La prisión y el discurso penal

Leonardo Filippini[1]

Presentación

En este trabajo quiero poner en cuestión la comprensión canónica de la prisión en nuestra práctica jurídica y en su enseñanza en las escuelas de derecho. La sensación que pretendo comenzar compartir de modo más sistemático con estas líneas es que nuestro discurso jurídico penal limita exageradamente, o llanamente impide, la posibilidad de la práctica legal de discutir la prisión. De esta forma, un instrumento rudimentario y brutal como la cárcel continúa siendo sin mayores objeciones el recurso ordinario del derecho penal, y no hay nada en el horizonte todavía que anticipe su interpelación crítica en el terreno legal y por parte de los operadores legales.

El derecho penal tolera con naturalidad el hacinamiento, la muerte, la violencia y la corrupción muros adentro. Cualquier persona sabe—y cualquier abogado, juez penal, legislador, o profesor de derecho penal, más aún—que la cárcel es selectiva y violenta y que las garantías de la Constitución valen bastante menos muros adentro. Todos sabemos que las posibilidades de control judicial sobre la prisión son mínimas y que en las cárceles rigen reglas propias, al margen del derecho estatal, en un experimento siniestro de pluralismo legal.

No pretendo ahora cuestionar la cárcel, sino el modo anodino en que el derecho habla de ella. La forma en que moldeamos el discurso que informa la práctica concreta de los operadores legales y el discurso académico en el cual formamos a esos operadores es decepcionante. Escasos pasajes de los manuales de derecho penal, muy

---

[1] Abogado, UBA ’98. Máster en Derecho, UP ’04. LLM Yale Law School ‘06. Profesor de Derecho en las Universidades de Palermo y de San Andrés y Profesor Invitado en las Maestrías de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y Derecho Administrativo Global de la Universidad Nacional de Río Negro.

poco de la educación legal, y casi nada del discurso que nutre a las prácticas de jueces, abogados y penitenciarios reflejan de un modo útil los problemas de la prisión, u ofrecen herramientas para su crítica.

El discurso del derecho penal, al contrario, parece haber abandonado la pregunta por las formas del castigo. Discutimos cuándo y cuánta prisión imponer, pero casi nunca, comparativamente, si la prisión misma se justifica en un caso, como manifestación adecuada del castigo o del reproche debidos. El enorme caudal de reflexión generado por otras disciplinas tampoco logra permear todavía al discurso legal. El derecho, al fin, se asume como un discurso limitador de la prisión, pero no reclama su autoridad para escrutar la existencia misma de la prisión como práctica penal dominante.

En la sección que sigue avanzaré con más detalle la cuestión que motiva este trabajo. Intentaré luego mostrar la progresiva retracción del discurso del derecho frente al fenómeno de la prisión y sugeriré algunos lineamientos para que la pregunta por el castigo recobre centralidad en la educación y en la práctica legal. El argumento último de toda mi exposición es sumamente simple. Creo que el discurso del derecho penal debería recobrar su interés por las formas del castigo y por sus manifestaciones concretas si pretende ser un discurso relevante y efectivamente limitador del poder estatal.

1. La comprensión dominante del derecho penal sobre la prisión

La prisión continúa siendo la respuesta legal predominante frente a ciertos comportamientos prohibidos, en especial, cuando ellos comprometen de modo directo la vida, la propiedad privada o la libertad sexual. La idea central detrás de la práctica es que, todas las cosas consideradas, todavía resulta un compromiso aceptable entre el

interés social, el de las víctimas y la dignidad del ofensor, a fin de expresar la reprobación de una conducta y minimizar la violencia u ordenar la vida social.

La prisión consiste básicamente en la restricción intensa de la libertad ambulatoria de una persona, en ocasión de un delito o de su investigación, mediante su encierro en un local cerrado y durante un lapso que se fija legal y judicialmente. Cuando la prisión es impuesta como pena, su duración se fija a la luz de la gravedad del delito y sus circunstancias, mientras que cuando se ordena antes de un juicio debe ser proporcional a la posibilidad de neutralizar la capacidad que el imputado tendría de entorpecer el curso del proceso. Aceptamos, además, que la pena de prisión contribuye a restablecer la confianza en la autoridad del derecho y que el encierro cautelar puede tener la efectiva capacidad de minimizar las chances del imputado de entorpecer un proceso.

