidas, se logró establecer la identidad de todos al momento de la primera comparecencia ante juez competente. Como el artículo 11 clara-

²⁴ *“...tomando en cuenta en primer lugar que los agentes captores actuaron con arbitrariedad y mala fe y en segundo lugar que es una mínima cantidad de droga que introdujeron en sus ropas de vestir para justificar su detención...”, “...ya es del conocimiento que la policía que el estado ha adoptado para justificar su labor policial y de esa forma incrementar sus índices estadísticos en detenciones...”, “... toda vez que a todas luces se nota la arbitrariedad y la mala fe con que actúa la PNC y para justificar la detención introdujeron en sus ropas de vestir una mínima cándida de posiblemente droga...”, “...al hacer análisis de la prevención policial nos podemos dar cuenta que es otro caso típico del *modus operandi* de la PNC (...) no existían motivos para acreditar la misma y para justificarla le incorporaron en sus ropas de vestir una mínima cantidad de posiblemente droga. Se determina de lo anterior que los agentes captores, como acostumbra hacerlo, actúa con mala fe y con arbitrariedad...”, “...para justificar la detención los policías indican que incautaron, supuestamente droga...”, “...ya es muy común la práctica de la policía de poner marihuana a los jóvenes para que sean detenidos...”, “...en virtud de que es práctica común de los agentes de la policía plantear evidencia cuando no existen motivos suficientes para justificar una aprehensión...”, “...como ya es conocimiento común la política criminal que el Estado ha adoptado para justificar su labor policial y de esa forma incrementar sus índices estadísticos en detenciones”, “...debe de considerarse que es práctica usual en los agentes de la PNC consignar a personas desvinculadas con hechos delictivos únicamente con el ánimo de justificar su labor de prevención implantándoles en sus pertenencias, sustancias prohibidas con el ánimo de que queden detenidos...”, “...es práctica normal e ilegal de los agentes de la policía plantear evidencia para justificar las aprehensiones...”, y “...con relación a la droga se presume le fue colocada por sus captores como suele suceder...”.*

mente establece que “no deben permanecer detenidas las personas cuya identidad pueda establecerse” es en este momento que estas personas deberían haber recuperado su libertad.

Ahora, como la PNC supuestamente incautó droga de estas personas, existía otro presupuesto legal para que permanecieran detenidos. Se resalta que, no obstante, son los casos de detención por faltas y escándalo en la vía pública, en los cuales han ocurrido, según la primera declaración, a menudo incidentes de amenazas, golpes o robo de parte de las policías. En la totalidad de los casos, los detenidos negaron cargar droga.

Como ya se ha indicado, son siete los casos en los cuales la prevención policial indica que la persona detenida escandalizaba en la vía pública. En dos de estos, los detenidos dicen que la policía colocó la droga o que amenazaba de colocar la droga. En uno de estos casos, el detenido sí cargaba papeles, pero los agentes captores los rompieron al momento de la detención. En el otro caso de colocación de droga, los agentes le robaron sus pertenencias. En otro caso, el detenido recibió golpes; en otro le amenazaron que le iban a quemar los tatuajes. Otro detenido expresó en su declaración que los tatuajes que carga fue la razón por la cual fue detenido.

Efectivamente, en estos siete casos, los jueces competentes dictaron falta de mérito en seis, incluso en el caso donde el imputado supuestamente portó un cuchillo. Sólo en uno de estos casos, consideró pertinente dictar auto de prisión preventiva. En este caso, el sindicado dice que fue por los tatuajes que le detuvieron, no obstante, el juez primero de instancia penal estimó que “*el imputado revisten en carácter de delito, toda vez que la cantidad incautada es motivo razonable suficiente*

para creer que el sindicado ha cometido o participado en el delito que se le imputa”.

En suma, en los casos de detenciones por escándalo en la vía pública y, posteriormente, el delito de posesión para el consumo, han ocurrido numerosas violaciones contra la integridad física de los detenidos. Y son casos en los cuales los imputados no deben permanecer detenidos por ser ilegal esta situación según el artículo 11 constitucional.

En otros tres casos, la prevención policial describe que los detenidos reúnen mutua, o tripartitamente, posiblemente bajo efecto de droga o licor cuando aparecieron los agentes. En otro caso, la persona detenida supuestamente agredía a su compañera de hogar y, por lo tanto, se efectuó el registro en el cual se incautó la droga. En otro, el detenido portaba un cuchillo de mesa y amenazaba a los transeúntes que pasaban por el lugar, y por eso le efectuaron los agentes el registro.

Cabe agregar que en los tres casos de supuesta riña, un detenido declaró que los agentes que le detuvieron eran particulares. En el segundo caso, los dos detenidos declararon que los agentes les pegaron. En el tercer caso, no se contó con el expediente de la primera declaración.

De estos cinco casos, únicamente el caso donde el detenido supuestamente agredía a su compañera de hogar, el juez dictó prisión preventiva. En los restantes, falta de mérito por la inexistencia causal de registro del sindicado, en tres casos²⁵, y por la existencia de indicios racionales suficientes de participación del sindicado en un caso²⁶. En total fueron trece los casos en los que la autoridad judicial competente dictó falta de mérito por haber existido una detención ilegal.

Claramente los agentes captores violan los artículos 6, 11, 25 y 26 de la Constitución, al realizar este tipo de detenciones y con la ausencia de una reacción ante estas violaciones el sistema de justicia se vuelve cómplice de las mismas, al no reaccionar y evitar que los agentes sigan cometiendo dichos abusos. Además, las detenciones realizadas por la PNC contienen varios elementos que permiten dudar en su beneficio y significado para el combate a la delincuencia.

B.2. Resultado del registro

Relativo al lugar donde fue incautada la supuesta droga, en 33 casos la policía la encontró, según la prevención policial, en la bolsa del pantalón del detenido. En tres casos, la incautó en su mano, en un caso, en la interior de la boca, en otra a la altura del cinto. Cabe resaltar los tres casos en los cuales la policía incautó la droga en el calzoncillo o en el calcetín del imputado, cuestionando así la interpretación amplia de los agentes de lo que es un registro superficial (artículo 25).

Además, en más de 75% de los casos estudiados, la policía incautó lo que ellos llaman "hierba posiblemente de la denominada droga marihuana", o variedades como hierba seca, hierba verde, o hierba seca verde de la posiblemente de la denominada droga marihuana (32 casos). En diez de estos casos la prevención policial dice que la cantidad incautada de esa hierba fue mínima. En los nueve casos res-

tantes, supuestamente fue incautada cocaína o crack.

La hierba normalmente la encontraron en una bolsa de nylon transparente (23 casos) y en un envoltorio de papel periódico (11 casos). En dos casos en cigarrillos. La cocaína se encontró en cápsulas y el crack también en bolsas de nylon transparente.

En este contexto no se puede dejar de repetir que muchos de los detenidos han indicado que no cargaban ninguna droga; algunos insistieron que los agentes captores la habían colocado. Es decir, es notorio que la droga siempre lo encuentra empacado en lo mismo (y casi siempre en el mismo lugar) y, con ello, es reforzada la teoría de que es la misma policía la que la tiene y que la utiliza como justificación para detener a hombres jóvenes en las zonas marginales de la ciudad. Como ejemplo; en un caso la prevención policial indica que los agentes incautaron la droga en las bolsas traseras de su pantalón. El defensor demostró la ilegalidad de la detención cuando señaló que los pantalones de su defendido ni siquiera tenían bolsas traseras.

B.3. Otros elementos de la detención

El dato sobre el número de agentes que realizaron la detención es interesante al momento de cruzarlo con la información proporcionada por los detenidos en sus primeras declaraciones. En dieciséis casos, las detenciones fueron efectuadas por cuerpos

25 En dos casos, el juez noveno resolvió que "los agentes captores le practicaron un registro en sus prendas de vestir, para lo cual no existió justa causa, por otro lado también es preciso indicar que no se tiene la certeza de que lo incautado sea la droga de abuso denominada marihuana como lo indican los agentes captores en la prevención policial por lo que existe el beneficio de la duda lo cual les favorece y a criterio de prisión preventiva por ser una cantidad mínima". En el tercer caso, el juez séptimo resolvió que "en virtud de que según la prevención policial y de lo manifestado por el sindicado, no concurren los presupuestos jurídico-legales, para motivarle prisión y procedimiento correspondiente".

26 "Según el informe policial se determina que no existe plena convicción que el sindicado haya cometido el hecho delictivo. Asimismo, tomando en consideración que la duda le favorece al sindicado la juzgadora no encuentra motivo para restringirle de su libertad".

policiales integrados por dos agentes, en siete casos por tres agentes y en tres casos por cuatro agentes. Solo en dos casos, el cuerpo policial estuvo integrado por dos agentes y en un caso por siete.

En la mayoría de los casos donde los agentes policiales supuestamente golpearon, amenazaron o robaron pertenencias de los detenidos, actuaron en equipos de dos agentes.

Ocho personas denunciaron que agentes de la PNC robaron sus pertenencias al momento de realizar la detención; en cinco casos esto fue de parte de elementos policiales integrados por dos agentes. De las siete personas que denunciaron haber sido golpeados por la policía, consta de las prevenciones policiales que la unidad policial fue integrada por dos agentes policiales en cuatro casos. Cuatro personas fueron amenazadas por unidades de dos agentes de la PNC. Las dos veces que los detenidos denunciaron que la policía había roto sus papeles de identificación personal, también fue de parte de unidades de dos policías. Es decir que en veintidós casos de violaciones cometidos por agentes policiales, casi 70% fue cometido por unidades integradas por únicamente dos agentes.

Abuso cometido	Número de agentes	Frecuencia
Robo	Dos agentes	5
	Tres agentes	2
	Cuatro agentes	1
Golpes	Dos agentes	4
	Tres agentes	1
	Cuatro agentes	2
Amenazas	Dos agentes	4
	Tres agentes	1
Destrucción de papeles de identificación personal	Dos agentes	2
TOTAL		22

Cuando los detenidos denuncian violaciones de parte de sus agentes captores, el Ministerio Público de oficio debe investigar la denuncia. En cuanto a la ubicación geográfica de los casos estudiados, es posible notar que también las detenciones se realizan básicamente en las zonas marginales de la ciudad de Guatemala.

Zona	Frecuencia	Zona	Frecuencia
Zona 1	2	Zona 8	3
Zona 2	1	Zona 11	3
Zona 3	1	Zona 12	2
Zona 4	1	Zona 18	5
Zona 6	6	Zona 21	2
Zona 7	3	TOTAL	29

También es notorio que la mayoría fue detenida sola, o solamente con otro compañero (21 casos). En seis casos, fueron detenidas dos personas; en un caso, tres; y en un caso, cuatro.

C. Los derechos del detenido

C.1. Primera comparecencia ante juez

Según el artículo 6 de la Constitución, *“los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas”*.

Al estudiar el cumplimiento o no de esta norma constitucional, cabe resaltar que se entiende por primera comparecencia ante autoridad judicial competente el momento en el cual el detenido es presentado *personalmente* ante dicha, tal y como dice el artículo 6 constitucional. La norma se entiende de manera estricta, por estar en juego el derecho a la libertad y libre locomoción del sindicado, por tanto, que únicamente el expediente, es decir la prevención policial, se presenta al juzgado de paz (o de turno) competente en un momento anterior, es imposible aceptar como cumplimiento a dicho artículo.

En la totalidad de los partes policiales analizados (29), los agentes captores informaron que fueron leídos los artículos 7 y 8 de la Constitución al momento de proceder a detener a las personas. No obstante, este dato se contrasta con la información dada de parte de varios detenidos al momento de dar su primera declaración: varias personas informaron no conocer la razón por la cual fueron detenidas.

La tabla siguiente indica cuáles fueron los funcionarios judiciales o administrativos que estuvieron presentes al momento de la primera comparecencia del detenido ante juez competente. Es importante aclarar que no constan los expedientes de cinco de los 41 detenidos de la muestra.

Presentes	Frecuencia
Juez	37
Oficial	32
Secretario	28
Defensor	4
Testigos de asistencia	1
No consta el expediente	5

Según los expedientes judiciales, el juez es el único funcionario que se ha encontrado presente en todas las diligencias. El fiscal y los policías captores en ninguno de los casos estuvieron presentes. El defensor sólo estuvo en el caso de cuatro detenidos.

No obstante, existe razón justificada por dudar en la presencia física del juez en estas diligencias (ver sobre presencia del juez en la primera declaración). Según la muestra estudiada, la persona detenida fue informada de los aspectos siguientes relacionados a su detención en esta primera comparecencia:

Información al detenido	Frecuencia
El hecho que se le imputa	37
Las pruebas existentes	33
La calificación jurídica	36
Las disposiciones penales aplicables al caso	17
El derecho a abstenerse de declarar	37
El derecho de declarar libremente	3
El derecho a defensor	35
La no presencia del Ministerio Público	10
No consta el expediente	5

Como se puede ver, lo más común es informarle al detenido del hecho que le imputa y del derecho de abstenerse de declarar, así como la calificación jurídica, el derecho a un defensor y las pruebas existentes. Menos común es informar al imputado sobre las disposiciones penales aplicables al caso y la no presencia del Ministerio Público en la diligencia. Sólo en tres casos se les informaron sobre el derecho de declarar libremente.

En los casos estudiados sólo dos personas declararon en ese momento, es decir, en la mitad de los casos en los cuales el defensor estuvo presente en esta etapa del proceso. Se podría pensar que la presencia del abogado defensor en este momento, aceleraría el proceso y causaría un período más corto de detención para el imputado.

Sin embargo, con la reforma del artículo 44, segundo párrafo del Código Procesal Penal, los jueces de paz ya no *“podrán resolver nada sobre la prisión preventiva y libertad de los procesados...”*²⁷.

²⁷ La reforma del decreto 51-2002 no resuelve el problema porque no se vislumbra la posibilidad de vigencia de corto y largo plazo en la mayor parte del territorio nacional, es decir que los criterios para que esté vigente no se han cumplido. Análisis jurídico, Código Procesal Penal de Guatemala, 1994 - 2004, Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia.

La consecuencia es que, a pesar de la presencia del abogado defensor al momento de la primera comparecencia del imputado al juez y la declaración del imputado, no es posible resolver su situación de detención.

Un ejemplo. Una persona fue detenida el 14 de mayo de 2004 a las 16.30 y presntó su primera declaración en este mismo momento, con un defensor presente. No obstante, hasta el 20 de mayo, el juez de primera instancia dictó falta de mérito y el detenido recuperó su libertad. La resolución fue que la detención era ilegal. El tiempo que tuvo que pasar detenido le perjudica seriamente en el sentido social, económico, emocional y laboral, asimismo pone en riesgo su integridad física. La primera comparecencia al juez dentro del plazo de las seis horas es precisamente identificar los casos de detenciones ilegales, es decir, en el presente caso la respuesta del sistema judicial debería haber sido la declaración inmediata de su libertad.

Al estudiar los plazos reales en los 30 casos estudiados, se verá que este ejemplo no es único. En el caso de 28 detenidos, la primera comparecencia fue ante juez segundo de paz de turno; para 8 detenidos ante juez de paz. Cuando la primera comparecencia fue ante el juez de turno, en 17 casos, el juez segundo de paz de turno remitió el caso al juzgado de paz, 7 veces el mismo día, 10 veces el día siguiente. Es decir que en sólo 10 casos el juez segundo de paz de turno remitió el caso directamente al juzgado de primera instancia competente²⁸.

Si se comparan los casos en los cuales el expediente pasa por el juez de paz de turno y el juez de paz, antes de remitirse al juez de primera instancia, con los casos en

los cuales el caso se remite directamente del juez de paz de turno o del juez de paz al juez de primera instancia, es notable que hay más retrasos en los procesos.

Como ya se ha dicho, hay 17 remisiones indirectas y 18 directas al juez de primera instancia; diez del juzgado de paz de turno y ocho del juzgado de paz. En las indirectas el promedio desde la primera comparecencia hasta que el caso fue *recibido* por el juez de primera instancia fue de **3,133 días**. En los casos de remisiones directas, el promedio solo fue de **2,125 días**. En los dos casos, el plazo legal de 24 horas es violado.

Y es más, aunque el juez de primera instancia reciba el caso, esto no significa que se realiza la primera declaración inmediatamente. En la muestra estudiada, el juez de primera instancia tardó un promedio de **2,923 días** desde que recibió el caso hasta que realizó la primera declaración.

La garantía constitucional de seis horas únicamente fue respetada en ocho casos. En la muestra estudiada, el promedio de tiempo entre la detención y el momento que el detenido está puesto a disposición del juez es de **12 horas y aproximadamente 4 minutos**. En algunos casos el imputado no fue puesto a disposición del juez competente hasta las 20 horas después de la detención, y solo en ocho casos se cumplió con el plazo legal. Sin embargo, es importante aclarar que la prevención policial no siempre coincide con la primera declaración en cuanto a la hora de la detención. En varias declaraciones el sindicado no menciona la hora, pero en los casos en los cuales sí lo hace, únicamente coincide la hora en dos ocasiones. 17 veces no coincide. En cuatro casos tampoco coincide el día de la detención.

²⁸ En un caso no consta si el expediente fue remitido del juzgado de paz de turno a través del juzgado de paz.

C.2. Primera declaración

En lo que se refiere al lapso entre la detención y la primera declaración, la violación a las garantías es aún más grave. La constitución establece en su artículo 9 que la primera declaración “*deberá practicarse dentro de un plazo que no exceda de veinticuatro horas*”.

En este sentido, es necesario aclarar cuáles son los presupuestos legales que definen la primera declaración. Según artículos de la Constitución y del Código Procesal Penal, la primera declaración es el pronunciamiento inicial, libre y opcional, que hace el sindicado ante juez competente en presencia de su defensor sobre el hecho delictivo que se le atribuye²⁹. Lo anterior es consecuencia de que la declaración no se considera un elemento de prueba, sino de defensa. Como es en elemento de defensa, es imprescindible que esté presente el defensor. Para que se cumpla el derecho a la defensa, el imputado debe recibir asesoría técnica previa a la declaración, es decir, no es suficiente que el defensor esté presente, sino que necesita realizarse un contacto previo suficiente para construir una estrategia de defensa en conjunto.

Es decir, la primera comparecencia del detenido ante el juzgado de paz o el juzgado de paz de turno no cumple los requisitos de ser una primera declaración. Esta se realiza única y exclusivamente hasta que esté presente un abogado defensor de confianza. En la muestra estudiada, sólo en dos casos los detenidos declararon ante juez de paz con la presencia de un defensor. Es decir, la primera declaración en la práctica no se realiza hasta la primera audiencia en el juzgado de primera instancia.

El estudio realizado muestra que –a pesar de la norma constitucional que prohíbe que pasen más de 24 horas antes de realizar la primera declaración– transcurren días antes que el sindicado pueda declarar. De las 32 primeras declaraciones analizadas, el promedio del lapso entre detención y la primera declaración fue de **6 días, tres horas y 42 minutos**. Durante este tiempo el detenido permanece en un centro penal, con todos los perjuicios que esto significa en cuanto a su situación laboral, social, familiar, personal y económica, así como su integridad física.

Relativo a la celebración de la primera declaración también se dan varias violaciones a los derechos del detenido, así como al debido proceso. En la muestra estudiada estuvieron presentes los funcionarios siguientes:

Presentes	Frecuencia
Juez	32
Oficial	31
Secretario	25
Fiscal	15
Defensor	32
Testigos de asistencia	1
No consta el expediente	9

Únicamente fueron revisados expedientes judiciales para este estudio y, según ellos, el juez se presenta en todas las 32 diligencias. Sin embargo, en una investigación de noviembre de 2002, para comprobar el grado de delegación de funciones en las primeras actuaciones del proceso, se aprobó que la práctica de la administración de justicia no es así. En ese estudio fueron entrevistados 28 imputados, luego de haber dado su primera declaración en diferentes juzgados de primera instancia penal en el departamento de Guatemala.

²⁹ Solórzano, Justo Vinicio, "La Primera Declaración", en *La Prisión Preventiva*, Guatemala, ICCPG, 2000.

Todos respondieron que no observaron la presencia del juez durante su primera declaración³⁰. Según otra investigación, el 86 % de las personas entrevistadas aseguraron que cuando prestaron declaración no estaba presente el juez. El número de entrevistados fue 302³¹.

La no presencia del juez en las primeras declaraciones representa una violación del artículo 87 del Código Procesal Penal. La consecuencia jurídica es que la declaración no es válida.

Para que se llenen los requisitos legales, en la primera declaración se le debe comunicar al imputado el hecho que le atribuya, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, la calificación jurídica provisional del hecho imputado, el resumen de los elementos de prueba que se tengan en su contra y las disposiciones penales aplicables y pertinentes. Como se puede ver de la tabla siguiente, en ninguna de las 33 declaraciones revisadas se cumple con todos estos presupuestos legales. Por ejemplo, sólo en un caso se le informó al sindicado sobre las disposiciones penales aplicables al caso.

Información al detenido	Frecuencia
El hecho que se le imputa	22
Las pruebas existentes	4
La calificación jurídica	17
Las disposiciones penales aplicables al caso	1
El derecho a abstenerse de declarar	23
El derecho de declarar libremente	10
El derecho a defensor	26
La no presencia del Ministerio Público	2
La imputación del MP	4
No consta el expediente	9

A estas alturas, los imputados que aún no habían declarado (solo dos declararon ante juez de paz), presentaron su versión de los hechos. Respecto de la droga que supuestamente fue incautado, el detenido declara lo siguiente:

Declaración del detenido ³²	Frecuencia
Es falso, no llevaba nada	14
La policía la colocó	4
El detenido no menciona la droga	15
Los agentes policiales informaron que el motivo de la detención era no cargar documento de identificación	4
No consta el expediente	9

En bastantes casos el detenido no menciona la droga al momento de la primera declaración. Esto se explica por varias razones: primero, en siete casos no aparece nada de información en el expediente de la primera declaración, únicamente dice "niega los hechos", o algo similar. Segundo, tres personas dijeron que no sabían porque fueron detenidos, uno que le detuvieron por no cargar papeles, otro por tener tatuajes y otro por ser pandillero. Además, dos únicamente declararon sobre las amenazas que recibió por parte de la PNC y de sus pertenencias personales que se le robaron. Cabe resaltar que, en total, cuatro personas declararon que los agentes les habían detenido por tener tatuajes.

Respecto de la actuación de parte de los agentes captadores, los detenidos informaron sobre diferentes tipos de abusos (suma 32 por cantidad de primeras declaraciones):

³⁰ Seguimiento a los procesos de reforma judicial en Guatemala. ICCPG y CEJA. *Revista Centroamericana, Justicia Penal y Sociedad*, No. 19, enero a junio 2004.

³¹ Cetina, Gustavo, *Prisión Preventiva. La práctica de la prisión preventiva en el área metropolitana de la Cuidad de Guatemala*, PNUD, 1999.

³² Se incluyen las declaraciones hechas al momento de la primera comparecencia con juez de paz.

Declaración del detenido	Si	No	No lo menciona	Total
Los agentes policiales golpearon al detenido	7	-	25	32
Los agentes policiales amenazaron al detenido	5	-	27	32
Los agentes policiales robaron pertenencias personales del detenido	8	-	24	32
Los agentes policiales destruyeron los papeles de identificación del detenido	2	-	30	32

Sumando estas violaciones al hecho de que varios no conocían el motivo por el cual fueron detenidos, a las declaraciones sobre la colocación de la droga de parte de la policía y a los numerosos casos en los cuales el detenido insiste que es falso que llevaba droga, resultan múltiples los factores que apoyan la hipótesis de simulación de flagrancia de parte de la policía en las detenciones por el delito de posesión para el consumo. Más bien, estas detenciones parecen constituir un método de control social y un mecanismo de represión hacia ciertos grupos.

D. Consecuencias jurídicas de las detenciones

De los 30 casos analizados, el juez resolvió falta de mérito en 24 casos. En los seis restantes, prisión preventiva. En ningún caso una medida sustitutiva, por no ser posible según el artículo 264, numeral

7, párrafo 5 del Código Procesal Penal³³. En cuatro casos, el Ministerio Público pidió falta de mérito y argumentó, entre otras cosas, que la declaración del imputado, la actuación de la Policía Nacional Civil así como la mínima cantidad de drogas supuestamente incautada no justificaron seguir con la acción penal.

La resolución de falta de mérito y, por lo tanto, la decisión de liberar al detenido, fue resuelta, en 15 de los 24 casos, el mismo día de realizar la primera declaración. En cuatro casos, la resolución se hizo el día siguiente. En un caso, el juez no resolvió hasta cinco días después.

En los casos de falta de mérito, el tiempo de detención en la muestra varía de tres a 14 días. El promedio de detención en estos casos es de aproximadamente seis días. Los argumentos de los jueces para declarar falta de mérito fueron:

Argumento del juez	Frecuencia
No existen indicios racionales suficientes de la participación del detenido en el hecho	14
Inexistencia causal de registro del sindicado	13
No existe peligro de fuga ni obstaculización de evidencias	1
La duda favorece al reo	1

Esto significa que si la primera declaración se hubiera realizado dentro del plazo legal, la mayoría de las personas detenidas por el delito de posesión para el consumo, no hubiesen pasado más que 24 horas detenidos. Esto significa que la práctica actual, aparte de ser violatoria de derechos constitucionales, representa un gasto innecesario e inútil para el Estado, el cual únicamente perjudica a las personas deteni-

³³ "También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República. Ley contra la Narcoactividad".

das, engañe a la población en cuanto a la eficiencia del Gobierno en el combate contra la delincuencia y, por fin, disminuya la confianza de la población en la PNC y en el sistema de justicia en lo general.

Cuando el juez resuelva auto de prisión preventiva, el imputado permanece por lo menos tres meses detenido, lo que es el período que tiene el Ministerio Público para presentar acusación. Según abogados del Instituto de la Defensa Pública Penal, la fiscalía siempre utiliza este plazo, aunque significa que al terminar tal plazo, no presentan ninguna prueba adicional. Durante la administración del anterior fiscal General era parte de la política institucional no presentar acusación antes de haber terminado el plazo de los tres meses³⁴.

Cuando el Ministerio Público pedía prisión preventiva, no constaron los motivos por los cuales el ente acusador optó por esta decisión. Las razones del juzgador por dictar prisión preventiva fueron las siguientes:

Motivos por los que se dictó prisión preventiva	Frecuencia
Existencia de hecho delictivo	3
El sindicado participó en el hecho	3
El sindicado cometió el hecho	1
Existencia peligro de fuga	1
No consta el expediente	2

Sin embargo, sólo en un caso el juzgador tomó en cuenta la declaración del imputado y la imputación del Ministerio Público para llegar a esta conclusión³⁵. Esto significa que en los tres casos restantes, únicamente fue mencionada por el juez la prevención policial.

En estos tres casos, los jueces citaron *literalmente* la prevención policial y no realizaron ninguna otra evaluación ni motivación acerca de los hechos y las razones por las cuales es necesaria la prisión preventiva, es decir, no evaluaron el nivel de riesgo de obstaculización de las pruebas ni de peligro de fuga³⁶.

Es muy preocupante que el juez dicte prisión preventiva –que en la práctica significa decidir que una persona quede mínimo tres meses en la cárcel– sin realizar ninguna investigación, posiblemente sin ni siquiera escuchar personalmente al imputado, especialmente en un país donde el índice de abuso policial y detenciones ilegales es tan elevado como en Guatemala. Al momento de terminar la revisión de los expedientes judiciales, los detenidos de los seis casos –en total, diez personas– aún estaban en prisión.

³⁴ Diálogos con diferentes defensores públicos.

³⁵ En dos casos no consta el expediente.

³⁶ En el primer caso, el juez del juzgado décimo de primera instancia penal citó la prevención policial y luego expresó que "De lo informado en la prevención policial el juzgador estima que hay posibilidad que constituye el hecho una encuadración de tipo penal con prohibición legal para otorgar medida sustitutiva, siendo el ilícito penal de posesión para el consumo". En el segundo caso, el juez citó la prevención policial y argumenta que "Por lo que el juzgador al hacer un análisis de las presentes actuaciones, estima que el imputado revisten en carácter de delito, toda vez que la cantidad incautada es motivo razonable suficiente para creer que el sindicado ha cometido o participado en el delito que se le imputa y en virtud de lo establecido en ley, asegurando la presencia del imputado en el presente proceso, procedente resulta resolver lo que en derecho corresponde, toda vez que el delito que se le endilga se encuentra comprendido dentro de los delitos que no pueden ser beneficiados con medidas sustitutivas". En el tercer caso el juez resuelva que "después de un estudio de las actuaciones determina que se dan los presupuestos establecidos por la ley sobre la existencia de un hecho punible y existen motivos racionales suficientes para creer que el sindicado ha cometido o participado en el hecho delictivo que se le imputa, ya que el día... (citando la prevención policial), por lo que se establece que existe la comisión de un hecho delictivo y motivos racionales suficientes para creer que la persona acusada lo ha cometido, ya que en nuestro ordenamiento jurídico se tipifica la conducta antijurídica como el delito de posesión para el consumo...".

IV. CONCLUSIÓN

Es irrefutable que las detenciones masivas realizadas por la Policía Nacional Civil –de hombres jóvenes de las áreas marginales de la Ciudad de Guatemala, con una cantidad mínima de marihuana o de crack, *supuestamente* incautada por la Policía Nacional Civil– no es una respuesta satisfactoria del Estado frente a la criminalidad y la violencia social.

Según el análisis de los expedientes judiciales, la mayoría de las detenciones son ilegales y se cometen múltiples violaciones a los derechos fundamentales de los imputados y del debido proceso. La actuación descontrolada de la Policía produce una saturación de casos de bagatela que solo puede ser revertida con una actuación directa del fiscal. Es necesario que el Ministerio Público oriente las políticas de persecución penal y trabaje en estrategias coordinadas con la Policía.

