

• Prólogo

Esta obra tiene como finalidad ofrecer un panorama comparativo de la ejecución penal en los países de habla castellana de la región.

Es claro que los investigadores que la integran dispusieron de amplia libertad en cuanto al desarrollo de la temática en cada uno de sus trabajos, por lo que hay aportes que otorgan trato preferente al análisis legislativo y otros que desarrollan más ampliamente la realidad de la ejecución penal en encierro o que reflexionan sobre ella.

De cualquier manera, esta heterogeneidad enriquece la información y, al mismo tiempo, demuestra la necesidad de ulteriores investigaciones particularizadas que pongan de manifiesto las disparidades del *deber ser* de la ejecución penal y su *ser*.

Emergen de esta riqueza informativa diversos campos por los que es urgente que la investigación transite: formación del personal, características de su entrenamiento, servicios de alimentación, salud, asistencia social, atención postliberatoria, índices de reincidencia, características edilicias de los establecimientos, porcentajes de presos que trabajan o estudian, posibilidades de acceder a títulos habilitantes, capacidad de cada establecimiento, ocupación o sobreocupación de la capacidad, etcétera. En cada uno de estos aspectos sería necesario segmentar la información normativa y cotejarla con la realidad.

No menos importante resulta investigar la violencia carcelaria: motivos, cantidad de muertos, causas, morbilidad, heridos, suicidios, etcétera, y cotejar los índices que arrojan estas cifras con los de las mismas fajas etarias de la población libre.

Es menester entonces evaluar la realidad penitenciaria a la luz de las *Reglas Mínimas*.

Sabemos que estas investigaciones no son sencillas, pues los datos reales suelen ocultarse, disimularse y —con demasiada frecuencia— falsearse.

Uno de los métodos más eficaces para nutrir la información de la realidad ejecutiva es analizar la correspondencia con los presos y las entrevistas con sus familiares. Para eso debe asegurarse la inviolabilidad de sus comunicaciones, al igual que la total reserva en el caso de que el investigador tuviere la posibilidad de entrevistas personales con los presos.

Estas investigaciones son indispensables en todos los ámbitos de instituciones cerradas, cuya racionalidad está seriamente cuestionada.

A varias décadas del trabajo de ERWIN GOFFMAN sobre las *instituciones totales* o de las experiencias de GORIZIA y TRIESTE DE FRANCO BASAGLIA, y a más de un siglo del libro pionero de PIOTR KROPOTKIN sobre las prisiones, tanto éstas como los manicomios subsisten en nuestras sociedades.

En el caso del manicomio no se pretendió caer en la negación de la *enfermedad mental*, lo que sería absurdo, sino en la reducción radical del recurso de la institución total para su tratamiento, poniendo de relieve que en la gran mayoría de los casos los internados no eran más que personas desvalidas a las que la institución enfermaba más.

No es posible negar que en el caso de la prisión sucede algo análogo: nadie niega la existencia de conductas lesivas graves, pero tampoco es posible usar la institución para secuestrar a pequeños infractores y con ello amedrentar a sectores subalternos de la población, al mismo tiempo que se los condiciona como futura clientela por hechos más graves.

El uso indiscriminado del manicomio o de la prisión es lo que resulta intolerable, por su efecto probadamente deteriorante y, por consiguiente, iatrogénico. En el caso de la prisión, a ésta no sólo se la usa en forma indiscriminada, sino que el predominio de presos sin condena en porcentajes cada vez más alarmantes prueba que la prisionización ni siquiera apela a la pena del Código Penal, sino que se legitima mediante la medida cautelar prevista en los códigos y leyes procesales.

Desde un punto de vista meramente formal, la mayoría de nuestros presos están sometidos a una *medida de seguridad* cautelar, y sólo prisionizaciones prolongadas, que obedecen a delitos graves, en alguna medida se legitiman por las leyes de fondo.

El proyecto suizo de STOOSS, desde fines del siglo XIX presentó junto a las penas las llamadas *medidas de seguridad*. En una rara combinación de

antropologías incompatibles, inauguró una *doble vía* o un *sistema vicariante* que permitía prisionizar apelando a una legitimación conforme a la culpabilidad tanto como a otra basada en la *peligrosidad* positivista.

