

A espaldas del castigo

Una aproximación a la relación de la justicia penal
–y sus integrantes– con la prisión

Fernando Gauna Alsina¹



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Tesis para obtener el título de magister en sociología jurídico-penal

Septiembre 2017

¹ Abogado, Universidad de Palermo. Especialista en derecho penal, Universidad Torcuato Di Tella. Magister en sociología jurídico penal, Universidad de Barcelona. Maestrando en criminología, Universidad Nacional del Litoral. Director Ejecutivo de la Asociación Pensamiento Penal. Contacto: fer_gaunaalsina@yahoo.com.ar

Agradecimientos:

Esta tesina es el corolario de un curso que profundizó mi mirada crítica sobre el funcionamiento del sistema penal y en la que tuve la suerte de conocer a un cuerpo de profesores que envidiaría todo estudiante. Vaya mi reconocimiento para cada uno de ellos. Especialmente para Iñaki Rivera Beiras. Con destacable paciencia atendió mis inquietudes aún finalizado el ciclo lectivo. Cualquier fuere el resultado de la evaluación, ya estoy satisfecho.

Por otro lado, quiero agradecer –y reconocer públicamente– a la persona que me ofreció ayuda y compartió desinteresadamente sus conocimientos luego de leer el proyecto así como avances de la investigación. Me refiero a Ezequiel Kostenwein. Lo conocí prácticamente por azar durante el relevamiento de campo y desde entonces fue al extremo solidario conmigo, me brindó atinadas sugerencias y permitió que explorara otros caminos y variantes que no había pensado. No es usual encontrarse con gente con tamaña generosidad intelectual en el ámbito académico.

También debo hacer lo propio con Francisco Sánchez de Loria, Magui Huñis, María Paula Spagnoletti, Sandra Saidman, Jorge Benavidez, Rosario Gauna Alsina, Mariano H. Gutiérrez, Gustavo Beade, Adrián Martín y Pablo Larsen. Todos, a su modo, me ofrecieron material, consejos y puntos de vista, sin los cuales nunca hubiere culminado la tesina.

Asimismo, debo particular gratitud a mis amigos y compañeros de la *Asociación Pensamiento Penal*. Personas que están muy presentes en mi vida y que me enseñan con hechos que vale la pena militar por un sistema penal cada día menos violento y más justo. Entre éstos no puedo menos que mencionar a Mario Juliano, Fano Avila, Nicolás Vargas e Indiana Guereño.

Tampoco puedo soslayar a mi familia, que no solo me alentó desde un comienzo –y en particular en momentos de angustia–, sino que me ofreció un espacio apropiado para realizar gran parte de la tarea de redacción.

Y por supuesto, a cada uno de los *judiciales* que se prestaron sin peros a mis preguntas.

Consideración aparte merece Daniela Parera, la “*China*”. No solo por esperarme y ofrecerme ese cafecito que hizo más amena las noches de cursada, sino también –y sobre todo– por su compañía de todos los días y enseñarme con el ejemplo “*a no rendirme pronto*”.

Índice general:

Resumen ejecutivo.....	5
Introducción.....	6
El sistema de justicia penal en la Argentina.....	16
La justicia penal frente a la prisión. El caso del Centro de Detención Judicial del Servicio Penitenciario Federal	23
Los integrantes de la justicia penal y la prisión. Primera parte.....	33
Los integrantes de la justicia penal y la prisión. Segunda parte.....	47
A modo de conclusión.....	59
Bibliografía.....	62

Resumen ejecutivo:

La justicia penal tiene un vínculo en apariencia estrecho con la prisión. Es que constituye la respuesta preponderante y más utilizada frente a los conflictos que llegan a su conocimiento. Esto, ya sea a través de la aplicación de una pena en sentido estricto o bajo la modalidad del encarcelamiento preventivo. Este trabajo intenta problematizar este escenario a través de una aproximación empírica que sugeriría que, en rigor de verdad, la justicia penal ha consolidado una distancia tal con la prisión con secuelas y obstáculos concretos a la hora de concretar iniciativas para enfrentar los problemas estructurales que la caracterizan. Desde ese lugar, invita a indagar y reflexionar críticamente sobre la necesidad de que los operadores jurídicos –los integrantes de la justicia penal– tengan mayor contacto con la prisión a lo largo de la carrera judicial.

Introducción:

Una de mis mayores preocupaciones en el medio profesional, académico y jurídico en general ha sido el ejercicio de la función jurisdiccional –la aplicación del derecho– en el ámbito del sistema penal. Particularmente, porque la cotidianidad enseña que no solo se ha naturalizado como respuesta preponderante frente a los hechos catalogados como delitos la pena de prisión (Ferrajoli, 2016), sino también –y más grave aún– porque esa práctica se ha apoyado con sobrada frecuencia en argumentos y justificaciones que han hecho caso omiso de la realidad de las prisiones (Rivera Beiras, 2017, 2000).

En este sentido, no ha sido fortuito que se haya llegado a sostener la existencia de una cárcel *legal* –tratada por la doctrina y la jurisprudencia desde una perspectiva exclusivamente teórica como la mera privación de la libertad ambulatoria y una forma de penalidad capaz de minimizar las respuestas informales al delito– y una cárcel *real* que revela todo lo contrario (Rivera Beiras, 2017, 2000). En concreto, que la persona privada de su libertad es arrojada a un infierno donde es objeto de la violencia institucional más abrumadora, así como de las relaciones de fuerza y de poder, propia de una criminalidad carcelaria descontrolada de la que son víctima los detenidos más débiles e indefensos (Ferrajoli, 2016).

Esta preocupación no ha sido azarosa, sino que obedece al hecho de que trabajo hace más de diez años en el Poder Judicial de la Nación. Por lo que pude apreciar desde el propio seno de la administración de la justicia penal –y digo justicia *penal* para distinguir su especificidad dentro del Poder Judicial– cómo la función jurisdiccional se apoya en aquellas razones sin anclaje en el mundo real para construir sus discursos y, en definitiva, darle fundamento *aparente* a sus fallos, resoluciones o sentencias que no son otra cosa que una cuota –por lo general significativa– de encarcelamiento, ya sea en su condición de condena o encierro preventivo.

En otras palabras, mi desempeño en la administración de justicia penal me permitió atestiguar de qué modo la agencia judicial recurre al modelo teórico de la cárcel para enviar a una persona acusada de cometer un delito a –como así también para impedir su egreso de– la cárcel real que presenta caracteres que podrían sintetizarse por el hacinamiento, la corrupción, el horror, la violencia, la sumisión y la muerte. Caracterización que, no está de más apuntarlo, no constituye un patrimonio de las prisiones argentinas, sino que responde a un modelo que se repite en todo el mundo (Rivera Beiras, 2017; Ferrajoli, 2016; Cesaroni, 2009; Bombini, 2000).

Sin perjuicio de ello, esta misma experiencia también me permitió advertir que la justicia penal, desde hace un tiempo a esta parte, comenzó a reconocer explícitamente el escenario de vulneración de derechos que caracteriza a nuestras prisiones y a poner en práctica acciones para hacerle frente. Entre éstas, quizás la más sobresaliente, sea la creación de órganos especializados en la realización de inspecciones o monitoreos de establecimientos penitenciarios, que no solo se ocupan de atender y prevenir las usuales restricciones de derechos, así como la comisión de actos delictivos que ocurren en las cárceles; sino también de visibilizar esta problemática frente a toda la sociedad.

En este sentido, trayendo a cuento dos ejemplos de singular relevancia en el Poder Judicial y en el Ministerio Público Fiscal de la Nación, se tiene que el *Sistema Interinstitucional de Control y Seguimiento de las Unidades Carcelarias*² que funciona en el ámbito de la Cámara Federal de Casación Penal –máxima instancia del fuero penal a nivel federal en la Argentina–, refleja en su sitio web los informes

² El *Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias*, sin perjuicio que funciona y está presidido por un magistrado de la Cámara Federal de Casación Penal, es un órgano integrado por jueces federales y nacionales de distintas instancias, operadores de la Procuración General de la Nación, la Defensoría General de la Nación, la Procuración Penitenciaria de la Nación, y en carácter de miembros consultivos el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Asociación Pensamiento Penal y la Comisión por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires. Tiene por “objetivo fundamental instar y desarrollar acciones orientadas a asegurar la vigencia concreta de los derechos humanos de las personas privadas de libertad”.

de las inspecciones que realizaron desde principios de 2013 con imágenes de las condiciones deplorables de encierro que constataron en cada una de ellas. Incluso, existe un mapa interactivo donde figuran los complejos federales y provinciales que visitaron con un alerta sobre aquellas que estarían sobre-pobladas³.