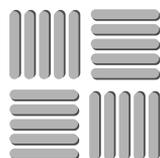
Asimismo, la Policía debe mejorar su capacidad de investigación criminal y el fortalecimiento de la Policía debe incluir un mejoramiento de los sistemas de control interno, en especial debe darse una capacitación adecuada de los mandos policiales, que conduzca a mejorar la calidad de los comisarios y jefes de unidades operativas de la Policía. Las deficiencias de mando, producen actuaciones arbitrarias como las detenciones ilegales, el abuso policial y fomentan la corrupción. Para lograr este control efectivo, deben crearse mecanismos eficaces de coordinación entre Policía y Ministerio Público, que permitan a este último dirigir funcionalmente la investigación.

El fiscal debe dar instrucciones generales claras para que se persiga el abuso policial, especialmente, las detenciones ilegales. Los jueces igualmente no deben limitarse a ordenar la falta de mérito de los casos, sino certificar lo conducente para iniciar los procesos penales correspondientes. Los plazos constitucionales deben respetarse plenamente y los fiscales deben aplicar las medidas desjudicializadoras, especialmente, la de suspensión provisional de la persecución penal, por constituir el tipo de respuesta penal que beneficia a la comunidad en su conjunto.

Siguiendo la tendencia actual, el sistema está avocado a un colapso, por el número excesivo de detenciones ilegales que resultan totalmente estériles y producen un uso inadecuado de los recursos del sistema. Es necesario hacer reformas legislativas que reorienten el sistema hacia los principios de un derecho penal democrático eficiente y no arbitrario.

En conclusión, es necesario detener de inmediato las medidas de emergencia –las políticas de seguridad de mano dura– que pretenden controlar la criminalidad a través de detenciones masivas de jóvenes. Las políticas de seguridad del gobierno deben ser tomadas con base en una visión integral y sistémica –de tal manera que todas las agencias del sistema penal participen en su elaboración– y debe buscar las causas de la violencia y responder efectivamente a éstas a través de una política de desarrollo integral, dirigida especialmente hacia niños y adolescentes. •

Materiales para el cambio



TÂNTALO NO DIVÃ

Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro

SALO CARVALHO

Professor dos cursos de Graduação e do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais (Especialização e Mestrado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

"Se crescem o poder e a consciência de si de uma comunidade, torna-se mais suave o direito penal; se há enfraquecimento dessa comunidade, e ela corre grave perigo, formas mais duras desse direito voltam a se manifestar" (Nietzsche, *Genealogia da Moral*, II, § 10).

I. O crime de Tântalo e a condenação aos infernos: o Tártaro

Homero relata, no *Canto XI* da *Odisséia*, a descida de Ulisses, filho de Laertes, da estirpe divina de Zeus, ao Hades, em seu intuito de consultar a alma do tebano Tirésias.

Após atravessar cachoeiras enormes e rios violentos, chegando de nau na região das trevas espessas a qual ninguém jamais ousara alcançar, Ulisses se depara com as mais atrozes purgações, impostas ao mais terríveis crimes cometidos. Entre os inúmeros pecadores, incluindo sua própria mãe, encontra *"a mãe de Édipo, a bela rainha Epicasta, a quem o filho, assassino do pai, por esposa tomara."* Vê Tício, estendido ao solo, *"(...) ao lado seu dois abutres vorazes laceravam-lhe o fígado pelas membranas rasgadas, sem que ele afastá-los consiga."* (Homero: 1960, 168-176) Assiste Sísifo na vã tentativa de arrastar gigantesca rocha, pois cada vez que chegava ao topo da montanha, a pedra retornava ao ponto inicial, impondo novo e interminável esforço físico. Depara-se também com Tântalo, governador da Frígia, descendente direto de Zeus, condenado pelos deuses a sofrer eternamente nos infernos.

Segundo a mitologia, em decorrência do amor e da estima que os deuses nutriam por Tântalo, possuía livre acesso ao Olimpo, sendo convidado freqüentemente para participar dos festejos e banquetes. No entanto, em determinada ocasião, abusa da amizade e confiança, traindo os imortais.

Inúmeras e controversas são as versões apresentadas para justificar sua condenação e a terrível pena imposta. A revelação de segredos divinos aos amigos mortais; o furto de néctar e ambrosia (bebida e comida exclusiva dos deuses) para deleite com suas concubinas; o falso juramento prestado a Zeus ao negar a posse do cachorro sagrado furtado por Pandareo do santuário divino e a ele confiado (em outra versão Tântalo teria prestado falso juramento a Hermes quando indagado sobre o desaparecimento do cachorro de Zeus); a negação da divindade de Apolo (Sol), afirmando tratar-se apenas de uma esfera de fogo; o rapto do príncipe Ganimedes, cuja beleza fizera com que Zeus, enamorado, se convertesse em águia para raptá-lo e levá-lo ao Olimpo...

No entanto, de todos os delitos imputados o mais grave teria sido a tentativa de

enganar as divindades com intuito de colocar em dúvida sua capacidade de discernimento.

Embora as inúmeras faltas cometidas por Tântalo, gerando severas desconfianças, os deuses aceitaram o convite de hospedagem em seu palácio durante suas andanças pelo reino da Ásia Menor. Motivado pela curiosidade de comprovar se seus hóspedes eram realmente divinos, o anfitrião sacrifica seu filho Pélope, servindo-o cozido aos convidados. Com exceção de Demeter – que abatido com a perda de sua filha Perséfone (Plutão a havia raptado e a levado ao Hades) comeira um pedaço do ombro do filho esquartejado –, todos os deuses perceberam a artimanha, negando-se a participar do insólito banquete.

Por ordem de Zeus, o pequeno Pélope é ressuscitado, sendo o ombro faltante substituído por outro de ouro. O sacrilégio de Tântalo é punido severamente: a sanção é o confinamento no imenso asilo de almas que Plutão governava sob a terra. Os delitos (homicídio e sacrilégio) eram dignos da fúria das divindades, sendo o castigo a condenação ao Tártaro.

Plutão, filho de Saturno, herdou o mundo subterrâneo dos mortos. A ele cabia julgar e encaminhar os espectros ao Hades, reino formado por uma imensa planície subterrânea na qual os que cometeram grandes delitos em vida vagam e sofrem à espera da reencarnação. O Tártaro, local mais profundo das entranhas da terra, é localizado abaixo do Hades. Após ter sido o Hades dividido em compartimentos –Campos Elísios (local temporário de purgação) e Érebo (residência também temporária de sofrimento constante)–, o Tártaro se tornou o local de suplício dos grandes criminosos.

O julgamento impõe a Tântalo o eterno sofrimento da sede e da fome. Preso no abismo impenetrável do Tártaro a um imenso lago com água ao pescoço, o condenado não pode saciar sua sede, pois cada vez que tenta beber o líquido seca, recusando-se a umedecer-lhe a garganta. As árvores, carregadas de saborosos frutos e localizadas sobre sua cabeça, igualmente não lhe permitiam saciar a fome, visto que seus galhos, pela ação do vento, escapam das mãos na menor tentativa de aproximação. Ao adormecer, Tântalo sonha com assados e néctares dispostos em uma imensa mesa, cujo banquete é preparado com exclusividade para o seu deleite. O sofrimento, nas palavras de Ulisses, é aterrador:

“Vi, também, Tântalo, e o modo por que ele, com pena indizível, num lago estava metido, com água a bater-lhe no queixo. Sede sofrida; mas era impossível jamais minorá-la, pois quantas vezes o velho tentava beber e abaixava-se, era toda a água absorvida, escoando-se; negro surgia-lhe dos pés à volta do terreno, que sempre um demônio secava. Árvores altas com frutos vergavam-lhe sobre a cabeça; eram pereiras, romeiras, macieiras de frutos opimos mais oliveiras viçosas e figos de gosto agradável. Mas quantas vezes o velho tentava com a mão alcançá-las, o vento forte as tocava para o alto, até as nuvens sombrias.” (Homero: 1960, 176)

Não obstante inúmeras interpretações do mito reforçarem a idéia da severidade da pena pelo delito de parricídio, uma das leituras do desatino de Tântalo visualiza em Pélope a representação dos desejos da carne, dos desejos do “humano, demasiado humano”. A convivência com os deuses subtraía de Tântalo a capacidade de se sentir mortal, impondo-se o desejo de permanecer na falsa condição de divindade. O retorno do Olimpo representaria uma queda. Assim, se o filho representa os desejos naturais da carne, Tântalo, ao servi-lo, procura negar a mundanidade do

mundo para atingir a suprema condição de Deus. O desejo humano da divindade, porém, realça a fúria divina, sendo a sanção implacável.

II. Os pecados do Poder: a vivificação contemporânea do Tártaro

Comparada aos campos de concentração nazista, *“a Casa de Detenção ganha em maldade, em sofrimento humano (...)”* (Reardon: 1999, 28).

A entrevista proferida em 1999 por Francisco Reardon para o periódico Caros Amigos parecia ser o diagnóstico intransponível do sistema penitenciário brasileiro. Os relatos sobre a crueldade no trato dos presos (provisórios e condenados definitivamente) no Complexo do Carandiru de São Paulo, naquele momento antecedente à sua desativação, sugeriu que a “bomba relógio” chegava ao seu limite máximo de contenção. O sentimento generalizado das pessoas que trabalha(va)m, direta ou indiretamente com a execução penal, era de que, se medidas urgentes não fossem tomadas, o sistema não suportaria, culminando em eclosão de violência similar àquela que, no mesmo local, levava ao extermínio de 111 presos pelos órgãos do Estado (“Massacre do Carandiru”).

À entrevista de Reardon somava-se o impacto causado nos organismos internacionais de tutela dos direitos humanos de inúmeros relatórios sobre a miséria da execução da pena no Brasil. A Anistia Internacional, após averiguar *in loco* 33 instituições em 10 Estados, sustentava que o descaso do Poder Público com o sistema penitenciário *“inflige terríveis violações dos direitos humanos a muitos daqueles que passam pela sua engrenagem”* (AI: 1999, 04). A Human Rights Watch em seu relatório concluía que *“as condições carcerárias no Brasil são normalmente assustadoras”* (HRW: 1998, 01).

Ao final da década de noventa era notório o crescimento da população carcerária nacional, sendo que a omissão estatal em investir na infra-estrutura fornecia sérios indícios de que a situação tendia a ficar cada vez mais grave.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) divulgava, em 1995, após superar as imensas dificuldades decorrentes da inexistência de dados palpáveis sobre a população carcerária nos Estados, o Censo Penitenciário Nacional. Naquele momento, as fontes oficiais indicavam que o número total de presos no Brasil era de 148.760, dos quais 28,4% eram presos provisórios. O índice de encarceramento – razão entre o número de presos e o índice populacional (100.000 habitantes) – chegava a 95,5. Em estabelecimentos inadequados, 29,8% dos apenados cumpriam pena; no regime fechado, 75,1% era o número de pessoas presas; o déficit funcional chegava a 75.887 vagas. Em 1997, este déficit subira para 96.010, indicando que em cada vaga prisional havia 2,3 pessoas, levando-se em conta os sempre otimistas números oficiais e os criticáveis critérios de consideração da existência de uma vaga, pois normalmente não são os legalmente estabelecidos no art. 88, parágrafo único, ‘b’ da LEP (06 m²/preso).

Dados atuais corroboram o diagnóstico do crescente aumento das taxas de encarceramento. O Departamento Penitenciário Nacional, divulgando dados de junho de 2003, informa que a população carcerária do Estado de São Paulo, o qual possui 23% dos apenados do país, crescera 13% em relação ao ano de 2002, chegando a um índice de encarceramento de 320 presos. O déficit funcional alcançava 43.659 vagas. Dos 118.389 presos, 32.856 estavam em prisão provisória e 74.580 cumpriam pena em regime fechado. Em Minas Gerais, na mesma época, embora a taxa

de encarceramento fosse menor (124 presos), a situação não era diversa, pois eram 22.253 presos distribuídos em 5.059 vagas, gerando um déficit de 17.194 postos. Desta população, 7.639 pessoas estavam presas cautelarmente e 10.275 cumpriam pena no regime fechado.

O quadro retratado em São Paulo e Minas Gerais, que não escapa substancialmente da realidade dos demais Estados da federação, demonstra, reconstruindo a fala de Reardon, ser possível algo mais que Auschwitz. A crueldade e o descaso da Administração Pública, do Judiciário e do Legislativo, poderes com capacidade direta de intervenção nesta triste realidade, simplesmente demonstram que *“os presidiários comuns são as verdadeiras vítimas esquecidas das violações dos direitos humanos no Brasil, onde os detentos são submetidos a condições e a tratamento extremamente severos, como por exemplo uma superlotação de 500%, o recurso rotineiro a violência e tortura pelos guardas, más condições de higiene e freqüente recusa de acesso a assistência médica, mesmo no caso de presidiários paraplégicos ou portadores de doença terminal. Os incidentes de revolta, fuga e tomada de reféns são freqüentes, em parte resultante das pavorosas condições de detenção. Em várias ocasiões a Polícia Militar reage com a execução extrajudicial de detentos”* (AI: 1998, 15).

A conduta omissiva e comissiva do(s) Poder(es) vivifica, na contemporaneidade, os horrores do Tártaro, atestando ser a prisão o local mais abominável e de difícil acesso aos “humanos”.

A atividade legislativa da década de noventa, em muito potencializada pelo conjunto de normas constitucionais penais programáticas que impuseram ao legislador ordinário uma feroz produção de Leis, ampliou as hipóteses de criminalização

primária (seleção de condutas delitivas) e enrijeceu o modo de execução das penas, na grande maioria das vezes indo além do permitido constitucionalmente (inconstitucionalidade por excesso). O resultado desta experiência legiferante foi a dilatação do *input* do sistema e o estreitamento do *output*. Assim, paralela à criação de inúmeros novos tipos penais, normalmente dispostos em Leis penais especiais, houve alteração na modalidade de cumprimento das sanções, sobretudo pela inovação introduzida pela Lei 8.072/90, no que tange ao aumento de penas, à impossibilidade de progressão de regime, à maximização do prazo para livramento condicional e a conseqüente obstrução de comutação e indulto aos delitos taxados de hediondos.

Não obstante, em matéria processual penal, a consolidação da inquisitorialidade do Código de Processo Penal (CPP) fomentou um alargamento da criminalização secundária (incidência das agências penais). Desta forma, não apenas as possibilidades de prisão cautelar foram (re)estruturadas –v.g. prisão temporária (Lei 7.960/89) e novas espécies de inafiançabilidade e vedação de liberdade provisória (Leis 7.716/89, 8.072/90, 9.034/95 e Lei 9.455/97)–, como foi criada, em absoluta ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, modalidade de execução de pena sem o trânsito em julgado de sentença condenatória (Lei 8.038/90).

Ao excesso do legislador é acrescido o terrível “pecado Judiciário”. Se padece o poder derivado de ter produzido inúmeras normas que maximizaram o sistema punitivo, em sua maioria em ofensa explícita aos dispositivos da Constituição, esta culpa deve ser dividida, pois o Legislativo encontrou no Judiciário conveniente cúmplice. Como se sabe, determinados princípios constituem a base do Estado

Democrático de Direito, de forma que ao legislador não é defeso escolher aleatoriamente, como se possuísse “carta branca”, a matéria sobre a qual deseja legislar, ou seja, os princípios garantidores regulam esferas que não podem ser objeto de deliberação (esfera do indecidível). Em havendo abuso por parte do Poder Legislativo, o sistema de freios e contrapesos impõe ao Judiciário a tarefa de deslegitimar normas que ofendam a princiologia estururante do ordenamento jurídico através dos mecanismos de controle de constitucionalidade (direto ou difuso). No entanto, ao contrário do esperado, o Judiciário tem se mostrado condescendente com os abusos do Legislativo, omitindo-se da fiscalização de constitucionalidade das Leis penais. Não apenas no que diz respeito ao controle concreto, mas principalmente em relação ao difuso, o Judiciário tem descuidado da necessária limitação dos excessos normativos. O legislador, neste quadro, não encontra qualquer freio à violação da Constituição. Pelo contrário, encontra no Judiciário guarda do seu produto inquisitivo.

Não é difícil compreender, portanto, a co-responsabilidade dos operadores do direito no caos do sistema penitenciário. A determinação do regime integral fechado pela Lei dos Crimes Hediondos, a banalização no decreto das prisões cautelares, a não aplicação das penas substitutivas à prisão, a omissão no que tange à intervenção nos presídios por força do excesso de execução, a burocratização na análise dos incidentes executivos e a criação de critérios *ultra legem* (meta-regras) para apreciar os direitos públicos dos apenados são exemplos concretos de como o Judiciário tem sido partícipe na efetivação do suplício carcerário nacional.

A terceira aresta da estrutura de vitalização do Tártaro na contemporaneidade é aquela fornecida pelo Executivo. Não ape-

nas pela banalizada crítica da falta de investimentos em pessoal e infra-estrutura (omissão administrativa), o Poder Executivo, comissivamente, através das Secretarias de Estado de Justiça e de Segurança Pública, tem incrementado o “Estado penitência”. Se é certo que investimentos mínimos na melhoria das casas prisionais trariam uma qualidade de vida doméstica menos insalubre aos apenados, igualmente é correto sustentar que, em relação às políticas disciplinares, a omissão estatal produziria efeitos menos perversos do que os alcançados com sua ação terrorífica.

É que durante a década de noventa, correlato ao incremento punitivo operado pelas políticas criminalizadoras adotadas pelo Legislativo e legitimadas pelo Judiciário, o Poder Executivo, sobretudo os estaduais, através de Portarias, tem (re)significado a idéia de disciplina trazida na Lei de Execução Penal. Desta forma, em que pese as críticas ao falso humanismo da Nova Defesa Social –substrato ideológico que informou a elaboração da Lei penitenciária– serem variáveis possíveis e precisas, nas atuais acepções auferidas à pena, o gosto romântico do ilusório humanismo parecer (re)nascer como triunfo não gozado.

III. Do Tártaro empírico ao Tártaro normativo: o processo de (re)significação da disciplina

Em meados do primeiro semestre de 2003, após a divulgação pela imprensa de projetos de modificação da estrutura normativa da política penitenciária, os principais institutos nacionais de estudos da violência –Instituto Brasileiro de Ciências Criminas (IBCCrim), Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminas (ITEC), Instituto Carioca de Criminologia (ICC), Grupo Brasileiro da Associação

Internacional de Direito Penal (AIDP), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ) e Instituto de Ciências Penais de Minas Gerais (ICP/MG)–, mobilizaram-se na criação do Movimento Antiterror (MAT). Como objetivo principal, o MAT procurava “sensibilizar os poderes do Estado, os administradores e trabalhadores da justiça penal, os meios de comunicação, as universidades, as instituições públicas e privadas, e os cidadãos de um modo geral, para a gravidade humana e social representada por determinados projetos que tramitam no Congresso Nacional e que pretendem combater o aumento da violência, o crime organizado e o sentimento de insegurança com o recurso a uma legislação de pânico” (MAT: 2003, 07).

O principal fator que mobilizou o MAT foi a tramitação no Congresso Nacional de projeto de Lei que instituía o *Regime Disciplinar Diferenciado* (RDD): normativa cujo conteúdo criava, no caótico sistema penitenciário brasileiro, uma forma absolutamente diversa de apartação da pessoa presa rotulada como *ameaça à segurança social*. O conteúdo do projeto apresentado causou espanto à comunidade jurídica visto a adoção explícita de formas absolutamente desumanas de execução da pena privativa de liberdade, especialmente aquela cumprida em regime fechado. Se a Lei 8.072/90 produzira o incremento nos níveis de encarceramento e a barbarização do sentido normativo-humanitário previsto na LEP, a modalidade proposta de cumprimento da sanção surpreendentemente gerava espécie de *regime integralmente fechado plus*.

O projeto fora baseado em Portaria que o Governo do Estado de São Paulo havia instituído para “controlar” uma série de incidentes em seu sistema carcerário (fugas, rebeliões e motins) durante o ano de 2002. A Portaria nominara o RDD,

criando inúmeras restrições aos direitos dos presos considerados *perigosos*. O direito de defesa, p. ex., foi limitado sobremaneira, inclusive no que concerne ao contato do preso com seu advogado.

Apesar da absoluta ilegalidade do ato, sobretudo porque a LEP delega ao Poder Público estadual apenas a atribuição de disciplinar sanções e procedimentos de apuração de faltas leves e médias, restringindo, pelo princípio da legalidade (art. 45, LEP), ao Legislativo federal a disciplina dos fatos considerados como falta grave (art. 49, LEP), o RDD obteve ampla aplicação na condução da execução da pena dos suspeitos de participação em organizações criminosas.

Com forte apoio da imprensa, o Parlamento foi instigado a universalizar o regime diferenciado através de alteração na legislação federal. O projeto de generalizar o novo regime penitenciário atingiu seu ápice quando os veículos do *mass media* passaram a difundir e vincular a imagem do advogado, e subliminarmente a idéia de direitos e garantias, com a do réu/condenado preso –principalmente nos casos de crimes graves como tráfico ilícito de entorpecentes e tráfico de armas–, comunicando a falsa associação entre direito de defesa e convivência com o crime. Assim, o elo do advogado com o criminoso passou a reforçar, no senso comum teórico do homem da rua (*every day theories*), a obrigação de restringir os “exorbitantes” direitos do preso (provisório ou condenado) possibilitados pela “frágil” e “condescendente” legislação penal e processual penal em vigor.

O fértil solo discursivo, propício para irromper a legislação de pânico, estava cultivado: cultura de emergência fundada no aumento da violência; vinculação da impunidade ao “excesso de direitos e garantias” dos presos (provisórios e con-

denados). A resposta contingente seria consequência natural; e em 02 de dezembro de 2003 é publicada a Lei 10.792, alterando a LEP e o CPP.

Não obstante consolidar alguns posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários de vanguarda que vinham sendo adotados por magistrados com compromisso constitucional no que tange à forma dos atos nos processos de conhecimento e execução penal, o Poder Público reiterou, no apelo simbólico às Leis de ocasião, sua incapacidade de gerir a crise na segurança pública, tentando entorpecer a sociedade civil com resposta inepta. Nesta ação meramente cênica, algumas migalhas servem como mecanismo retórico para minimizar os efeitos perversos da Lei 10.792/03. Na verdade, porém, o recente texto delimita uma forma de execução da pena totalmente inédita, consagrando em Lei o suplício gótico vivido pelos condenados nos presídios brasileiros. Se anteriormente havia possibilidade de desqualificar a desumana realidade carcerária nacional invocando a LEP, com sua alteração, a tragédia é subsumida ao texto. Logicamente não se está a referir a eventual legitimidade que a Lei 10.792/03 auferiria à péssima qualidade de vida doméstica (infra-estrutura material) imposta aos penitentes. Certamente o legislador não encontraria palavras para descrever a fétida realidade prisional; não teria coragem de redigir texto cujo conteúdo produzisse a adequação da Lei ao cotidiano de ostentação do sofrimento; não realizaria o ato de desvelar o gozo da “opinião publicada” ao ver seus excluídos penarem corporalmente. A Lei sempre foi um não-lugar; algo que se projeta como conquista; algo que não se tem mas que se deseja; algo que inexistente mas que projeta uma ação. A Lei 10.792/03, ao incorporar o RDD na (des)ordem jurídica nacional e alterar a LEP, vinculando o ingresso do preso no regime diferenciado quando apresentar *alto risco para a ordem*

e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, § 1º da LEP) ou quando *recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando*” (art. 52, § 2º LEP), manifesta o assentimento dos Poderes Públicos com práticas arbitrárias, regularmente toleradas nas penitenciárias nacionais.

A ressignificação normativa da disciplina consiste na possibilidade de impor o regime diferenciado a determinados presos não apenas pela prática de falta grave, situação que por si só é absolutamente arbitrária, mas, sobretudo, pela adjetivação igualmente aleatória de sua conduta pessoal no cárcere ou fora dele.

As sanções previstas no art. 52 da LEP são resultado de procedimento administrativo disciplinar (PAD) de averiguação de falta grave, regulada e taxativamente disposta no estatuto penitenciário. Antes da vigência da Lei 10.792/03, a sanção disciplinar imposta à falta grave constituía na suspensão de direitos e isolamento na própria cela (art. 57, § único), não podendo esta medida ultrapassar 30 dias (art. 58). Com a nova Lei, ao art. 53 foi incluído inciso no qual se prevê a inclusão do “preso perigoso” no regime disciplinar diferenciado, independente da apreciação formal de falta, ou seja, mesmo sem a prática de falta grave regularmente apurada pela administração da casa e posteriormente homologada pelo juiz, se o apenado apresentar as condições previstas nos parágrafos 1º e 2º do art. 52 da LEP, há possibilidade de ingresso no regime diferenciado. Igualmente redesenhado foi o art. 58, excepcionando-se a regra dos 30 dias como lapso temporal máximo. Sancionado o preso por falta grave ou sendo-lhe atribuído o rótulo de “perigoso”, poderá ser submetido ao regime diferenciado com as seguintes características: (a) duração de 360 (trezentos e sessenta) dias; (b) recol-

himento em cela individual; (c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, por 02 (duas) horas; (d) saída diária, por 02 (duas) horas, para banho de sol.

Desde a edição da LEP em 1984, tem-se criticado o estatuto pela utilização, na definição de faltas graves, de termos vagos e genéricos, sem precisão semântica, que acabam por permitir ao agente penitenciário o uso de meta-regras em sua significação – v.g. incitar ou participar de movimento para subverter a ordem e a disciplina; descumprir obediência ao servidor ou o respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; não executar trabalho, tarefa e ordens recebidas. A técnica legislativa utilizada no ambiente carcerário serviu historicamente para o uso arbitrário dos poderes pelos agentes prisionais, os quais utiliza(va)m-se da imprecisão terminológica para adjetivar condutas banais de presos incômodos.¹ A volatilidade dos termos produziu gradualmente a minimização dos direitos de defesa dos apenados nos procedimentos na averiguação das faltas disciplinares, gerando sérias irregularidades na configuração da conduta punível pelos Conselhos Disciplinares, em face da irrefutabilidade de determinadas hipóteses levantadas pelos órgãos de segurança. Talvez um dos exemplos mais notórios de condutas reivindicatórias pacíficas que acaba(va)m sendo definidas como atos de “subversão da ordem e da disciplina”, passíveis, pois, de sanção disciplinar por falta grave, é a prática da *greve de fome*. Não por outro motivo, em casos de movimentos reivindicatórios não-violentos, a Portaria 202, de 18 de dezembro de 2001, editada pela

Secretaria de Estado da Justiça e da Segurança do Rio Grande do Sul (SJS/RS), no intuito de minimizar os efeitos perversos propiciados pela terminologia da LEP, determinou que “*toda pessoa presa terá direito a expressar suas reivindicações, individual ou coletivamente, de forma pacífica*” (art. 7o, § 1o) e que “*a ‘greve de fome’, quando legítima, não será considerada falta disciplinar*” (art. 7o, § 2o).

Em sentido diametralmente oposto à concretização do princípio da legalidade, que imporia pela taxatividade o fechamento dos tipos abertos da LEP, a Lei 10.792/03 inclui categorias igualmente dúbias, gerando duplo efeito. Em primeiro lugar, deflagra efeito normativo no que tange à interpretação das faltas, sobretudo as graves. Assim, se anteriormente a falta de precisão decorrente da ambigüidade terminológica favorecia o arbítrio administrativo, com o novo texto a tendência é sua maximização. Por outro lado, produz efeito na gestão da política penitenciária, visto a importância auferida à ordem, à disciplina e à segurança do estabelecimento prisional, não apenas reforça a ideologia defensivista, mas ressignifica o sentido da execução, voltada na contemporaneidade à contenção dos “socialmente indesejáveis”, dos “corpos excedentes”. Abdicasse, pois, vez por todas, do ilusório e romântico fim ressocializador pregado no Estado Social em prol de uma administração das “massas inconvenientes”.

Embora seja clara a inconstitucionalidade da Lei, não apenas por ferir o princípio constitucional da legalidade com a utilização abusiva de termos vagos mas especialmente pela ofensa ao princípio da

¹ Com intuito de cerrar a tipicidade penitenciária aberta, grupo de trabalho integrante de comissão para reforma da legislação penitenciária gaúcha propôs como definição de “*subversão da ordem e da disciplina*” condutas direcionadas: (a) adesão e associação à violência; (b) manifestação violenta, individual ou coletiva, de reivindicações; (c) porte de armas; e (d) violação da integridade física e moral e a da liberdade sexual de pessoa que se relacione (Carvalho: 2002, 333).

humanidade das penas quando prevê a submissão do preso ao regime diferenciado – a manutenção em isolamento por até 360 dias não pode receber outra denominação senão a de pena cruel, vedada pela Carta Constitucional (art. 5o, inciso XLVII, CR)² –, o temor que se inaugura é o de que nossos Tribunais, a começar pelas Cortes Superiores (STF e STJ), inebriados pelos discursos de emergência, não utilizem os mecanismos de controle de constitucionalidade e, por consequência, acolham a barbárie posta em Lei como se fosse mera técnica pedagógica de isolamento.

O Tártaro sancionatório no contemporâneo parece ser o retrato da experiência punitiva brasileira: longe de projetar mecanismos constitucionais de redução do sofrimento imposto nas prisões, a Lei dobra a punição com a ressignificação da disciplina e da segurança, condenando o preso, para além da privação da liberdade, à inexaurível situação de penúria.

IV. Tântalo e o saber 'psi': a normatização do sistema disciplinar-pedagógico

O sistema progressivo-regressivo, fundado na idéia de (de)mérito pessoal do apenado, foi eleito em 1984 como o instrumento hábil para atingir a finalidade apregoada à execução da pena: a ressocialização do condenado. Típico de um modelo estatal intervencionista, o escopo ressocializador legitimou a ação dos aparelhos punitivos na avaliação e formatação do “ser” do preso. Assim, o preso ressocializado, no discurso conformador da LEP, passa a ser aquele adequado às regras do

estabelecimento carcerário e ao programa individualizador, ou seja, o sujeito disciplinado e ordeiro que se submete e responde satisfatoriamente ao “tratamento penal”.