La práctica de la prisión, no obstante, sólo tenuemente logra reflejar la efectiva observancia de esos límites o el desempeño de esas funciones. La prisión preventiva se emplea como pena anticipada antes del juicio y no guarda estricta relación con la necesidad de aseguramiento procesal. Y la pena de prisión no siempre refleja la gravedad del delito, ni tenemos evidencia sobre de su capacidad de comunicar la autoridad del derecho. En ambos casos, además, los presos, por regla, son las personas con menos recursos económicos o sociales.

A ello se suma que, no obstante el mandato de humanidad de las penas, casi todos los encarcelamientos legalmente impuestos permiten, de hecho, la vulneración de la integridad corporal del preso y la exclusión de sus ámbitos de vida social y política. Exclusión y malos tratos son consecuencias naturales del encierro y describen a la prisión mucho mejor que el paradigma todavía dominante que enfatiza, en cambio, su

condición de castigo proporcional a una ofensa, o de cautela procesal frente a la amenaza de que se frustren los objetivos de la justicia. [2]

En la descripción jurídica, sin embargo, la exclusión y los malos tratos no son elementos distintivos de la prisión. Al contrario, los consideramos episodios excepcionales y prohibidos. Tendemos a pensar que la tortura o el aislamiento no muestran la esencia de la prisión, sino algunas consecuencias más o menos extraordinarias, tal vez previsibles y extendidas, pero nunca necesarias, de la prisión.

El derecho penal, en suma, recurre al instituto de la prisión como herramienta preferida frente a los conflictos más graves y confía en la posibilidad de administrarla de un modo respetuoso de la dignidad de los presos. Así hablamos de la prisión en las aulas de derecho y ésta es la comprensión dominante detrás de las prácticas de jueces y abogados. Sólo excepcionalmente discutimos la forma del castigo, o alguna de sus aristas concretas. Y cuando lo hacemos, la institución misma del encierro no se ve comprometida.

Para el derecho penal siempre e inexorablemente la prisión tiene alguna justificación posible. El derecho controla su oportunidad, su duración y algunos elementos concretos de su efectiva ejecución —por ejemplo, la separación de mayores y menores de edad, o condenados y procesados— pero no se interroga nunca por la justicia de la cárcel, sino apenas por su correcta administración. Lo que hoy enseñamos y lo que los operadores de la justicia penal asumen es que la cárcel, correctamente administrada, puede tener una justificación que no es función del derecho cuestionar.

La práctica penal, como telón de fondo, continúa asentada sobre una idea de igualdad esencialmente formal. La racionalidad del sistema penal explica que están presos quienes infringieron un deber penal, en virtud de una orden judicial

[2] Video sobre las condiciones carcelarias comprobadas en comisarías de la provincia de Buenos Aires, http://www.vimeo.com/11015270

independiente e imparcial dictada de acuerdo con una ley precisa, cierta, escrita y previa[3]. La realidad nos recuerda, en cambio, que no todos corremos los mismos riesgos. No todas las conductas lesivas son juzgadas; aquellas conductas juzgadas no son necesariamente las más graves y no todas reciben la misma severidad, ni se ajustan a derecho[4].

A pesar de su vigencia judicial, la igualdad formal y los ideales de racionalidad y proporcionalidad no soportan la evidencia de un sistema creador y depositario de ciudadanos de segunda. Por ello, en ausencia de una idea más sustantiva de igualdad[5] —que evalúe, al menos, el impacto dispar de nuestras normas penales—sólo podremos esperar algo de organización en el uso de la cárcel y, en el mejor de los casos, una reducción de ciertos abusos, pero no el escrutinio efectivo de la cárcel frente a los ideales de la Constitución.

2. El derecho y el castigo

El nacimiento de la prisión estuvo asociado a una discusión por las formas del castigo. La prisión ha sido y tal vez aún es, un desarrollo moderno que operó como opción intelectual y práctica para desplazar la centralidad de la idea y de la práctica predominante del castigo corporal, tal como explicó Michel Foucault al analizar el

[3] Enrique Bacigalupo indica que "Generalmente no se hace referencia a la garantía de la igualdad, porque está implícita en el concepto mismo de ley, pues ésta, en un Estado de Derecho, debe ser aplicada de manera igualitaria y, por lo tanto, la realización de principio de legalidad requiere que el sistema penal garantice la igualdad en la aplicación de la ley", HACIA EL NUEVO DERECHO PENAL, cit., p. 105.