Del mismo modo, la *Procuraduría de Violencia Institucional* –en adelante la PROCUVIN–, esto es, la fiscalía especializada en violencia institucional en contextos de encierro de la Procuración General de la Nación⁴, recoge en la resolución de su creación las muertes violentas, actos de tortura, tratos inhumanos y hechos de similar gravedad que ocurren en aquellos espacios, a la vez que también tiene un sitio web donde hay registros fotográficos que demuestran con toda crudeza lo que implica vivir en una prisión⁵.

Esta tarea, por sí sola, es muy valiosa.

Los presos *comunes* –así llamados en contraposición a los *políticos*– son poco escuchados en nuestro país. La sociedad ha creado una enorme cantidad de organizaciones en defensa de los derechos humanos y en solidaridad y protección de las minorías y grupos vulnerables. Los familiares de todo tipo de víctimas se agrupan para pedir justicia, para proponer leyes, para denunciar en los ámbitos periodísticos, políticos y parlamentarios lo sucedido a sus seres queridos. Sin embargo, salvo excepciones aisladas, no hay organizaciones populares, ni movilizaciones, ni asociaciones de familiares que se ocupen de los presos. Y es la cárcel, precisamente, el ámbito donde todos los delitos, todas las violaciones de derechos humanos, todas las atrocidades, se cometen cada día y a cada hora: robos, estafas, hurtos, incumplimientos de los deberes de funcionario público, falsificación de documentos, lesiones, apremios ilegales, torturas homicidios (Cesaroni, 2009: 7-8).

En definitiva, le quita el velo a la pena de prisión y demuestra que no hay demasiada diferencia con los suplicios y la ejecución pública; lo que es auspicioso, pues la privación de la libertad se consolidó como la pena moderna “en alternativa

³ www.sistemacontrolcarceles.gob.ar

⁴ <http://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/2013/PGN-0455-2013-001.pdf>

⁵ www.mpf.gov.ar/procuvin-encierro/ y procuvinenlascarceles.mpf.gov.ar

Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), junio de 2021, No. 394

<http://www.pensamientopenal.com.ar>

a los horrores indeterminados e indeterminables de las penas corporales, de las picotas y de los tormentos propios de los ordenamientos punitivos pre-modernos” (Ferrajoli, 2017:21). De manera que debería ser útil para poner en crisis la cantidad y las formas del castigo actual que –vale insistir– si algo ha logrado, en abierta contradicción con sus fines manifiestos (Zaffaroni, 2002), ha sido naturalizar la idea de que la privación de la libertad constituye una respuesta menos traumática y lesiva que la pena corporal (Anitua & Gual 2016). Y como se subrayó, no en vano Foucault (1975) ha dicho que

el efecto más importante quizá del sistema carcelario y de su extensión mucho más allá de la prisión legal, es que logra volver natural y legítimo el poder de castigar, y rebajar al menos el umbral de toleración a la penalidad. Tiende a borrar lo que puede haber de exorbitante en el ejercicio del castigo (p. 308, citado por Anitua & Gual, 2016:10).

Sin embargo, muy lejos de ese pronóstico, la realidad del sistema penal permitiría concluir que la justicia continúa castigando con la misma –o incluso más– intensidad. En efecto, como recoge Sozzo (2016:10-12), la tasa de encarcelamiento no constituye un elemento autosuficiente para medir los niveles de dolor o el sufrimiento producido por el sistema penal, aunque resulta un buen punto de partida para referirse a la “dimensión crucial de su extensión”. Por lo que cabe traer a colación que en la Argentina –al igual que en el resto de los países de América del Sur– se produjo un crecimiento extraordinario del encierro en los últimos veinte años. En 1992 registraba tasas de encarcelamiento “escandinavas”⁶, mientras que los datos de 2013, 2014 y 2015 demuestran que supera los ciento cincuenta (150) presos cada cien mil habitantes (Sozzo, 2016).

En la misma línea, Anitua y Gual (2016:11) ponen de relieve que el crecimiento del número de presos en estos diez años –como también ocurrió en Brasil, Chile, Uruguay y Colombia– es mayor que en los Estados Unidos; al tiempo

⁶ 62/100.000.

que el último informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación⁷ –en adelante PPN– (2017)⁸ advirtió que en el ámbito federal estamos frente un record histórico, pues “nunca el sistema penitenciario federal había encarcelado a tantas personas” (p. 17).

Asimismo, las torturas, los malos tratos y las muertes bajo custodia –suicidios, homicidios, accidentes en el marco de una medida de fuerza y muertes por causas dudosas– continúan siendo moneda corriente –y sistemática– en las cárceles del país (PPN, 2017). Y por si fuera poco, la Corte Suprema de Justicia de la Nación –el tribunal que ejerce el gobierno de todos los tribunales de la Argentina– parece haber abandonado la jurisprudencia protectora de los derechos de los privados de libertad. En “Arévalo”⁹ consintió la constitucionalidad de la reincidencia y, por tanto, la imposibilidad de que las personas declaradas como tales accedieran a salidas anticipadas; mientras que en “González Castillo”¹⁰, luego de revocar la decisión de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, consideró que no era contraria a la Constitución nacional la pena accesoria de privar de la patria potestad a quien hubiere recibido una condena superior a los tres años de prisión.

En resumidas cuentas, puede apreciarse que más allá de la alegada preocupación de la justicia penal por la realidad de la cárcel, no habrían ocurrido cambios significativos en la extensión, así como en la intensidad y el modo en que se materializa el castigo.

En este estado cosas, lo que pretendo explorar –y problematizar con los alcances que diré luego– es la relación de la justicia penal con la prisión. En

⁷ La Procuración Penitenciaria de la Nación es un organismo dependiente del Poder Legislativo (Ley 25.875), dotado de plena autonomía e independencia, cuyo objetivo fundamental es proteger los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en el ámbito federal y controlar la actuación del Servicio Penitenciario Federal.

⁸ El informe corresponde a 2016 pero fue publicado este año.

⁹ <https://aulapenal.files.wordpress.com/2016/04/arevalo-csjn.pdf>

¹⁰ <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=73744>

definitiva, indagar sobre un vínculo en apariencia estrecho, pues es la justicia penal la responsable de enviar personas a prisión, pero de la que ha procurado mantenerse distante (Anitua & Gual, 2016:17), y que ahora daría muestras de comenzar a acercarse con escasos –y quizás nulos– resultados a nivel estructural.

¿Qué es lo que impide que las acciones de la justicia penal tengan algún impacto en el *problema de la cárcel* al decir de Rivera Beiras (2017)? ¿Por qué continúa encarcelando masivamente aun cuando reconoce explícitamente la violencia de las prisiones? Estos, en definitiva, serán algunos de los interrogantes que procuraré desandar a lo largo de la investigación.

Con este *sur*, repasaré las iniciativas promovidas por las máximas autoridades de la justicia penal –en gran medida aquellas encaradas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso testigo– para ocuparse de las violaciones de derechos que caracterizan a nuestras cárceles. Y de seguido, me concentraré en los protagonistas de “carne y hueso” que se encuentran detrás de las decisiones. Me refiero a los integrantes de la justicia penal.

Ambos planos de la investigación, es decir, la actividad de los tribunales –en particular de aquel que ejerce la superintendencia y el gobierno de todos los órganos judiciales del país¹¹– de un lado; y las voces de los operadores de los juzgados y fiscalías y, por tanto, parafraseando a Bergalli (1999), los portadores del servicio público de justicia penal, del otro; servirán para testear desde una perspectiva general y otra particular la hipótesis de mi trabajo. Esto es, que *la prisión es ajena a la cultura de la justicia penal*.

Es que no se puede soslayar que la aplicación de normas jurídicas provoca reacciones en el comportamiento de las personas. No solo de aquellas a quienes se les aplican –o que las sufren–, sino también en el de quienes están detrás de

11 CSJN, Acordada 8/2017, considerando VI.

ellas, es decir, los magistrados, funcionarios o empleados, que son los verdaderos responsables de la actividad jurisdiccional. En suma, el proceso de aplicar el derecho, a través y por medio de innumerables instancias, actores y momentos, no hace otra cosa que consolidar una carga cultural o, dicho de otro modo, una específica y particular concepción del ejercicio de la actividad jurisdiccional que se acomoda o se reelabora en la estructura organizativa de los tribunales y respecto a los actores depositarios del –valga la redundancia– ejercicio de la jurisdicción (Bergalli, 1999: 15-16).