A técnica estabelecida para averiguar o grau de ressocialização seria a capacidade de o condenado atingir condições de descarceramento progressivo (progressão de regime) ou, contrariamente, pela necessidade de reencarceramento (regressão de regime). Para alcançar o gozo dos direitos de progressão previstos na LEP, o apenado deveria cumprir requisitos de ordem objetiva e subjetiva, segundo a redação do art. 112. O critério objetivo foi vinculado ao *tempo* de cumprimento da sanção: um sexto da pena no regime anterior. O pressuposto subjetivo, determinado pelo *mérito* do condenado. Previa, ainda, a LEP, no parágrafo único do art. 112, a necessidade de o preso ser submetido à Comissão Técnica de Classificação (CTC), encarregada de examinar parecer e, quando necessário, ao exame pericial do Centro de Observação Criminológico (COC). Ambos documentos, porém, consistiam, quase na unanimidade dos casos, em prognósticos de não-reincidência e/ou medição do grau de adaptabilidade e arrependimento.

Em relação ao livramento condicional –etapa do sistema progressivo e momento importante na lógica do sistema de individualização científica (art. 83 do Código Penal)–, a duplicidade de requisitos igualmente se impunha, quais sejam: (a) objetivo: vinculado ao tempo –cumprimento de um terço (condenado primário) ou metade (reincidente) da pena– e à reparação do dano; e (b) subjetivo: relacionado com o “*comprovado comportamento satisfatório*”.

² Não é necessário ser 'expert' da área da saúde para notar que “o isolamento celular diuturno de longa duração é um dos instrumentos de tortura do corpo e da alma do condenado e manifestamente antagônico ao princípio constitucional da dignidade humana” (MAT: 2003, 09).

Outrossim, o parágrafo único do art. 83 do Código Penal previa, em caso de condenação por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, que a concessão do livramento condicional ficaria “*subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir*”. Não obstante, conforme determinava o art. 71, inciso I da LEP, seria necessário parecer opinativo do Conselho Penitenciário.

O comportamento carcerário satisfatório, apesar de ser requisito subjetivo, sempre esteve vinculado à comprovação processual, de forma a estabelecer objetivação do critério. Doutrina e a jurisprudência nacional fixaram como elemento a indicar o bom comportamento carcerário a ausência de registro, no prontuário do preso, de sanção por falta grave devidamente homologada pelo juiz competente. Ao magistrado, caberia avaliar se o procedimento de apuração seguiu os requisitos formais e materiais do devido processo legal (ampla defesa, contraditório, recurso, assistência de advogado *et coetera*). Em face de inexistência de previsão do tempo em que a falta grave continuava produzindo efeitos, em decorrência da interpretação sistemática dos decretos de indulto, suas implicações foram restringidas em 12 (doze) meses, i.e., para ser confirmado o bom comportamento carcerário do preso seria necessário o não cometimento de falta grave nos últimos doze meses.

A estrutura meritocrática da LEP, porém, era potencializada pela presença de requisito subjetivo que nos casos de crimes graves ganhavam especial valor. Se a ausência de falta grave comprovava comportamento satisfatório no que diz respeito à adequação do condenado às regras prisionais e a sua boa relação de convivência com os demais apenados e com os agentes penitenciários, os exames criminológicos, que atestariam o grau de

ressocialização do preso, indicariam ausência de “conflitos internos”. O mérito representaria o bom convívio com as pessoas com quem deveria relacionar-se (com comportamento) e atestaria a sadia relação do apenado consigo mesmo (adaptabilidade), sobretudo com a internalização dos limites estabelecidos pela Lei (prognóstico de não reincidência) obtida pelo arrependimento (consciência do delito). Definidos, pois, os critérios processuais de probabilidade do mérito: (a) ausência de PAD quanto ao bom comportamento; e (b) parecer técnico (CTC) e/ou laudo criminológico (COC) no que diz respeito ao grau de ressocialização.

Os laudos e pareceres criminológicos que ingressavam no processo de execução penal como prova pericial adquiriram, no passar dos anos, tamanha importância que acabaram (re)criando um sistema de prova tarifada, a qual, embora não vinculasse a decisão do juiz por força da adoção do sistema do livre convencimento (art. 157 e art. 182 do CPP), instituiu armadilha intransponível, mormente nos casos de pareceres desfavoráveis. Outrossim, por força de ser juízo empiricamente indemonstrável (“possibilidade de vir a cometer delito no futuro”), as perícias obstaculiza(va)m o direito ao contraditório, maculando o devido processo legal.

Em que pese a deturpação material gerada no sistema de prova e a conseqüente revivificação da prova tarifada com a adoção de valores irrefutáveis, a crítica aos laudos foi historicamente direcionada à ilegitimidade dos técnicos realizarem julgamentos morais dos presos. A categoria ressocialização, encarada como signo de valoração da vida do “periciando”, invariavelmente cedeu espaço à violação de sua intimidade, vista a possibilidade de julgamento da história pessoal e das opções de vida do “objeto” de análise. Veja-se, p. ex., que, se eventualmente o preso silenciou

ou negou o delito durante o processo de conhecimento, em caso de condenação tais posturas perante os técnicos revelariam a incapacidade de arrependimento e a torpeza moral, contra-indicando o direito postulado.

O poder das perícias, em absoluta ofensa aos direitos básicos de tutela da intimidade e da vida privada (secularização), fora pautado numa inversão ideológica do discurso dos direitos humanos, dado ao fato de que superficialmente aparentava a humanização dos fins da pena. Não mais intimidar ou reprimir, mas criar condições de que o preso se arrependa e não volte mais a delinquir. No entanto, diferentemente do divulgado pelo discurso oficial, notou-se a criação de um sistema de otimização do positivismo criminológico que deixou os direitos dos apenados reféns de um discurso dúbio que pendia entre as noções, abertas e isentas de significado, porém altamente funcionais, de disciplina e ressocialização. Outrossim, agregava-se sistema administrativo altamente burocratizado que substancialmente se sobrepunha à jurisdicionalização da execução da pena.

Com a edição da Lei dos Crimes Hediondos em 1990, um novo contorno começou a ser dado no sistema de encarceramento, dado ao enrijecimento das regras executivas e à ruptura no sistema progressivo. Além do aumento expressivo das penas às condutas classificadas como hediondas (art. 6o c/c art. 9o da Lei 8.072/90), duas alterações substanciais no que diz respeito à execução foram significativas: o estabelecimento do regime integralmente fechado e o aumento do lapso temporal para o gozo do livramento condicional.

Em realidade, se se primar pelo rigor acadêmico, a Lei 8.072/90 não vedou absolutamente a progressão de regime aos delitos hediondos, ou melhor, a veda-

ção da progressividade imposta atingiria apenas os reincidentes específicos em crime hediondo (art. 83, inciso V, *in fine* do CP). Em sendo o livramento condicional parte integrante do sistema progressivo, e em não havendo obstaculização, mas aumento de lapso temporal, a Lei apresentaria uma contradição interna entre os artigos 2o, § 1o (que veda a progressão de regime) e art. 5o (que aumenta para dois terços o requisito temporal para o livramento).

Todavia o que mais chama atenção na edição da Lei 8.072/90 é sua derivação constitucional, pois o legislador ordinário nada mais fez do que cumprir o comando do art. 5o, inciso XLIII da CR. A natureza programática da norma constitucional auferiu legitimidade ao legislador para elaboração da Lei dos Crimes Hediondos. Lógico que o fato de o dispositivo constitucional ter sido cumprido, por si só não imuniza a referida Lei dos vícios de inconstitucionalidade. A propósito, tenho que o principal argumento de sua inconstitucionalidade é derivado do descomedimento legislativo, visto que o dirigismo constitucional-penal optou pela vedação exclusiva aos crimes considerados hediondos da fiança, graça e anistia, não sendo referida a questão da progressividade ou aumento de penas. Como o legislador ordinário não possui deliberalidade plena sobre a matéria legislativa derivada, conforme visto anteriormente, a imperfeição da Lei é substancialmente no que se circunscreve ao excesso, não obstante legítimas as críticas relativas à ofensa aos princípios da individualização, da humanidade das penas e ao princípio da extratividade da Lei penal mais benéfica – v.g. a revogação do art. 2o, § 1o da Lei 8.072/90 pelo art. 1o, § 7o da Lei 9.455/97.

Resta claro, porém, que a opção legislativa reconfigura a finalidade da pena no sistema penal pátrio. Não que este remo-

delamento tenha abdicado integralmente do discurso ressocializador previsto na LEP. À ideologia da reforma moral do preso é aliada a idéia de contenção das massas indesejáveis, principal objetivo da sanção no nascente Estado Penal. Delineado, desta forma, o papel das agências penais na década de 90: controle pedagógico potencializado pela idéia de manutenção/exclusão dos corpos excedentes. A experiência ensaia o devir punitivo do século XXI.

V. Os paradoxos da Lei 10.792/03: maximizar os poderes disciplinares, minimizar o discurso criminológico

Não obstante a institucionalização do RDD como potencializador da idéia meritocrática-disciplinar, o que por si só macula a Lei 10.792/03 de forma a não poder dela retirar todos os elogios que a doutrina nacional tem apontado, a modificação na estrutura da individualização científica, operacionalizada pelo sistema progressivo-regressivo, merece atenção, notadamente em referência aos requisitos e ao procedimento de alcance dos direitos públicos subjetivos instrumentalizados nos incidentes da execução penal.

No que tange ao procedimento, a nova redação do art. 112 da LEP reforça o devido processo legal e seus corolários de ampla defesa e contraditório, recapacitando o princípio de jurisdicionalização norteador formal da redação do código penitenciário. O antigo parágrafo único do art. 112, que previa a motivação de decisão judicial precedida de parecer da CTC ou exame do COC, é substituído por dois importantes parágrafos, os quais remodelam a forma dos atos processuais. O parágrafo primeiro define que a decisão relativa à progressão de regime deve ser fundamentada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor; e o

parágrafo segundo projeta o procedimento à concessão de livramento condicional, indulto e comutação das penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. À exceção da remição, comutação e unificação de penas, os principais incidentes em execução penal serão orientados pelo conceito trilateral típico do sistema acusatório, i.e., institui-se a noção de partes processuais até então ofuscada no ordenamento executivo, redesenhando-se, por conseqüência, o papel de todos os sujeitos processuais (juiz, ministério público, defesa, conselho penitenciário, técnicos, agentes e diretores).

O debate entre as partes (acusação e defesa) em contraditório, apresentando e refutando teses, pretende derrogar os procedimentos desjurisdicionalizados que tendiam a se sobrepor na execução, dando-lhe, embora a incorporação normativa, feição administrativa (administrativização material). Desta forma, entendeu a reforma ser necessário reestruturar o modelo, aproximando-o da estrutura do processo de conhecimento.

A reforma redesenha a pesada e burocrática máquina executivo-penitenciária, alterando substancialmente o papel do “criminólogo”. Ao técnico penitenciário, segundo a nova redação do art. 6o da LEP, é possibilitado um ambiente de criação de condições minimizadoras dos efeitos perversos da sanção penal (paradigma da vulnerabilidade), em dissonância com o histórico papel de tarefeiro redator de laudos de prognoses delitivas (paradigma etiológico). Cabe, portanto, às CTC's, a exclusiva missão de elaborar programas individualizadores e acompanhar o desenvolvimento da execução da pena privativa de liberdade e restritiva de direito. No que diz respeito aos COC's, seu trabalho (perícia técnica) fica restrito à obtenção de elementos mais precisos àquela individualização, no caso de condenado

ao regime fechado. Inexiste, portanto, na nova configuração da LEP, espaço para que laudos e pareceres vinculem a decisão judicial, sobretudo porque deixam de ser peça processual a informar o incidente executivo. Mais: penso que há verdadeira vedação às CTC's e aos COC's de produção de material opinativo destinado à instrução do incidente executivo, seja progressão de regime, livramento condicional, indulto ou comutação, nos termos da redação do § 2o do art. 112.

A opção legislativa é clara, e eventual entrave ao alcance dos direitos em face de perícias desfavoráveis parece ser direta ofensa à legalidade penal, constituindo cerceamento de direito. Se o requisito subjetivo existia e a reforma penitenciária optou por sua remoção, nítido o fato de que havia falhas, distorções e/ou impossibilidades técnicas de realização da prova pericial ou parecer técnico, não cabendo, portanto, ao julgador, ao órgão acusador, ou a qualquer outro sujeito da execução, revificar o antigo modelo. Do contrário, estar-se-á empiricamente auferindo ultratividade à Lei penal mais gravosa que determina quantidade superior de requisitos para o gozo dos direitos, ofendendo a lógica formal e material do princípio da legalidade penal.

Outrossim, correlata à tendência de diminuir entraves burocráticos, cuja existência apenas servia para tornar mais morosa e indefinida a execução da pena, a Lei 10.792/03 retirou a atribuição opinativa do Conselho Penitenciário nos casos de livramento condicional. Restringiu a atuação consultiva do órgão aos pedidos de indulto e comutação da pena – manutenção de justificação pouco compreensível –, reforçando seu papel fiscalizador de inspeção dos estabelecimentos penitenciários, emissão de relatório anual sobre as condições das casas ao Conselho Nacional de Política Criminal e

Penitenciária (CNPCCP), supervisão de patronatos e assistência aos egressos (art. 70 da LEP).

Inominável paradoxo exsurge: a Lei 10.792/03, apesar de institucionalizar regime bárbaro de execução de pena (RDD), maximizando poderes da administração penitenciária no que diz respeito às disciplinas (relação entre preso e gestores do cárcere), inova na retirada dos laudos e pareceres técnicos, peças processuais cuja eficácia histórica foi a de manter absoluta sobreposição do discurso da criminologia administrativa sobre o sistema jurisdicional. Assim, elimina elemento de análise subjetiva do apenado corporificado nos laudos e pareceres, os quais postulavam extrair o grau de amoldamento interno e arrependimento do apenado, signos identificados, no discurso penitenciário, com “ressocialização”. No entanto, mantém-se o pressuposto subjetivo “bom comportamento carcerário”, sinônimo de disciplina e adequação às regras institucionais. Nota-se, pois, na alteração discursiva, que a permanência do requisito “bom comportamento” otimiza um discurso rígido e hermético, alheio aos (falsos) humanismos ressocializadores, cujo resultado é declarar abertamente toda crueza do novo fim apregoado à sanção no Estado Penal.

VI. A lógica de Lampedusa: recaída de Tântalo ou do terapeuta?

Após a edição da Lei 10.792 em dezembro de 2003, as políticas penitenciárias do Governo Federal e dos Governos Estaduais passaram por um processo de reavaliação. Embora a finalidade precípua da nova Lei ter sido criar modelo de execução penal no qual o preso considerado “perigoso” sofreria inúmeras restrições aos direitos fundamentais, exigindo, portanto, adequação normativa e estrutural ao novo regime penitenciário, nítida a

necessidade das Secretarias de Justiça e Segurança, mais propriamente as Secretarias de Serviços Penitenciários, reverem o papel dos técnicos, como anteriormente descrito.

A alteração direcionada a otimizar/modificar o trabalho de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, estruturou-se no entendimento de que a eles não caberia mais a função de emitir laudos/pareceres, mas sim de elaborar, para o apenado, um programa individualizado com escopo de tornar menos aflitiva sua pena, proporcionando-lhe, na medida do possível, retorno menos dramático ao convívio social. A justificativa, portanto, não foi apenas fundada na verificação empírica de que os técnicos não têm condições de acompanhar adequadamente os apenados de modo a lhes capacitar realizar diagnósticos/prognósticos. Neste particular, o objetivo da reforma foi claro: inverter a lógica administrativizada do paradigma etiológico que informa(va) o trabalho dos técnicos, determinando que os profissionais, ao invés de ficarem em seus gabinetes produzindo mecanicamente perícias e pareceres, trabalhem junto aos presos no sentido de lhes auxiliar no retorno menos hostil à sociedade.

Todavia, no Rio Grande do Sul, a Secretaria de Justiça e Segurança (SJS/RS), após criticar violentamente a retirada da obrigatoriedade dos laudos e pareceres criminológicos, prontamente apresentou novo Regimento Penitenciário (Portaria 014, de 21.01.04, DOE 23.01.04), no qual, para que seja atestado ao preso “bom comportamento”, inúmeros requisitos são apresentados. O “bom comportamento” carcerário, requisito histórico para progressão de regime e livramento condicional, adquire importância significativa com o advento da Lei 10.792/03. Com o remodelamento da função dos técnicos, há uma objetivação dos pressupostos

para o alcance dos incidentes executivos. A Portaria 014/04 da SJS/RS, porém, manifestando notório desagravo à legalidade federal, incrementou, através da tipicidade aberta “comportamento carcerário”, os requisitos, não apenas reinstituindo os laudos/pareceres, mas ampliando o rol que a própria LEP determinava como pressupostos para o gozo dos direitos públicos subjetivos de minimização da pena.

Segundo o art. 15 da Portaria 014/04, *“quando da emissão do documento que comprove o comportamento do apenado, previsto no artigo 112 da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 10.792/03, o Diretor/Administrador do estabelecimento considerará o seguinte: I - a classificação da conduta nos termos do artigo anterior [neutra, plenamente satisfatória, regular ou péssima]; II - manifestação formal, sucinta e individual de, pelo menos, três dos seguintes servidores com atuação no estabelecimento penal em que se encontrar recolhido o apenado: a) Presidente ou membro do Conselho Disciplinar; b) Responsável pela Atividade de Segurança e Disciplina; c) Responsável pela Atividade Laboral; d) Responsável pela Atividade de Ensino; e) Assistente Social. E, no parágrafo primeiro, estabelece que “se as características individuais do preso indicarem que a concessão do benefício pleiteado poderá gerar reflexos nocivos a ele ou à sociedade, o Diretor/Administrador poderá juntar ao documento referido no ‘caput’ deste artigo, avaliação psicológica e/ou psiquiátrica como subsídio à decisão judicial. Nesta avaliação, poderão ser referidas a prognose de reincidência e grau de adesão do apenado ao Programa Individualizador previsto no artigo 6º da Lei 7.210/84, com as modificações inseridas pela Lei 10.792/03”.*

Em realidade, através de uma burla de etiquetas, a SJS/RS reintroduziu ilegalmen-

te, pois não possui atribuição, a Legislação revogada, recriando o modelo fracassado de avaliação psicológica do condenado que a reforma procurou alterar. Se o modelo de execução da pena no Rio Grande do Sul, cujas características não diferem substancialmente das dos demais Estados federados, atinge na atualidade níveis de insuportabilidade em decorrência da falta de condições materiais e de recursos para investimento em melhorias, com a publicação da Portaria 014/04, o Governo do Estado, através da Secretaria de Justiça e Segurança, consegue a proeza de “dobrar ilegalidades”. À ilegalidade fática que é a imposição do suplício da superlotação – ilegalidade sempre excusável e tolerada visto ser o problema carcerário “eterna fatalidade” –, o Poder Público consagra a ilegalidade normativa, pois viola abertamente a Constituição e a Legislação Federal, desrespeitando a estrutura básica das atribuições legislativas reguladas no art. 22, inciso I da CR.

Mais. Não obstante reinstaurar o modelo etiológico das práticas criminológicas, refunda a lógica burocratizante dos sistemas administrativizados. A Lei 10.792/03, ao abdicar do parecer do Conselho Penitenciário para grande parte dos incidentes de execução, procurou agilizar e tornar absolutamente judicializado o processo de execução penal. No entanto, em casos de condenados a longas penas, com histórico de fugas ou condenados por

crimes hediondos ou equiparados, a Portaria da SJS/RS criou mecanismos internos mais morosos e obscuros que aquele previsto com o antigo Conselho.

Determina o § 3º. do art. 15 da Portaria 014/04 SJS/RS que “*nos casos de apenados por delitos hediondos, ou equiparados, tais como: tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, ou com histórico de fugas, ou com envolvimento em formação de quadrilha, ou com pena superior a 20 anos, o atestado do Diretor/Administrador [atestado de bom comportamento] haverá de ser homologado por Comissão da Secretaria da Justiça e da Segurança, presidida pelo Secretário, por maioria de votos.*”

A manutenção da crença nas antigas práticas, cujos efeitos experimentamos diariamente pela iminência de conflitos carcerários, ofusca qualquer possibilidade de câmbio da realidade.³ Na verdade, atos desta natureza parecem apoiar falido modelo carcerário que vivificou o Tártaro na contemporaneidade. Enfim, presenciar esta realidade sugere que a única mudança permitida é aquela sugerida por Lampedusa: a mudança necessária para que tudo permaneça como está.

3 Não obstante os atos descritos, a jurisprudência de resistência vem atuando com intuito de demonstrar as irregularidades provenientes da recente reforma legislativa. Neste sentido, “*AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 112, DA LEP. REQUISITOS AO BENEFÍCIO. PORTARIA N.º 14, 21/01/2004, DA SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA DO RS: ILEGALIDADE DO INCISO II E SEUS PARÁGRAFOS 1º E 2º, DO ARTIGO 15. - O artigo 112, da LEP, alterado pela Lei n.º 10.792 (01/12/2003), exige, à progressão, apenas o cumprimento de lapso temporal e bom comportamento carcerário (desde que o sistema não a vede: crimes hediondos). - Não se pode impor outras condições, pena de imputação penal agredir princípio maior: prejudicar cidadão sem base em lei. - Ao órgão do MP e à defesa competem destruir a presunção vinda da declaração de comportamento expedida pela autoridade carcerária. - Critério para aferição do bom comportamento: inexistência de falta disciplinar - apurada via PAD - nos prazos do artigo 14, do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul. - O inciso II e seus parágrafos 1º e 2º, do artigo 15, do RDP do RS, agredem o princípio da legalidade por impor requisitos - ao benefício - que a Lei Federal (artigo 112, da LEP) não exige - aliás, objetivo da sua nova redação. - Agravo provido” (AG. Execução n. 70007705221, 5a Câmara Criminal TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 11.02.04).*”

VII. A resistência de Tântalo aos ambientes severos e o trabalho de Sísifo

Após reconstruir de forma fragmentária e entrecruzada os paradoxos criminalizadores e punitivos da Lei penal brasileira nas últimas décadas, penso ser possível o diagnóstico da gradual sobreposição, através dos discursos de emergência, do modelo de hiperpunibilidade do Estado Penal ao romântico escopo ressocializador presente nas políticas públicas do Estado Social. E se no Brasil o Estado Social é experiência não vivida, distante da realidade das pessoas e presente apenas nos longínquos discursos do(s) poder(es), o incremento da punição tende a ser absolutamente rústico, pautado numa ritualística de distribuição de martírios focalizada na segregação/contenção dos indesejados.

212 | A veracidade da tese encontra guarida na progressiva barbarização das normas relativas à execução da pena, sobretudo da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado.

Com a corporificação contemporânea do Tártaro – no qual, não esqueçamos, os sofrimentos-pena são eternos –, as tendências acadêmicas pautadas na minimização da programação sancionatória dos poderes (minimalismo, realismo marginal e abolicionismo) aparecem quase como ideais de uma utopia irrealizável ou de difícil acesso. As novas formas de gestão penal da miséria, caracterizadoras da face terrífica do controle social na era pós-industrial, indicam que as agências sancionatórias seguem uma pauta programática absolutamente definida na qual o Estado passa a adquirir cada vez mais função polícialca.

Os discursos sediciosos, portanto, se querem ainda ter algum sentido, devem inexoravelmente estar enraizados em uma

concepção pessimista do poder punitivo (princípio da irregularidade dos poderes), pois apenas desde este local conseguirão, com muito esforço, obter (pequenos) ganhos na minimização das violências (garantismo). Penso, inclusive, que a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder penal é o inquisitorialismo, ou seja, que o discurso garantista de gênese ilustrada configurou uma variável insensata na estrutura das formas de poder, uma cisão acidental na história das violências da qual somos herdeiros inocentes, românticos poetas de um passado imaginário.

Neste quadro, creio que duas conclusões são possíveis sobre os sujeitos da discussão. Em relação aos apenados, a constante exacerbação normativa das penas –seja com o aumento da cominação em abstrato, com a subjetivação dos critérios judiciais de aplicação ou a obstrução dos direitos de progressão–, aliada ao acaso empírico da execução representado nas inomináveis condições de cumprimento, refletem a capacidade hercúlea de o ser humano adaptar-se a ambientes hostis, de superar a cada instante os limites da própria humanidade.

No que tange a nós, “pensadores humanistas e críticos do sistema penal”, vejo que o trabalho de denúncia e atuação processual voltada à contração do sistema de violência parece retratar, como reflexo da pena imposta aos indesejáveis que habitam os horrores do Tártaro, igualmente uma sanção. Talvez uma sanção apenas assemelhada a do Sísifo descrito por Ulisses: *“Vi Sísifo, e o modo por que ele, com pena indizível, com as mãos ambas tentava arrastar uma pedra enormíssima. Firma os dois pés no chão duro, com ambas as mãos esforçando-se para levar para cima o penedo; mas quando pensava que já vencera o alto monte, com força outra vez retornava. Dessa maneira, até o*

plano, rolava o penhasco impudente. Ele de novo a empurrá-lo começa, suor escorrendo-lhe dos membros todos, enquanto a cabeça de poeira se cobre” (HOMERO: 1960, 176). •

Bibliografia

Anistia Internacional. *Aqui ninguém dorme sossegado: violações dos direitos humanos contra detentos.* SP: Seção Brasileira da Anistia Internacional, 1999.
Defensores dos direitos humanos: protegendo os direitos humanos de todos. SP: Seção Brasileira da Anistia Internacional, 1998.

Carvalho, Salo (org.). *Crítica à Execução Penal.* RJ: Lumen Juris, 2002.

Homero. *Odisséia.* 3. ed. edição. SP: Melhoramentos, 1960.

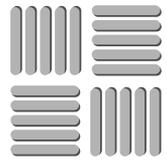
Human Rights Watch. *O Brasil atrás das grades.* NY: HRW/Americas, 1998.

Movimento Antiterror. Carta de Princípios. *Revista de Estudos Criminais* (10), Porto Alegre: ITEC/PPGCCrim PUCRS/Notadez, 2003, p. 07.

Nietzsche, Friedrich. *Genealogia da Moral: uma polêmica.* SP: Cia. das Letras, 1998.

Reardon, Francisco. Entrevista. *in Caros Amigos* (25). São Paulo: Casa Amarela, 1999.

Reseñas bibliográficas



PAGANDO TIEMPO. Una introducción a la sociología del encarcelamiento, de Roger Matthews

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO POR
LUCIANO A. HAZAN

INECIP

*"Perdón por los inconvenientes que van a tener.
Amamos la libertad y no podemos vivir encerrados".*

La frase que encabeza este comentario fue escrita por Nazareno Rodríguez y Sebastián Gallardo, dos jóvenes de 25 y 22 años que poco tiempo atrás decidieron y lograron escaparse de una comisaría de Winifreda¹, un pueblo de 2500 habitantes en la provincia de La Pampa, y evidentemente sintieron algo de culpa por sus custodios, que les habían facilitado el papel en el que quedó el mensaje para que anotaran los resultados de los juegos de cartas.

Si bien aparece como una anécdota simpática y divertida, es posible encontrarle alguna relación con el libro que escribió Roger Matthews, *Pagando tiempo, una introducción a la sociología del encarcelamiento*², que poco tiene de simpático aunque su lectura no deja de ser amena. Una de esas relaciones es que sin haber sido el objetivo propuesto, el estudio del trabajo me llevó necesariamente a ir realizando comparaciones con la actualidad del sistema punitivo de nuestro margen.

Una de las razones por las que la anécdota pierde simpatía en el marco de las temáticas abordadas por Matthews es que

en realidad tuvo en mí el efecto de generar cierto pánico; no sólo porque en esas páginas es posible encontrar numerosos trabajos empíricos que dan cuenta de una realidad trágica, sino porque pude cerciorarme de que era cierta una intuición que tenía desde hace un tiempo, y que se incrementó desde que los discursos punitivos basados en la emergencia comenzaron a avanzar con una fuerza implacable especialmente hace unos pocos meses: en la Argentina se hace política criminal de manera irracional, pero lo que es más grave es que los discursos de quienes pretenden oponerse a esas políticas se apoyan casi siempre en más intuiciones. Y la experiencia reciente ha demostrado que es imposible contener esos discursos que rápidamente se transforman en la ampliación de poder punitivo desde ese lugar, casi dogmático. Aunque estemos convencidos de que el discurso de los derechos humanos debe prevalecer, aparece como una estrategia obsoleta a esta altura de la evolución de la relación entre el estado de derecho y el estado policial.

| 217

¹ Diario Clarín, 21 de mayo de 2004, "Presos se fugan y dejan carta disculpándose", sección policiales, p. 47.

² Tal como lo explica Iñaki Rivera Beiras al presentar la traducción del libro al castellano, el nombre original de la obra es "Doing time", que no se corresponde a la traducción literal; los editores intentaron mantener el juego de palabras del original en inglés, al titular con una expresión de la jerga carcelaria.

Roger Matthews es profesor en la Middlesex Politechnic University of London y lleva años estudiando al sistema penal desde el ámbito de la sociología. *Pagando tiempo* está basado en el sistema penal anglosajón, por lo que la mayoría de la bibliografía y estudios analizados corresponden a ese ámbito, aunque hace algunos intentos de generalización sin dejar de hacer las salvedades al respecto.

Entiendo que uno de los principales aportes de *Pagando tiempo* es insistir con el aporte de la sociología a los estudios del sistema penal. La introducción del trabajo, titulada *El origen de la prisión moderna*, me llevó directamente a recordar las lecturas de *Castigo y sociedad moderna*, el trabajo de David Garland, tan difundido desde su traducción. Sin embargo, el avance en la lectura evidenció las diferencias: Garland elaboró un trabajo eminentemente teórico, mientras que Matthews se apoyó notablemente en distintos trabajos empíricos, sin dejar de lado los teóricos.

Tal como el autor lo revela en su prefacio, el trabajo compendia material relevante, y repasa numerosa bibliografía presentando distintas posturas y opciones en cada uno de los temas estudiados. Es posible afirmar que *Pagando tiempo* se acerca más en su metodología a otro libro también muy difundido³ que fue pionero en los estudios de la sociología del castigo, *Pena y estructura social*, de George Rusche y Otto Kirchheimer, primer trabajo de la Escuela de Frankfurt publicado en el exilio del nazismo en la Universidad de Columbia, en Nueva York. La relación con el trabajo que encabezó Rusche está basado en primer lugar en la utilización de datos empíricos para explicar el funcionamiento del casti-

go. Matthews se vale especialmente de las encuestas realizadas por el Home Office (la secretaría de interior) británico, a pesar de su desconfianza a las estadísticas elaboradas por organismos oficiales.