[4] Como decía Eugenio Zaffaroni, "las personas no son criminalizadas por la magnitud de los ilícitos que comenten sino por sus característica personales que las hacen vulnerables al ejercicio de poder de los sistemas penales", ver "La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo", CUADERNOS DE LA CÁRCEL, edición especial de NO HAY DERECHO, Beloff M., Bovino A. y Courtis C., comps. (1991) p. 61. En una línea parecida, Roberto Gargarella dice que "en nuestro error, ni siquiera hemos reservado la cárcel para los peores criminales […] La cárcel sigue siendo hoy el destino que, a la hora de ejercer nuestro reproche social […] reservamos para los miembros más indefensos de la sociedad", DE LA INJUSTICIA PENAL A LA JUSTICIA SOCIAL, cit., p. 246.

[5] La idea, en doctrina, de un trato humano dirigido a reducir la vulnerabilidad de los detenidos, por ejemplo, no tiene un recorrido propio en la jurisprudencia de la Corte, a pesar de las menciones a la vulnerabilidad de menores de edad y de pacientes psiquiátricos. Ver, por ejemplo, Eugenio Zaffaroni, "La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo", cit.

proceso ocurrido entre la ejecución del regicida *Damiens* en 1757 y el establecimiento de la prisión que hoy conocemos.[6]

Los contextos locales adheridos a las ideas modernas del castigo experimentaron un proceso de sustitución similar, como lo explica, por ejemplo Lila Caimari para el caso argentino. El discurso legal, en tales contextos, parece haber sido capaz de debatir y modelar la forma del castigo:

> "La reflexión sobre los atributos del castigo de Estado de la sociedad argentina comenzó junto con los primeros intentos de construcción institucional de este mismo Estado. […] los primeros pensadores en la materia […] establecieron un punto de partida que no dejó de precisarse hasta que las posibilidades reales comenzaron a coincidir, al menos parcialmente, con los proyectos ideales. Por su adaptación a las ideas racionalistas de proporcionalidad, la mediatización de la relación con el cuerpo del depositario y su invisibilidad social, la prisión se constituyó gradualmente en el castigo de referencia. Entre 1870 y 1890 sus características ideales se fueron definiendo, siguiendo muy de cerca los modelos disciplinarios utilitarios del movimiento penitenciario inglés y norteamericano. La Penitenciaria Nacional, inaugurada en 1877, constituyó el símbolo más potente de la 'modernización' del castigo en la Argentina […] representaba a ojos de la sociedad el triunfo de la modernidad disciplinaria, y constituyó un potente símbolo del poder de Estado en formación".[7]

[6] Michel Foucault, VIGILAR Y CASTIGAR, Siglo XXI, Buenos Aires (2008).
[7] Lila Caimari; "Castigar civilizadamente. Rasgos de la modernización punitiva en la Argentina (1827-1930)", en VIOLENCIAS, DELITOS Y JUSTICIAS EN LA ARGENTINA, Sandra Gayol y Gabriel Kessler, comps., Manantial, UNGS, Buenos Aires, 2002, p. 163. Zaffaroni, Alagia y Slokar también mencionan la discusión, en torno a la reforma constitucional de 1860, sobre la necesidad de mantener los azotes como pena, DERECHO PENAL - PARTE GENERAL, Ediar, 2000, p. 881.

Juan Bautista Alberdi —uno de los principales inspiradores de la Constitución Argentina—en efecto propuso que "el tormento y los castigos horribles" quedaran "abolidos para siempre y en todas circunstancias". También recomendó, con cruda precisión, prohibir "los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego" y consagrar que "Las cárceles húmedas, oscuras y mortíferas" debían ser "destruidas".[8]

La Constitución Nacional finalmente estableció con un lenguaje algo más general que "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice".

3. El abandono de la discusión sobre la prisión

Las sucesivas reinterpretaciones sobre la finalidad y función de la cárcel también fueron cuajando en el discurso legal, siendo aceptadas o discutidas por el derecho.[9] El ideal re-socializador de los años sesenta, por ejemplo, fue reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*[10] que declara que **"**El régimen penitenciario consistirá en un *tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.* (Art. 10.3).