En 1930 esta particular combinación de argumentos legitimantes se plasmó con mayor rigor técnico en el *Codice Roccoy* de allí saltó el océano para plasmarse en los códigos de Uruguay y de Brasil y ser recogida sin mayor precisión por el llamado *Código Penal Tipo Latinoamericano*, elaborado a partir de los años sesenta del siglo pasado y agotado dos décadas después.

Cabe observar que esta *doble vía* no hacía más que enmascarar una vieja práctica punitivista que, por una parte, repartía penas eliminatorias para los crímenes graves, en tanto que a los disidentes y a los *molestos* de poca monta los incorporaba al ejército —las famosas *levas*—, los enviaba a lugares remotos como Australia o Guyana (la *relegación*) o los destinaba a las *galeras*, que era una pena de muerte lenta.

El positivismo criminológico destinó para los *molestos* penas sin delito, o sea, *medidas predelictuales* o por *peligrosidad sin delito* (las *leyes de peligrosidad social*), en tanto que para los casos más patibularios previó penas *indeterminadas*, legitimando todas sobre la base de la *peligrosidad*, o sea, a la probabilidad de futura comisión de un delito que, por supuesto, se predecía conforme a criterios meramente policiales o por estereotipo.

En la actualidad, mientras muchos teóricos se felicitan por la desaparición de las famosas *medidas de seguridad* para imputables —y más aún de la peligrosidad sin delito—, lo cierto es que se ha generalizado la privación de libertad legitimándola como prisión preventiva, lo que constituye una verdadera *medida de seguridad presuntiva pre-condenatoria*.

Su base real no es ni siquiera la vieja peligrosidad positivista, sino que se argumenta sobre la base de una *peligrosidad procesal* (llamada sutilmente *riesgo procesal*), entendida como la posibilidad o probabilidad de que el sujeto quede rebelde y fundada en la presunción creada por la amenaza de una pena de cierta gravedad.

En la práctica lo que se evalúa tácitamente es un *riesgo judicial*, que es el que corre el juez que excarcela frente a la posibilidad de su *linchamiento mediático* y a la amenaza de remoción promovida por políticos oportunistas y deshonestos, que se suman a las campañas vindicativas de los grandes medios, impulsados también por un fenómeno de hiper-

trofia de los ministerios públicos de la acusación, que desequilibra la infraestructura institucional del proceso.

En casi todos los ámbitos el *ser* y el *deber ser* son coincidentes, pero es en este campo donde la escisión se muestra con características que no son meramente dispares, sino francamente disparatadas. Nada tienen que ver en la práctica las consideraciones de culpabilidad o las proclamas de objetivos resocializadores y análogos de los doctrinarios e incluso de las sentencias, con las motivaciones reales y con el funcionamiento de la efectiva máquina institucional que lleva a la prisionización.

Si bien algunas veces puede determinar la negativa a excarcelar la repugnancia que el hecho imputado despierta en el juez, su particular ojeriza hacia el estereotipo al que responde la persona o bien su clara intención de imponer una pena anticipada en razón de que sospecha que el sujeto no volverá a ser prisionizado, estos factores arbitrarios no son los determinantes en la inmensa mayoría de los casos, sino el mencionado *riesgo judicial* como variable moderna de la vieja *peligrosidad*.

La prisionización, por ende, no se resuelve de la manera que la teorizan los penalistas, sino en función del *riesgo judicial*, en tanto que las consideraciones de los teóricos sirven para argumentar legitimando la decisión ya tomada según el verdadero criterio de fondo, que permanece *in pectore*, a veces tan profundamente que queda en el inconsciente.

No podemos soñar con la desaparición de la prisión ni de las penas privativas de libertad en un plazo corto o mediano, aunque tampoco es prudente ser ingenuo al respecto.

La desaparición total de la prisión, en una sociedad que refuerza crecientemente todos los controles en un camino que parece conducir a un nuevo totalitarismo policial, parece inimaginable, pero no lo es.