En segundo lugar, es posible afirmar que *Pagando tiempo* viene a ratificar la tesis principal de *Pena y estructura social* luego de las críticas de varios autores entre los que se encuentra Michel Foucault, que relativizaron la afirmación de que existiría una relación entre la organización del mercado de trabajo y las relaciones de producción y las formas que adopta el castigo; les achacaron cierto reduccionismo a pesar de que los autores judeo-alemanes habían planteando la tesis haciendo las mismas salvedades, descartando la hipótesis determinista, confluyendo según el texto varios factores. Sobre el trabajo de Rusche y Kirchheimer descansa una de las hipótesis más fuertes de Matthews, que será abordada más adelante.

El primer capítulo de *Pagando tiempo*, El origen de la prisión moderna, hace un muy claro resumen de la evolución de la prisión desde sus inicios como institución de castigo y merece ser tenido en cuenta para su estudio en los programas de los cursos en las facultades de derecho, por estar orientado desde un ángulo sociológico-histórico, ser de simple comprensión y no demasiado extenso.

Si bien no se trata de información difícil de encontrar en otros textos traducidos al castellano y difundidos como los de Foucault, Melossi y Pavarini y Garland, sí anticipa las problemáticas del encarcelamiento de jóvenes, de minorías raciales y de mujeres⁴, estas últimas que no habían sido tenidas en cuenta en aquellas obras.

³ Sobre todo a partir de la década del '60, cuando fue reeditado.

⁴ Sin dudas, los tres capítulos en los que el autor analiza estos tres fenómenos merecen comentarios independientes; fue acotado por una necesidad metodológica y por una cuestión de intereses personales respecto de los temas abordados.

Allí se toma partido respecto del nacimiento de la criminología, decidiéndose Matthews por tomar como punto de partida el nacimiento de la cárcel, como laboratorio en el que comenzó a estudiarse el fenómeno delictivo de manera científica, sumándose de esta manera a quienes sostienen la postura de que esta disciplina tuvo sus inicios junto con el positivismo criminológico y descartando implícitamente la de aquellos que sostienen que nació con lo que el mismo positivismo denominó clacismo penal, o la postura de E. Raúl Zaffaroni, quien afirma que el *Malleus Maleficarum* o Martillo de las Brujas es el olvidado origen.

Los tres pilares de su desarrollo

El segundo capítulo, *El espacio, el tiempo y el trabajo*, es la base de una de las hipótesis centrales de Matthews, que da nombre al libro y que le permite arribar a ciertas conclusiones. Allí parte de la premisa de que la cárcel moderna se desarrolló a partir de tres pilares esenciales: espacio, tiempo y trabajo, que le dieron sus características específicas y la diferenciaron de otras formas de castigo.

De esta manera, afirma que “la organización del espacio en la cárcel moderna permite la supervisión y el control de los prisioneros, a la vez que proporciona un medio para diferenciarlos y ubicarlos espacialmente”. Tal como lo había explicado Foucault, se rescata la importancia del diseño de ciertas instituciones totales como la escuela, el hospital y la cárcel, que permite el despliegue de determinadas formas de disciplina.

La división espacial fue clave entonces en la posibilidad de clasificar a los reclusos, uno de los ejes del ideal rehabilitador con el que nació la prisión moderna, en el marco de otras instituciones disciplinarias

como las casas de corrección. También jugó un rol trascendente como mecanismo de orden y control, por lo que Matthews describe su evolución arquitectónica. En este sentido, explica el autor la importancia de los diseños de acuerdo a la finalidad pretendida en cada momento; así, en el marco de sistemas que promovían el aislamiento, se hacía imposible cualquier tipo de intento rehabilitador. La importancia de la utilización del espacio radica además en constituir una forma de control más sutil, y por lo tanto menos controvertida y más efectiva en la regulación de las conductas.

Es interesante que al describir el modelo de panóptico creado por Jeremy Bentham, se afirma que en realidad éste nunca fue utilizado en forma amplia como diseño de cárcel o de otra institución, con lo que sugiere que “las funciones primarias para las que fue diseñado no concordan con los objetivos de los administradores de las cárceles del siglo XIX”.

El tiempo, por su parte, estuvo según Matthews relacionado históricamente con el espacio. Sin embargo, con la transición hacia el capitalismo industrial, momento en el que surge la cárcel moderna, el tiempo se vuelve utilitario y funcionalmente especializado, y pierde su interés excepto para el tiempo que se pasa trabajando, apareciendo como un valor estandarizado como el dinero.

El advenimiento de la cárcel como una institución capaz de privar de la libertad a una persona de una determinada cantidad de tiempo, la hacía aparecer como la forma natural del castigo. Matthews distingue cuatro atributos del castigo centrado en el tiempo:

1. El tiempo resultaba universal e individual de cada individuo; en los términos liberales, el tiempo y la libertad eran dones que poseían todos en cantida-

- des iguales, y podían disponer libremente de ellos (más modernamente se habla de bienes distribuidos de manera desigual) tanto pobres como ricos.
2. Los castigos basados en el tiempo son medibles, y la longitud de la sentencia se puede calibrar de acuerdo a la seriedad del delito.
 3. El tiempo es una estructura social, cualidad que le confiere al encarcelamiento, con lo que puede aparecer como consecuencia de un proceso civilizador.
 4. El castigo basado en el tiempo se vuelve utilitario y se puede mercantilizar: ganarlo o perderlo. Se ciñe al comportamiento del prisionero.

Es posible encontrar una contradicción entre los atributos 2 y 4, ya que pareciera ser que cuando el tiempo se transforma en castigo deja de ser medible. Efectivamente Matthews da cuenta de esta aparente contradicción, que por otra parte da título a su trabajo. “El confinamiento institucional cambia la forma en que se percibe el tiempo. El tiempo cumplido en la penitenciaría no es un tiempo ‘pasado’ sino ‘malgastado’. El proceso de encarcelamiento, más que canalizar y redistribuir el tiempo, implica la negación del mismo”. En este sentido afirma que cuanto más tiempo se tiene, más decae su valor, con lo que pierde sentido el principio de proporcionalidad, ya que el “valor” de una sentencia de ocho años, no es necesariamente igual al de dos de cuatro.

Matthews diferencia entre tiempo físico, mental y social. El primero está ligado a los ritmos biológicos y a los movimientos naturales ligados a los cambios estacionales, silenciosos y menos trascendentes en la prisión; el segundo se refiere al proceso de reflexión o imaginación, procesos subjetivos que se entendió que resultaban trascendentes para la introspección y reforma personal, aunque la experiencia del confinamiento solitario demostró que la

preocupación por la introspección puede conducir a la depresión, la insania mental y el suicidio, más que a la rehabilitación; el tercero, por su parte, constituye un proceso complejo, su construcción es una actividad de todos los días por medio de la cual los individuos tratan de comprender el proceso de cambio.

Esta diferenciación puede resultar relevante ante los procesos de inflación penal con los que convivimos actualmente. A medida de que el mundo gira más rápido y el tiempo social se acelera, el físico parece frenarse. Según el autor, “el incremento general en la longitud promedio de las sentencias durante los últimos años tiene un significado aún más grande de lo que podría parecer en un principio”. Las drogas alucinógenas, tal como se explica en el texto, liberan al prisionero de esta intemporalidad; “consiguen más que tranquilizar o anestesiar al recluso: reajustan el tiempo”.

Esta concepción del castigo basado en el tiempo cambió hacia fines del siglo XIX con el empleo de sentencias indeterminadas, que con base en los objetivos rehabilitadores incrementó el poder de control dentro de la prisión del administrador carcelario, que pasó a contar con una eficiente herramienta de premios y castigos por fuera del ámbito jurisdiccional. Ante la creciente duración de las sentencias, especialmente en Estados Unidos, se evidenció durante las dos últimas décadas una vuelta atrás hacia formas más determinadas. En nuestro ámbito parece ocurrir lo mismo, aunque no en tónica limitadora, ya que las últimas reformas basadas en la idea de “mano dura” eliminan los beneficios de los reclusos durante la etapa de ejecución, con el consecuente alargamiento de las condenas y pérdida de control por parte del personal penitenciario.

Es en el tercero de los elementos estructurales de la prisión moderna que el

autor se acerca al contenido de la obra de Rusche y Kirchheimer. Según Matthews la marcha del trabajo, tanto dentro como fuera de la prisión, ha dado forma a la naturaleza del encarcelamiento en diferentes períodos.

Por otra parte, se le han reconocido diversas funciones en el ámbito carcelario: produce bienes e ingresos⁵, proporciona capacitación y la posibilidad de rehabilitación a través de las tareas, resulta un vehículo para inculcar disciplina a aquellos que eran incapaces o no deseaban encontrar un adecuado empleo pagado y opera como mecanismo de control, posibilitando el orden del tiempo y manteniendo a los prisioneros ocupados.

El autor realiza una somera historia del trabajo carcelario y llega a la conclusión de que está plagado de tensiones irremediables: el trabajo forzado aparece como una anomalía en la sociedad capitalista, mientras que la ociosidad se ve como un gasto innecesario; no es completamente disciplinario, porque carece de los incentivos normales, adecuada capacitación, cooperación y colectivismo propio del trabajo en libertad; cuando es lucrativo, pierde su valor rehabilitador; y cuando se acentúan sus fines de tratamiento, se torna poco productivo y eficiente.

Finalmente llega a la conclusión que abordaron en la década del '30 los integrantes del Instituto de Investigación Social de Frankfurt. Según Matthews, la prisión cumple tres papeles relacionados con el mercado laboral: 1) compensa sus imperfecciones al promover la participación en una ocupación legítima, incluso a bajas tasas; 2) refuerza la división entre la

clase trabajadora decente y la no respetable, apuntando los peligros potenciales de la no participación en este mercado, como un disuasivo general; 3) sirve al mercado, al absorber a quienes están social o económicamente marginados, incrementando la competitividad general y la calidad de la fuerza laboral.

Rusche y Kirchheimer se habían convencido, tal como lo destaca Matthews, de que el desarrollo del capitalismo benefactor transformaría a la prisión en una institución de último recurso, y que las multas devendrían en una forma más difundida de castigo, una tendencia que comenzó con el siglo XX pero que se revirtió en su segunda mitad.

Así como el autor centró el desarrollo de la prisión moderna en estos tres pilares, en ellos encuentra las razones de su crisis histórica⁶: “Las causas determinantes del diseño, la organización del tiempo y los intentos de lograr un trabajo productivo estuvieron en continuo conflicto, pues cada uno de estos elementos puso trabas a la realización de los otros”.

La relación con el desempleo

Otro de los capítulos centrales de *Pagando tiempo* es el que intenta desentrañar la relación entre *El desempleo, el delito y el encarcelamiento*, de amplia trascendencia en la Argentina posterior a la década del '90, en la que se profundizó la exclusión social. Aquí vuelve Matthews a apoyar las ideas frankfurtianas, al afirmar ni bien comienza a esbozar el tema que “Incluso un análisis superficial del origen de la prisión deja pocas dudas acerca de que la

⁵ Premisa puesta en duda por Melossi y Pavarini en *Cárcel y Fábrica*.

⁶ La afirmación sobre la crisis histórica de la pena de prisión fue uno de los temas discutidos en el seminario, sobre todo a partir de una intervención de Nacho Tedesco. Vale aclarar que se refiere a sus finalidades explícitas, que la justifican institucionalmente, y no a otras ocultas a las que hacen referencia algunos autores.

forma de trabajo, el funcionamiento del mercado laboral y la disciplina de trabajo jugaron un papel fundamental en darle cuerpo a su desarrollo y funcionamiento”.

Sin embargo, se basa en otro trabajo de Rusche, antecedente de *Pena y estructura social*, en el que sugirió que el empleo de la prisión puede estar condicionado no sólo por la forma de trabajo, sino también por los niveles de desempleo⁷. La idea madre de este concepto es que el uso de la prisión, al igual que la severidad del castigo, se incrementarán durante períodos de creciente desempleo y profunda recesión. Así, el creciente desempleo genera un aumento en el delito y consiguientemente un crecimiento en la población carcelaria. Autores como Robert Merton ven el crecimiento del delito en función de los mayores niveles de privaciones y la falta de oportunidades.

222 |

Varias investigaciones empíricas citadas por Matthews intentaron relacionar estos fenómenos, y llevaron a muchos criminólogos a descartarla. Para el autor, se trata de conclusiones erradas, que se basan en una equivocación metodológica. Rechaza Matthews la búsqueda de leyes transculturales y transhistóricas propias de un positivismo radical. Explica que no se trata de buscar la relación en un determinismo crudo, sino que encuentra distintas clases de efectos causales entre los modelos de delito, desempleo y encarcelamiento, no necesariamente unidireccionales, sino muchas veces contradictorios y que se contrarrestan.

Es muy interesante el impacto que describe del desempleo en el delito y el encarcelamiento. Por un lado, afirma que el creciente desempleo tiende a estar enlazado

a otros procesos sociales, que aumentan la inseguridad y ejercen presión sobre otros mecanismos de control existentes. En este sentido, se sugiere que el desempleo puede llevar a un alza en la tensión social y a un resquebrajamiento de los controles familiares y de la comunidad, a la vez que escasas perspectivas de trabajo pueden reducir la significancia de la escuela y la educación a los ojos de los jóvenes.

Esta teoría acerca a la realidad el concepto de *ultima ratio* del sistema penal, habitualmente esbozado en el plano del deber ser: si caen los mecanismos de control social informales y no violentos, queda el poder punitivo a cargo de toda una tarea que hará de manera deficiente y a costa de las libertades y otros derechos fundamentales como la vida.

Más allá de cierta relación causal que pueda hallarse entre el debilitamiento de las redes de control o contención social, y el aumento de la violencia punitiva, es preciso recordar que estos efectos fueron generados adrede en diversas geografías al avanzar las políticas llamadas neoliberales. Este modelo de minimización del estado, pero con un crecimiento paralelo del poder penal estatal fue esbozado por Robert Nozick en 1974 en *Anarquía, Estado y Utopía*⁸, un libro que fue manual discursivo de algún vernáculo operador de las comunicaciones.

Volviendo a Matthews, resulta más que interesante la relación que encuentra entre el desempleo y las prácticas de la justicia penal, al afirmar que “es probable que –el desempleo– afecte las políticas de sentencia, el empleo del encarcelamiento y la severidad de castigo”. Es en este punto en

⁷ Rusche, George, *Labour Market and Penal Sanctions: Thoughts on the Sociology of Criminal Justice, Crime and Social Justice* (Fall/Winter), pp. 2-8, 1978.

⁸ Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991.

el que puede centrarse una de las críticas más profundas al nuevo trabajo de Zaffaroni⁹, en cuanto idealiza el potencial limitador de las agencias judiciales, sin mencionar su actuar selectivo y violento¹⁰.

Así, el hecho de tener un trabajo puede ser visto por los tribunales como un factor de estabilidad que se hace relevante en las sentencias a partir de los informes de investigaciones de carácter social. Así se evidenció en una muestra tomada por la antropóloga Josefina Martínez de 100 decisiones sobre pedidos de prisiones preventivas en la provincia de Buenos Aires. De ellas, una sola se destaca, ya que ante una solicitud de detención domiciliaria, se solicitó un informe socioambiental. Las otras 99 fueron decididas directamente o sobre la base de los registros de antecedentes penales de los imputados.

“El fiscal del caso pide al juez que el acusado por el delito de homicidio de un menor que se había subido al techo de su veterinaria pueda cumplir la prisión preventiva en su domicilio –y no en una cárcel o comisaría, como la cumplen todos los detenidos de la provincia–, y el juez resuelve: “Morigerar los efectos de la prisión preventiva imponiendo prisión domiciliaria, con salida laboral diaria a su consultorio, conforme requerimiento fiscal y en consideración a las circunstancias del hecho y el favorable informe socioambiental, el cual consigna que es un sujeto con sentido arraigo en esta provincia, médico veterinario con desempeño laboral estable y núcleo familiar propio de la etapa adulta, todo lo cual mueve a considerar que habrá de respetar los dictados de la justicia sin necesidad de una coerción de mayor grado”.

Matthews cita un estudio de Steven Box y Chris Hale¹¹, basado en una teoría del etiquetamiento. “... durante los períodos de recesión, el incremento del delito se verá estimulado por un mayor temor al mismo y un probable aumento en el número de efectivos policiales, quienes probablemente sean más rudos con los desocupados porque, como servidores públicos, creen que la desocupación es causa de delitos. El sistema judicial, por su parte, incrementará el empleo de sentencias de prisión porque siente que es necesario ante las recientes ansiedades delictivas en el país”.

Por otra parte, en la actualidad argentina es común observar los intentos –muchas veces vanos– de hacer más eficiente la persecución de los delitos comúnmente cometidos por los excluidos y desempleados, mientras que no se presta atención o se descriminalizan conductas que suelen denominarse como de criminalidad económica, lo que incentiva la selectividad natural de las agencias policiales. Y como remarca Matthews, este tipo de delitos dependen del empleo para su ejecución.

Como se anticipó con anterioridad, es muy cauto el autor al afirmar que “aunque el desempleo pueda obrar como un mecanismo causal en ciertos contextos, incitando a ciertos grupos o individuos a involucrarse en el delito, estas presiones se pueden resistir en otros contextos, y a menudo así sucede”.

Entre las encuestas presentadas, una de David Ferrington iniciada en 1971 mostró que la tasa de delito era aproximadamente tres veces mayor para los indivi-

⁹ Zaffaroni, E. Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.
¹⁰ Más allá de haber abordado el tema en trabajos anteriores como *Estructuras Judiciales*, Buenos Aires, Ediar; para la crítica, véase Rafecas, Daniel, *Una mirada crítica sobre la teoría agnóstica de la pena*, en www.catedrahendler.org.
¹¹ Box S. Y Hale C., *Unemployment, Crime and Imprisonment and the Enduring Problems of Prison Overcrowding*, en Matthews, R y Young J. (eds.), *Confronting Crime*, Londres, Sage, 1986.

duos que padecían el desempleo que para los que trabajaban, y que la frecuencia de delitos aumentaba en aquellos que habían vivido el desempleo durante tres o más meses.

Otro de los temas que relaciona íntimamente al desempleo con el delito es el de las clases sumergidas (*underclass*). Algunos estudios estiman que, en un día cualquiera, al menos la mitad de los jóvenes de estos sectores están detenidos, y que en todos los hogares de las zonas de más cruda pobreza un miembro ha estado en prisión o está cumpliendo una condena. Estos procesos de marginación tomaron formas espaciales y raciales, lo que ha ocasionado que se formaran guetos de negros. Tal vez sería posible trazar una comparación con la situación en Argentina, con varias décadas de proliferación de las “villas de emergencia” o “villas miseria”.

224 |

Otro de los puntos fuertes del libro se concentra en el encarcelamiento de minorías raciales. Así como el desempleo afecta desproporcionadamente a los negros de las clases sumergidas, es notable que estas minorías étnicas son clientela preponderante del sistema penal. Inclusive muchos de ellos están detenidos en las cárceles europeas por delitos relacionados con la inmigración, o por no tener las garantías necesarias para una fianza, o por dificultades en el acceso a una representación legal de calidad.

El futuro

Otra de las tesis centrales de *Pagando tiempo* surge del análisis que hace Matthews del futuro del encarcelamiento. Parte de entender que la prisión nació en el marco de la modernidad como un nuevo experimento social que se planteaba, a diferencia de anteriores formas de confina-

miento, el objetivo de castigar a los individuos arrebatándoles la facultad que tienen todos los ciudadanos libres en igual cantidad: el tiempo.

Tal como se adelantó, la cárcel que se sustentaba en sus tres bases principales, el espacio, el tiempo y el trabajo fracasó ostensiblemente, lo que generó una caída en los niveles de encarcelamiento desde el fin del siglo XIX hacia principios del XX, que llevó a autores como Rusche y Kirchheimer a pronosticar su utilización subsidiaria dejando paso a otras formas de sancionar como las multas, los trabajos para la comunidad u otras alternativas a las detenciones.

Matthews, intenta englobar las causas de su fracaso en tres determinantes, dejando a salvo las diferencias de acuerdo a cada país.

1. Se produjeron cambios importantes en las características del estado capitalista, que había asumido la responsabilidad de regentear y financiar el sistema carcelario. El desarrollo del asistencialismo hacia fines del siglo XIX tuvo fuertes implicancias.
2. Toma protagonismo un nuevo sistema de producción, el “fordismo”, basado en principios de líneas de montaje, o en serie.
3. El surgimiento de la disciplina de la criminología de la mano del positivismo, que atrajo a expertos (psiquiatras, médicos, abogados, criminólogos) que apuntaban a desarrollar un sistema más científico, a través del cual pudieran lograr la rehabilitación de los delinquentes.

De esta forma comenzó a diluirse uno de los pilares de la prisión tal como había sido concebida, la proporcionalidad, siempre en busca de la justa medida de la pena. Las sentencias flexibles e indeterminadas y la libertad bajo palabra (*parole*)

brindaron mayores posibilidades de control a los administradores penitenciarios, con lo que se terminaron de minar las perspectivas retributivas que se hallaban en el clacisismo.

Sin embargo, la crisis perpetua y la tendencia de subsidiariedad no produjeron su defunción. Por el contrario, en muchos países mantuvo su papel protagónico y hasta aumentó la prisionización. La explicación de este fenómeno que parece dar Matthews está centrada en un supuesto cambio de paradigma en las relaciones sociales y económicas, un momento de crisis¹². Para el autor, el pasaje hacia la posmodernidad podría tener “profundas implicancias para el futuro del encarcelamiento”.

Para intentar desentrañar estas implicancias, Matthews se vale de Garland, quien notó cambios en torno al ideal de la rehabilitación, íntimamente relacionado con el movimiento de regreso a la justicia, al tiempo que han aumentado las sanciones basadas en servicios a la comunidad, y se ha puesto el acento sobre las nuevas formas de gestión, que apuntan a los grupos en su totalidad, más que a los ofensores individuales. Sin embargo, el autor de *Sociedad y castigo moderno* sostiene que ni el aparato carcelario ni la práctica penal están experimentando cambios importantes.

De todas formas, el autor de *Pagando tiempo* se muestra convencido de se trata de un período de ebullición, que se expresa a través de algunas evidencias:

1. El encarcelamiento masivo en Estados Unidos, y el restablecimiento de la cárcel como castigo esencial, perdiendo el carácter subsidiario al que se dirigía a comienzos del siglo XX. El encarcela-

miento se triplicó en ese país durante los últimos 30 años. En 1996 la población carcelaria superaba el 1.6 millón de reclusos.

2. El cambio en la composición de la población carcelaria demostrado en numerosos estudios demográficos, que muestran un marcado nivel de desproporción racial, tanto en Estados Unidos como en Europa.
3. La expansión del complejo correccional, con un alza en las sanciones basadas en servicios a la comunidad, así como en las poblaciones carcelarias de varios países (incluida la Argentina).
4. La proliferación de espacios para resolver conflictos y disputas.
5. Ascendentes disparidades regionales en el uso del encarcelamiento.
6. El abandono del ideal de rehabilitación, y su mutación en el marco de las teorías de la pena por la disuasión y el almacenamiento de prisioneros (inocuidación). Matthews hace notar en varias oportunidades la declaración del Home Office en un informe de 1990, en el que reconoció que “la cárcel es un modo caro de hacer que la gente mala se vuelva peor”.
7. La creciente participación del sector privado, y la crisis consiguiente del papel y responsabilidad del estado en la administración del poder penal. Tal como lo ha descrito Nils Christie, hay localidades de Estados Unidos que se han organizado para intentar que se aprobara la construcción de una cárcel en su comunidad, a fin de generar empleo en la población local.
8. La creación de cárceles con nuevos diseños, que muestra cambios en la concepción de la delincuencia y en la gestión carcelaria.
9. Afianzamiento de la estrategia de la bifurcación y caída definitiva de la

igualdad: ciertos delincuentes reciben respuestas más punitivas (mayores períodos de encarcelamiento), inclusive largos encierros preventivos (estrategias excluyentes), mientras que otros son desviados a sanciones de servicios comunitarios, bajo la excusa de que son más rehabilitables (estrategias inclusivas). No hace notar Matthews en este punto la evidente contradicción con el que aquí se señala como punto 5: si el ideal rehabilitador está descartado, no se trataría más que de otra expresión de la discriminación con la que opera el sistema.

La evidencia de estos cambios, sobre todo aquellos que inciden en las formas de producción, hacen afirmar al autor con cita de David Harvey¹³ que el hecho más trascendente de las últimas tres décadas es el advenimiento de lo que se ha denominado “posfordismo”, con un cambio hacia formas más flexibles de acumulación que no sólo implican cambios en la organización del proceso productivo, “sino que también tiene implicancias en el proceso de socialización y la impartición de disciplina”. También sostiene que los procesos de globalización, y los consiguientes cambios en la división internacional del trabajo, están conectados con la aceleración de las comunicaciones, las cambiantes formas de identidad nacional e individual, y con el variable papel del Estado, así como de otras instituciones sociales reguladoras de la sociedad moderna como la familia y la cárcel.

Estos cambios estarían generando algunas consecuencias inmediatas: el incremento del desempleo estructural y el simultáneo ascenso de la desigualdad, junto con el abandono del estado de bienestar. Estos hechos influyen en la magnitud del encarcelamiento, incrementando el nivel del delito y de victimización, y afectando el ambiente penal en el que los jueces toman sus decisiones.

De esta manera, es posible concluir una idea que se había esbozado con anterioridad: *Pagando tiempo* tiende a confirmar la teoría de Rusche y Kirchheimer, en cuanto asume que la matriz o ecuación era correcta: las formas de castigo se corresponden con determinadas formas de producción. Aunque no se haya cumplido la predicción de los autores de *Pena y estructura social*, que vaticinaban el descenso de la prisión como formas secundarias de castigo en el marco de un modo de producción que parecía implacable en la década del '30. •

¹³ Harvey, David, *La condición de la posmodernidad: investigación sobre los orígenes del cambio cultural*, Buenos Aires, Amorrortu, 1998.

JUICIO A LA PRISIÓN. UNA EVALUACIÓN CRÍTICA,

Thomas Mathiesen

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO POR
GABRIEL IGNACIO ANITUA

Thomas Mathiesen dejó marcado en forma definitiva el pensamiento criminológico crítico cuando en 1974 los *Scandinavian Studies in Criminology* publicaron, en inglés, el volumen IV de la serie llamado Las políticas de la abolición. Allí se trasladaron muchas de las luchas y propuestas tácticas y estratégicas de los movimientos de apoyo a presos que él mismo integraba (en concreto, el KROM) y se dictaron los postulados para la abolición de la prisión y, gradualmente, para aspirar a la de toda pretensión punitiva.

Es por ello que se considera a Mathiesen el "estratega" del abolicionismo: estrategia que, como él mismo decía, está basada en la idea de lo "inacabado". A partir de ese momento Mathiesen logra resolver la difícil situación en la que se encontraban los críticos al sistema penal, que peligrosamente podían caer en un inmovilismo temeroso de que cualquier reforma fuera cooptada por la legitimación del sistema que en definitiva se pretende abolir. De allí en adelante deja en claro que los críticos tienen una necesidad de comprometerse en la reforma: deja en claro que el cambio total no es incompatible con mejoras. Claro que ya entonces hablaba de mejoras o reformas "negativas", que son las que reducen la capacidad del sistema carcelario, las que eliminan sus características más represivas o violatorias de derechos humanos, las que llevan a abolir parcelas de la represión como si de un salchichón se tratara (sin olvidarse de que el objetivo final es acabar con todo el salchichón).

Pero es que, además, la tarea reformista será siempre "inacabada", pues ni siquiera con la abolición de las cárceles se limita esta búsqueda de libertad, igualdad y fraternidad para organizaciones sociales no violentas ni totalitarias (el salchichón parece no tener fin).

Unos cuantos años después, enfrentándose con el aumento desmesurado de la punitividad estatal del último cuarto del siglo XX, Mathiesen quiere que dejen de tomarse a sus ideas como una mera página de la historia de la criminología –aunque sea una muy importante– y vuelve a insistir con ellas, que tienen incluso más actualidad que antes. También son inmensamente importantes en la parte del mundo que puede leer en castellano, y por ello se ha de celebrar la traducción de la obra hecha en la Argentina (el único, pero no poco importante, reproche que debe formularsele al editor, presentador o traductora es el olvido del apartado bibliográfico). El libro Juicio a la prisión fue publicado previamente en noruego, en 1987, y luego traducido al menos a siete idiomas.

Comienza Mathiesen el libro con explicaciones sociológicas de la nueva etapa de la cárcel y de su ampliación, para luego centrarse en los distintos argumentos justificadores del castigo en general y de la cárcel en concreto. Confronta entonces a esas teorías con pruebas empíricas y con teorías filosóficas y jurídicas, para acabar por demostrar la ineficacia y falsedad de las llamadas teorías de la rehabilitación, de la prevención general, de la inhabilitación

o disuasión especial y finalmente de la "justicia" o retribución. Al hacerlo discute con los teorizadores clásicos y con los nuevos defensores de la expansión de la cárcel, por lo que brinda un panorama interesante de las ideas que utiliza el pensamiento punitivo, sobre todo del universo anglosajón. Como se toma en serio los argumentos, concluye que ninguno de ellos es válido. Que a la luz de ninguno de ellos es "defendible" la prisión. Que ninguno pasa honestamente la prueba del algodón.

Es por ello que en el último capítulo "El futuro del encarcelamiento" y en el extenso "Apéndice", que introduce para la edición en castellano y para la segunda edición en inglés del año 2000, se encarga de brindar herramientas teóricas -estratégicas- para oponerse a la cultura punitiva y, en lo inmediato, a la expansión de la prisión.