Hoy nadie está muy convencido de que la cárcel pueda cumplir esa función, ni la reclama, ni mucho menos afirma que de verdad la cumple. Tampoco hay ya

[8] Artículo 19 de su proyecto de Constitución, en BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, Plus Ultra, 1991.
[9] Para una descripción general, David Garland, CASTIGO Y SOCIEDAD MODERNA, Siglo XXI (2006).
[10] Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

demasiados adherentes a la imagen de la cárcel-fábrica disciplinando el cuerpo de los detenidos para amoldarlos a las necesidades económicas. Ni personas convencidas de la necesidad de la pura retribución. Empero, no parece haber demasiado en el horizonte inmediato que anticipe el fin de la prisión tal como la conocemos.

El discurso que respalda la práctica carcelaria todavía abreva y repite las ideas modernas en torno al castigo, aunque sin la convicción inaugural. Aplicamos un castigo pero sospechamos seriamente que éste no cumple ninguna función comprobable. Sin embargo, adherimos en la práctica, provisoriamente, a alguna de las teorías posibles al fundamentar una condena. O nos refugiamos en las opciones hechas por el legislador, quizá no tanto por deferencia a su criterio, sino para evitar la discusión.

En la práctica penal conviven sin entusiasmo fragmentos de justificaciones que, no obstante los cuestionamientos recibidos, no llegan a ser desplazadas por otras. El derecho penal en su conjunto, como decía Bacigalupo, se entienden hoy como un sistema dirigido a restablecer el valor comunicativo del derecho, y respalda con pena la autoridad de la norma violada. [11] Con todo, dudamos de que el reproche a una infracción, expresado en la pena de prisión, efectivamente comunique la vigencia de una norma frente a su violación y contribuya a restaurar la autoridad del derecho infringido

Ocurre que la justificación del reproche a que alude Bacigalupo no es del todo convincente respecto de la justificación del castigo como forma privilegiada. Y menos aún de la prisión como forma peculiar y preferida del castigo. Al momento de definir el modo de reprochar, la práctica penal abandona cualquier empresa justificadora y privilegia con deferencia la opción del legislador moderno, más por costumbre y herencia que por convicción. La práctica penal, entonces, reposa sin fisuras sobre la

[11] Ver, Enrique Bacigalupo, HACIA EL NUEVO DERECHO PENAL, Hammurabi (2006), p. 67.

idea de que la prisión refleja adecuadamente la idea de castigo por decisión del legislador.

Verificada una ofensa concreta, la principal variable que los operadores pueden regular es la duración del encarcelamiento, y esta duración se define considerando la gravedad de la ofensa. La idea que informa la práctica —y que tampoco discutimos demasiado— es que la mayor gravedad de la ofensa puede reflejarse adecuadamente en una mayor duración de la prisión. La práctica penal no discute si efectivamente la prisión debe ser la pena, ni si efectivamente su mayor o menos extensión refleja una mayor o menor relevancia de algún elemento, o la extensión del reproche, ni si un día en prisión efectivamente significa lo mismo en todos los casos. Tampoco cuestiona las más diversas ofensas puedan equipararse a través del común denominador de días, meses y años de encierro. Cualquiera sea el elemento que justifique la posibilidad de reprochar y, en tal caso, de hacerlo por medio del castigo, seguimos confiados en su cómputo por plazos.

Finalmente, también esperamos del cumplimiento de la prisión la resocialización del delincuente. Algo imposible. No sólo porque el hacinamiento y la exclusión no colaboran en nada a re-socializar a nadie, sino porque esa medida concreta de hacinamiento y exclusión es consecuencia de una primera decisión vinculada a restablecer la autoridad del derecho y de una segunda decisión de restringir un derecho fundamental de acuerdo con la gravedad del hecho. Construimos la pena de prisión teniendo en miras fines distintos a la socialización del agresor, pero increíblemente esperamos que esa herramienta puesta en marcha en efecto cumpla ese fin.[12]

[12] Una muestra de esto es que la prisión preventiva y la pena de prisión, a pesar de responder a fines formalmente diversos, se cumplen en condiciones prácticamente idénticas. Es muy llamativo que esperemos, sin embargo, que la pena de prisión colabore a un resultado que en modo alguno esperaríamos ocurra en el contexto de la prisión preventiva.