De este modo, intentaré ensayar respuestas posibles respecto de qué lugar ocupa la prisión –si es que acaso ocupa alguno– en la cultura judicial y cómo eso ha repercutido en la estructura de los tribunales, así como en la cotidianidad de la actividad que realizan los portadores del servicio público de justicia penal. Insisto:

los jueces, magistrados y funcionarios que invisten los cargos judiciales y que como tales han venido constituyendo los juzgados, las fiscalías, las salas y las cámaras de los tribunales de apelación y la misma Corte Suprema de Justicia en el vértice de la pirámide judicial argentina (Bergalli, 1999: 202).

Va de suyo, entonces, que el objeto de estudio es el sistema penal dinámico y, en particular, la instancia judicial en su calidad de órgano de aplicación del derecho, es decir, del encarcelamiento. En efecto

Una sociología del control penal se integra, por lo tanto, con un primer nivel que acoge la investigación meta-normativa en torno a los procesos de creación (selectiva) de las normas jurídico-penales y con un segundo nivel que engloba la investigación sobre los procesos de aplicación (criminalizadores o estigmatizantes) de semejantes normas por medio de las instancias institucionalmente establecidas para tales fines (policía, tribunales de justicia, establecimientos penitenciarios o correccionales, etc.) (Bergalli, 1999:228-229).

De manera que recurriré a los modelos conceptuales de la sociología crítica en general y de la sociología de la justicia en especial, pues como lleva dicho Bergalli (1999:147) “debe hablarse con propiedad de una sociología de la justicia”.

El trabajo estará estructurado en cinco partes. En la primera realizaré una descripción del sistema de justicia argentino en aras de introducir términos y conceptos necesarios para una mejor comprensión de la exposición. En segundo término, como lo señalé en líneas anteriores, me ocuparé de explorar la relación de la justicia penal con la prisión desde una perspectiva general. La idea es describir el –y aproximarme críticamente al– comportamiento de las máximas autoridades de la justicia penal argentina frente al problema de la cárcel.

Para ello me detendré –y utilizaré como disparador– un caso testigo que involucró a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en menor medida, a otros órganos del Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal de la Nación. En el tercer y cuarto lugar, intentaré realizar un análisis de corte más particular sobre la base de una serie de entrevistas semi-estructuradas que realicé entre julio de 2016 y comienzos de 2017 a ciento ocho (108) operadores jurídicos de distintos puntos del país, cuyas identidades no serán reveladas, pues de otro modo no se hubieren expresado con libertad.

En el primero de ellos, mostraré el resultado de cinco preguntas cerradas –sobre las que ahondaré oportunamente– que tuvieron por propósito recabar un panorama acerca del contacto que tuvieron o tienen los operadores con la prisión a lo largo de su trayectoria judicial. Y en el siguiente, procuraré un acercamiento más detenido, a instancias de intercambios y preguntas abiertas que mantuve con un grupo más reducido respecto de la imagen que tenían ellos mismos de la prisión y de lo que la justicia penal puede hacer frente a ella. Finalizaré en una sección aparte con unas palabras a modo de conclusión de la investigación.

Por lo demás, no es sobreabundante mencionar que este trabajo lejos está de constituir una reconstrucción exhaustiva del contacto de los tribunales o de los operadores de la justicia penal con la prisión. Más allá que traeré a colación algunos casos y resultados en números –en especial a la hora de exponer los datos de las entrevistas–, no es una investigación cuantitativa; cosa que sería una tarea

prácticamente imposible. Cada persona que respondió mis preguntas lo hizo desde su propio lugar o experiencia. De modo que no encontrarán aquí verdades “absolutas”, como así tampoco, un trabajo acabado sobre esta cuestión.

Se trata, en resumidas cuentas, de un estudio *exploratorio*. Pero nada impide, dejando a salvo eso, que problematice los matices, similitudes o diferencias de los datos y las respuestas recabadas, y que pueda efectuar algunas generalizaciones, construir argumentos, así como avizorar próximas líneas de investigación para profundizar acerca de la práctica judicial concreta de encarcelar en un futuro. Sobre todo, relacionado con lo que dije antes, cuando la justicia penal ha sido configurada históricamente y, como tal, se encuentra atravesada por relatos, tradiciones y un universo de prácticas que han dado lugar a una cultura e ideología en particular (Binder, 2013: 80-98).

Pero antes de pasar al desarrollo, creo que es apropiado que efectúe otra aclaración. La utilización de la primera persona no es casual. Sin ánimo de colocarme en el centro de la escena o darle relevancia a mi trayectoria en la justicia penal, obedece a que no soy un tercero que aborda su objeto de estudio con estricta objetividad. Mi familiaridad con el medio judicial no ha sido a expensas de mi trabajo de campo, sino a instancias de mi calidad de integrante del Poder Judicial de la Nación. Por lo que consideré que el empleo de la tercera persona generaría una distancia frente a mi objeto de estudio de la que carezco y, por tanto, que impediría una lectura más certera de la investigación.

Y por si fuera poco, entendí que existe una razón –de justicia– más. Puedo decir que mi carrera en el ámbito del sistema penal estuvo forjada por la mirada crítica y el anhelo constante de contener y reducir el poder punitivo. En cada uno de los juzgados en los que me desempeñé, procuré que verdaderamente se respeten las garantías constitucionales y que la respuesta no sea siempre la prisión. Eso, a tal punto, que en sobradas oportunidades me han dicho que debería trabajar en la

defensa pública. Es que cala muy hondo la idea de que los operadores “garantistas” o “progresistas” no deberían trabajar en un juzgado y, mucho menos, en una fiscalía.

Pero aun así, no ha sido precisamente mi perspectiva crítica la que me llevó a ascender en el escalafón judicial. Más allá de altibajos y retrocesos, escalé cargos de juzgado a juzgado participando de investigaciones y proyectando resoluciones – varias de ellas prisiones preventivas– en el marco de los supuestos que usualmente procesa el sistema penal. De modo que –resumiendo– si logré ascender ha sido a costas de haber sido un trabajador promedio que, sin perjuicio de cualquier matiz crítico, desempeñó –y aún lo hace– una tarea funcional al poder punitivo. Por lo que la primera persona me hace justicia, da cuenta que seguramente no estoy exento de varios de los déficits, prejuicios o defectos que abundan en el ámbito de los tribunales y que por más que adhiera, promueva y, en la medida de mis posibilidades aplique el pensamiento crítico, soy un judicial más.

I. El sistema de justicia penal en la Argentina

La República Argentina está integrada por veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –la Capital Federal– que desde la última reforma constitucional goza de una situación institucional que se les aproxima bastante. Cada una de ellas es autónoma y autárquica. Tienen su propia constitución, se rigen por sus instituciones, eligen sus gobernadores, legisladores y ejercen el poder no delegado en la Constitución nacional –en adelante CN– al gobierno federal. Es por ello que en cada provincia hay órganos federales que ejercen intereses nacionales, así como autoridades provinciales que hacen lo propio dentro de su territorio. Lo que determina –a los fines vinculados con la investigación– la existencia de tantas administraciones de justicia locales como provincias que –distribución constitucional de competencias mediante– conviven con los organismos de justicia que pertenecen a la Nación¹².

En el ámbito federal, el poder judicial es ejercido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante la Corte Suprema, la Corte o CSJN– y por el resto de los tribunales creados por el poder legislativo. Estos son –en cuanto a la justicia penal refiere– la Cámara Federal de Casación Penal, las cámaras federales de apelaciones y los juzgados federales con competencia criminal situados en cada provincia, así como los tribunales de la justicia nacional que todavía funcionan en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –en adelante la CABA–. Me refiero a la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y a los juzgados nacionales en lo criminal y correccional¹³.

Es que sin perjuicio de la autonomía que tiene la CABA en la actualidad al igual que las provincias –a tal punto que tiene su propio poder judicial–, todavía arrastra una situación institucional de cuando se trataba exclusivamente de la

¹² Artículos 5, 121, 122, 123, 124 y 125 de la Constitución nacional.

¹³ Artículo 108 de la Constitución nacional y Decreto-ley 1285/58.