Al responderse preguntas como ¿Qué se debe hacer? ¿Desde dónde? ¿De qué fuentes del saber? y ¿Mediante qué pasos? propone recetas para detener inmediatamente el aumento ya visible de la población que vive en instituciones pena-

les. El objetivo más inmediato que se propone es el de detener la construcción de cárceles, para lo que propone una "moratoria", como objetivo posible de ser llevado adelante por los gobiernos y detener esa construcción, la masificación de las prisiones y evitar así el posible holocausto al que se dirigen las sociedades occidentales.

La edición en castellano cuenta con un interesante prólogo de Raúl Zaffaroni que, a más de brindar argumentos propios de las sociedades latinoamericanas para enfrentar el discurso patibulario y la política punitiva, culmina por señalar la posibilidad de los que menos tienen de acceder al poder por medio del saber si es que pueden, saben y quieren usar lo único que tienen más que los que más tienen: el tiempo. Claro que ello sólo será posible si la forma económica y la forma política que nos dominan no se ocupan de robar ese tiempo mediante la institución que paradigmáticamente ha creado para ello, y que en el "juicio" que hace Mathiesen resulta inapelablemente condenada. •

UNA SENSATA CANTIDAD DE DELITO,

Nils Christie

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO POR
MARTA MONCLÚS MASÓ

El reconocido criminólogo noruego Nils Christie nos ofrece un nuevo libro en el que reflexiona sobre los temas de mayor actualidad mundial manteniendo, a la vez, su planteamiento de recelo y crítica con el sistema penal, perspectiva que desde la década de 1970 hemos denominado como abolicionismo penal.-

En línea con sus obras anteriores, entre las que hay que destacar *Los límites del dolor* (1981) y *La industria del control del delito* (1993), el autor sostiene que el delito no existe, en el sentido que los actos considerados delictivos varían históricamente y de una sociedad a otra. Esto no significa que no existan acciones indeseables o deplorables, pero el hecho de definir las como delitos es el resultado de un proceso de construcción social. Y la atribución de significado delictivo a un comportamiento en muchos casos depende del grado de conocimiento mutuo que tengan las personas dentro de un sistema social. Un mismo comportamiento (desaparición de una pequeña cantidad de dinero, destrucción de algún objeto, peleas, etc.) al que en un entorno familiar o comunitario no se le atribuye demasiada importancia, si se realiza entre desconocidos fácilmente se percibe como delictivo y se define al autor como delincuente. La intervención de la policía y de las otras instancias del sistema penal elimina cualquier otra interpretación posible de los actos y sus autores.-

Esto no significa que Christie sea contrario a recurrir al concepto de delito en todos los casos. En algunas situaciones, particularmente cuando existe desigualdad de poder entre las partes (caso de la violencia de género), dicha categoría puede ser de utilidad.-

Pero Christie advierte que el delito es un recurso ilimitado e inagotable, debido a que cualquier acción puede ser definida como delictiva. Por tanto, la cantidad de delito que existe en una sociedad no es algo objetivo, sino que depende del control punitivo que se ejerza en la misma y abre la discusión de cuál sería una sensata cantidad de delito. Cuestión que lleva automáticamente a la siguiente pregunta: ¿Cuál sería una cantidad adecuada de castigo? Este tipo de debates constituyen una ocasión apropiada para cuestionar nuestros valores.-

A partir de ahí Christie reflexionará acerca de diversas situaciones en las que se recurre al concepto de delito y a las que se pretende responder mediante la aplicación del castigo. El autor noruego mantiene su posición crítica con la "solución" punitiva, y no sólo frente a los pequeños infractores, sino también en el caso de hechos tan graves como el genocidio y los crímenes de guerra. Incluso en estos casos, dice, es más importante el diálogo, la reflexión comunitaria, el juicio y la condena ética y moral, que el propio castigo. Y él personal-

mente sería más partidario de "dejar marchar con su vergüenza" a los responsables de hechos tan despreciables como los mencionados, pero también entiende y respeta las opciones punitivas en estos casos.-

En suma, el libro de Christie nos obliga una vez más a replantearnos no sólo la institución carcelaria sino más en general el recurso al castigo como forma de "solucionar" los conflictos sociales. •

APENAS UN DELINCUENTE. CRIMEN, CASTIGO Y CULTURA EN LA ARGENTINA, 1880-1955, de Lila CAIMARI

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO POR
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

Parafraseando a la introducción a *Ra-yuela*, de CORTÁZAR, podríamos decir que el libro de CAIMARI no es un libro, sino dos o, tal vez, varios libros. Ello es así pues la autora, de profesión historiadora, desarrolla un estudio de la historia institucional de los saberes y las instituciones de castigo en la Argentina, pero también se preocupa por indagar las representaciones sociales de la delincuencia y el castigo que circularon por la Argentina desde comienzos de siglo XX.

Pero la obra de CAIMARI también es "varios libros" porque se multiplica a partir de una diversa (y en algunos casos exhaustiva) investigación de archivo. Esta investigación abarca desde las tesis doctorales en derecho penal presentadas en la Universidad de Buenos Aires, en el siglo XIX, a los planos de la Penitenciaría Nacional, pasando por los registros de historias criminológicas, casos y juicios difundidos por la prensa escrita y radioteatros policiales.

Finalmente, "las obras" de esta historiadora multiplican los cortes temporales usuales y, de esta manera, asoman a las polémicas ilustradas sobre el castigo y la pena de muerte a mediados del XIX, para explayarse con las intervenciones académicas e institucionales del movimiento positivista argentino desde fines de aquel siglo y concluir con una mirada de las concepciones sobre delincuencia y castigo, en la cárcel, durante el peronismo.

En este orden de ideas, si bien el desarrollo académico e institucional del movimiento positivista criminológico argentino,

las historias de la Penitenciaría Nacional y el penal de Ushuaia son lugares frecuentes en los escasos estudios históricos o sociológicos sobre el tema, la atención de Caimari a los momentos previos, y particularmente, a las décadas posteriores a 1930 (recordemos que en el caso, el estudio abarca desde 1880 a 1955, aunque para ello también indaga fechas anteriores) hacen de este trabajo un aporte muy apreciable.

Como la misma autora sugiere, los estudios históricos con relación a las prácticas del castigo tienen un despertar indudable a partir de la obra de FOUCAULT, *Vigilar y Castigar* (1975), y un impulso interdisciplinario aún más reciente en los Estados Unidos, donde también se han intersado por los estudios latinoamericanos con relación a este tema. Éste es el marco en el que se desarrolla la obra que comentamos.

Justamente, el vasto trabajo de archivo señalado no se desorienta, pues cobra dimensión teórica en los interrogantes que el texto de FOUCAULT deja suspendidos, pero también dialoga con los enfoques de otros autores como SPIERENBURG y SALVATORE/AGUIRRE que introducen la dimensión representaciones sociales y formación del Estado latinoamericano, respectivamente, entre las guías interpretativas de sus investigaciones.

De esta manera, a lo largo del libro en comentario encontraremos variados interrogantes (a veces sustentados en aparentes paradojas o inconsecuencias) que aportan puntos de interés al trabajo.

Algunos pretenden contestarse en el libro; otros, sin embargo, quedan flotando en él sin quitar mérito a la obra, pues aún sin tratamiento plantean reflexiones de lucidez.

En este sentido, resulta un acierto examinar cómo ingresa el discurso iluminista en la Argentina decimonónica que se debate entre "civilización y barbarie", y de qué formas se ajustan a aquel discurso los exponentes locales.

También es sugestiva la pregunta por la verdadera dimensión y finalidad del programa penal modernizador, la relación entre los proyectos de prisión moderna y los conflictos en las prácticas efectivas ya sea dentro de la arquetípica Penitenciaría

Nacional o a la luz de las cárceles de viejo cuño, "pantanos punitivos" que constituían la regla en el resto del país.

De igual modo, el texto aborda el rol de la delincuencia en una sociedad que muda y se expande intensamente a principios del siglo XX, resalta la paradójica adhesión de anarquistas, socialistas y comunistas a la causa criminológica que se convertiría en una de las primeras justificaciones teóricas de la persecución penal de aquéllos y se pregunta por las vías de ingreso de las nociones de esta nueva concepción del delito en las imágenes ciudadanas en momentos de expansión de los medios de comunicación. •

Jurisprudencia



RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 18 DE JUNIO DE 2005

MEDIDAS PROVISIONALES

Caso de las Penitenciarías de Mendoza¹

VISTOS:

1. El escrito de 14 de octubre de 2004 y sus anexos, mediante los cuales la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”, “la Corte Interamericana” o “el Tribunal”) una solicitud de medidas provisionales, de conformidad con los artículos 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”), 25 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”) y 74 del Reglamento de la Comisión, con el propósito de que, *inter alia*, el Estado de Argentina (en adelante “el Estado” o “Argentina”) proteja la vida e integridad personal “de las personas reclusas en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como las de todas las personas que ingresen a tales centros carcelarios, entre ellas los empleados y funcionarios que prest[en] sus servicios en dichos lugares”. Concretamente, la Comisión solicitó a la Corte que, con base en el artículo 63.2 de la Convención Americana, requiriera al Estado:
 - a) que adopte sin dilación todas las medidas de seguridad y control que sean necesarias para preservar la vida e integridad personal de las personas reclusas en la Penitenciaría de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como las de todas las personas que ingresen a tales centros carcelarios, entre ellas los empleados y funcionarios que prestan sus servicios en dichos lugares;
 - b) que adopte medidas inmediatas conducentes a la separación de los internos encausados y los condenados, en cumplimiento de las condiciones exigibles bajo los estándares internacionales aplicables a la materia;
 - c) que lleve a cabo investigaciones serias, completas y ágiles en relación con los actos de violencia ocurridos al interior de la Penitenciaría de Mendoza y la unidad Gustavo André; individualice a los responsables y les imponga las sanciones correspondientes, como mecanismo de prevención para impedir la recurrencia de nuevos hechos de violencia;
 - d) que dentro de un plazo razonable presente a consideración del Tribunal un plan para la reubicación de los internos que alberga en exceso la Penitenciaría de Mendoza y la unidad Gustavo André, respetando su capacidad máxima y las necesidades en materia de recursos humanos, pero sin generar un nuevo problema de hacinamiento en otros establecimientos carcelarios[,] y
 - e) que dentro de un plazo razonable proceda a la readecuación de las instalaciones de la Penitenciaría de Mendoza y la unidad Gustavo André a fin de que presten las condiciones mínimas sanitarias, de espacio y dignidad necesarias para albergar a los internos.

| 235

¹ N. de la redacción: Se publica solamente el voto de la mayoría. Los votos concurrentes pueden verse en <http://www.corteidh.or.cr/seriee/index.html>, donde también se puede hallar la resolución del 22 de noviembre de 2004 en el mismo caso.

2. La nota de la Secretaría de la Corte Interamericana (en adelante “la Secretaría”) de 15 de octubre de 2004, mediante la cual, siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte (en adelante “el Presidente”), otorgó plazo hasta el 25 de octubre de 2004 para que el Estado presentara sus observaciones a la solicitud de medidas provisionales (*supra* Visto 1).
3. Los escritos de la Comisión Interamericana de 15 de octubre y de 2 y 12 de noviembre de 2004, mediante los cuales reiteró su solicitud de medidas provisionales y presentó información adicional en relación con su solicitud.
4. Los escritos presentados entre el 1 de noviembre y el 1 de diciembre de 2004, mediante los cuales los representantes de las personas a favor de quienes se solicitan las medidas provisionales (en adelante “los representantes”), se refirieron a la solicitud de medidas provisionales, a nuevos hechos de violencia y a las condiciones de detención en las prisiones de referencia.
5. Los escritos de 4 y 12 de noviembre de 2004, mediante los cuales el Estado presentó sus observaciones a la solicitud de medidas provisionales, en las cuales señaló, *inter alia*, que coincidía en que la situación planteada es crítica y señaló que se encuentran en proceso de cumplimiento un conjunto de medidas orientadas a la satisfacción de la solicitud interpuesta por la Comisión.
6. La carta del Presidente de la Corte de 5 de noviembre de 2004, mediante la cual tomó nota de la posición expresada por el Estado con respecto a la solicitud de medidas provisionales, así como de las diversas medidas que había venido adoptando en relación con la situación planteada y en respuesta a las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana. A su vez, advirtió con preocupación que habían resultado muertas o heridas varias personas privadas de libertad, así como guardias penitenciarios, en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad penitenciaria Gustavo André, de Lavalle durante un período de siete meses. En particular, consideró de gravedad que, con posterioridad a la presentación de la solicitud de medidas provisionales y durante la vigencia de las medidas cautelares dictadas por la Comisión, haya resultado una persona muerta y otra herida, quienes se encontraban privadas de libertad en la Penitenciaría Provincial de Mendoza. Al respecto, expresó la seguridad de que el Estado atendería las medidas cautelares solicitadas por la Comisión mientras la Corte decidía respecto de la solicitud de medidas provisionales, la cual decidió poner en conocimiento del pleno de la Corte. Finalmente, instó al Estado a que adoptara las providencias que fueren necesarias para proteger la vida e integridad personal de las personas a favor de quienes se solicitaron medidas provisionales.
7. La Resolución de la Corte de 22 de noviembre de 2004, mediante la cual resolvió:
 - 1) Requerir al Estado que adopte de forma inmediata las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todas de las personas privadas de libertad en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como la de todas las personas que se encuentren en el interior de éstas.
 - 2) Requerir al Estado que, como una medida de protección adecuada a la presente situación, investigue los hechos que motivan la adopción de estas medidas provisionales, con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes.[...]
8. El escrito de 22 de noviembre de 2004, mediante el cual los representantes manifestaron que el 21 de noviembre del 2004 un interno había sido herido de gravedad y se encontraba en terapia intensiva.

9. El escrito de 27 de noviembre de 2004, mediante el cual los representantes reiteraron la necesidad de que la Comisión Interamericana visitara “en forma urgente” la Penitenciaría de Mendoza y manifestaron, *inter alia*, que:

- a) no se advirtieron avances en las construcciones;
- b) los pabellones carecen de luz artificial;
- c) el promedio de personas por celda es de cuatro a cinco en lugares para una o dos personas;
- d) muchos internos duermen en el piso; no poseen utensilios para comer; no hay agua potable;
- e) la escuela se usa como dormitorio para los presos que salen a trabajar durante el día;
- f) los médicos no suben a los pabellones porque temen por su vida e integridad física. Para ser atendidos los internos tienen que recurrir a presentar hábeas corpus;
- g) no existe vigilancia dentro de los pabellones;
- h) existe mucha preocupación de parte de los presos en relación con los procesos judiciales, la falta de comunicación con las autoridades y el rol del juzgado de Ejecución Penal para acceder al régimen progresivo de la Pena;
- i) los pabellones visitados se encuentran hacinados, sucios y son focos infecciosos donde conviven excrementos, ratas, insectos, cloacas tapadas, pabellones inundados con aguas servidas.
- j) en suma, las condiciones de detención constituyen un trato cruel inhumano y degradante; y
- k) se reitera la gravedad de la situación en el Pabellón 2, donde los internos tienen un régimen de encierro de 23 horas y algunos llevaban ahí casi 30 días compartiendo una celda entre tres o cuatro personas.

10. Las comunicaciones de 27, 28, 29 y 30 de noviembre y de 1 de diciembre de 2004, mediante las cuales los representantes presentaron información adicional, así como sus “observaciones y propuestas en cumplimiento de lo ordenado en el punto 4 de la resolución adoptada” por la Corte, y manifestaron, *inter alia*, que habían resultado más personas heridas en la Penitenciaría de Mendoza.

11. El escrito de 29 de noviembre de 2004, mediante el cual el Estado presentó su informe sobre las medidas provisionales. Al respecto, manifestó, *inter alia*, que:

- a) “puede coincidir” en que la situación es crítica;
- b) ha dispuesto la implementación inmediata de la “Comisión de seguimiento de la situación penitenciaria en Mendoza”. Dicha Comisión practicó una inspección en ésta el 25 de noviembre de 2004, con el objeto de evaluar la situación inoperante y de consensuar una estrategia que permita dar efectivo cumplimiento a la resolución adoptada;
- c) hubo una reunión entre funcionarios de Cancillería, el Subsecretario de Justicia provincial, personal de la Secretaría de Derechos Humanos y los peticionarios, para evaluar las medidas inmediatas que deberá adoptar el Gobierno de la Provincia de Mendoza. El gobierno local ha manifestado que implementaría las siguientes medidas inmediatas:
 - i. instalación de un sistema completo de cámaras de seguridad;
 - ii. incorporación de nuevos agentes penitenciarios;
 - iii. instalación y refuerzo de los sistemas de iluminación del penal;
 - iv. evaluación de la constitución del Poder Ejecutivo provincial como querellante en las causas en las que se investigan los sucesos que provocaron las muertes y lesiones; y
 - v. designación inmediata de un Ombudsman penitenciario.

- d) se ha considerado un plan de medidas urgentes orientadas a moderar el hacinamiento, así como a mejorar las condiciones sanitarias, consistentes en acciones de implementación inmediata complementarias del plan de trabajo a corto, mediano y largo plazo; y
- e) renueva su firme voluntad en realizar sus mejores esfuerzos para cumplimentar lo requerido por la Corte.

12. El escrito de 6 de diciembre 2004, mediante el cual los representantes informaron que un interno había sido asesinado y descuartizado en el Pabellón No. 7 de la Penitenciaría de Mendoza.

13. El escrito de 6 de diciembre 2004, mediante el cual los representantes remitieron las observaciones a la respuesta del Estado (*supra* Visto 11). Al respecto, manifestaron, *inter alia*, que:

- a) existe una duplicidad de realidades, por una parte el Estado contesta y manifiesta sus promesas de cumplimiento y, por otro, el gobierno de la Provincia de Mendoza realiza lo contrario;
- b) el asesinato y descuartizamiento del interno se produjo con tiempo suficiente para evocerarlo;
- c) no se ha dispuesto ningún tipo de dispositivo, guardias o medida alguna tendiente a preservar la vida y la integridad física de los internos;
- d) no se ha incorporado personal para establecer sistemas de vigilancia efectivos; no hay cámaras en el Pabellón No. 7; no se ha hecho nada respecto de los sistemas de iluminación;
- e) la designación de un defensor penitenciario es sólo una promesa;
- f) continúa el hacinamiento en las celdas;
- g) no se ha contratado personal de trabajo social y psicólogos;
- h) no hay avances en la situación sanitaria;
- i) no se ha realizado censo alguno; y
- j) se reemplazó al Director del Penal por otro funcionario pero se mantuvo a la cúpula del Ministerio de Justicia y Seguridad que conduce la supuesta implementación de un plan de estas medidas.

14. El escrito de 9 diciembre 2004, mediante el cual los representantes informaron que se produjeron más heridos en la Penitenciaría de Mendoza.

15. El escrito de 9 diciembre 2004, mediante el cual la Comisión Interamericana presentó sus observaciones al primer informe estatal. Al respecto, manifestó, *inter alia*, que:

- a) el Estado no ha dado pleno cumplimiento a su obligación de prevenir los ataques contra la vida e integridad personal de los internos de la Penitenciaría de Mendoza, ni ha adoptado las medidas de seguridad indispensables para impedir nuevos incidentes de violencia;
- b) valora las medidas tomadas por el Estado. Sin embargo, estima que la urgencia e inminencia en la situación que motivaron las medidas provisionales, demandan del Estado la adopción de acciones de impacto inmediato para la situación de riesgo en la que se encuentran los beneficiarios de las medidas de protección. La Comisión constató, con preocupación, que el Estado no hubiera informado sobre la ejecución de acciones de esta naturaleza;
- c) espera que el Estado informe sobre las medidas de investigación;
- d) el Comisionado Florentín Meléndez realizaría una visita de trabajo a las ciudades de Buenos Aires y Mendoza y uno de los propósitos fundamentales de esta visita era verificar las condiciones en la Penitenciaría Provincial de Mendoza;

- e) es necesario que se mantengan vigentes las medidas provisionales y que se realice una evaluación urgente de las condiciones de inseguridad en los centros carcelarios afectados; y
 - f) es pertinente solicitar a la Corte que ordene las siguientes medidas urgentes:
 - i. el aumento del número de guardias destinados a custodiar la seguridad interna de la penitenciaría provincial y de la unidad Gustavo André de Lavalle;
 - ii. la implementación de un sistema de inspección penitenciaria externa, al menos mientras dure la emergencia y se mantengan las medidas provisionales;
 - iii. las requisas periódicas y el decomiso de armas al interior de la penitenciaría provincial;
 - iv. el aislamiento temporal de los posibles líderes de hechos violentos en celdas individuales, siempre que ello no implique una incomunicación absoluta de los reclusos; y
 - v. la separación inmediata de los presos por categorías, de acuerdo con los estándares contemplados en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los Reclusos, y particularmente, la separación de los internos con antecedentes de comportamiento violento del resto de la población de la penitenciaría.
- 16.** El escrito de 23 de diciembre de 2004, mediante el cual los representantes remitieron una resolución de habeas corpus, en la que se hizo “lugar parcialmente [...] a favor de los procesados alojados en Penitenciaría Provincial”.
- 17.** El escrito de 25 de enero de 2005, mediante el cual los representantes presentaron una noticia del Diario Uno de ese mismo día, en que se informaban los nombres de dos supuestos fugados y manifestaba que “un interno fue apuñalado [el 24 de enero de 2005] en el penal [...] y [estaba siendo] intervenido quirúrgicamente.”
- 18.** El escrito de 3 de febrero de 2005, mediante el cual los representantes informaron que “el [2 de febrero de 2005] falleció el interno Marcelo Javier Camargo Quiroga que había sido [supuestamente] herido dos meses atrás en una riña en la Penitenciaría de Mendoza”.
- 19.** El escrito de 8 de febrero de 2005, mediante el cual el Estado presentó su segundo informe sobre las medidas provisionales. En dicho escrito manifestó, *inter alia*, que:
- a) se han realizado refacciones a medidas físicas de seguridad y alojamiento en el pabellón No. 7;
 - b) se adquirió diverso material para el esparcimiento de los internos; se han dispuesto actividades de laborterapia y reinserción social;
 - c) se implementó un esquema de guardias de 24 horas;
 - d) se realizaron medidas relacionadas con el tratamiento de la pena;
 - e) se incautaron más de 100 elementos punzo-cortantes;
 - f) la Legislatura de la Provincia de Mendoza sancionó la ley No. 7327, mediante la cual se declaró el “Estado de Emergencia Físico-Funcional del Sistema Penitenciario de la Provincia de Mendoza y dependencias destinadas al alojamiento, custodia y guarda de personas procesadas, detenidas o en cumplimiento de las penas privativas de la libertad por comisión de delitos, por el término de un [...] año a partir de la promulgación de la presente”. Dicha normativa establece que la emergencia “comprende los aspectos preventivos, asistenciales, sanitarios, rehabilitación, infraestructura edilicia, y demás servicios”;
 - g) hubo algunas fugas de algunos internos de la Penitenciaría de Mendoza; y
 - h) renovaba su firme voluntad de realizar sus mejores esfuerzos para cumplir con las medidas provisionales.

20. La nota de 8 de febrero de 2005, mediante la cual la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, solicitó al Estado que en su próximo informe se refiriera a los hechos indicados por los representantes de los beneficiarios, en relación con los reclusos que supuestamente habían sido heridos o han fallecido con posterioridad a que las medidas fueran ordenadas por la Corte, específicamente a las medidas adoptadas al respecto y a las respectivas investigaciones, su avance y resultados.

21. El escrito de 18 de febrero de 2005, mediante el cual los representantes “adjunt[aron] el informe [...] referido a la última visita realizada en la Penitenciaría de Mendoza por la Comisión de Seguimiento de[el presente] caso”.

22. El escrito de 8 de marzo de 2005, mediante el cual los representantes presentaron sus “observaciones [...] al segundo informe del Estado argentino”. En dicho escrito manifestaron, *inter alia*, que:

- a) existe una significativa demora en los procesos judiciales de los internos;
- b) la ley de emergencia penitenciaria (ley No. 7327) contiene disposiciones contrarias a la Constitución Nacional, a la de la Provincia de Mendoza y al Pacto de San José, ya que dispone la emergencia físico-funcional del sistema penitenciario de Mendoza por un año, otorga al director prerrogativas violatorias al derecho de defensa, intenta trasladar a internos dentro y fuera de dicha Provincia, así como excluir a los establecimientos carcelarios del contralor municipal o de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Eso se hizo en el caso de los testigos de la muerte del interno Salinas Ares. Asimismo, se intenta neutralizar el control de la Municipalidad de Lavalle;
- c) pese a que había un cambio sustancial de actitud en las nuevas autoridades del Ministerio de Justicia y Seguridad del Gobierno de Mendoza y que no se habían producido nuevas muertes en el interior del penal, las condiciones de seguridad, higiene y salud de los detenidos no han mejorado sustancialmente y el gobierno no había cumplido muchos de los compromisos asumidos; y
- d) consideraban necesario que se mantuvieran las medidas provisionales.

240 |

23. La Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2005, mediante la cual resolvió:

- 1) Convocar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a los representantes de los beneficiarios de las medidas provisionales y al Estado de la Argentina, a una audiencia pública que se celebrará en Asunción, Paraguay, en la sede de la Corte Suprema de Justicia de ese país, a partir del día 11 de mayo de 2005 [...] con el propósito de que la Corte escuche sus argumentos sobre los hechos y circunstancias relativos a la implementación de las medidas provisionales ordenadas por ésta a favor de todas de las personas privadas de libertad en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como la de todas las personas que se encuentren en el interior de éstas.
- 2) Que la presente convocatoria es independiente de los plazos estipulados en la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004, para la presentación periódica de los informes del Estado sobre las providencias adoptadas, así como para las respectivas observaciones de los representantes de los beneficiarios de las medidas provisionales y de la Comisión Interamericana.
- 3) Requerir al Estado del Paraguay, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 incisos 1 y 3 del Reglamento, su cooperación para llevar a cabo la audiencia pública sobre medidas provisionales convocada en la presente Resolución, por celebrarse en ese país, así como facilitar la entrada y salida de su territorio de aquellas personas que

representarán a la Comisión Interamericana, a los representantes de los beneficiarios de las medidas y al Estado de la Argentina en dicha audiencia.

[...]

24. El escrito de 6 de abril de 2005, mediante el cual la Comisión presentó sus observaciones al segundo informe estatal. En dicho escrito manifestó, *inter alia*, que:

- a) siguen existiendo los factores que generan la situación de riesgo y gravedad; la falta de debida diligencia mantiene el riesgo de daño irreparable a la vida de los beneficiarios;
- b) realizó una visita de trabajo *in situ* del 13 al 17 de diciembre de 2004, en la cual observó que:
 - i. las deplorables condiciones de seguridad en la Penitenciaría provincial propician los altos índices de violencia entre internos;
 - ii. el Director reconoció que el sistema de seguridad era deficiente;
 - iii. el personal penitenciario destinado a la custodia del establecimiento no es suficiente y no se encuentra debidamente capacitado. Además, por su notoria desventaja numérica frene a la cantidad de internos, tienen temor de acceder a los pabellones y no lo hacen en forma regular, sino que observan las actividades de los reclusos desde el exterior;
 - iv. la falta de una custodia adecuada ha facilitado la perpetración de hechos de violencia y, en cierta medida, ha asegurado su impunidad;
 - v. las condiciones de higiene son deplorables; las celdas carecen de iluminación artificial y el ingreso de luz natural es sumamente limitado; no existe un sistema de ventilación;
 - vi. no existe formalmente un plan de contingencia para controlar motines o enfrentar siniestros;
 - vii. los internos no se encuentran separados por categorías, ni reciben un trato diferenciado en atención a su edad, la evolución en el cumplimiento de la pena, o la naturaleza de los delitos por los cuales se encuentran condenados o procesados;
 - viii. una de las causas frecuentes de la violencia entre presos es la ausencia de actividades en las cuales ocuparse durante las horas de recreo;
 - ix. debido a la lentitud con la que actúan los operadores de justicia, las personas recluidas no tienen régimen diferenciado y no hay distinciones ni privilegios entre condenados y procesados. Dicha situación podría empeorar por la declaratoria de emergencia del sistema penitenciario de Mendoza que autoriza a las autoridades del Ejecutivo provincial a no separar a los internos por categorías; y
 - x. no ha entrado en funcionamiento el nuevo Juzgado de Ejecución Penal;
- c) con posterioridad a la orden de adopción de medidas provisionales, se produjeron una serie de hechos de violencia que evidencian la continuidad de la situación de inseguridad y la necesidad de ordenar una serie de acciones específicas;
- d) las recientes fugas de internos también ponen en evidencia las deficiencias del sistema de seguridad;
- e) la continuación de los hechos de violencia, incluidos dos homicidios cometidos con posterioridad a la adopción de la resolución de medidas provisionales, así como la continuada falta de seguridad y control, evidencian que el Estado no ha dado pleno cumplimiento a su obligación de prevenir los ataques contra la vida e integridad personal de los internos de la Penitenciaría, y que no ha adoptado las medidas de seguridad indispensables para impedir nuevos incidentes de violencia;
- f) en cuanto a la investigación de los hechos violentos ocurridos en 2004 y 2005, que terminaron con la muerte de 18 internos y lesiones para otros tantos, el Estado no ha informado el estado actual de dichas indagaciones y sus resultados;

- g) hasta la fecha prácticamente ningún funcionario administrativo o de seguridad ha sido investigado ni sancionado, pese a múltiples denuncias de los internos por maltrato físico y psicológico;
- h) pese a que el gobierno federal ha solicitado constituirse en querellante en los procesos iniciados en relación con los hechos violentos ocurridos en la Penitenciaría, dichas solicitudes han sido sistemáticamente desechadas por las autoridades judiciales provinciales;
- i) el proceso de diseño e implementación de las medidas provisionales cuenta con la participación de los representantes de los beneficiarios;
- j) solicita a la Corte que inste al Estado a llevar a cabo investigaciones serias, completas y ágiles para individualizar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes. Además, que requiera al Estado información urgente, concreta y detallada sobre las acciones emprendidas respecto de los siguientes puntos:
 - i. aumento de números de guardias y del cambio en los patrones de vigilancia;
 - ii. implementación de nuevas medidas para el control de la seguridad;
 - iii. identificación y reubicación de los posibles líderes de hechos violentos;
 - iv. separación de los presos por categorías;
 - v. solución de problemas de higiene, falta de agua y la adecuación del sistema de iluminación; y
 - vi. mejora de servicios médicos.