La inconsistencia del discurso jurídico penal, como observó Alcira Daroqui muestra que "ha abandonado cualquier justificación moral de la cuestión de la pena, la retribución no se ha podido sostener como pena justa al momento que se reconoció que ese contrato violado nunca había sido firmado entre iguales, al transformar esa pena justa en pena útil, el fracaso resocializador, reeducador y rehabilitador significó no sólo el fracaso en sus fines manifiestos sino que 'desnudó' el verdadero sentido de una institución nacida para producir dolor y sufrimiento, y nada más, y claro, nada menos"[13].

En efecto, las discusiones reflejadas en la revocación por parte de un tribunal del fallo de otro, o en los comentarios de profesores y abogados a algunas decisiones judiciales debaten si y cuánta prisión imponer en cada caso, pero no el uso mismo del encierro como medida cautelar, la idoneidad del castigo como expresión de reproche, o de la prisión como forma dominante de castigo. La literatura jurídica describe los dispositivos legales de una jurisdicción y divulga su aplicación concreta por parte de los tribunales, a través de la descripción sistematizada de la práctica legal, pero tampoco discute la prisión. Y pocos buscan en esa literatura jurídica una reflexión crítica, sino apenas una guía, como la de un mapa, en busca de orientaciones breves y efectivas.[14]

La cárcel, en definitiva, todavía se sostiene como institución natural y constitutiva de la práctica penal. La superpoblación, las malas condiciones y cierto grado de violencia son asumidos como males necesarios que, a pesar de no ser buscados, se toleran como casi inevitables manifestaciones colaterales de la prisión. Los intentos por minimizar los abusos, nunca llegan al extremo de comprometer la idea

[13] Alcira Daroqui, "La cárcel del presente", en VIOLENCIAS, DELITOS Y JUSTICIAS EN LA ARGENTINA, cit., pp. 201-202.
[14] Para una discusión más amplia, OBSERVAR LA LEY – ENSAYOS SOBRE METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA, Christian Courtis (ed.), Trotta, Madrid (2006).

misma de la prisión. De algún modo, todos confiamos en la posibilidad teórica y práctica de administrar sin violencia la privación de la libertad.

El problema, ya está dicho, es que la cárcel no ha existido jamás sin su aditamento de violencia injustificada, a pesar de que nuestro enfoque habitual naturalice la violencia y ponga distancia entre la ciencia jurídica y el problema carcelario. Existe una división de saberes muy arraigada entre la técnica penitenciaria y la justicia, que como dice Josefina Martínez, es subsidiaria de una definición de legalidad que ha abandonado la reflexión por el castigo, "más preocupada por el cumplimiento de los requisitos formales que por las prácticas concretas"[15].

En esta visión, el uso de la fuerza pública es una competencia policial y penitenciaria "que puede ser ejercida siempre que se haga dentro del marco de la legalidad […] dentro de este amplio campo, la Justicia no se ocupa de cómo es usada la violencia, de qué manera, en qué grado, a partir de qué prácticas concretas […] El uso de la violencia en el contexto de las burocracias penales funda su legitimidad en la legalidad de los medios y se centra en el control formal de los procedimientos. Las prácticas burocráticas concretas escapan fácilmente por entre los barrotes demasiado espaciados de esta 'jaula de hierro'"[16].

4. El lugar del discurso legal

Una posible explicación de la retracción del derecho es que no es posible esperar mucho más de él. Eugenio Zaffaroni, por ejemplo, sugiere que el espacio de la justicia para desafiar las características del encierro y el hecho de la prisión es mínimo:

> "El poder punitivo no es algo que tenemos nosotros en nuestras manos, que ejercemos los jueces o los penalistas, contra todo lo que creemos. Lo único que

[15] Josefina Martínez, "Las burocracias penales y su violencia naturalizada", en VIOLENCIAS, DELITOS Y JUSTICIAS EN LA ARGENTINA, cit., p. 269.
[16] Josefina Martínez, cit., p. 270.