Capital Federal. Por lo que continúan existiendo órganos federales –es decir que dependen de la Nación– pero que cumplen funciones locales. Entre éstos, precisamente, los tribunales de la *justicia nacional*, que así están rotulados para distinguirlos de los juzgados federales que ejercen –estrictamente hablando– la competencia federal en la ciudad.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal y el de la Defensa –en adelante MPF y MPD respectivamente– es ejercido por la Procuradora y la Defensora General de la Nación, y por las fiscalías y defensorías establecidas legalmente que actúan frente a cada uno de los tribunales federales –y nacionales– mencionados. De modo que existen fiscalías y defensorías generales, fiscalías y defensorías de juicio, y las que actúan durante la investigación preliminar. Aunque vale agregar que también funcionan fiscalías y defensorías creadas por ley o resolución interna para hacerse cargo de una temática que merezca atención especial. En el ámbito del MPF, la PROCUVIN –violencia institucional–, PROSELAC –delincuencia económica– o la PROCUNAR –narcotráfico– y, en el MPD, el Equipo de Trabajo Río Matanza Riachuelo o el Equipo de Trabajo en Centro de Acceso a la Justicia, entre otros¹⁴.

Con relación al servicio de justicia provincial, debo decir que el escenario es medianamente similar. Sin perjuicio de los rótulos –que pueden variar de una provincia a otra– a la cabeza de los poderes judiciales y ministerios públicos se encuentra un tribunal superior, un procurador general y un defensor general, respectivamente, de los que dependen el resto de los tribunales, fiscalías y defensorías. Nada novedoso respecto del ámbito federal y nacional. Aunque puede ocurrir –y hete aquí una de las más extendidas y preocupantes diferencias frente a la justicia federal– que los ministerios públicos –procurador y defensor general así como sus órganos inferiores– no sean independientes frente al poder judicial o, en el caso que eso no suceda, que el ministerio público de la defensa no sea autónomo del ministerio público fiscal. Es decir, que más allá de la existencia de un defensor

¹⁴ Leyes 27.148 y 27.149.

que actué ante el tribunal superior o que tenga unas pocas atribuciones por encima del resto de sus colegas, la titularidad del Ministerio Público así como la jefatura de fiscales y defensores la ejerza el procurador general (Goransky, 2008; Fernández, 2014).

Recapitulando, entonces, en la Argentina existe el sistema de justicia federal que actúa en todo el país y tantos sistemas de justicia locales como provincias. Debo insistir que la excepción a la regla es la CABA, pues además del sistema de justicia federal en sentido estricto –los tribunales federales– y el sistema de justicia provincial –los tribunales del poder judicial local– se encuentran los tribunales de la justicia nacional que dependen del sistema de justicia federal pero que cumplen funciones locales. Lo que me sirve de puntapié para aclarar lo siguiente.

Tal como lo mencioné al comienzo, la aplicación del derecho –es decir la persecución y enjuiciamiento de los hechos delictivos– varía de un sistema de justicia a otro de acuerdo a la distribución de competencias que impone la CN¹⁵. Es así que el sistema de justicia federal interviene en las hipótesis delictivas que pongan en vilo algún interés concreto del Estado nacional –cosa que lo convierte en una justicia restrictiva y de excepción–, mientras que los sistemas provinciales actúan en el común y la mayoría de los delitos, circunstancia que los posiciona como la “verdadera producción de criminalización del país” (Gutiérrez, 2013). Aunque no está de más agregar que el Congreso de la Nación hizo caso omiso del diseño constitucional y en varias ocasiones promulgó leyes mediante las que amplió la competencia de la justicia federal. Y por si fuera poco, resulta que al día de hoy son pocos los delitos que pasaron del conocimiento de la justicia nacional al del poder judicial de la CABA. Por lo que el sistema de justicia federal, sin haber perdido carácter restrictivo y de excepción, también persigue delitos ordinarios¹⁶ a lo largo del país –secuestros extorsivos, tenencia y comercio de estupefacientes entre

¹⁵ Artículo 116 de la Constitución nacional.

¹⁶ Se suele acudir a la expresión delitos ordinarios para distinguirlos de los delitos estrictamente federales.

otros– y la mayor parte de los que deberían pertenecer al sistema provincial en la CABA.

Por lo demás, no puedo cerrar este apartado sin mencionar que la CN le atribuyó al Congreso de la Nación –poder legislativo federal– la facultad de dictar las leyes penales¹⁷. De manera que existe un único código penal, así como leyes penales especiales que las variadas administraciones de justicia –federal, nacional y provincial– aplican de acuerdo a la distribución de competencias antes señalada y –esto será relevante para la investigación– sus propios códigos de procedimiento y enjuiciamiento, pues es una prerrogativa de cada provincia dictar sus leyes procesales. Por lo que hay tantos códigos procesales en materia penal como provincias y, claro está, un código procesal penal que rige la aplicación del derecho en el ámbito federal y nacional –justicia nacional de CABA–.

Ahora bien, la organización de los poderes judiciales es similar en ambos sistemas de justicia. A la cabeza de los poderes judiciales se encuentra la Corte Suprema –en el caso del sistema federal– y los tribunales superiores en las provincias. Y por debajo, los tribunales inferiores –así los llama la CN– que también se replican en el ámbito federal y local, así como de una provincia a otra más allá de –reitero– los rótulos. Es así que –en el ámbito de la justicia penal– encontraremos en la investigación preliminar a los juzgados de garantías o de instrucción¹⁸, así como a las cámaras de apelación; en la etapa de juicio a los tribunales de juicio propiamente dichos y a las cámaras de casación; y en la etapa de ejecución –valga la redundancia– a los juzgados de ejecución¹⁹.

¹⁷ Artículo 75 inciso 12 de la Constitución nacional.

¹⁸ En el sistema federal y en el de algunas provincias todavía sigue vigente el esquema de enjuiciamiento inquisitivo o mixto que se caracteriza en que la instrucción no se encuentre a cargo del fiscal sino de un juez que es el director de la investigación.

¹⁹ Vale reiterar que mi propósito no es más que ofrecer una somera descripción del sistema de justicia argentino. Y esto no lo digo únicamente por el hecho de que los nombres de los tribunales varíen de un sistema a otro, sino también porque, por un lado, el proceso no es estrictamente lineal o secuencial y, por el otro, porque no debe sorprender que un tribunal asuma más o menos funciones en una provincia que en otra, etcétera. A modo de ejemplo, cabe traer a colación que es usual que en las provincias no exista una cámara de casación como sucede en el sistema federal, sino que esa tarea la realice el tribunal superior.

Sobre esta base, la CSJN así como los tribunales superiores, además de tener la última palabra en la aplicación del derecho –la decisión de los casos–, ejercen facultades de superintendencia y, en consecuencia, dictan sus propias normas de gobierno²⁰ –los reglamentos– con el alegado propósito de brindar un adecuado servicio de justicia. Y en ejercicio de esas mismas facultades, delegan en algunos tribunales inferiores–generalmente en aquellos que encabezan cada distrito judicial–la superintendencia directa del resto de los tribunales que se encuentran bajo su órbita.

A modo de ejemplo, la Corte Suprema le atribuyó a la Cámara Federal de Casación Penal el ejercicio de la superintendencia sobre los tribunales orales federales o nacionales con asiento en la CABA; a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional respecto de los juzgados nacionales en lo criminal y correccional; y a las cámaras federales de apelaciones situadas en las provincias sobre el de juzgados y tribunales orales federales que funcionen en la misma circunscripción judicial. Por lo que en el ámbito federal existe un reglamento que alcanza a todos los tribunales de ese sistema de justicia²¹ y tantos otros como aquellos que dicten los órganos judiciales que ejercen la facultad de superintendencia delegada.

Como puede apreciarse, los poderes judiciales están organizados de acuerdo a una estructura jerárquica, cuyo vértice se encuentra en la CSJN o los tribunales superiores que dictan normas de gobierno de alcance general y, al mismo tiempo, que en ejercicio de esa facultad delegan porciones de su autoridad sobre tribunales que se encuentran escalones más abajo de la pirámide judicial que, concesión mediante, hacen los propio respecto de sus inferiores jerárquicos.

²⁰ Binder (2013) subraya que existe un escaso desarrollo de la idea de gobierno del sistema judicial y que esta temática aún sigue atrapada en conceptos antiguos como el de superintendencia o abandonada a las manos de los jueces superiores que carecen de habilidad de gobierno y menos aún de administración (p. 343).