25. El escrito de 18 de abril de 2005, mediante el cual el Estado presentó su tercer informe estatal. En dicho escrito manifestó, *inter alia*, que:

242 |

- a) en marzo de 2005 el equipo técnico de la llamada Comisión de Seguimiento, integrado por representantes de la Cancillería, de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, de la Subsecretaría de Justicia de la Provincia de Mendoza, y de representantes de los peticionarios elaboró un informe;
- b) las nuevas autoridades provinciales llevaron a cabo medidas tendientes a mejorar la situación penitenciaria y se han adoptado medidas fundadas en el informe de la Comisión de Seguimiento, respecto de cámaras de seguridad, sistema de iluminación, incorporación de agentes penitenciarios, proyecto de plan de carrera a nivel universitario para los agentes, refacciones de los pabellones, adquisición de material para esparcimiento, actividades de laborterapia y reinserción social, condiciones de salud, inauguración de un pabellón, refuncionalización de la Oficina de Gestión, Control y Seguimiento de la Pena, creación de la Oficina de Peticiones y Notificaciones de Internos, y refuncionalización de la Oficina de Instrucción de Actuaciones Disciplinarias;
- c) en atención a las demoras en los procesos judiciales, se sancionó la Ley No. 7340, que creó el nuevo Juzgado de Ejecución;
- d) cuatro internos que testificaron en las investigaciones sobre el asesinato del interno Salinas han sido devueltos a la Provincia de Mendoza, por lo que el Estado tomó las medidas de seguridad necesarias para preservar su integridad psico-física;
- e) las investigaciones sobre el asesinato del interno Cuellar se encontraban en pleno diligenciamiento; y
- f) renovaba su voluntad de realizar esfuerzos para cumplir las medidas provisionales.

26. La audiencia pública sobre las medidas provisionales celebrada en Asunción, Paraguay en la sede de la Corte Suprema de Justicia de ese país, el 11 de mayo de 2005, en la que comparecieron:

por la Comisión Interamericana:

Florentín Meléndez, delegado;
Elizabeth Abi-Mershed, asesora;
Victor Madrigal, asesor;
Juan Pablo Albán, asesor; y
Lilly Ching, asesora;

por los representantes:

Carlos Eduardo Varela Álvarez; y
Pablo Gabriel Salinas;

por el Estado:

Jorge Nelson Cardozo, de la Secretaría de Relaciones Exteriores;
Alberto Javier Salgado, de la Dirección de Derechos Humanos de
la Secretaría de Relaciones Exteriores; y
Alejandro Acosta, Subsecretario de Justicia del Gobierno de
la Provincia de Mendoza.

27. Los alegatos expuestos por la Comisión en la referida audiencia pública, entre los cuales manifestó que:

- a) es esencial que las medidas provisionales se mantengan;
- b) es necesario que la Corte dé mayor especificidad de las medidas que deben adoptar los gobiernos local y federal en el sistema penitenciario y en el ámbito judicial, para que exista un cumplimiento cabal de las medidas;
- c) las medidas provisionales no han sido cumplidas en forma eficaz. Los internos se encuentran abandonados; 18 internos y un guardia han muerto desde comienzos de 2004 y ha habido muchos internos y guardias heridos; existen condiciones inhumanas que ponen en riesgo la integridad personal de los internos, tales como la sobrepoblación y la falta de servicios sanitarios; el sistema de seguridad es deficiente, lo que propicia la violencia entre internos; el personal penitenciario es insuficiente; la mayoría de los internos no tienen acceso a la escuela o a talleres; no existen planes de contingencia; no existe separación entre condenados y procesados, ni por su peligrosidad; existe demora en la tramitación de los procesos; sólo existe un juzgado de ejecución penal y, además, éste no concede beneficios penitenciarios; y no se ha creado el nuevo juzgado de ejecución penal;
- d) la Comisión, en su visita *in loco*, constató las situaciones precarias en la que viven los internos;
- e) el Estado no ha informado sobre las acciones concretas para reforzar la cantidad de guardias, la calidad de monitoreo u otros controles para preservar el orden, ni sobre las investigaciones de los asesinatos ocurridos; y
- f) reconoce que se han hecho algunos esfuerzos tendientes al mejoramiento de la situación, pero no han sido suficientes. Asimismo, valora las acciones de la Comisión de Seguimiento pero es necesario hacerla más efectiva.

28. Los alegatos expuestos por los representantes en la referida audiencia pública, en los cuales coincidieron en sus apreciaciones con la Comisión, y manifestaron además que :

- a) es necesario mantener y ampliar las medidas provisionales;
- b) las entrevistas realizadas a los internos reflejan su situación carcelaria;
- c) los internos no cuentan con actividades físicas, ni atención médica o psicológica; las condiciones de higiene son deplorables, al grado que los internos pueden ser infectados de hepatitis o de sida;

- d) de 19 muertes que ha habido en la prisión, sólo en dos casos ha habido imputados;
- e) quienes declararon sobre una de las muertes, fueron trasladados y sus nombres dados a la prensa;
- f) tres menores han sido condenados a prisión perpetua en violación a la Convención sobre los Derechos del Niño; y
- g) es necesario un sistema de seguridad que sea compatible con los derechos humanos. En particular, es necesario determinar cuáles son los factores que causan la violencia para mejorar las relaciones interindividuales de los detenidos, entre los cuales destacan el hacinamiento; la falta de atención médica y psicológica; la falta de actividades y capacitación para lograr una reinserción; la duración del proceso; y la corrupción que facilita la existencia de armas y drogas, así como la consecuente formación de grupos de poder a lo interno de la prisión.

29. Los alegatos expuestos por el Estado en la referida audiencia pública, en los cuales expresó, *inter alia*, que :

- a) la situación de las penitenciarías de Mendoza es innegable, real y es necesario resolverla de manera urgente e inmediata;
- b) el sistema carcelario se encuentra en crisis, por lo que para resolver las presentes medidas es necesaria la ayuda y colaboración de todo el grupo;
- c) comparte la preocupación con la Comisión y los representantes, por lo que reafirma su voluntad y compromiso de adoptar, en el marco de sus competencias internas e internacionales, las medidas conducentes;
- d) no objeta la necesidad de que continúen las medidas provisionales y, si la Corte lo considera pertinente, que éstas se realicen con mayor especificidad;
- e) valora el papel de la Comisión y de la Corte;
- f) se ha acordado que la Comisión de Seguimiento creada en noviembre de 2004 no trabaje más desde Buenos Aires por lo que se creó un grupo de trabajo permanente en la Provincia;
- g) el gobierno provincial ha sido reestructurado;
- h) se han dado avances después de la visita *in loco* de la Comisión, lo cual consta en el informe de la Comisión de Seguimiento. Estos avances sirven para paliar la situación pero deben profundizarse;
- i) las medidas que se toman a nivel ejecutivo no se plasman en la realidad;
- j) existe una deficiencia en el poder judicial. Sin embargo, cuando sucedió la última muerte se llevó a cabo una investigación inmediata por parte de las autoridades judiciales;
- k) el pabellón No. 7 de la Penitenciaría ha sido clausurado;
- l) se está construyendo un nuevo establecimiento penal;
- m) ya hay una fecha próxima para los exámenes concernientes para la creación del 2º juzgado de ejecución; y
- n) existe una propuesta para que la doble instancia sea trasladada en forma operativa a lo que es la aplicación de la pena.

30. El llamamiento del Presidente de la Corte realizado durante dicha audiencia pública, mediante el cual invitó a la Comisión, a los representantes y al Estado, en atención a su coincidencia en cuanto al diagnóstico de la situación, a la apreciación de los hechos y a su extraordinaria gravedad, a presentar un planteamiento conjunto para dar mayor especificidad a las medidas provisionales.

31. El acta suscrita por los representantes de la Comisión, los representantes y el Estado, presentada el 11 de mayo de 2005 ante la Corte durante dicha audiencia pública, mediante la cual manifestaron su conformidad de mantener vigentes las medidas provisionales y acor-

daron “elevar a la consideración de la [...] Corte Interamericana [...] el siguiente conjunto de medidas destinadas a que [el] Tribunal evalúe la posibilidad de especificar el contenido de la Resolución de 22 de noviembre de 2004, a fin de garantizar la vida y la integridad física de los beneficiarios de dicha resolución:”

1) Con respecto al personal penitenciario, adoptar medidas tendientes a:

- a) En lo inmediato: incrementar el personal penitenciario destinado a garantizar la seguridad en los establecimientos;
- b) variar los patrones de vigilancia de manera tal que asegure su adecuado control y la presencia efectiva en los pabellones;
- c) a mediano plazo, llevar a cabo un proceso de depuración del cuerpo de agentes penitenciarios que garantice una adecuada prestación del servicio;
- d) en forma constante, asegurar la capacitación y formación continua del personal penitenciario; y
- e) requerir a las autoridades de la Inspección General de Seguridad de la Provincia que informen el resultado de las investigaciones sobre la responsabilidad funcional de las muertes y heridos en la Penitenciaría de Mendoza y de Gustavo André durante 2004/2005 y a expedirse en relación a los procesos administrativos en trámite.

2) Separación de los internos por categorías:

- a) En lo inmediato: adoptar las medidas necesarias para separar a los internos procesados de los condenados y los [j]óvenes adultos de los adultos; y
- b) en forma progresiva: desarrollar un mecanismo de clasificación teniendo en cuenta por lo menos los criterios establecidos en el artículo 8 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas.

3) Medidas para evitar la presencia de armas dentro de los establecimientos:

Implementar acciones para que, de manera inmediata, sean requisadas las armas de todo tipo que pudieran existir en el interior de los establecimientos, con un adecuado monitoreo, y con presencia y control judicial, a efectos de garantizar su legalidad. Asimismo, se deberán adoptar las medidas que sean necesarias para evitar el ingreso clandestino de armas, incluyendo [en] el control a los ámbitos destinados a los agentes penitenciarios.

4) Régimen disciplinario:

- a) De manera inmediata: se deberán adoptar las medidas que fueran necesarias a efectos de que, a la mayor brevedad, se notifique a la defensa de toda persona que sea objeto de un sumario administrativo tendiente a aplicarle una sanción, con el objeto de garantizar que pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa; y
- a) a mediano plazo: se deberán adoptar las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para establecer un régimen disciplinario conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables.

5) Mejoras Progresivas en las Condiciones de Detención:

- a) De manera inmediata: implementar un relevamiento de las personas alojadas en el sistema penitenciario provincial, el que estará a cargo del Ministerio de Justicia y

Seguridad de Mendoza; el acceso a duchas y sanitarios que funcionen; se proveerá semanalmente artículos de higiene; se garantizará el acceso al agua potable suficiente; se adoptarán las medidas necesarias para que todas las áreas del penal estén iluminadas; se prohibirán los encierros prolongados y los grupos de represión de encapuchados y las restricciones de visitas; se prohibirá el acceso de personal con perros a los pabellones, como igualmente en la zona en que se encuentren las visitas;

- b) a mediano plazo, se ampliará el registro de los internos, de conformidad [con] lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Bulacio, párrafo 132;
- c) se informará bimestralmente del resultado del relevamiento del estado de salud de los internos indicando las historias clínicas confeccionadas, el tratamiento indicado y asegurando la provisión de medicamentos y la alimentación sugerida;
- d) en un mediano plazo se implementará la atención psicológica, siquiátrica, odontológica y oftalmológica;
- e) se garantizará el acceso equitativo de los internos a los Programas de Trabajo, recreación, educación formal y no formal y se crearán otros programas vinculados a la reinserción;
- f) disminuir el hacinamiento mediante la reducción de la cantidad de personas encarceladas en prisión preventiva (conforme con los criterios establecidos en el reciente fallo de la CSJN sobre las cárceles de Buenos Aires) para lo cual se deberán utilizar mecanismos alternativos a la prisión preventiva por ejemplo programas de libertad bajo palabra; y
- g) en cuanto el hacinamiento se debe garantizar el efectivo cumplimiento del régimen progresivo de la pena.

6) Activación del sistema judicial:

- a) Efectivo cumplimiento de los plazos de duración de los procesos judiciales conforme lo dictamina el Pacto de San José de Costa Rica y el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza;
- a) investigación de los hechos de violencia acaecidos en la Penitenciaría de Mendoza y Gustavo André; y
- a) efectivo cumplimiento de la obligación de visitar periódicamente las cárceles por parte de Jueces, Fiscales y Defensores Oficiales con detenidos y/o procesados a cargo de la dependencia del Poder Judicial de la cual son Titulares.

7) Creación de Comisión de Investigación *ad hoc*:

- a) Tendrá como objetivo investigar los hechos de violencia y muertes sucedidos en los penales de la provincia de Mendoza desde enero de 2004 y hasta la fecha;
- a) dicha Comisión tendrá las características de especialidad, independencia e imparcialidad. Desarrollará su accionar en el marco de los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, recomendadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 1989/65 de 24 de mayo de 1989; y
- a) será nombrada por los gobiernos nacional y provincial conforme a las pautas referidas precedentemente.

8) Fortalecimiento de la Comisión de Seguimiento:

La comisión de seguimiento creada en noviembre de 2004, integrada por el gobierno nacional, por el gobierno de Mendoza, la Senadora nacional Marita Perceval, la Suprema Corte de Justicia provincial y por los peticionarios, será ampliada en su inte-

gración de modo de optimizar su horizonte de operación, evaluándose la posibilidad de incluir al [M]inisterio del Interior de la Nación, la Jefatura de Gabinete de la Nación y la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

9) Asistencia y cooperación:

El Estado Nacional se compromete a asistir a la provincia de Mendoza con los recursos necesarios para la implementación de las medidas establecidas en el presente documento.

32. El escrito de 20 de mayo de 2005, mediante el cual los representantes manifestaron que “varios internos se han co[s]ido la boca en el Pabellón 3 de la Penitenciaría Local en protesta por haber sido injustamente sancionados [...] al haber realizado una huelga de hambre [...] debido a la demora en sus procesos judiciales.”

33. La comunicación de 26 de mayo de 2005, mediante la cual los representantes solicitaron que “se incorpore el informe anual de Amnistía Internacional en lo relativo a Argentina y a Mendoza” al expediente del presente caso, lo cual fue realizado por instrucciones del Presidente.

34. El escrito de 14 de junio de 2005, mediante el cual el Estado presentó su cuarto informe estatal. En dicho escrito manifestó, *inter alia*, que:

- a) se nombró una Directora del Servicio Penitenciario de la Provincia de Mendoza, sin perjuicio de la continuidad del Director de la Penitenciaría;
- b) los objetivos de la Dirección del Servicio Penitenciario son, entre otros, establecer vínculos y coordinar con todas las Unidades del Sistema Penitenciario, para dar efectivo cumplimiento a las directivas o políticas que se deciden en el ámbito de la Subsecretaría de Justicia;
- c) el gobierno provincial se encuentra desarrollando un programa de cooperación con algunas empresas para ocupar como mano de obra a internos que se encuentren en fase de confianza;
- d) el gobierno provincial celebró un convenio con el Círculo Médico de la provincia, el cual ha permitido la atención de los internos; y
- e) las autoridades federales y provinciales se encuentran abocadas al diseño e implementación de un plan de contingencia.

Considerando:

1. Que la Argentina es Estado Parte en la Convención Americana desde el 5 de septiembre de 1984 y, de acuerdo con el artículo 62 de la misma, reconoció la competencia contenciosa de la Corte en el mismo acto de ratificación.
2. Que el artículo 63.2 de la Convención Americana dispone que, “[e]n casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.
3. Que, en los términos del artículo 25 del Reglamento de la Corte,

[...]

2) Si se tratare de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión.

[...]

6) Los beneficiarios de medidas provisionales o medidas urgentes del Presidente podrán presentar directamente a la Corte sus observaciones al informe del Estado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de los beneficiarios de las medidas o sus representantes.

[...]

4. Que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar por cuanto protegen derechos humanos. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.

5. Que el caso que dio origen a las presentes medidas provisionales no se encuentra en conocimiento de la Corte en cuanto al fondo y que la adopción de medidas provisionales no implica una decisión sobre el fondo de la controversia existente entre los peticionarios y el Estado². Al adoptar medidas provisionales, la Corte únicamente está ejerciendo su mandato conforme a la Convención, en casos de extrema gravedad y urgencia que requieran medidas de protección para evitar daños irreparables a las personas.

6. Que el artículo 1.1 de la Convención establece la obligación general que tienen los Estados Partes de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. La Corte ha estimado que este deber es más evidente al tratarse de personas reclusas en un centro de detención estatal, caso en el cual el Estado es el garante de los derechos de las personas que se encuentran bajo su custodia³.

7. Que la Corte ha establecido que “[u]na de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de [procurar] a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención”⁴.

8. Que de la información suministrada por la Comisión, los representantes y el Estado, las manifestaciones de aquéllos durante la audiencia pública (*supra* Vistos 27 a 29) y en particular del informe de la visita *in situ* realizada por la Comisión (*supra* Visto 24), se desprende claramente que, a pesar de determinadas medidas adoptadas por el Estado tendientes a mejorar las condiciones carcelarias (*supra* Vistos 11, 19, 25, 29 y 34), persiste

² Cfr., *inter alia*, *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2005, considerando quinto; *Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2005, considerando quinto; y *Caso Fermín Ramírez*. Medidas Urgentes. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de diciembre de 2004, considerando décimo tercero.

³ Cfr., *inter alia*, *Caso de las Penitenciarías de Mendoza*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004, considerando sexto; *Caso de la Cárcel de Urso Branco*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de julio de 2004, considerando sexto; y *Caso Gómez Paquiyauri*, Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de mayo de 2004, considerando decimotercero.

⁴ Cfr. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 159.

una situación de extrema gravedad y urgencia y de posible irreparabilidad de daños a los derechos a la vida e integridad personal de los beneficiarios de las medidas. En particular, han continuado ocurriendo actos de violencia que han producido heridas o incluso la muerte de varios internos y guardias penitenciarios; las condiciones de detención siguen siendo precarias y las condiciones de seguridad insuficientes; y los procesos de los internos sufren de excesiva demora, lo cual repercute negativamente en el hacinamiento y las dificultades para la separación de presos por categorías. Esta situación ha sido también verificada por otras entidades internacionales⁵.

9. Que la Corte valora positivamente el hecho de que, durante la audiencia pública celebrada el 11 de mayo de 2005 en la sede de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, la Comisión, los representantes y el Estado coincidieron en la necesidad de mantener vigentes las medidas provisionales y suscribieron un acuerdo en el cual desglosaron los puntos que estimaron deben ser considerados por la Corte para hacer más específicas las medidas provisionales (*supra* Visto 31). La suscripción de este acuerdo constituye una contribución positiva al desarrollo de este procedimiento de medidas provisionales, para determinar las soluciones a la situación que originó la adopción de las mismas y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención. El Tribunal destaca la buena fe que ha mostrado el Estado argentino ante esta jurisdicción, lo cual demuestra su compromiso con el respeto y la vigencia de los derechos humanos.
10. Que es relevante una decisión adoptada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, al resolver un recurso de queja contra una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, respecto de un recurso de habeas corpus interpuesto a favor de la totalidad de los detenidos que se encontraban en establecimientos policiales sobrepoblados y en comisarías de la Provincia de Buenos Aires. En esta resolución de 3 de mayo de 2005, dicha Corte Suprema hizo un análisis de instrumentos y jurisprudencia internacionales relativa a condiciones de detención, y realizó una serie de consideraciones y disposiciones aplicables, en gran medida, a una situación como la presente, a saber:

[...] Que un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ella, proscribiendo toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija (art. 18 de la Constitución Nacional). [...] Aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene contenido operativo. Como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral. La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario.

[...] Que la situación no controvertida de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires pone en peligro la vida y la integridad física del personal penitenciario y policial, además de que genera condiciones indignas y altamente riesgosas de trabajo de esos funcionarios y empleados.

5. Cfr. Comité de Naciones Unidas contra la Tortura. Conclusiones y Recomendaciones: Argentina 33ª sesión, celebrada del 15 al 26 de noviembre de 2004, CAT/C/CR/33/1, párr. 6 a, b, c, h, i, j, l; y Amnistía Internacional, informe de 2005, capítulo titulado "Argentina", disponible en www.web.amnesty.org/report2005/arg-summary-esl.

Una prisión es un establecimiento en el que hay un fino equilibrio entre presos y personal, y la superpoblación provoca descontrol y violencia llevando ese equilibrio siempre precario al límite de la fragilidad. [...]

Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas –si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal– se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad. No cabe duda de que hay un marco normativo, no sólo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado en la Provincia de Buenos Aires.

[...] Que ante esta situación es indudable que esta Corte no puede resolver todas las cuestiones particulares que importa, dadas las dificultades antes señaladas y el número de casos y variables posibles, pero es su deber instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que en sus respectivas competencias extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las Reglas Mínimas y de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, en especial, en lo que hace a la tutela de la vida humana y la integridad física de los presos, del personal y de terceros.

[...] Que no escapa a esta Corte que de verificarse algunos de los extremos mencionados por el accionante, sería posible que se configurasen eventuales casos de agravamientos que importarían trato cruel, inhumano o degradante u otros análogos, susceptibles de acarrear responsabilidad al Estado Federal. En esta eventualidad, es deber de esta Corte, por estar comprometida la responsabilidad internacional del Estado Federal, instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que hagan cesar con la urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, según corresponda.

250 |

11. Que para garantizar efectivamente los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación erga omnes de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Como lo ha dicho la Corte, tal obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares⁶. En las circunstancias del presente caso, las medidas que se adopten deben incluir las que puedan favorecer al mantenimiento de un clima de respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad entre sí, en particular, la separación de los internos por categorías, las medidas para evitar la presencia de armas dentro de los establecimientos y las mejoras en las condiciones de detención (*supra* Visto 31). Es decir, las medidas acordadas entre las partes contribuirían a asegurar la garantía de los derechos reconocidos en la Convención en las relaciones inter-individuales de dichas personas, además de los efectos propios de las relaciones entre las autoridades penitenciarias y gubernamentales con dichas personas. Al respecto, esta Corte considera que el Estado se encuentra en una posición especial de garante con respecto a las personas privadas de libertad, porque las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas⁷.

⁶ Cfr., *inter alia*, *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, *supra* nota 1, considerando décimo; *Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, *supra* nota 1, considerando noveno; y *Caso Eloisa Barrios y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2004, considerando décimo segundo.

⁷ Cfr. *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 129; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, *supra* nota 1, párr. 152; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 98.

12. Que es procedente mantener vigentes las medidas provisionales, en virtud de las cuales el Estado tiene el deber de proteger la vida y la integridad de todas las personas privadas de libertad en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como de todas las personas que se encuentren en el interior de éstas, siendo algunas de las medidas que debe adoptar las señaladas en el acuerdo alcanzado por la Comisión, los representantes y el Estado (*supra* Visto 31).

Por tanto:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos,

en uso de las atribuciones que le confieren el artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 25 y 29 de su Reglamento,

Resuelve:

1. Reiterar al Estado que mantenga las medidas provisionales adoptadas en los términos de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004 y disponga, en forma inmediata, las que sean necesarias para proteger eficazmente la vida e integridad de todas las personas privadas de libertad en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como de todas las personas que se encuentren en el interior de éstas. Entre las medidas que el Estado debe adoptar figuran las contenidas en el acuerdo suscrito por la Comisión Interamericana, los representantes de los beneficiarios de las medidas y el Estado (*supra*).
2. Requerir al Estado que continúe informando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada dos meses a partir de su último informe, sobre las providencias adoptadas para cumplir con todo lo ordenado por la Corte Interamericana, y requerir a los representantes de los beneficiarios de las medidas provisionales ordenadas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presenten sus observaciones a dichos informes del Estado en un plazo de cuatro y seis semanas, respectivamente, contadas a partir de la recepción de los referidos informes del Estado.
3. Notificar la presente Resolución a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a los representantes de los beneficiarios y al Estado de la Argentina.

| 251

Los Jueces Sergio García Ramírez y Antônio A. Cançado Trindade hicieron conocer a la Corte sus Votos Concurrentes, los cuales acompañan a esta Resolución.

Sergio García Ramírez
Presidente

Alirio Abreu Burelli

Oliver Jackman

Antônio A. Cançado Trindade

Cecilia Medina Quiroga

Manuel E. Ventura Robles

Diego García-Sayán

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA EN EL CASO "VERBITSKY", SOBRE PERSONAS DETENIDAS EN CÁRCELES Y COMISARÍAS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES¹

Buenos Aires, 3 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio *s/ habeas corpus*", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que —por mayoría— declaró inadmisibles los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley deducidos contra la resolución de la Sala III del Tribunal de Casación Penal provincial, que había rechazado la acción de *habeas corpus* interpuesta, en forma directa ante ese tribunal, por Horacio Verbitsky, en su calidad de director del Centro de Estudios Legales y Sociales — en adelante CELS—, a favor de la totalidad de los detenidos que se encuentran alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarías de la Provincia de Buenos Aires, el accionante interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación dio lugar a la presentación de esta queja.

I. Relato de los hechos

I.1. La acción de *habeas corpus*

2°) Que con fecha 15 de noviembre de 2001 Horacio Verbitsky, en su carácter de representante legal del CELS, interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de *habeas corpus* correctivo y colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

Indicó que en el territorio provincial funcionan 340 comisarías cuyas instalaciones permiten albergar a 3178 personas, pero que en la realidad alojan 6364; haciendo hincapié en que esta situación se agravaba notablemente en las seccionales del conurbano bonaerense, en las cuales a la fecha de la presentación se hallaban detenidas 5080 personas en celdas que sólo podían cubrir 2068 plazas.

Describió que los calabozos de estas comisarías se encontraban en un estado deplorable de conservación e higiene, que carecían por lo general de ventilación y luz natural, que no contaban con ningún tipo de mobiliario —por lo que toda actividad (comer, dormir, etc.) que desarrollaban los internos, debía llevarse a cabo en el piso—, que los sanitarios no eran suficientes para todos y que no se garantizaba la alimentación adecuada de los reclusos. Frente a esta situación, sostuvo que el riesgo de propagación de enfermedades infecto contagiosas se tornaba mucho mayor, al igual que el aumento de los casos de violencia física y sexual entre los propios internos.

Especificó que los lugares de alojamiento de detenidos provinciales deben respetar reglas mínimas que garanticen los derechos de los reclusos. En ese sentido, indicó que los lugares de alojamiento de detenidos debían ser considerados en función al cubaje mínimo por

¹ N. de la redacción: Se publica únicamente el voto de la mayoría. Se pueden hallar las disidencias, totales y parciales en http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal2/cons_fallos.jsp

interno, a las condiciones de aireación, de iluminación, de calefacción, de sanidad, a la cantidad de camas, de seguridad para el descanso, de contacto diario al aire libre con posibilidad de desplazamiento, de acceso al servicio médico, al sistema educativo, trabajo y a la alimentación adecuada; condiciones éstas, que el Estado provincial no satisfacía siquiera mínimamente en virtud del hacinamiento denunciado.

Manifestó que estas condiciones de detención incrementaban las posibilidades de poner en riesgo la vida y la integridad física de las personas, tanto de los detenidos como del personal asignado a la custodia.

Por otra parte, señaló que la situación en las cárceles provinciales no era mejor y que incluso el Poder Ejecutivo provincial había reconocido esta situación al declarar la emergencia funcional del Sistema Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires mediante el decreto 1132/01.

Explicó que muchas personas permanecen detenidas en comisarías, pese a que la Constitución y la ley lo impiden, consignando además, que gran cantidad de los detenidos continuaban en dichas instalaciones pese a haber vencido el plazo que la ley menciona para su alojamiento excepcional, y si bien había sido ordenado el traslado de gran parte de ellos a unidades penitenciarias, éste no se había hecho efectivo por falta de cupos en éstas.

Refirió que muchas de las personas detenidas en comisarías se encontraban procesadas con prisión preventiva, por lo que su detención debía llevarse a cabo en dependencias carcelarias propiamente dichas, pertenecientes al Servicio Penitenciario, invirtiendo de esta manera los roles del personal policial, que debe garantizar la seguridad de aquéllos, cuando dicha tarea no corresponde a su órbita institucional.

Mencionó especialmente la situación de las mujeres y menores detenidos en establecimientos policiales como una violación flagrante de las normas internacionales que rigen la materia.

254 | En suma, consideró que la situación planteada en los hechos resultaba violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional; como así también de las leyes nacionales y provinciales que aseguran y regulan los derechos básicos de las personas detenidas, estableciendo un tratamiento humano y digno tendiente a garantizar el fortalecimiento de la dignidad humana y la inserción social de los procesados y condenados.

Sostuvo que la situación denunciada constituía un caso inobjetable de gravedad institucional que tornaba imperioso el tratamiento por parte de dicha judicatura, para que, mediante su pronunciamiento, se resolviera la problemática de la totalidad de las personas privadas de su libertad en comisarías de la Provincia de Buenos Aires, dado que, las acciones individuales incoadas ante los tribunales de instancia inferior sólo habían producido resoluciones parciales que aliviaban la situación concreta de algunos, agravando en ciertas ocasiones la de otros, sin que, en definitiva, se dispusiese una solución eficaz al problema del alojamiento y la superpoblación.

En virtud de ello, el accionante consideró que las situaciones descriptas constituían agravamientos arbitrarios de las condiciones de detención legal y por ello hacían procedente la acción en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional. Sobre tal base solicitó al Tribunal de Casación provincial que asumiera la competencia respecto de la situación de ese colectivo de personas a los efectos de repararla como así también para que se determinara un mecanismo que sea capaz de evitar la reiteración de estas irregularidades en el futuro.

A tal fin requirió el establecimiento de una instancia de ejecución de la sentencia, en la que, a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pudiera determinarse el modo en que la administración pueda hacer efectivo el cese de esas condiciones oprobiosas de detención; modo éste que debía ser controlado por el Tribunal.