ejercemos y que podemos ejercer es el poder jurídico. Lo único que los jueces pueden decidir es si aquellos clientes previamente seleccionados por otras agencias y que éstas les llevan y les ponen delante, van a ser objeto, o no, de un proceso de criminalización secundaria. Pero a esos clientes los seleccionan otros, los llevan otros, e incluso son otros los que llevan adelante el proceso de criminalización secundaria. No son los jueces los encargados de llevarlo a cabo, sino las agencias policiales y las agencias de ejecución o agencias penitenciarias. La ley que aplicamos también la hacen otros, o sea los políticos. Es decir, el poder que tenemos como penalistas, es el poder de influir sobre la agencia judicial y nada más, en tanto que el poder de la agencia sobre la que podemos influir (y de hecho lo hacemos) es un poder reducido, limitado a decir sí o no, en ese pequeño número de casos que otras agencias han seleccionado previamente y les han llevado para que decidan […] Las agencias jurídicas propiamente dichas no tienen en sus manos el poder de crear ni de eliminar tipos penales (lo que se llama la criminalización primaria), ni tampoco de seleccionar la clientela del sistema penal ni el de llevar adelante el proceso de criminalización secundaria contra ciertas personas”[17].

Sin embargo, también es posible que el derecho penal pueda —y en consecuencia, deba— tener un papel más destacado y desafiar algunas condiciones estructurales de la prisión.

Los jueces, por ejemplo, podrían poner en acto valores constitucionales contrarios a los supuestos que avalan las prácticas abusivas. Como sugiere Wacquant, pueden contribuir a “frenar las derivas semánticas que conducen, por un

[17] Eugenio Raúl Zaffaroni, APUNTES SOBRE EL PENSAMIENTO PENAL EN EL TIEMPO, Hammurabi, 2007, Primera Conferencia, pp. 18-19. En igual sentido, en DERECHO PENAL – PARTE GENERAL, cit., p. 20.

lado, a comprimir el espacio del debate (cuando limitan, por ejemplo, la noción de inseguridad a la noción de inseguridad física, con exclusión de la inseguridad social y económica) y, por el otro, a trivializar el tratamiento penal de las tensiones ligadas al ahondamiento de las desigualdadaes sociales"[18].

Quizá nada de ello no sea posible en ausencia de otras condiciones culturales y sociales, pero hay lugar para imaginar un rendimiento distinto del saber penal. El derecho también puede desafiar las comprensiones sociales dominantes, tanto en el discurso, como en su práctica concreta al servicio público.[19]

Hay repetidos ejemplos de declaraciones de inconstitucionalidad de normas del congreso en tanto criminalizan ciertos actos, de iniciativas de gestión al interior del poder judicial, o de disputas de espacios y de recursos frente otros poderes de Estado y por los temas más diversos. ¿Por qué no deberíamos entonces poder esperar de los abogados y de los funcionarios encargados de supervisar el cumplimiento de la Constitución un obrar más activo frente a un cuadro generalizado de abusos en la prisión? ¿Existen realmente limitaciones irremontables para un mayor control, o para una alternativa más profunda?

5. Discutir la prisión

Como adelanté, creo que nuestra discusión acerca del castigo decepciona. No advierto que existan todavía herramientas apropiadas para la discusión y ni siquiera, diría, una preocupación consolidada acerca de esa ausencia. Las alternativas a la prisión no

[18] Loïc. Wacquant, LAS CÁRCELES DE LA MISERIA , Manantial, 2000, p. 170. Por supuesto, no es una noción evidente y requiere de sus propias asunciones. Zaffaroni, por ejemplo, dice que "Se nos suele engañar haciéndonos creer que conforme a nuestro discurse se ejerce el poder punitivo. Y nuestro narcicismo nos inclina a creer semejante falacia, cuando en realidad el poder punitivo funciona solo, y nosotros vamos acompañándolo con un discurso que […] a veces lo legitima y otras veces lo critica", APUNTES SOBRE EL PENSAMIENTO PENAL EN EL TIEMPO, cit., Segunda Conferencia, p. 58.

[19] Rita Segato, El derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho, en Voces y Silencios de la Discriminación, Conferencia 2009, APDH, Buenos Aires, p. 132 yss.

aparecen, creo, por la sencilla razón de que no estamos buscando ninguna alternativa. Al menos, no lo hacemos en las escuelas de derecho, ni en la práctica legal.

En este trabajo intento decir que es posible y que sería posible revitalizar la discusión del castigo. Pensemos, por ejemplo, ¿Cómo debemos hablar a nuestros alumnos sobre la prisión? ¿Podemos confiar en que el modo habitual en que los cursos de derecho penal y constitucional se refieren al tema brindan una imagen ajustada del fenómeno de la prisión a quien se interesa por el derecho y que ofrece sólidas herramientas teóricas para su discusión? ¿Estamos ofreciendo una formación amplia y desafiante, o nuestros manuales y enfoques confinan el objeto de estudio de un modo inadecuado? ¿La práctica legal ofrece alguna alternativa? ¿O sólo reproduce y se retroalimenta de las limitaciones del modo habitual de concebir la prisión? En definitiva, ¿Estamos ofreciendo marco teórico a la altura del problema?