El control electrónico de conducta no es hoy una imagen de ciencia ficción, sino una realidad. Las dificultades técnicas que aún perduran para su mayor eficacia controladora serán superadas en algún tiempo, quizá con una nueva generación de *chips*. En tales condiciones, la desaparición de la prisión tal como hoy la conocemos, es decir, con muros y rejas, no constituiría ninguna ventaja, sino una etapa más hacia un control totalitario mucho más poderoso y perverso que el actual.

En alguna medida sería el equivalente al *chaleco químico* del manicomio: sin duda que en abstracto el control electrónico puede ser preferible a la prisionización, del mismo modo que los psicofármacos pueden

tener un efecto positivo sobre la salud, pero esos mismos elementos pueden ser utilizados perversamente, como la administración de psicofármacos con el único propósito de *tranquilizar para que no moleste*. Lamentablemente, todo avance técnico permite tanto un uso benéfico como también otro perverso, liberador uno, controlador el otro.

En estas condiciones y teniendo en cuenta todos los riesgos, el objetivo inmediato, en el corto plazo, no puede ser otro que postular una drástica reducción del uso de la prisionización, lo que tampoco es sencillo.

En primer término, conspira contra esto la lucha de poder planetaria: ¿mandan los políticos o las corporaciones transnacionales? El primado de las corporaciones pretende imponer una sociedad con la mayoría excluida que, en consonancia, requiere un Estado con alto poder represivo, que intimide a ésta. Los medios masivos responden a las corporaciones y, por ende, crean una realidad que infunde miedo y refuerza prejuicios, postulando venganza en forma abierta contra el chivo expiatorio convertido en el enemigo de turno.

El sistema penal se ha convertido en un ídolo peligroso, capaz de todo, omnipotente, con sus fanáticos, que creen que todo lo puede resolver. Esta ilusión la alientan los medios masivos y, además, tiene alto rédito político, envolviendo incluso a quienes luchan contra las discriminaciones, como manera insidiosa de neutralizarlos. De este modo estamos viviendo un caso de propaganda abusiva o desleal de dimensión jamás vista.

En segundo lugar, no es sencillo implementar alternativas a la prisión o penas no privativas de libertad, pues si bien las podemos legislar, es bastante conocida la experiencia de la *ampliación de la red*, o sea, que luego los jueces no las apliquen o bien, que éstas no sirvan para reducir la prisionización, sino que se sumen a ella.

El único camino seguro es la asignación de cuotas, o sea, la determinación de la capacidad máxima de cada establecimiento y la vigilancia estricta para que la población penal nunca supere esa capacidad, en forma que las penas de prisión menores siempre sean reemplazadas.

La loca carrera entre aumento de presos y el de celdas no tiene futuro, pues en ningún país del mundo existe capacidad prisional ociosa. Más celdas implican siempre más presos.

Por supuesto que en esto se choca con los intereses de los constructores de prisiones prefabricadas y a medida, que andan por el mundo

ofreciéndolas a los gobiernos en generosos contratos de *leasing*, sin contar con las empresas que tratan de convencerlos de que la *privatización de las prisiones* tiene como resultado un aumento de eficacia y menores costos, lo que es absolutamente falso. Si así fuese, todas las prisiones de los Estados Unidos (el país con mayor número de presos y el que tiene el récord del índice de prisionización) estarían privatizadas, lo que no sucede, menos aún en su sistema federal. En los últimos tiempos, dado el desprestigio del discurso, se disfrazan de oferentes de servicios mercaderizados, pero cuya lista prácticamente implica la tercerización de todos los servicios.

De cualquier modo, el objetivo más cercano choca con intereses muy poderosos y la lucha no será sencilla.

La profundización de estas investigaciones no cambiará esa situación ni logrará que las corporaciones transnacionales modifiquen sus puntos de vista en contra de sus intereses vitales, pero ayudará a los políticos a comprender la naturaleza del problema. Superar la ingenuidad y el desconocimiento de quienes deben tomar las decisiones, para que al menos no quiebren la rama en que están sentados, es muy importante. Los investigadores de estas materias no pueden vencer al poder, pero pueden convencer y, de este modo, vencer.

EUGENIO RAUL ZAFFARONI

Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires
Buenos Aires, octubre de 2012