I.2. El dictamen conjunto del fiscal y del defensor ante el Tribunal de Casación Provincial

3°) Que a fs. 23/24 de la presente queja se halla glosada la presentación conjunta efectuada por el fiscal y el defensor oficial ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. En la misma, solicitaron que se declarara admisible la acción de *habeas corpus* interpuesta por el CELS.

Coincidieron con el accionante en cuanto a que la situación planteada por éste constituía una violación sistemática y deliberada de las normas protectoras del respeto a la dignidad de la persona. Por ello, entendieron que resultaba insuficiente abordar la problemática en forma aislada, realizando presentaciones ante cada uno de los órganos jurisdiccionales de los distintos departamentos judiciales de la provincia, puesto que con ellas sólo podía lograrse una respuesta parcial o temporal sobre determinados casos, pero que en manera alguna, podía considerarse satisfactoria con respecto a la situación colectiva.

Finalmente, consideraron que el caso revestía gravedad institucional, no sólo porque excedía el interés de las partes, sino también porque comprometía eventuales responsabilidades del Estado Argentino ante los distintos organismos internacionales.

I.3. La sentencia del Tribunal de Casación

4°) Que la Sala III de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires decidió rechazar la acción incoada al considerar que no era el órgano competente para intervenir en los hechos denunciados en la presentación, pues en ésta, se hacía una referencia genérica y colectiva a las distintas situaciones e irregularidades en que se encontraban las personas privadas de su libertad en causas penales y detenidas en comisarías o establecimientos policiales provinciales. Sostuvo que su competencia estaba limitada al conocimiento del recurso de la especialidad, regulado en los arts. 406 y 417 del Código Procesal Penal local, por lo que no era competente para decidir en el caso traído a su conocimiento.

Señaló que no correspondía tomar una única decisión que englobase situaciones plures indeterminadas, aun cuando estén, de manera significativa, referidas a un problema común. En función de ello, y en tanto la acción interpuesta en forma genérica cuestionaba el sistema carcelario provincial —y su sucedáneo policial como extensión de aquél—, no se dirigía a obtener decisiones específicas para casos concretos, no procedía su consideración puesto que las situaciones individuales podían variar mucho entre sí, en la medida en que podían encontrarse lesionados distintos derechos esenciales. Por este motivo, correspondía que cada supuesto fuera evaluado por el juez propio de la causa.

Finalmente, agregó que la acción de *habeas corpus*, no autorizaba —en principio— a sustituir a los jueces propios de la causa en las decisiones que les incumben, de modo tal que la reparación de las agravaciones de las condiciones de detención denunciadas en la presentación debía encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales a cuya disposición se hallaban los detenidos.

I.4. Los recursos locales de nulidad e inaplicabilidad de ley

5°) Que el CELS impugnó ante la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires la sentencia del Tribunal de Casación a través de los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley previstos en la Constitución provincial y en el procedimiento penal local, por considerar que había omitido el tratamiento de las cuestiones planteadas por razones formales de competencia, sin tomar en cuenta la gravedad institucional que los hechos denunciados acarrearán.

Por otra parte, consideró que la decisión adoptada —en tanto estableció que se debía analizar cada caso concreto de manera individual por los jueces de la causa, lo que obligaba a interponer una acción de *habeas corpus* correctivo por cada persona detenida en las con-

diciones referidas, ante los distintos jueces que entendieran en su causa—, había desconocido la posibilidad de accionar en defensa de derechos e intereses colectivos, contemplada en el art. 43, párrafo segundo de la Constitución Nacional.

En este sentido, sostuvo su legitimación procesal activa para accionar en forma colectiva, pues lo que se perseguía con la presentación incoada no era sólo la solución de la situación individual de cada detenido, sino, antes bien, una respuesta concreta al conflicto colectivo que comprometía al Estado provincial, en virtud de la violación permanente y sistemática de los estándares jurídicos en materia penitenciaria fijados por la Constitución Nacional y diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Agregó que los fundamentos dados por el tribunal para justificar su decisión conspiraban contra el principio de economía procesal, puesto que la interposición de una multiplicidad de acciones iba a generar otras tantas sentencias individuales que, incluso, podrían ser contradictorias entre sí, generando evidentes problemas de igualdad; mientras que la acción colectiva permitía el dictado de un único pronunciamiento jurisdiccional referido a la solución de todo el conflicto.

Asimismo resaltó que la negativa a tratar las cuestiones planteadas en la acción colectiva significaba un supuesto de privación de justicia, en tanto que el agravamiento de las condiciones de detención de las personas amparadas continuaba sin repararse, y ello implicaba la continuidad de la vulneración de sus derechos, en franca violación de distintas normas del bloque de constitucionalidad federal.

Por último señaló, que si por vía de hipótesis el Tribunal de Casación provincial al declararse incompetente había descartado implícitamente que en el caso no concurrieran circunstancias para que se configurara un supuesto de gravedad institucional, este criterio no sólo no se ajustaba con sus propios pronunciamientos, sino que además, el propio fallo impugnado resultaba arbitrario por autocontradictorio, pues luego de indicar que la vía correspondiente para atender el reclamo era la de la acción individual ante cada juez de la causa donde se verificaran supuestos de agravamiento de las condiciones de detención, *obiter dictum* aparte, el propio juez Mahiques —que conformó la mayoría—, admitió que se trataba de un supuesto de gravedad institucional, reconociendo de esta forma la magnitud del conflicto.

256 |

1.5. La sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

6°) Que la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, decidió declarar inadmisibles los recursos del accionante. Para resolver de esta manera sostuvo que la resolución impugnada mediante los recursos incoados no revestía carácter de definitiva. Tuvo en cuenta que el pronunciamiento recurrido no sólo no cancelaba definitivamente los respectivos procesos principales sino que ni siquiera hacía lo propio con la misma pretensión deducida, en tanto ésta fue sometida a los magistrados a cuya disposición se encuentran las personas detenidas amparadas por la acción interpuesta.

Por último indicó que no era inadmisibles desplazar la competencia de los tribunales en detrimento de las normas vigentes, por supuestos que no pasaban de ser una conjetura del recurrente, en la medida que se planteaba la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal de Casación provincial, ante la imposibilidad de arribar a una solución del conflicto por parte de los magistrados legalmente habilitados en cada caso concreto.

1.6. El recurso extraordinario federal

7°) Que contra este pronunciamiento del tribunal superior local la actora interpuso recurso extraordinario federal. En dicho libelo, el recurrente justificó el carácter definitivo de la sentencia impugnada en la circunstancia de que impide la prosecución del procedimiento por la vía escogida, es decir, como *habeas corpus* colectivo.

En este sentido, calificó como error conceptual sostener que la cuestión planteada en el *sub judice* podía ser debatida individualmente en cada caso ante los magistrados a cuya disposición se hallan detenidos los amparados por el *habeas corpus* correctivo incoado, en tanto este razonamiento identifica a la acción colectiva como la suma de muchas acciones individuales tramitadas por separado, vulnerando de esta manera las pautas fijadas por el art. 43 constitucional que legitima a las entidades no gubernamentales para accionar en forma colectiva en representación de un grupo o clase de personas que requieren especial tutela.

De esta manera, a criterio del recurrente, el pronunciamiento impugnado, cerraba definitivamente la discusión sobre el tema, impidiendo el tratamiento de los agravios encauzados en la acción colectiva, que difieren sustancialmente de la solución individual y aleatoria que podría obtenerse en cada caso individual.

Por otra parte, tomando en cuenta la situación denunciada, remarcó que el transcurso del tiempo y la demora que implicaría tratar cada caso en forma particular aumentaba el gravamen que padecen las personas detenidas en condiciones agravadas, incrementando los riesgos contra la vida y la integridad física, tanto de los detenidos como del personal policial y penitenciario de custodia, en virtud de los peligros de crisis violentas que la situación pudiera generar. En este sentido, sostuvo que el perjuicio que ocasionan las distorsionadas condiciones de detención que sufren los amparados, no sólo subsistían sino que habían aumentado desde que se interpuso la acción y tendían a empeorar día tras día.

En virtud de ello, manifestó que aun cuando no se compartiera el criterio en torno al carácter definitivo de la sentencia por la conclusión del procedimiento por vía de la acción colectiva, la sentencia de la Corte bonaerense debía ser equiparada a definitiva, en tanto el gravamen que ocasionaba sería de imposible o insuficiente reparación ulterior, y se encontraban comprometidas en el caso garantías constitucionales que requerían de una tutela judicial inmediata, en la medida en que un pronunciamiento ulterior no podría subsanar los perjuicios causados por la demora de su dictado.

Por lo demás, consideró que el tribunal superior provincial al descartar la acción colectiva en favor de las acciones individuales se había expedido sobre la cuestión federal puesta a su consideración, por lo que cabía tener por fenecida la causa en la jurisdicción local.

Finalmente, y en forma supletoria para el caso que se entendiera que en la sentencia recurrida el tribunal *a quo* se había limitado a declarar formalmente inadmisibles los remedios extraordinarios locales, sin pronunciarse sobre las cuestiones federales involucradas, solicitó que la misma sea revocada no sólo por no cumplir con lo establecido por esta Corte en los precedentes "Strada" y "Di Mascio", sino porque además el pronunciamiento era arbitrario, toda vez que había omitido tratar la cuestión relativa a la falta de pronunciamiento del Tribunal de Casación respecto a si existía o no gravedad institucional en el caso planteado, o en su defecto, de haberse considerado tratada, la autocontradicción imputada a esta sentencia la tornaba arbitraria.

II. El trámite de las audiencias públicas

8°) Que esta Corte resolvió, en los términos del art. 34, inc. 4°, ap. a, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación convocar a las partes a dos audiencias públicas, que se llevaron a cabo el 1° de diciembre del pasado año y el 14 de abril del corriente.

En las mismas, tanto el CELS como el Poder Ejecutivo provincial presentaron sus inquietudes y aportaron escritos en los que sostuvieron sus respectivas posiciones.

9°) Que el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires proporcionó un informe que da cuenta del estado de situación en materia de personas privadas de la libertad en el ámbito territorial de la provincia, y también del programa de medidas propiciado por esa cartera para solucionar el conflicto.

De aquél, se desprende la existencia de un incremento notable (296,70%) en la cantidad de detenidos procesados por la justicia local desde el año 1990 —acentuándose desde 1998—, los que representan el 75% del total de las personas privadas de su libertad.

Por otra parte, también consta que la situación de las cárceles provinciales es crítica en materia de capacidad de alojamiento, habiéndose dispuesto por ello la imposibilidad de incorporación de nuevos detenidos por la resolución ministerial 221/04.

Se anexó un programa de reformas y ampliación del patronato de liberados, que lo posicionaría como una alternativa al encierro; la adquisición de un mayor número de pulseras magnéticas, y el impulso para la construcción de nuevas cárceles y alcaldías.

Por lo demás, se reconoció la superpoblación del sistema carcelario, la existencia de personas detenidas en comisarías bonaerenses —pese a la implementación del programa de traslado de detenidos a unidades del servicio penitenciario—; que la mayoría de los detenidos son procesados y que los juicios son lentos, y los inconvenientes para solucionar de manera definitiva la situación en el corto plazo en virtud de la profundidad y los alcances de la crisis económica que afectó al Estado Nacional y provincial.

También se indicó que, para determinar las condiciones de alojamiento de los detenidos, resultan aplicables las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el 1° Congreso de la Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente”. Asimismo se reconoció que existe un abuso en la utilización del instituto de la prisión preventiva, el cual, sumado a la demora en la tramitación de los juicios, agregaba en las cárceles y comisarías una cantidad adicional de detenidos. Por este motivo puso en conocimiento de este Tribunal que se había elaborado un proyecto de ley de control de cupo penitenciario, a los efectos de dotar de un mecanismo de corrección de las situaciones de detención que no se ajusten a las reglas internacionales, como así también de un sistema de comunicación con los jueces a cuya disposición se encuentren los detenidos que estén en condiciones de obtener su libertad o de ser incluidos en un régimen atenuado o alternativo de la prisión.

Finalmente propuso la introducción de medidas de oportunidad e instancias de mediación penal para solucionar estos inconvenientes, pero que aún no fueron aprobadas legislativamente.

258 |

10) Que la parte actora puso en conocimiento del tribunal que en los tres años transcurridos la situación descrita en la acción originaria, no sólo no se había modificado sino que se había incrementado.

Al respecto, mencionó que la cantidad de personas privadas de su libertad por la justicia provincial había crecido de 23.264 en noviembre del año 2001, a 30.414 para el mismo mes del año 2004, lo que implicaba un incremento del 31% en el término de tres años.

Del mismo modo indicó que —según datos suministrados por el propio servicio penitenciario de la provincia—, pese a haberse construido en el lapso señalado ut supra 6810 plazas carcelarias, continuaban detenidas en comisarías 5441 personas a julio del pasado año.

Con respecto a las condiciones de detención en las cárceles de la provincia, indicó que, a septiembre del pasado año, la distorsión de plazas oscilaba entre las 7700 y las 10.114 de acuerdo con los diversos mecanismos utilizados para medirla. Este dato ponía de relieve que la cantidad de personas alojadas en las dependencias penitenciarias provinciales excedía en más del 30% la capacidad máxima prevista, llegando incluso —según otras mediciones— al 50% de superpoblación.

Cuestionó las medidas llevadas a cabo por la provincia por cuanto ellas no habían tenido como resultado una variación sustancial de la situación, agregando a su vez, que algunas de las circunstancias se habían agravado en el último tiempo. En este sentido consideró que las propuestas del Estado provincial eran insuficientes e inidóneas para resolver las dificultades planteadas.

Consideró que las propuestas referidas al fortalecimiento del Patronato de Liberados y la adquisición de pulseras magnéticas, no tendrían un impacto sustancial sobre el problema del hacinamiento. Finalmente sostuvo que la superpoblación y las condiciones de detención continuaban agravándose como así también que había aumentado la cantidad de detenidos en dependencias policiales.

Sostuvo que la autoridad provincial considera que el hacinamiento padecido por los presos obedece —como regla general— a la escasez de espacio, motivo por el cual la solución al problema se reduciría a la construcción de nuevos lugares de detención, sin tomar en cuenta el aumento de la tasa de prisionización provocado por las medidas legislativas, ejecutivas y judiciales provinciales, dispuestas en los últimos seis años.

Así refirió que *"el alojamiento ilegal de personas en establecimientos policiales, así como el hacinamiento en el sistema penitenciario se ha ido consolidando en la Provincia de Buenos Aires como una componente de las condiciones de privación de la libertad en los últimos años. Esto más allá de la permanente construcción de establecimientos penitenciarios y otras medidas que se hayan intentado... Una serie de políticas públicas en materia criminal, que ubicaron a la cárcel como principal herramienta de solución de los conflictos sociales, han provocado que la provincia de Buenos Aires esté cerca de las tasas de encarcelamiento cada 100.000 habitantes más alta de la región. Con 220 para el 2004 esta tasa solo es superada por Chile. Sin embargo su nivel de crecimiento ha sido superior no solo al de Chile sino inclusive a los niveles de incremento de la tasa de prisionización en los Estados Unidos de América. Los datos señalan que una serie de acciones llevadas a cabo desde los poderes ejecutivo provincial, reformas legislativas y decisiones judiciales han sido unas variables fundamentales del incremento de los niveles de privación de la libertad y de las condiciones en que ésta se cumplen en dependencias policiales y penitenciarias. Entre otras cosas, las modificaciones introducidas en la normativa provincial promovieron: a) restringir al máximo los supuestos de libertad durante la sustanciación del proceso, invirtiendo el principio de excepcionalidad de la privación de libertad cautelar, y b) limitar el acceso a regímenes de ejecución de penas alternativos al encierro carcelario a cada vez más supuestos específicos, retomando la concepción de que los institutos pre liberatorios constituyen 'beneficios penitenciarios' en lugar de modalidades de cumplimiento de condenas. Las decisiones de política criminal en la provincia de Buenos Aires están orientadas a promover, sin que la ilegalidad de las privaciones de la libertad actúe como límite, más privación de libertad tanto en su aspecto cuantitativo como cualitativo, es decir, más presos detenidos por lapsos cada vez más prolongados"* (confr. fs. 256 vta.)

De esta manera mencionó que en los últimos seis años las reformas legislativas introducidas en el ordenamiento procesal local por las leyes provinciales 12.405 y 13.183 —que modificaron la regulación en materia de excarcelación—, como así también las modificaciones efectuadas a la legislación bonaerense de ejecución penal mediante la sanción de la ley 13.177, trajeron aparejadas un significativo aumento en la cantidad de personas privadas de su libertad en el ámbito local.

Asimismo señaló que, en virtud de estas reformas legislativas, se incrementó significativamente el número de condenas de prisión o reclusión por más de 3 años, pasando del 20% del total de condenas pronunciadas en 1998, al 31,4% en el año 2003.

Sin perjuicio de ello, refirió que igualmente la situación más grave de aumento de detenidos se vincula con detenciones durante el curso de los respectivos procesos, puesto que la gran mayoría de las personas privadas de la libertad aún no tienen condena firme.

III. Las presentaciones de los *amicus curiae*

11) Que en el trámite del recurso interpuesto ante esta Corte, fueron anexadas al expediente las presentaciones en carácter de amigos del tribunal, articuladas por la "Comisión Nacional de Juristas", la Organización "Human Rights Watch", la "Organización Mundial contra la Tortura", la "Asociación por los Derechos Civiles", la "Clínica Jurídica de Interés Público" de Córdoba, la Asociación Civil "El Agora", la Asociación Civil "Casa del Liberado" de Córdoba, y el "Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal".

En ellas, los organismos mencionados aportaron argumentos de derecho y jurisprudencia internacional relacionados con el caso en estudio para conocimiento de esta Corte.

IV. Dictamen del señor Procurador General de la Nación

12) Que llegada la presentación directa a conocimiento de este Tribunal, con fecha 29 de agosto de 2003 se dispuso dar vista al señor Procurador General de la Nación, quien con fecha 9 de febrero de 2004, emitió el dictamen obrante a fs. 99/104 de los presentes actuados, opinando que correspondía declarar procedente la queja, hacer lugar al recurso extraordinario y, en consecuencia, dejar sin efecto el pronunciamiento apelado.

Para así dictaminar, consideró que el recurso es formalmente admisible, puesto que el fallo impugnado proviene del tribunal superior de la causa, y además, rechaza en forma definitiva la acción con alcance colectivo que la actora pretende con apoyo en normas de carácter constitucional.

Agregó, que en el *sub lite* se halla cuestionada la inteligencia del art. 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional; y la resolución impugnada había sido contraria al derecho en que el recurrente fundó su planteo. Asimismo, estimó, que el tratamiento de la arbitrariedad del pronunciamiento apelado, no podía escindirse del conferido a la cuestión federal controvertida en el pleito.

En cuanto a los aspectos de fondo planteados, consideró que asistía razón al recurrente en cuanto sostuvo que se halla legitimado activamente para accionar en forma colectiva en representación de las personas privadas de su libertad en el ámbito provincial a las que se les habían agravado las condiciones de detención.

Destacó que esta legitimidad se desprende de la inteligencia que cabe asignarle al párrafo segundo del art. 43 de la Constitución Nacional, y en este sentido, tomando en cuenta que la pretensión del accionante tiene por objeto obtener una solución que abarque la totalidad de los casos que se encuentran en la misma situación, el razonamiento efectuado por el tribunal *a quo* en la medida en que impide el progreso de la acción colectiva, desvirtúa el alcance otorgado por la cláusula constitucional mencionada.

260 |

Por lo demás, compartió el criterio de la actora en lo que se refiere a que la acción colectiva resultaba el remedio procesal apto para solucionar la situación denunciada, toda vez que el ejercicio de acciones individuales en procesos separados podía incluso perjudicar a los miembros del colectivo.

Finalmente, coincidió con la recurrente en que la falta de tratamiento de cuestiones planteadas e invocadas oportunamente en la sentencia del tribunal inferior en grado, tornaban arbitrario el pronunciamiento, dado que no cuenta con fundamentos suficientes que sustenten esta carencia, descalificándolo entonces como acto jurisdiccional válido.

V. Procedencia del recurso extraordinario

13) Que el recurso extraordinario, tal como lo manifestara el señor Procurador General de la Nación, resulta formalmente procedente puesto que cumple con todos los requisitos exigidos por la ley 48.

Ello es así puesto que la sentencia impugnada fue dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que reviste en el caso el carácter de superior tribunal de la causa.

Dicho pronunciamiento es definitivo, pues pone fin a la acción colectiva pretendida por la recurrente en los términos pautados por el art. 43 constitucional. Por otra parte, en cualquier caso sería equiparable, pues el gravamen que provoca el objeto de la acción y que perjudicaría a todos los detenidos en establecimientos policiales de la Provincia de Buenos Aires — representados por la actora— es de imposible e insuficiente reparación ulterior, denunciándose como vulneradas distintas garantías enmarcadas en el art. 18 de la Constitución Nacional, como así también en diversos instrumentos internacionales incorporados a ella en virtud de la recepción establecida en el art. 75, inc. 22, que demandan tutela judicial efectiva e inmediata.

Asimismo existe cuestión federal suficiente pues se cuestiona la inteligencia y el alcance otorgado al art. 43 de la Constitución Nacional, como así también la violación al art. 18 *in fine* del mismo cuerpo, y a diversas normas contenidas en los tratados, convenciones y documentos internacionales que forman parte de nuestro bloque constitucional.

A mayor detalle, cabe destacar que al hallarse cuestionadas garantías del derecho internacional, el tratamiento del tema resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional.

Por lo demás, la resolución ha sido contraria al derecho que el recurrente fundó en esas normas, el agravio subsiste al momento de fallar y existe relación directa e inmediata entre el planteo realizado, la sentencia impugnada y las cláusulas constitucionales invocadas.

VI. El “*habeas corpus*” colectivo.

14) Que según consta en autos, en sus recursos ante la Corte provincial el CELS impugnó la interpretación del artículo constitucional 43 que hizo la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto al resolver que se debía accionar caso por caso desconoció la posibilidad de hacerlo en beneficio de intereses colectivos.

En consecuencia, al introducir sus agravios en la instancia extraordinaria federal, la parte recurrente sostuvo que la denegación de la acción intentada con fundamento en que ésta debía ejercerse ante cada uno de los magistrados a cuya disposición se encuentran detenidos sus amparados, vulnera el derecho a promover acciones en forma colectiva reconocido en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución Nacional.

15) Que es menester introducirnos en la cuestión mediante el estudio de la cláusula constitucional en crisis, a fin de especificar el alcance de lo allí dispuesto, esto es, si sólo se le reconoce al amparo *strictu sensu* la aptitud procesal suficiente para obtener una protección judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva, o si, por el contrario, se admite la posibilidad de hacerlo mediante la acción promovida en el *sub judice*.

16) Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el *habeas corpus* como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.

17) Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del *nomen juris* específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros).

18) Que este Tribunal —en una demanda contra la Provincia de Buenos Aires articulada en función de su competencia originaria, promovida a raíz de la muerte de 35 detenidos alojados en la cárcel de Olmos— ya había advertido que “*si el estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa*” (Fallos: 318:2002).

19) Que no se trata en el caso de discutir cuestiones importantes pero no esenciales, como el exactísimo cubaje de aire, dos o tres grados más o menos de temperatura u horarios de recreos y provisión de trabajo carcelario, media hora más o menos del horario de visitas, etc., sino que lo denunciado y lo admitido oficialmente como superpoblación carcelaria gene-

ra muy serios peligros para la vida y la integridad física de personas incluso ni siquiera involucradas en los potenciales conflictos.

VII. Los hechos no controvertidos en el caso y las propuestas del Estado provincial.

20) Que el marco excepcional y acotado previsto para el tratamiento de agravios federales por vía del recurso regulado por el art. 14 de la ley 48, impide a este Tribunal examinar y analizar situaciones que se vinculen con cuestiones de hecho y prueba, justamente para no desnaturalizar su contenido, ni alterar irracionalmente la función de esta judicatura.

21) Que en virtud de lo expuesto, no es posible verificar en el caso concreto algunas de las situaciones planteadas, puesto que requieren de medidas de prueba que no corresponden a esta instancia. Ellas, indefectiblemente son de competencia de los jueces propios de las causas a cuya disposición se encuentran las personas detenidas, quienes tienen, por expreso imperativo constitucional, la obligación de comprobarlas y, en su caso, de adoptar las medidas necesarias para corregirlas.

22) Que muchas de estas situaciones, vinculadas con el espacio, la aireación, la alimentación, la iluminación, las instalaciones sanitarias, la recreación y la asistencia médica — si bien la experiencia común en la conflictividad global en que se enmarcan llevaría en principio a admitirlas como ciertas en general—, seguramente varían en cada lugar de detención y para cada caso individual, por lo que requieren un tratamiento específico, reservado *prima facie* a los jueces provinciales.

23) Que sin embargo, existen hechos no controvertidos en las actuaciones que surgieron en el marco del trámite de las audiencias públicas, y que esta Corte no puede dejar de considerar, pues corresponden a una situación genérica, colectiva y estructural y, además, quedan fuera de las cuestiones probatorias, pues, como se ha destacado, fueron admitidos por el gobierno provincial con encomiable sinceridad.

262 | 24) Que no se ha puesto en discusión la superpoblación de detenidos, tanto en las instalaciones del servicio penitenciario, como en las dependencias policiales provinciales. Esta superpoblación, en los niveles alcanzados y admitidos, de por sí acreditan que el Estado provincial incumple con las condiciones mínimas de trato reconocidas a las personas privadas de su libertad.

Por otra parte, tampoco se puso en duda que se encuentran alojados en comisarías en calidad de detenidos adolescentes y personas enfermas.

También ha sido reconocido que, por los menos, el 75% de la población privada de su libertad son procesados con prisión preventiva que todavía no han sido condenados, y por lo tanto gozan de la presunción de inocencia.

Finalmente, está dicho y no controvertido en autos que si bien la cantidad de detenidos en la provincia ha aumentado año a año desde 1990, en los últimos seis años ha alcanzado un incremento exponencial que no guarda relación de proporcionalidad alguna ni con el aumento demográfico de la población ni con el aumento de los índices delictivos en la provincia.

25) Que no compete a esta Corte evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la administración provincial, ni poner en discusión su política penitenciaria y, menos aún, su política criminal en la parte en que le compete, como tampoco podría hacerlo ni siquiera respecto del Estado Federal. La valoración de las medidas que el Estado provincial comunica haber adoptado y que fueran expuestas en las audiencias públicas, solicitando que se incorporaran a las actuaciones, no son materia que deba evaluar esta Corte en cuanto a su acierto o conveniencia, más allá de considerar que acreditan el esfuerzo del Estado provincial respecto del problema.

26) Que reconoce la actora que la actuación judicial tiene sus límites y que en materias tales como la presente no puede imponer estrategias específicas, sino sólo exigir que se tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política llevada a cabo. En consonancia, acepta que no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsa-

narse el problema pues ésta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión.

Como consecuencia de admitir como impracticable una solución total e inmediata a la pretensión y que la obligación estatal está compuesta por múltiples y variadas cargas que necesariamente requieren planeamiento y despliegue a lo largo del tiempo, pide se establezcan instancias de ejecución en las que a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pueda determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de la inapropiada detención de personas.

Efectivamente, las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso.

En tal contexto y en el marco de lo que aquí se decide, es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al dialogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires.

Por ello, se estima procedente que esta Corte encomiende a la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables.

27) Que a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no juzicable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias.

Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad.

No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas.

28) Que en este sentido, si bien resultan atendibles algunas de las razones expuestas por el Poder Ejecutivo provincial, en cuanto a la carencia de recursos económicos para solucionar en el corto plazo los problemas planteados, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre el particular indicando que *"estas dolorosas comprobaciones, que es deber del Tribunal destacar, no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales" ... "Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)"* (Fallos: 318:2002)

29) Que en consecuencia, se plantea como disyuntiva, qué circunstancias ponderar al

momento de decidir; pues no resulta sencillo determinar en qué medida el fallo que se dicte, según el temperamento escogido y su fuerza ejecutoria, pueda contribuir a solucionar el conflicto, manteniendo el equilibrio y el respeto armónico que los principios republicano y federal demandan, como así también para garantizar el funcionamiento correcto de las instituciones y sus objetivos, sin sacrificar en aras de ellos otros derechos y deberes.

30) Que por este motivo, reconociendo la gravedad de la situación, los peligros que avizora y las dificultades que genera encontrar una solución en esta instancia, y con el marco acotado que proporciona el tratamiento del recurso extraordinario, fue que este Tribunal decidió convocar a las partes a sendas audiencias públicas, para tratar de encontrar en esa instancia de diálogo una propuesta consensuada y viable que permitiera allanar el camino para superar el conflicto.

31) Que no obstante ello y luego de realizadas las audiencias, esta propuesta consensuada no se ha vislumbrado, y la gravedad del caso impide seguir demorando el dictado de una sentencia, tomando en cuenta que el proceso ya lleva más de cuatro años de trámite sin que las medidas que se han adoptado para remediarlo hayan tenido eficacia. El Poder Ejecutivo provincial expuso una serie de esfuerzos que demuestran su empeño, pero que no resuelven la situación, precisando incluso que éste se debe al accionar de otros poderes del Estado provincial. Lo cierto es que parece que la situación se mantiene y se agrava con el aumento de detenidos informado por el Poder Ejecutivo provincial y se proyecta hacia el futuro inmediato con perspectivas de mayor gravedad. Se está jugando una carrera entre la Administración, que amplía el número de celdas disponibles, y el número de detenidos en aumento, sin que haya perspectivas cercanas de que las curvas se crucen, lo que impide hacer cesar la violación de derechos fundamentales y en particular el derecho a la vida y a la integridad personal de los presos, del personal de custodia y de terceros.

264 |

La experiencia corriente y técnica, y el sentido común indicarían que de seguir esta proyección, en el corto tiempo, el Estado provincial tampoco podría continuar su actual empeño, por obvias razones presupuestarias y políticas, o sea, porque se vería en la disyuntiva de continuar construyendo celdas indefinidamente o de atender otros requerimientos necesarios para el bienestar general (salud, educación, higiene pública, pavimentos, caminos, etc.). Esta perspectiva sería aun más peligrosa para los derechos que hoy se hallan comprometidos con las actuales condiciones de detención, pues se agravarían aun más y abarcarían a un número mayor de personas.