²¹ La acordada dictada por la Corte Suprema el 17 de diciembre de 1952.

Dicho esto, no hay demasiado por agregar respecto del Ministerio Público Fiscal o el de la Defensa. Sencillamente, porque más allá de su diversa naturaleza constitucional y, por tanto, las funciones y objetivos que le asisten –acusar en un caso y defender en el otro– adoptaron una organización refleja a la del poder judicial (Goransky, 2008). De esa manera, sin perjuicio de pequeños avances –que usualmente pueden observarse en los sistemas provinciales– lo cierto es que la estructura de los ministerios públicos replica el esquema de organización judicial.

Es así que frente a un juzgado de garantías encontraremos una fiscalía y una defensoría; ante la cámara de apelaciones, un fiscal general o de cámara y un defensor general o de cámara; en el ámbito de juicio, un fiscal o defensor de juicio; ante la cámara de casación, un fiscal o defensor de casación; y frente al juzgado de ejecución, un fiscal o defensor de ejecución. Y lo más sugestivo, es que también replicaron la vertiente jerárquica. Por lo que un fiscal o defensor general ejerce una relación de superioridad sobre el fiscal o defensor de primera instancia *del mismo modo* en que lo hace la cámara de apelaciones frente al juzgado de garantías, lo que merece una pequeña digresión respecto del MPF a los fines de la investigación.

No cabe duda de que el Ministerio Público Fiscal, es decir, el órgano estatal a cuyo cargo está la función de promover la actuación de la justicia, es una organización jerárquica cuya máxima autoridad es el Procurador General. Es por ello que –principio de unidad, dinamismo y flexibilidad mediante– se encuentra facultado a elaborar reglamentos, establecer fiscalías de distrito, disponer la actuación conjunta o alternativa de fiscales de acuerdo a la gravedad o importancia de un caso, entre otras atribuciones, para ejercer con eficacia la persecución penal de los delitos de acuerdo a una política criminal previamente delineada²².

Sin perjuicio de ello, los integrantes del MPF, por derivación de la organización refleja, llevan adelante su trabajo bajo las alegadas banderas de la

²² Ver Ley orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación 27.148.

Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), junio de 2021, No. 394

<http://www.pensamientopenal.com.ar>

independencia y de la garantía del fiscal natural tal como lo hacen los integrantes del poder judicial (García Yohma & Martínez, 2013, p. 61-68). Por lo que son reticentes –o no se sienten verdaderamente compelidos– a adecuar su actuación al programa político-criminal que pueda derivar de la procuración y mucho menos consentir que en *su* investigación intervenga una unidad fiscal especializada²³. De modo que, salvo rara excepción, el criterio de un fiscal no cede por directivas generales de actuación; sino, en cada caso, merced a la intervención puntual de un fiscal superior que, por ejemplo, no mantiene el recurso de su inferior jerárquico ante un tribunal de impugnación. A esto me refiero cuando dije que la jerarquía se ejerce en el MPF del mismo modo en que ocurre en el Poder Judicial.

²³Una de las características de la justicia es la apropiación de las causas como si se tratasen de objetos personales antes que de documentos públicos (Sarrabayrouse Oliveira, 1998, p. 50)

II. La justicia penal frente a la prisión: el caso del Centro de Detención Judicial del Servicio Penitenciario Federal

El Centro de Detención Judicial del Servicio Penitenciario Federal –en adelante SPF–, conocido como la unidad 28, funciona en el subsuelo del Palacio de Justicia de la Capital Federal. Es decir, en el edificio donde se encuentran la mayor parte de los tribunales del Poder Judicial de la Nación incluida la Corte Suprema de Justicia. No es un complejo penitenciario en sentido estricto, sino que se trata de una unidad de traslado que no se encuentra acondicionada para detenciones que excedan del día. Aloja a detenidos que deben asistir a los tribunales que se encuentran en el palacio o en edificios aledaños sin alcaidía propia, así como a aquellos que han sido recientemente privados de la libertad por la presunta comisión de un delito y que serán trasladados –orden judicial mediante– a una cárcel de destino definitivo mientras que dure, si se lo ordena, su encierro preventivo²⁴.

Aun cuando se trata de una alcaidía que no se encuentra en las afueras de la ciudad sino en el mismísimo Palacio de Justicia, ha sido objeto de sostenidos y severos cuestionamientos desde hace unos años. En particular, de parte de la PPNy la PROCUVIN dado que en distintos relevamientos corroboraron situaciones de profunda vulneración de derechos: escasas, cuando no nulas, condiciones de higiene; sobrepoblación; y detenidos que llevaban varios días en la unidad, cuando, insisto, se trata de un establecimiento de paso. Esto derivó en la presentación de varios habeas corpus, denuncias en contra del director y del titular del SPF, y el inicio de un expediente administrativo en el ámbito de la CSJN, en su calidad de tribunal de superintendencia.

Tal como lo enuncié al comienzo, me detendré especialmente en este último supuesto. Aunque traeré a colación someramente el derrotero de los habeas corpus y las denuncias de la mano de otros dos casos. Pero no quiero adelantarme.

²⁴ www.spf.gov.ar/www/establecimientos_penitenciaros

Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), junio de 2021, No. 394

<http://www.pensamientopenal.com.ar>

La CSJN formó en 2012 el expediente administrativo n° 2304 donde recogió las presentaciones de los organismos citados, reconoció el estado crítico de la unidad, y dispuso paulatinamente diligencias con el propósito de hacer frente al problema. En concreto, en estos cinco años, se pronunció en seis ocasiones en las que –en síntesis– dispuso lo siguiente²⁵:

i. El traslado de detenidos a la unidad debe limitarse al máximo, solo a aquellos casos en los cuales la presencia de los internos resulte estrictamente indispensable para la realización de las diligencias ordenadas por los tribunales a cuya disposición se encuentren; los magistrados deben restringir en la medida de lo posible la permanencia de los detenidos que no puedan ser reintegrados al establecimiento de origen por cuestiones de seguridad; que la sub-dirección de seguridad del tribunal intervenga en la investigación o en la inspección periódica de la unidad; solicitar a la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional que informe acerca del estado actual de la ex Unidad 22 a los fines de prever la eventual ampliación de la unidad 28; *requerir* al director del SPF que ponga en conocimiento del tribunal todo obstáculo que impida cumplir con la obligación del mantenimiento y conservación de la unidad, que está a cargo de su organismo, proponiendo medidas para su solución²⁶.

ii. Solicitar al Consejo de la Magistratura de la Nación que arbitre medidas con la mayor urgencia para habilitar espacios de detención y disponga la ejecución de obras de adecuación de la ex unidad 22 para su rehabilitación con comunicación periódica al tribunal, encomendándole al SPF que brinde apoyo técnico al Consejo²⁷.

²⁵ Información publicada en el sitio web de la CSJN.

²⁶CSJN, Acordada 12/2012.

²⁷CSJN, Acordada 3/2013.

iii. *Emplazar* al director del SPF para que adopte las medidas eficaces a fin de evitar el pernocte de internos y a garantizar debidas condiciones de detención en un plazo de treinta días²⁸.

iv. Remitir copia de dos resoluciones de habeas corpus –en las que incluso se promovió la denuncia del director del SPF y de la Unidad 28– al Ministerio de Justicia para que arbitre las medidas necesarias para superar la situación²⁹.

v. *Requerir* al Ministerio de Justicia que implemente medidas concretas para dar solución a la falta de cupos en las unidades carcelarias de destino definitivo, lo que tendría impacto en la unidad 28; convocar a una mesa de diálogo a la Subsecretaría de Gestión Penitenciaria de esa cartera para evaluar otras medidas que contribuyan a la solución; *intimar* al SPF a que adopte con urgencia medidas eficaces para evitar el pernocte en la unidad 28 y que garantice condiciones dignas de detención; exhortar a los magistrados a utilizar el sistema de video conferencias para llevar adelante audiencias y limitar al máximo el traslado de detenidos a la unidad 28; y que la Subdirección de seguridad intensifique las inspecciones encomendadas en la primera acordada con el propósito de informar cada quince días al tribunal sobre el estado de la unidad³⁰.

vi. *Intimar* al director del SPF a que garantice condiciones dignas de detención“todo lo cual es de su exclusiva responsabilidad”; comunicar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación que era intención de la CSJN dejar sin efecto el convenio por el cual cedió espacio en el Palacio de Justicia para que funcionara la unidad; y delegar la superintendencia de la unidad 28 en la Cámara Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³¹.