Debemos comenzar a confiar cada vez menos en la posibilidad de seguir hablando de la prisión como una reacción estatal al delito limitada a la privación de la libertad ambulatoria, por causas y durante plazos delimitados fundamentalmente por la ley penal. Como señala David Garland "Las formas asumidas del castigo nos relevan de la necesidad de reflexionar sobre el castigo mismo y, cuando intentamos hacerlo— aunque sea superficialmente— seguimos ciertos patrones predeterminados y delimitados […] se nos induce a analizar las políticas penales conforme al marco institucional vigente, en vez de cuestionarlas—como sucede cuando examinamos cómo dirigir mejor las cárceles, en qué términos establecer la libertad condicional o determinar las multas, en lugar de preguntarnos en primer lugar la razón por utilizar semejantes medidas"[20]

[20] David Garland, CASTIGO Y SOCIEDAD MODERNA, siglo XXI, México, buenos aires, Madrid, 2da ed., (2006), pp. 17-18.

¿Por qué no podríamos empezar a hablar sobre la prisión de otro modo? Y enseñar por ejemplo que la reacción legal mayoritariamente aceptada frente al delito es la afectación estatal de la integridad corporal y de los lazos sociales de la persona en conflicto con la ley penal, a través de un encierro regulado por la ley penal sólo en su duración y contenidos de ejecución mínimos, pero liberado a su propia dinámica en todos los demás aspectos.

Es decir, mostrar abiertamente a quien se interese por el derecho penal que la ley sólo limita la duración del encierro, sin poder, o sin siquiera intentar, limitar los efectos sobre la integridad física y los lazos sociales de los detenidos. Las secuelas de la prisión van mucho más allá que el tiempo efectivamente privado de libertad ambulatoria y el derecho, sencillamente, dice muy poco al respecto. Y nosotros decimos menos aún en los claustros y en los tribunales.

El caso de la Corte Suprema argentina *Villarreal*[21] ilustra la vigencia de este enfoque. Una detenida había presentado una acción de hábeas corpus en procura de algún tipo de remedio, a raíz de los golpes recibidos en un penal. El caso nunca se investigó adecuadamente y la interna finalmente recuperó su libertad. La Corte declaró que el caso era abstracto dado que la detenida ya no estaba alojada en ningún establecimiento penal. En rigor, confirmó que el derecho no nos dice nada sobre las condiciones que hacen posible ser golpeado en la cárcel, ni sobre la suerte de una persona luego de haber sido castigada legalmente. En efecto, ésas son cuestiones abstractas para el derecho. Lo concreto, son las afectaciones actuales y directas, claramente fijadas en la ley, y mientras dure el encierro de una persona. No hay

[21] CSJN, V. 1287. XL. RECURSO DE HECHO, "Villareal, Blanca Estela s/hábeas corpus", causa N° 45.996, 23 de mayo de 2006. En el texto del fallo, no obstante, la interna es llamada "Villarreal".

discusión sobre la prisión y las nociones de prevención o de tutela posterior al castigo siquiera son concebidas como parte de la pena de prisión.[22]

Frente a este cuadro, propongo comenzar cualquier discusión sobre la cárcel sobre la base de una descripción más apegada a su realidad cotidiana. Una reflexión así modelada mostraría mucho mejor los límites del enfoque actual y aclararía que la prisión como idea predominante frente a la inseguridad, sólo implica sustancialmente la exclusión social y política y el maltrato de de un conjunto de personas vinculadas a una ofensa penal.

6. Tres maneras de discutir el castigo

Para terminar quiero dejar sugeridas tres propuestas acerca de cómo plantear la discusión de la prisión en el derecho penal hoy. O digamos, más cercanamente, presentar tres lineamientos que yo mismo adoptaría para el diseño curricular del derecho penal hoy. No pretendo afirmar que definitivamente son los más adecuados, pero ellos intentan enmarcarse en la línea que he dejado planteada y supondrían una agenda académica bastante distinta a la que tenemos hoy.