32) Que en el curso de las audiencias ha sido establecido, sin controversia alguna: a) el cuadro de situación señalado en el considerando 24; b) que hay menores y enfermos en comisarías; c) que los esfuerzos del Poder Ejecutivo provincial no alcanzan para resolver el problema porque no cede la curva ascendente del número de presos en la provincia; d) que este aumento responde básicamente a leyes provinciales en materia excarcelatoria y penitenciaria; e) que también el Poder Ejecutivo provincial considera que media un excesivo uso de la prisión preventiva por parte de los jueces de la Provincia de Buenos Aires.

33) Que frente a esta situación, al momento de definir las distintas alternativas a adoptarse y en el marco de su competencia corresponde que esta Corte adopte las medidas posibles y para ello es menester explorar esas posibilidades con referencia a los señalados puntos.

VIII. El cuadro de situación de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires y las posibles medidas de competencia de esta Corte.

34) Que el art. 18 de la Constitución Nacional al prescribir que *“las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice”*, reconoce a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humano, como así también establece la tutela judicial efectiva que garantiza su cumplimiento. El alcance de este texto ha sido puesto en discusión,

dudándose si abarcaba a los condenados, pues tiene un claro origen histórico iluminista referido a la prisión cautelar, como que parece provenir de Lardizábal: *"Aunque la cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos..."* (Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma, Madrid, 1782, pág. 211, ed. con estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Fundación Sancho El Sabio, Vitoria, 2001). Sin embargo, ha quedado superada la discusión después de la reforma constitucional de 1994, en cuanto a que los fines reintegradores sociales de la pena de prisión están consagrados en virtud del inc. 22 del art. 75 constitucional, y, además, en el caso se refiere al 75% de los amparados, que son presos cautelares.

35) Que la privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente. *"Las cárceles en sí mismas, por sus condiciones materiales, higiénicas y de salubridad no deben agravar el mal inherente a la pena, ni las autoridades ejecutarlas en forma que aumentan ese mal"* (Nuñez, Ricardo; *Dcho. Penal Argentino. Parte Gral. Tomo II*; Ed. Bibliográfica Argentina; Buenos Aires, 1960).

36) Que este Tribunal ha expresado: *"Que un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ella, proscribiendo toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija (art. 18 de la Constitución Nacional). Tal postulado, contenido en el capítulo concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa tradición en nuestro país ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 a más de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación a los derechos humanos. Aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene contenido operativo. Como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral". "La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario"* (Fallos: 318:2002).

37) Que la situación no controvertida de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires pone en peligro la vida y la integridad física del personal penitenciario y policial, además de que genera condiciones indignas y altamente riesgosas de trabajo de esos funcionarios y empleados.

Una prisión es un establecimiento en el que hay un fino equilibrio entre presos y personal, y la superpoblación provoca descontrol y violencia llevando ese equilibrio siempre precario al límite de la fragilidad.

A ello cabría agregar que el personal policial, por su entrenamiento, no está preparado para cumplir esta función que no es la específica de su tarea social.

38) Que también genera peligro para la vida de terceros ajenos al conflicto, pues en no pocas ocasiones han padecido consecuencias lamentables vecinos de los lugares de detención o de las mismas cárceles amotinadas e incluso familiares sorprendidos por los acontecimientos en el interior de los establecimientos. También se vuelve peligroso para el propio personal judicial, habiéndose registrado casos de jueces tomados como rehenes. Todo ello sin contar con que la distracción de personal policial de sus funciones específicas resiente considerablemente el servicio de seguridad pública, con el consiguiente riesgo para la prevención secundaria de delitos de gravedad.

39) Que el derecho a un trato digno y humano reconocido a la personas privadas de su libertad no sólo encuentra soporte en nuestra Constitución Nacional desde 1853, sino que ha

sido reconocido desde los orígenes mismos de la legislación penitenciaria del país y especialmente de la propia Provincia de Buenos Aires, en cuyo *Reglamento Provisorio de la Penitenciaría* de 1877, sancionado por el gobernador Carlos Casares, establecía un régimen respetuoso de la dignidad humana sensiblemente notable para los estándares de su tiempo (*Reglamento Provisorio de la Penitenciaría*, Buenos Aires, Imprenta de M. Biedma, calle de Belgrano número 135, 1877).

La República Argentina tuvo un papel protagónico en el establecimiento de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos, en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, de Ginebra, en 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 663 C31 7 57 y complementada en la 2076 del 13 de mayo de 1977. Después de la reforma de 1994, con jerarquía constitucional, la Nación está obligada por tratados internacionales de vigencia interna y operativos, que fortalecen la línea siempre seguida por la legislación nacional en la materia: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en el art. XXV que "todo individuo tiene también un tratamiento humano durante la privación de su libertad"; el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que "toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"; fórmula ésta que recepta de modo similar el art. 5 inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad. No cabe duda de que hay un marco normativo, no sólo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado en la Provincia de Buenos Aires.

266 | 40) Que ante esta situación es indudable que esta Corte no puede resolver todas las cuestiones particulares que importa, dadas las dificultades antes señaladas y el número de casos y variables posibles, pero es su deber instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que en sus respectivas competencias extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las Reglas Mínimas y de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, en especial, en lo que hace a la tutela de la vida humana y la integridad física de los presos, del personal y de terceros.

41) Que no escapa a esta Corte que de verificarse algunos de los extremos mencionados por el accionante, sería posible que se configurasen eventuales casos de agravamientos que importarían trato cruel, inhumano o degradante u otros análogos, susceptibles de acarrear responsabilidad al Estado Federal. En esta eventualidad, es deber de esta Corte, por estar comprometida la responsabilidad internacional del Estado Federal, instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que hagan cesar con la urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, según corresponda.

IX. Adolescentes y enfermos en dependencias policiales, y la jurisprudencia internacional

42) Que la presencia de adolescentes y enfermos en comisarías o establecimientos policiales, configura con gran certeza uno de los supuestos contemplados en el considerando anterior, con flagrante violación a los principios generales de las Reglas Mínimas citadas y muy probablemente innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante. Esta Corte, en virtud del alto riesgo de responsabilidad internacional que de ello se deriva para el Estado Federal, debe disponer, sin dilación, que en un plazo perentorio, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por las vías procedentes, haga cesar esas situaciones. Respecto de los niños y adolescentes, la presencia en comisarías resulta, además de intolerable, sospechosa respecto del índice de institucionalizados de la provincia, materia en la que sería terrible que se

produjese una escalada análoga al número de presos, cuando es sabido el efecto reproductor que tiene la institucionalización de menores, además de responder a una ideología tutelar incompatible con la normativa internacional vigente.

43) Que recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado de modo mucho más específico sobre cuestiones similares a las que motivan este *habeas corpus* correctivo, al analizar la violaciones de diversos derechos de la Convención Americana, en virtud de las condiciones de detención en el Establecimiento "Panchito López" en el Paraguay, que resultan de ineludible exposición (CIDH caso "Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay", el 2 de septiembre de 2004).

En dicho caso el tribunal internacional tuvo por probado que el crecimiento de la población carcelaria, originó serios problemas de hacinamiento e inseguridad entre los internos de dicho instituto paraguayo. Los internos se encontraban reclusos en celdas insalubres con escasas instalaciones higiénicas; mal alimentados y carecían de asistencia médica psicológica y dental adecuada. Los internos que sufrían discapacidades físicas, enfermedades mentales y/o problemas de adicciones, no disponían de una atención médica acorde con las necesidades especiales. Contaban con pocas oportunidades de hacer ejercicio o de participar en actividades recreativas. Muchos de los internos no tenían camas, frazadas y/o colchones, con lo cual se vieron obligados a dormir en el suelo, hacer turnos con sus compañeros o compartir camas y colchones. La falta de camas y colchones, junto con el hacinamiento, facilitaron que hubiera abusos sexuales entre los internos. También sostuvo que a pesar de que el nuevo código procesal paraguayo establecía que la prisión preventiva es la excepción a la regla que es la libertad, "la implementación de esa norma no se llevó a cabo por completo, pues la mayoría de los internos se encontraban procesados sin sentencia". Además los internos procesados sin sentencia no estaban separados de los condenados en el Instituto.

Respecto al hacinamiento consideró que fomentaba la desesperación y las tendencias hacia la violencia de los internos, y que "en vez de ser rehabilitados en el Instituto para una reinserción satisfactoria en la sociedad, los internos fueron sometidos a sufrimientos diarios y por lo tanto, a un proceso de aprendizaje negativo y vicioso, el cual, en parte, explicaba el alto índice de reincidencia de los mismos". Como consecuencia de tal estado de hacinamiento se produjeron varios incendios que el Instituto no estaba en condiciones de repeler, ocasionado la muerte de algunos de ellos.

En tal contexto, la Corte Interamericana interpretó los derechos y garantías previstos en el art. 5 de la Convención, el que establece en lo conducente que:

- 1 "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".
- 2 "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".
- 3 "La pena no puede trascender de la persona del delincuente"
- 4 "Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas".
- 5 "Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento"
- 6 "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

44) Que el tribunal interamericano señaló que "quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal, y que es el Estado el que se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este

modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.

45) Que, en cuanto al derecho a la integridad personal, el tribunal señaló que es de tal importancia que la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, inter alia, la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia. Agregó que el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana.

46) Que, específicamente en lo referente a los menores, la Corte Interamericana ha analizado la cuestión a la luz del art. 19 de la Convención Americana, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, *Sociales y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC 17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 54 ("Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay" op. cit).

Allí consideró que tales instrumentos y la Convención Americana conformaban un plexo normativo, el *corpus juris* internacional de protección de los niños. El tribunal señaló que cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el art. 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño, particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad.

268 |

47) Que, respecto a los presos sin condena, en el mencionado precedente la Corte Interamericana recordó que la prisión preventiva "es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática" (parágrafo 190). Por tales razones consideró que la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el art. 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos (parágrafo 228).

Sin embargo, al pronunciarse sobre si en el caso paraguayo se había violado el art. 7 del Pacto —que regula las condiciones de la prisión preventiva— consideró que era preciso conocer las particularidades de la aplicación de la prisión preventiva a cada interno para poder analizar si se ha cumplido con cada uno de los extremos señalados por el mismo. Razón por la cual señaló que aunque "la Corte frecuentemente ha utilizado la existencia de patrones o prácticas de conductas como un medio probatorio para determinar violaciones de derechos humanos, en el caso del artículo 7 de la Convención Americana se requiere una información individualizada al respecto de la que carece la Corte en el presente caso" (parágrafos 232 y 233), descartando de tal manera declaraciones genéricas o abstractas, y precisando que no podía pronunciarse respecto de presuntas víctimas específicas por carecer de elementos.

48) Que el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que "toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Por su parte los Principios básicos elaborados por las

Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos expresa que “con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos...” (aprobado por Asamblea General, resolución 45-111 del 14 de diciembre de 1990, ap. 5°).

El Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión prescribe que “Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos crueles o penas crueles, inhumanas o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificativo para la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Principio Sexto, Asamblea General Resol. 43/173 del 9 de diciembre de 1998).

Por su parte las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos expresan que “Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: a) Los hombres y las mujeres deberán ser reclusos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a las mujeres deberá estar completamente separado; b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena; c) Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separadas de los detenidos por infracción penal; d) Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos (arts. 8 y 9 aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus res. 663 C 31757 y 207613577).

49) Que respecto a los niños, y en igual sentido, la regla 13.5 de 1997 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establece que: “No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad”. Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) disponen que: Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria —social, educativa, profesional, psicológica, médica y física— que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.

50) Que también resultan importantes, sobre el agravamiento de las condiciones de detención la Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), del 9 de diciembre de 1975), la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes (Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984), así como las Observaciones del Comité Derechos Humanos respecto Las Torturas y las Penas o Tratos Cruels Inhumanos o Degradantes (art. 7 del 30 de julio de 1982); Trato Inhumano de las Personas Privadas de su libertad (art. 10) del 30 de julio de 1982 Observación General n° 9 del 10 de abril de 1992, la Observación n° 20 y 21 del 10 de abril de 1992, entre otras.

El 15 de noviembre de 2004, Argentina se convirtió en el sexto país en ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Cruels Inhumanos y Degradantes (Naciones Unidas, Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Cruels Inhumanos y Degradantes, General 22 de noviembre del 2004 CAT/C/SR. 622, parágrafo 6).

Interpretando dicha convención, recientemente las Naciones Unidas, a través del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos y Degradantes dictó “sus Conclusiones y Recomendaciones”, respecto del caso Argentino el 10 de diciembre de 2004 (CAT/C/CR/33/1 33° Período de Sesiones 15 a 26 de noviembre de 2004).

Allí señaló los “Factores y dificultades que obstaculizan a aplicación de la Convención” para lo cual tomaba “nota de las dificultades a las que se enfrenta el Estado Parte, especialmente aquellas de tipo económico y social”. No obstante, señaló “que no existen circunstancias excepcionales de ningún tipo que puedan invocarse para justificar la tortura”. Al establecer las cuestiones que eran motivos de especial preocupación para la situación argentina enumeró entre otras las siguientes:

1. d) La no implementación uniforme de la Convención en las diferentes provincias del territorio del Estado Parte, como asimismo la ausencia de mecanismos para federalizar las disposiciones de la Convención, aun cuando la Constitución del Estado Parte les otorga rango constitucional.
2. (f) Los informes de arrestos y detenciones de niños por debajo de la edad de responsabilidad penal, la mayoría “niños de la calle” y mendigos, en comisarías de policía donde llegan a estar detenidos junto a adultos, y sobre las supuestas torturas y malos tratos padecidos por éstos, que en algunos casos les produjeron la muerte.
3. (h) El hacinamiento y las malas condiciones materiales que prevalecen en los establecimientos penitenciarios, en particular la falta de higiene, de alimentación adecuada y de cuidados médicos apropiados, que podrían equivaler a tratos inhumanos y degradantes.
4. (i) El elevado número de presos en prisión preventiva, que en el sistema penitenciario bonaerense alcanza un 78% según el Estado Parte.
5. (j) La no aplicación del principio de separación entre condenados y procesados en centros de detención, y entre éstos y los inmigrantes sujetos a una orden de deportación.
6. (m) La falta de independencia del personal médico de los establecimientos penitenciarios, quienes pertenecen a la institución penitenciaria.

270 | A partir de ello el Comité fijó, entre otras, las siguientes recomendaciones:

1. (d) Garantice que las obligaciones de la Convención sean siempre acatadas en todas las jurisdicciones provinciales, con el objeto de velar por una aplicación uniforme de la Convención en todo el territorio del Estado Parte; se recuerda al Estado Parte que la responsabilidad internacional del Estado incumbe al Estado Nacional aunque las violaciones hayan ocurrido en las jurisdicciones provinciales;
2. (g) Garantice, como fue asegurado por la delegación del Estado Parte para el caso de la Provincia de Buenos Aires, lo siguiente: la prohibición inmediata de retención de menores en dependencias policiales; el traslado a centros especiales de los menores que actualmente se encuentran en dependencias policiales; y la prohibición del personal policial de realizar detenciones de menores por “motivos asistenciales” en todo el territorio nacional; (lo resaltado no es original) (Ver las Estadísticas denunciadas por Country Repporteur ONU CAT Comité Contra la Tortura. CAT/C/SR. 622, del 22 de noviembre de 2004, parágrafo 46).
3. (h) Adopte medidas eficaces para mejorar las condiciones materiales en los establecimientos de reclusión, reducir el hacinamiento existente y garantizar debidamente las necesidades fundamentales de todas las personas privadas de libertad;
4. (i) Considere revisar su legislación y prácticas en materia de detención preventiva, a fin de que la imposición de la prisión preventiva se aplique sólo como medida excepcional, tomando en cuenta las recomendaciones de diciembre de 2003 del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en cuanto a las medidas alternativas a la detención preventiva; 4 (m) Adopte las medidas necesarias para garantizar la presencia de personal médico independiente y calificado para llevar a cabo exámenes periódicos de personas detenidas;
5. (o) Establezca un mecanismo nacional de prevención que tenga competencia para efectuar visitas periódicas a centros de detención federales y provinciales a fin de implementar plenamente el Protocolo Facultativo de la Convención;

- 6 (p) Establezca y promueva un mecanismo efectivo dentro del sistema penitenciario para recibir e investigar denuncias de violencia sexual y proveer de protección y asistencia psicológica y médica a las víctimas;
- 7 (r) Informe al Comité en el plazo de un año sobre las medidas concretas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas en los aps. e, f, l y o del presente párrafo.

51) Que por su parte el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en el año 2002 recomendó al Estado Argentino que revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores, y que recurra a la prisión preventiva únicamente como medida extrema por períodos que sean lo más breves posible y medidas alternativas, cuando ello sea posible. También le recomendó que incorpore en sus leyes y prácticas las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y que adopte las medidas necesarias para mejorar las condiciones de encarcelamiento (*Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 9/10/2002. CRC/C/15/Add. 187 9 de octubre de 2002*).

52) Que en relación al estado de la cuestión en los últimos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado una serie de resoluciones significativas sobre violaciones al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos por parte de las administraciones penitenciarias de varios países de Europa. En 2001, el Tribunal dictaminó que Grecia había infringido el art. 3 al encerrar a *Donald Peers* en una celda sobrepoblada sin ventanas ni ventilación, en la que se veía obligado a hacer sus necesidades delante de otro recluso, todo el día transcurría en la cama ante la ausencia de programa para trabajar, educarse o hacer ejercicio y por la carencia de otros espacios físicos para movilizarse, ponderó además que había más prisioneros que camas. El tribunal señaló que si bien no había evidencias de una intención por parte de las autoridades penitenciarias de humillar al interno, ello no era determinante para considerar que se había violado en art. 3 de la Convención Europea (TEDH *Case Peers v. Greece*, sentencia del 19 de abril de 2001). También dictaminó que el Reino Unido había violado el mismo artículo al encerrar a *Adele Price*, una víctima de la talidomida sin brazos ni piernas, durante siete días en una celda no adaptada en modo alguno para sus discapacidades, allí no tenía un lugar adecuado para dormir, ni tampoco para hacer sus necesidades (*Caso Price v. The United Kingdom*, sentencia del 10 de octubre de 2001).

El mencionado tribunal en el caso "Kalashnikov" expresó que la forma de ejecutar medidas al interior de las cárceles no debe aumentar la intensidad del sufrimiento que lleva aparejado la permanencia en el interior de la prisión. Allí la Corte consideró que en todo momento, la superpoblación era tal que cada interno de la celda del demandante disponía de entre uno y dos metros cuadrados de espacio, que tenían que dormir por turnos de ocho horas que estaba infestada de olores y que los retretes estaban sucios y sin privacidad. La ausencia de una intención de humillar al detenido, aunque es tomada en cuenta, no excluía un trato inhumano y degradante violatorio del art. 3 del Convenio (TEDH en "*Kalashnikov v. Russia*" sentencia del 15 de julio de 2002).

53) Que, por su parte, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos al interpretar la VIII enmienda de la Constitución de ese país, que prohíbe aplicar penas o tratos crueles inhumanos y degradantes, señaló que aunque determinados derechos de los condenados pueden ser disminuidos por las exigencias del encierro, al prisionero no se lo despoja de la protección constitucional por cuanto "no hay una cortina de hierro trazada entre la Constitución y las prisiones de este país" (*Wolff v. McDonnell*; 418 US 539, 1974). Por ello ha reconocido que las condiciones de confinamiento de los internos pueden, incuestionablemente, en determinadas circunstancias, constituir una pena cruel inhumana o degradante. Así los internos han obtenido respuestas a sus clamores constitucionales por sus condiciones de confinamiento, en lo referente a la comida inadecuada, a poca ventilación, hábitat con roedores o insectos, baños inoperables, pero el más común de todos los reclamos ha sido por las

condiciones de hacinamiento, situación que se da en muchas prisiones de ese país (Lynn S. Branham, *The Law of Sentencing, Corrections, and Prisoners' Rights*, págs. 284/291, ed. West Group, 2002).

Si bien el gobierno federal y los estatales de dicho país han invertido mucho dinero en la construcción de nuevas cárceles, pese a eso ello no se ha podido solucionar el problema de hacinamiento frente a una tasa de encarcelamiento siempre creciente. En algunos casos las autoridades penitenciarias han tenido que colocar camas en los gimnasios, en los comedores del establecimiento, en pasillos y en otros extraños lugares. Otra forma de responder ha sido aumentar en número de internos por celda diseñadas para albergar a menos personas (Lynn S. Branham, op. cit.).

En el caso *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979) la Corte Suprema consideró que era posible mantener a dos presos en una misma celda teniendo en cuenta, al mismo tiempo, que se trataba de plazos breves de detención y cuando los detenidos tenían una gran libertad de movimiento dentro del penal. Posteriormente en *Rhodes v. Chapman* 452 U.S. 337 (1981) juzgó que la presencia de dos presos por celda no significa que sus derechos constitucionales han sido violados siempre que las condiciones de las respectivas celdas resultaran adecuadas en cuanto a la superficie habitada, las condiciones de comida y temperatura y la posibilidad de utilizar otras instalaciones del penal en períodos diurnos.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que con anterioridad la Corte Suprema también consideró en *Hutto v. Finney* 437 U.S. 678 (1978) que una corte de distrito estaba facultada para limitar la confinación de detenidos en celdas punitivas aisladas a no más de treinta días como un medio de aliviar las condiciones inconstitucionales de esas celdas. En particular, el máximo tribunal destacó que la decisión de la corte de distrito era una razonable respuesta a las condiciones sórdidas e inconstitucionales de esas celdas. Posteriormente en *Wilson v. Seiter* 501 U.S. 294 (1991) estableció dos requisitos para considerar que se presentaba un castigo cruel e inusual para las condiciones de confinamiento. El primer requisito —objetivo— requiere que el preso haya sido privado de una “necesidad humana identificable” como comida, clima adecuado o ejercicio. El segundo requisito —subjetivo— supone que el demandante debe demostrar que el demandado actuó con indiferencia deliberada en fallar en la rectificación de las deficiencias de esas condiciones. Cabe aclarar que cuatro de los integrantes de la corte consideraron este requisito como innecesario y que los oficiales de las prisiones podían evitar su responsabilidad en estos casos echándole la culpa a los legisladores por no haber suministrado los fondos necesarios para superar estos problemas en las prisiones (Lynn S. Branham, op. cit.).

272 |

X. La legislación procesal y penitenciaria de la Provincia de Buenos Aires.

54) Que se ha manifestado que el número creciente de presos en la Provincia de Buenos Aires responde a las reformas legislativas en materia excarcelatoria y penitenciaria, lo que neutraliza los esfuerzos del Poder Ejecutivo provincial para resolver los problemas de capacidad en las prisiones.

55) Que tanto en materia procesal penal como de ejecución penal se plantea la cuestión de la competencia legislativa. Si bien no cabe duda de que los códigos procesales son materia de legislación provincial en función de la cláusula residual, la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal y la facultad del Congreso Nacional para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, parecen indicar que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley.

56) Que si bien la Constitución Nacional adopta el principio federal, lo hace *según lo establece la presente Constitución*, es decir, conforme a las modificaciones que la misma introduce respecto de su modelo, que era el norteamericano. Puesto que el federalismo argentino no tiene el mismo origen histórico que el norteamericano, pues procede de un régimen de des-

centralización administrativa que regía en la colonia, la distribución de competencia legislativa no es idéntica y las provincias delegan en el Estado Federal materias que se reservan en la Constitución de los Estados Unidos. En 1853 y en especial en la fuente norteamericana tomada con preferencia, no se conocían modelos constitucionales de facultades concurrentes en forma de *leyes marco*, como sucede contemporáneamente.

57) Que respecto de la prisión preventiva, cualquiera sea la tesis que se adopte acerca de su naturaleza, lo cierto es que importa en la realidad un contenido penoso irreparable, lo que lleva a asimilar las controversias a su respecto a casos de sentencia definitiva, según inveterada jurisprudencia de esta Corte. Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía.

Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal. Partiendo de la conocida afirmación de Ernst von Beling, de que el derecho penal no toca un solo pelo al delincuente, es sabido que incumbe al derecho procesal penal tocarle toda la cabellera y, por ello, se debe entender que, sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva —que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal— las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respete un piso mínimo común para todo el territorio.

Por lo demás, no puede soslayarse, que en esta materia la legislación procesal nacional, receptoría las distintas disposiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestro bloque constitucional federal.

58) Que conforme a lo señalado en el considerando anterior, cabría analizar la eventual constitucionalidad de la legislación vigente en la Provincia de Buenos Aires en materia excarcelatoria, que *prima facie* parece alejarse del estándar trazado por el derecho internacional y que sigue la legislación nacional. Si bien no corresponde un pronunciamiento de esta Corte sobre este tema en la presente causa, tampoco el Tribunal puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y, por consiguiente, cabe que exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación.

59) Que en materia penitenciaria la cuestión es aún más clara que en lo procesal. El 21 de agosto de 1917, al fundar Rodolfo Moreno (h) el despacho de la comisión acerca del Código Penal, decía que "*es necesario que se dicte una ley carcelaria, una ley en la que se establezca el régimen de la penalidad en primer término, pero el régimen de la penalidad en toda la República, y bajo el sistema progresivo, si fuera posible, porque hoy en cada cárcel, en cada provincia, y en cada lugar se cumplen las penas como les parece oportuno a los gobiernos locales, es decir que, habiendo o debiendo haber un solo código penal, la aplicación de las represiones se hace de manera totalmente diferente en unos y en otros lugares, como si no pertenecieran todos al mismo país*".

Después de un largo camino, que se inició en 1933, con la ley 11.833 (*Ley de organización carcelaria y régimen de la pena*), reglamentada por decreto 35.758 de 1947, reemplazada por el decreto ley 412 de 1958, conocido como *ley penitenciaria nacional*, se llegó a la 24.660 de 1996 (*Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad*), cuyo art. 230 deroga el mencionado decreto ley 412/58 y cuyo art. 228 dispone: "*La Nación y las provincias procederán, dentro del plazo de un año a partir de la vigencia de esta ley, a revisar la legislación y las*

reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente". Esta disposición es mucho más sabia y respetuosa del principio federal que la consagrada en el decreto ley precedente, pues, a diferencia de aquél, que se consideraba complementario del Código Penal y por ende, pretendía desconocer la competencia legislativa provincial, en la ley vigente se trata de una clara norma marco que es constitucional pues no impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones.

60) Que, conforme a lo señalado en el considerando anterior, y que en esta materia también *prima facie* la ley provincial parece haberse alejado del estándar internacional y de la legislación nacional, si bien tampoco corresponde pronunciamiento de esta Corte en la presente causa, por iguales razones a las señaladas en el considerando 58, cabe que esta Corte exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a los marcos mínimos señalados por los estándares internacionales receptados por la legislación de ejecución penal de la Nación.

XI. Excesivo uso de la prisión preventiva

61) Que ya no hay controversias respecto a que el 75% de detenidos en la Provincia de Buenos Aires aun no tiene condena firme. Este hecho puede deberse a distintas razones: parálisis o colapso casi total del sistema judicial, aplicación generalizada a imputaciones por delitos de menor gravedad, etc. Se ha admitido en los autos que este fenómeno creció a partir de las reformas legislativas antes señaladas y cuya eventual inconstitucionalidad corresponderá analizar en caso de ser planteada y de verificarse que viola los estándares internacionales mínimos válidos para toda la Nación.

274 | No consta a esta Corte, si además se produce un uso discrecional muy extendido en las decisiones judiciales, pues es un dato aportado por el Poder Ejecutivo de la provincia y no controlable por este Tribunal.

62) Que el 75% de presos sin condena, en caso de no hallarse colapsado casi totalmente el sistema judicial, está indicando el uso de la prisión preventiva como pena corta privativa de la libertad, contra toda la opinión técnica mundial desde el siglo XIX a la fecha, pues fueron criticadas desde el primer congreso penitenciario internacional de Londres de 1872, en el que se destacaba ya su inutilidad, desatando una cadena de opiniones condenatorias que fue casi unánime a lo largo de todo el siglo XX. Hace casi cincuenta años, en el segundo congreso de Naciones Unidas para la prevención del crimen y tratamiento del delincuente (Londres, 1960), si bien se sostuvo la imposibilidad de suprimirla, se recomendaron los llamados *sustitutivos*.

63) Que en cualquier caso es dable evocar en esta emergencia —y con el 75% de presos sin condena— la descripción que hace ciento treinta años hacía para España doña Concepción Arenal, para que si no se ha llegado a extremos análogos a la radiografía de la célebre penitenciarista española, todos los poderes públicos de la Provincia de Buenos Aires se esfuercen por evitarlos y, si eventualmente se han alcanzado, hagan lo propio por revertirlo: *"Imponer a un hombre una grave pena, como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia. Si a esto se añade que deja a la familia en el abandono, acaso en la miseria; que la cárcel es un lugar sin condiciones higiénicas, donde carece de lo preciso para su vestido y sustento; donde, si no es muy fuerte, pierde la salud; donde, si enferma no tiene conveniente asistencia y puede llegar a carecer de cama; donde, confundido con el vicio y el crimen, espera una justicia que no llega, o llega tarde para salvar su cuerpo, y tal vez su alma; entonces la prisión preventiva es un verdadero atentado contra el derecho y una imposición de la fuerza. Sólo una necesidad imprescindible y probada puede legitimar su uso, y hay abuso siempre que se apli-*

ca sin ser necesaria y que no se ponen los medios para saber hasta dónde lo es" (Concepción Arenal, Estudios Penitenciarios, 2ª. Edición, Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1877, página 12).

XII. Resolutorio:

Por ello, y oído que fuera el señor Procurador General, corresponde:

1. Declarar admisible la queja y procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.
2. Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.
3. Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos.
4. Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.
5. Ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada.
6. Disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.
7. Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.
8. Encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curie*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados.

Agréguese la queja al principal y extráiganse fotocopias certificadas para su reserva en este Tribunal. Notifíquese y remítase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - CARLOS S. FAYT (en disidencia parcial)- ANTONIO BOGGIANO (en disidencia)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia parcial).

ES COPIA