²⁸ CSJN, Acordada 33/2013.

²⁹CSJN, Resolución 1587/2016.

³⁰CSJN, Acordada 43/2016.

³¹CSJN, Acordada 8/2017.

Puede apreciarse entonces que la CSJN exigió a las autoridades ejecutivas que encontrara soluciones casi inmediatas al escenario de vulneración de derechos del Centro de Detención Judicial del Palacio de Justicia, pues las intimó y amenazó con plazos perentorios; mientras que –y esto es lo relevante– no se dirigió con igual énfasis respecto de los órganos judiciales que siguieron enviando a los detenidos a la unidad, aun cuando sabían de antemano que no estaba en condiciones adecuadas, dado que la propia Corte lo había sido subrayado una y otra vez en las acordadas. En concreto, de un lado, “exigieron”, “intimaron” o “requirieron” con términos fatales, y del otro, exhortaron “en la medida de lo posible” o sugirieron limitar el paso por la unidad, así como la utilización del sistema de videoconferencias, entre otras cosas.

De manera que podría presumirse que, a juicio de la CSJN, el Poder Judicial no habría tenido responsabilidad alguna sobre los hechos que llegaron a su conocimiento durante cinco años en el centro de detención que funcionaba cinco pisos debajo de sus despachos o, en todo caso, que no habrían sido igual de responsables que las autoridades del Poder Ejecutivo. Interpretación que es cuanto menos curiosa, pues en términos generales es la justicia penal la que tiene a su cargo la decisión de encarcelar, y por tanto es –sino la única– protagonista preponderante a la hora de colmar de personas un establecimiento penitenciario. Y en el supuesto en particular, porque la CSJN encomendó el control periódico de la unidad a la Sub-dirección de Seguridad. Un organismo que además de no haber promovido la intervención de su superior jerárquico –la Corte–, como sí lo hizo la PPN o la PROCUVIN, no sufrió una sanción, advertencia o siquiera una mención peyorativa en algunas de las acordadas.

Con todo, la doble vara –por catalogar la situación de algún modo– es todavía más manifiesta si se repara en la actividad de otros organismos judiciales que intervinieron en el caso. En efecto, por un lado, uno de los últimos habeas corpus que promovió la PROCUVIN llevó al juez de turno a realizar el mismo día una

inspección ocular en la que corroboró que había detenidos que se encontraban en la unidad desde hacía más de 24 horas en deplorables condiciones de encierro³². Puntualmente, en medio de nulas condiciones de higiene y de hacinamiento.

Celebrada la audiencia prevista por la ley³³, el director de la unidad le hizo saber que algunos detenidos ya habían sido trasladados, con excepción de diez que debían pernoctar por expresa orden de las autoridades judiciales intervinientes, que las limpiezas de las celdas se efectuaban durante los fines de semana porque la población se reducía significativamente, que los propios internos se ocupan de ello durante los días hábiles y que una vez al mes se realizaba una desinfección en materia de insectos. En consecuencia, lo intimó a realizar limpiezas y desinfecciones exhaustivas con más frecuencia y que cumpliera estrictamente con las Acordadas de la CSJN; a la vez que lo denunció para que se lo investigue por incumplimiento de los deberes de funcionario público.

En suma, sin perjuicio de adoptar las decisiones mínimas y urgentes, no indagó o siquiera despejó dudas –y mucho menos efectuó una denuncia penal– acerca de por qué había más detenidos de los que podían permanecer en el lugar, los motivos que habían llevado a sus colegas a disponer que otros debían pernoctar cuando las acordadas que él mismo le trajo a colación al director de la unidad expresamente decían lo contrario. Y quizás más relevante, cómo hubo de llegarse –una vez más– a esa instancia cuando la Sub-dirección de Seguridad de la CSJN debía inspeccionar el sitio cada quince días; lo que de mínima hubiere exigido comunicar la inacción de este último organismo a ese tribunal.

En la misma línea, en julio de 2016 un juez criminal ordenó al director de la unidad y del SPF que alojaran en un establecimiento definitivo a una persona privada de la libertad por el delito de robo. Frente al incumplimiento en el plazo

³²Resolución del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional 43. Expediente 19.091/2017. Resuelto el 31 de marzo de 2017 a las 17.30 horas.

³³ Artículo 13 Ley 23.098.

exigido, lo denunció penalmente. El expediente quedó a cargo de una fiscal de instrucción, quien corroboró que el detenido había permanecido diez días allí, dado que, más allá de las intenciones reales de las autoridades administrativas por trasladarlo a término, no existían cupos en los complejos federales. Incluso, recabó varias notas del director informándole al juez de la situación. En ese marco, consideró que si bien el alojamiento en un lugar de tránsito podría haberle ocasionado un agravamiento de las condiciones de detención, dicho escenario no podía atribuírsele al director de la unidad, quien no incumplió las órdenes del juez, sino que agotó todos los recursos disponibles hasta poder hacerlo. Particularmente, dijo: "...no parece razonable achacarles responsabilidad a dichos funcionarios por una cuestión que excede por completo su órbita, y que trasciende a dicha institución, esto es, la problemática del sobrepoblamiento de las unidades penitenciarias a nivel nacional..."³⁴.

Como puede notarse, la reacción de estos actores judiciales es similar y en algún punto más drástica que la de la Corte. En ambos casos cayeron con todo su peso a las autoridades penitenciarias, a quienes no solo les exigieron que cumplieran en plazo, sino que le promovieron una causa penal. Sin embargo, insisto, no responsabilizaron o siquiera indagaron respecto de la eventual responsabilidad de los órganos de la justicia penal que habían ordenado las detenciones o que, precisamente, no habían realizado las inspecciones ordenadas por la propia Corte. Incluso, también es sugestiva la intervención de la fiscal. Es que más allá de reconocer que una situación así no podía cargarse con exclusividad a las autoridades del SPF, deslizó explícitamente que podrían haberse vulnerado los derechos del detenido durante su permanencia prolongada en la unidad, pero nada

³⁴ Dictamen fiscal en causa 42.685/2016, "Unidad 28 SPF s/ apremios ilegales a detenidos..." del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional 32.

dijo respecto del juez que siguió insistiendo con el traslado aun cuando las autoridades del SPF le hicieron saber de la inexistencia de cupos³⁵.

Con matices, sin perjuicio que excede a priori el caso de la Unidad 28, pero en tanto creo que contribuye a ilustrar con más luz el punto del apartado, vale señalar que lo mismo podría decirse del común de las comisiones de cárceles que funcionan en la justicia penal³⁶. Y aquí incluyo –y sirven de ejemplo– al *Sistema de control y seguimiento de las unidades carcelarias*–en adelante el Sistema– así como a la PROCUVIN³⁷.

En el primer supuesto, porque lleva adelante inspecciones, así como monitoreos a través de los que corrobora hechos gravísimos y, en función de ello, intima a las autoridades de la unidad o del SPF a ofrecer soluciones inmediatas o en un plazo determinado³⁸. Pero justamente, ninguna acción de igual entidad realiza hacia el interior de la justicia penal. Recuérdese que no se trata de una mera comisión de jueces preocupados por la cárcel, sino de un organismo que funciona en el seno del máximo tribunal en materia criminal federal del país. Con lo cual, tiene verdaderas herramientas para prevenir hechos de esta índole. Me refiero a modificar la jurisprudencia, dictar acordadas o resoluciones de superintendencia o, en todo caso, promover actividades de capacitación o concientización en el ámbito del Poder Judicial. Es que, en sintonía con el lenguaje de la Corte, a la hora de dirigirse a la comunidad judicial efectúa “recomendaciones”. Así, sugirió respetar el

³⁵ Con todo, quiero insistir en que la fiscal, a diferencia de colegas del MPF y el PJ, subraya que no puede cargarse el “problema de la cárcel” a las autoridades del Servicio Penitenciario Federal. De modo que advierte que se trata de una situación que requiere soluciones mancomunadas y, por tanto, de la intervención de todos los actores estatales con injerencia. Lo que será objeto de mayor indagación en el futuro.

³⁶ Esto surgió en las entrevistas a operadores jurídicos (integrantes del *Sistema* y la PROCUVIN) que trataré en el próximo apartado.