En primer lugar, creo que hay rescatar o recuperar el papel de la experiencia sensible en el proceso de formación de los abogados y en la práctica legal. En el esquema de formación actual los abogados no es obligatorio visitar las prisiones, ni hablar con los presos. Ningún abogado sabe cuántas cárceles hay, dónde quedan o qué nivel de ocupación y de servicios tienen. No sería exagerado afirmar que eso, para nuestras escuelas, sólo incidentalmente es derecho. Sencillamente, no es un tema del

[22] Hasta dónde puedo llegar a conocer, el proceso que en Estados Unidos que concluyó con la sanción de la PRLA, limitando severamente la posibilidad de discutir en las cortes las condiciones de la prisión, muestra una situación análoga, al igual que toda la jurisprudencia que asume que la superpoblación es un situación anómala que requiere soluciones graduales, como en California.

derecho penal conocer de primera mano en qué consiste concretamente aquello que constituye la sanción universalmente aplicada a un universo de conductas dispares que se consideran de las más graves en nuestra comunidad. Por supuesto, un médico tampoco sabe cuántas camas tiene un hospital, pero toca a sus pacientes, hace clínica y esperamos, fundamentalmente, que conozca y evalúe los efectos concretos de aquello que hace. Los abogados, en cambio, tendemos a naturalizar la idea de la prisión como un mal necesario e inconmovible y clausuramos de plano la discusión sobre los efectos de la prisión, y la exploración de vías alternativas de reproche.

A pesar de nuestro método esencialmente formal, no obstante, esperamos que cualquier abogado tenga cierta capacidad de empatía con aquellos grupos que reciben mayoritariamente la atención del sistema penal y sufren sus consecuencias. En otros espacios jurídicos, sin embargo, creemos que sería prácticamente imposible prescindir de las calidades concretas de una persona, de su testimonio, de su voz, su historia, de su contacto directo para hacer derecho. La oralidad de los procesos, el reclamo por el juicio por jurados, el voto, las audiencias en casos estructurales, los cupos en los sistemas de toma de decisión, son todas manifestaciones de la importancia que le damos al contacto directo con la persona que puede expresar o representar un interés. La cárcel, en cambio, su medio, sus actores, permanecen distantes del mundo del derecho.

En segundo lugar, deberíamos recuperar la práctica argumental en torno al castigo. Al menos en las escuelas de derecho y en la academia podemos forzar el ejercicio sin problemas ¿Cómo debería alegar su caso un fiscal que pretende la prisión de una persona si no hubiera una decisión legislativa obligatoria acerca de esa institución? Nuevamente, no nos entrenamos ni discutimos en esos términos. El escenario es el que describe Garland, y la opción legislativa dominante minimiza exageradamente nuestras posibilidades y críticas, corriendo el foco del debate

académico legal a las zonas de mayor previsibilidad y cohesión. ¿Por qué un jurista como Alberdi pudo postular en Argentina el abandono constitucional de los azotes y hoy, en cambio, la mayor parte de nuestras discusiones se limita a si y cuánta prisión imponer? El derecho penal y constitucional debería recuperar su capacidad argumentativa sobre un espacio progresivamente cedido a la técnica penitenciaria.

En tercer lugar, deberíamos recuperar el enfoque interdisciplinario, dado que la prisión evidentemente excede el campo argumentativo e implica restricciones e intervenciones sobre el cuerpo y la vida social y política de las personas. En algún momento, la medicina legal emergió como ciencia predominante. De hecho, aún hoy sigue definiendo los contornos de la responsabilidad penal en aspectos clave como la capacidad de intelección, los errores de conocimiento, los estados de emoción violenta, la extensión de la ofensa en casos contra la integridad sexual o personal. ¿Qué deberíamos esperar para que esa relación permee también nuestras comprensión sobre la prisión y su elevada tasa de suicidios, de contagio de VIH y tuberculosis, de muertes, laceraciones y golpes y tantas otras evidencias contundentes sobre la bestialidad del castigo estatal?

Propongo, en definitiva, que revisemos críticamente nuestra manera habitual de presentar la prisión en el contexto de nuestras discusiones sobre el derecho penal. Es urgente restaurar el lugar central del castigo, tal y como hoy lo imponemos, si en efecto pensamos que el castigo, tal y como hoy lo aplicamos, es un problema relevante del derecho penal.