³⁷ Vale aclarar que no desconozco la tarea fatigosa de los operadores que están detrás de iniciativas de esta índole. En suma, que procuran instalar en la agenda de la justicia penal, un área del Estado sumamente conservadora y que resiste a cualquier tipo de cambio, la necesidad de visitar y monitorear la prisión. Todo lo contrario. Lo que pretendo es tomar como punto de partida estas iniciativas, seguir pensando críticamente y tener siempre presente que, como judiciales que somos, no estamos exentos de caer en las trampas de la cultura dominante.

³⁸ Sin perjuicio que las actividades del sistema figuran en el sitio web, también entrevisté a varios operadores jurídicos que trabajaron allí.

debido proceso durante el trámite sancionatorio, que se satisfaga el acceso a derechos fundamentales –alimentación, salud, educación, etcétera–, y que comiencen a realizarse mayores inspecciones y monitoreos para contribuir con la tarea del sistema³⁹.

De acuerdo a su propio relevamiento, sólo un tribunal recogió esta última recomendación y comenzó a llevar adelante inspecciones y monitoreos⁴⁰; al tiempo que desaparecieron o suspendieron momentáneamente sus visitas cuanto menos dos cámaras de apelaciones. La primera porque los propios jueces la creyeron innecesaria cuando se creó el sistema, y la segunda –que funcionaba en el ámbito de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal– cuando la Corte les cargó la superintendencia de la unidad 28 del SPF⁴¹. En este sentido, hicieron hincapié en el cúmulo de trabajo, las vacantes del tribunal y en las exigencias de tener que hacerse cargo de la supervisión de la unidad. Aunque lo relevante –y por eso lo traje a colación– es que aseveraron que la suspensión de las inspecciones no constituía un verdadero problema, porque la supervisión de los institutos estaba asegurada con el *Sistema*. En resumidas cuentas, no solo desatendieron la recomendación, sino que hasta contradijeron su sentido, dando a entender –y por eso también lo destaque– que visitar las cárceles no sería –estrictamente hablando– parte de su trabajo.

Y sostuve que lo mismo podía decirse de la PROCUVIN, porque realiza inspecciones, monitoreos y promueve denuncias penales por iniciativa propia, pero omite apuntarle con el mismo ahínco a sus propios colegas, lo que en cierta forma es aún más crítico que lo que puede ocurrir en el Poder Judicial. Es que a diferencia de este último órgano, que puede excusarse en la “independencia” de sus integrantes; el Ministerio Público Fiscal es un órgano jerárquico⁴². De manera que

³⁹ www.sistemacontrolcarceles.gob.ar/recomendaciones/

⁴⁰ Entrevista a integrantes del sistema y operadores jurídicos.

⁴¹ Acuerdo general de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional celebrado el 21 de abril de 2017.

⁴² Ley 27.148.

si la fiscalía especializada advierte una situación de vulneración de derechos en contextos de encierro, la Procuración General podría instruir a los fiscales a que extremen los pedidos de aplicar prisión preventiva o de pena en sentido estricto y, en consecuencia, que recurran a medidas o alternativas menos gravosas que el encarcelamiento.

Retomando el hilo entonces, considero que el caso de la Unidad 28 del SPF enseñaría que es una práctica generalizada de la justicia penal cargar sobre las autoridades penitenciarias o ejecutivas las secuelas de los escenarios de vulneración de derechos que suceden en contexto de encierro y, simultáneamente, autoexcluirse de cualquier tipo de responsabilidad. Esto, reitero, aun cuando está integrada por los órganos estatales –el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal– que promueven y deciden si una persona tiene que ir a prisión.

Desde ese lugar, comienza a asomarse la idea de que los integrantes de la justicia penal no se verían a sí mismos como *los encarceladores*, sino como los operarios de un área del estado que, cual autómatas, no harían otra que enviar a *toda* persona que comete un delito a prisión. Por lo que tampoco habría registro de que las tasas de encarcelamiento no están asociadas linealmente con la cantidad de delitos (Christie, 1988, p. 43) y, mucho menos, de una nota característica del sistema penal que es, obviamente, la selectividad (Zaffaroni, 2002, p. 9).

Como señaló Foucault (2002: 17), “...es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar...”. De ahí que la justicia penal haya establecido una distancia frente al castigo para liberar a sus integrantes de –valga la redundancia– “...la fea misión de castigar...”⁴³, que relegó el ámbito de ejecución de la pena aun sector autónomo, y que habría llevado a los operadores judiciales a no sentirse –aparentemente– responsables de ello, amén de su obligación histórica de controlarla (Anitua & Gual, 2016:17).

⁴³Agradezco a María Paula Spagnoletti por sugerirme la cita.

Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), junio de 2021, No. 394

<http://www.pensamientopenal.com.ar>

Por lo demás, y si bien esto podrá explorarse con mayor detenimiento más adelante, advierto que cabe otra observación. Estaría a la vista que las exigencias, requerimientos e intimaciones que efectuó la Corte, así como las denuncias que promovieron otros actores judiciales sobre el SPF, sin perjuicio de logros y mejoras puntuales, no constituirían remedios eficaces para solucionar –o más bien erradicar– los problemas estructurales de la prisión. Sin embargo, han sido una constante a lo largo de estos cinco años en el caso de la Unidad 28, que no sólo mereció la intervención de la máxima autoridad del Poder Judicial, sino de múltiples órganos judiciales y fiscales.

Por lo que cabe preguntarse hasta qué punto las acciones de los órganos de la justicia penal –en particular el expediente que labró la propia Corte– no han sido más que acciones para mostrarse a sí misma –o en rigor sentirse– operante, cual suerte de escudo para sobrevivir en un ámbito de aflicción y dolor, estableciendo un paralelismo con el escudo de las palabras del que hablaba Christie (1988: 16); o, cosa que sería más crítica, meros actos de inercia y *formalismos*, al decir de Josefina Martínez (2005: 169-170). Aquellos que, lejos de ocuparse de la cuestión de fondo, sirven para mostrar que se está cumpliendo el procedimiento, que algo se está haciendo y, parafraseando a Binder (2013: 82), permitir que la rueda siga girando, que no se detenga, porque si lo hace, las deficiencias de la justicia serían notorias y causarían pudor.

Pasemos al siguiente plano del relevamiento de campo, lo que exigirá unas líneas previas para comprender de manera más acabada el porqué de mi decisión de indagar respecto del contacto entre operadores jurídicos y prisión.

III. Los integrantes de la justicia penal y la prisión. Primera parte

En el ámbito de la justicia penal existen tres grupos de operadores jurídicos que se encuentran organizados verticalmente. Primero los magistrados –jueces, fiscales o defensores–, luego los funcionarios –secretarios y auxiliares letrados– y, por último, los empleados –prosecretarios administrativos, jefe de despacho, oficiales, escribientes y auxiliares⁴⁴– (Gutiérrez, 2013; Gutiérrez, Kolker&Alvarez, 2008; Sarrabayrouse Oliveira, 1998)⁴⁵.

Sin perjuicio de disposiciones aisladas, el único cargo al que se accede por concurso es el de los magistrados. En el resto de los casos, me refiero a funcionarios o a empleados, no hay un procedimiento similar, sino una serie de toques y contactos a los que se debe recurrir a la hora de intentar el ingreso a la administración justicia y que también se verifica –con pequeñas variantes– a la hora de procurar un ascenso o un traslado a otra unidad (Sarrabayrouse Olivera, 1998: 41-44).

Con todo, nada impide –cuanto menos en teoría– que una persona ingrese a la administración de justicia sin haberlo hecho desde el último peldaño del escalafón. Esto es, desde la última –o en rigor la primera– categoría del grupo de los empleados. Pero no es usual que eso ocurra por varios factores. En el caso de los magistrados, porque los concursos exigen, como ya lo dije, una serie de exámenes que requieren tiempo de estudio que por lo general el abogado que ejerce la profesión de manera independiente no tiene; a la vez que la antigüedad en la justicia sirve –significativamente– a la hora de computar antecedentes para el cargo. Ni hablar de las relaciones y los intercambios de favores que sólo se pueden

⁴⁴ Los rútolos de los cargos, sobre todo, en el ámbito de los empleados, puede variar. Pero su naturaleza, la de empleados *administrativos*, es igual.

⁴⁵ En rigor, existe un estrato más, los ordenanzas, quienes no realizan tareas jurídicas, sino que se ocupan de labores de limpieza, logística y el correo de expedientes y legajos en general. De manera que a los fines de la investigación –que se circunscribe a función de aplicar el derecho– no es relevante ocuparme de ellos. Con todo recomiendo la lectura de la bibliografía citada para profundizar al respecto y, en particular, para comprender de manera más acabada la estratificación social del Poder Judicial.

concretar desde el interior del sistema de justicia (Sarrabayrouse Oliveira, 1998: 42-46), como así tampoco, los cursos de posgrado, cuyas materias se dictan en horarios en los que el común de los abogados no puede asistir y que suelen ofrecer importantes descuentos para los operadores judiciales⁴⁶.

Y con relación a los cargos de funcionarios o empleados, cabe destacar que el escalafón está diagramado –o más bien pensado– para transitarse de menor a mayor. Los reglamentos exigen antigüedad en el cargo anterior para ocupar el siguiente, los titulares de los organismos de superintendencia son reticentes a consentir nombramientos que se aparten del criterio general y, por si fuera poco, el ascenso gradual ofrece legitimidad frente al resto de los operadores (Gutiérrez, 2013: 58). Desde ese lugar, es corriente que se verifique un destrato para quien no haya respetado el orden preestablecido o acciones en contra del propio magistrado que promovió la designación a instancias de los operadores que habrían sido relegados.

De manera que más allá de ingresos sorpresivos o saltos abruptos, puede decirse que existe una verdadera –aunque no formal– *carrera judicial* que supone el ingreso paulatino desde lo más abajo –empleado– hasta lo más alto –magistrado– que, vale subrayarlo, “es toda una carrera, una profesión en sí misma, un plan de vida. Y por tanto...la admisión de una identidad social...como funcionario judicial.” (Gutiérrez, 2013: 53-54 y 56).

Siendo ello así, más allá de la existencia de escuelas judiciales u oficinas de capacitación, la carrera judicial, es decir, insisto, el avance gradual de un lugar del escalafón al siguiente, opera en la práctica cual verdadero –y quizás único– ámbito de formación que se encuentra librado a las capacidades pedagógicas de sus

⁴⁶ Uno de los cursos que mayores puntos ofrece es el que se dicta en la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación para “Aspirantes a magistrados”. Lo curioso es que las materias obligatorias comienzan a dictarse a las 14 horas. Un horario prácticamente inaccesible para aquellos abogados que trabajan en un estudio jurídico. Sobre todo cuando no lo hacen de manera independiente, sino en relación de dependencia.

superiores jerárquicos y de los compañeros de trabajo con mayor antigüedad (Vieito, 2012: 134). Parafraseando a Gutiérrez, Kolker y Alvarez (2008:6), la carrera le servirá al novel empleado y, por tanto, al funcionario o magistrado en potencia, a “tener ‘cabeza judicial’, pensar en forma judicial, comportarse en forma judicial [y a] operar en forma judicial”.

Es así que comenzará por atender al público, lidiar con ordenanzas o la policía, ocuparse de los correos, notificaciones o llamados telefónicos a otras unidades, entre otras tareas administrativas. Luego, realizará pequeños trabajos de interpretación legal y, con el tiempo, ya conocido –o más bien internalizado– el oficio judicial, además de replicar el método de formación respecto de sus eventuales inferiores jerárquicos, instruirá los casos –en rigor expedientes–.

Por lo que, *delegación de funciones* mediante⁴⁷, recibirá declaraciones, llevara adelante audiencias, confeccionara resoluciones y, en definitiva, tomará decisiones más o menos relevantes, según la confianza –y por tanto su ámbito de autonomía– que le hayan depositado sus superiores (Binder, 2013; Gutiérrez, 2013; Gutiérrez, Kolker & Alvarez, 2008; Sarrabayrouse Oliveira, 1998). En efecto, la confianza del magistrado o del secretario, catalogado como el verdadero juez del juzgado (Sarrabayrouse Oliveira, 1998: 44), determinará la autonomía del operador a la hora de decidir la suerte de los casos, lo que lo ha llevado a Binder (2005: párrafo segundo) a subrayar lo siguiente:

[la] delegación de funciones adquiere en algunos países características dramáticas. Por ejemplo: empleados administrativos se hacen cargo de los principales actos de instrucción de las causas penales, toman decisiones importantes vinculadas con la libertad de las personas, son apenas controladas por los jueces, preparan proyectos de sentencias que esos mismos jueces no tienen tiempo de revisar, seleccionan las actas que los jueces leerán

⁴⁷La delegación de funciones es el traslado de tareas, indelegables por ley, que hace el magistrado sobre funcionarios o empleados, con la excusa de equilibrar el trabajo frente a una demanda que no tendría control y que, si no se utilizara, llevaría a las instituciones a una crisis sin solución. Pero como apunta Binder (2005: párrafo primero) “Sin duda ello es así, pero no debe ser aceptado ya que se trata de uno de los principales y peores síntomas de las deficiencias del sistema judicial”.

para tomar sus decisiones, asisten casi con exclusividad a las audiencias de testigos o declaraciones de imputados o de las partes, realizan audiencias de conciliación y otras muchas prácticas de similar importancia que varían según las características de cada uno de los sistemas procesales. Esta delegación de funciones se realiza en todos los niveles. Incluso en muchos Tribunales Superiores existe un elevado nivel de delegación hasta el punto que casos que tardaron años en llegar a esa máxima instancia de resolución y que buscan una decisión que muchas veces compromete interpretaciones judiciales, se fallan sobre la base exclusiva de 'anteproyectos' realizados por una legión de relatores, asistentes, etc.

Y justamente, la Argentina es uno de los países donde la delegación de funciones adquiere niveles de estas características. Esto, no solo porque se trata de una modalidad de trabajo sumamente extendida bajo la alegada imposibilidad de enfrentar la cantidad de causas de otro modo; sino porque cala muy hondo la idea de que el desempeño de aquellas tareas –indelegables por ley– constituye uno de los pilares fundamentales de la formación judicial⁴⁸ y, por tanto, de la *natural* aspiración de un empleado o funcionario por convertirse en magistrado. Es que, como señala Gutiérrez (2013: 53-56), la carrera judicial supone la aspiración del ascenso permanente, por lo que todo empleado se piensa a sí mismo como funcionario o magistrado en potencia.

Recapitulando, entonces, se tiene que los magistrados y, por tanto, los protagonistas de las decisiones que traje a colación en el apartado anterior, recorren en el común de los casos una carrera que no sólo operaría cual ámbito de formación, sino también de internalización del oficio y, más importante aún, de una *identidad judicial*. Identidad en la que forjan prácticas y aprehenden –de aprehensión– reglas escritas y no escritas, en gran medida de su propia cosecha, así como a

⁴⁸ Sin ir más lejos, una de las mayores objeciones que planteó Carlos Donoso Castex, Presidente de la Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación, en la reunión plenaria de la comisiones de justicia y asuntos penales del Senado de la Nación celebrada el 4 noviembre 2014, frente a la reforma del código procesal federal –que vedaba expresamente la delegación de funciones y obligaba a los magistrados a decidir en audiencias públicas– era que la supresión de esa modalidad de trabajo, amén de entorpecer el desarrollo normal de las fiscalías y juzgados, era que los empleados y funcionarios no tendrían oportunidad de adquirir experiencia para el eventual ejercicio de la magistratura.

relacionarse entre pares y extraños (Martínez, 2005: 169-170). Y por qué no, a asimilar qué asuntos son de su incumbencia y cuáles no. Siendo ello así, si uno de los objetivos de la investigación radica en explorar qué lugar ocupa la prisión en la cultura de la justicia penal, se impone indagar acerca de la relación y el contacto que los operadores tienen con la realidad de la cárcel a lo largo de su trayectoria o, más bien, de su formación judicial.

Esta idea no es estrictamente original, sino que tiene como punto de apoyo los trabajos de Mauro Benente (2017), Ramiro Gual (2012) y Franco Venditti (2016). Es que, en apretadísima síntesis, Benente puso de relieve que la educación legal actual no se detiene en la realidad política, económica y social, sino que trasmite un derecho supuestamente neutral y apolítico, que podría explicar –sugiere– que los abogados que egresan de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires sean, en el común de los casos, conservadores a diferencias de lo que ocurre con los egresados de otras facultades de ciencias sociales. Gual subrayó que la mayor parte de los programas de estudio, así como las actividades de la Facultad de Derecho de la misma universidad no estudian o problematizan la *cárcel real*, lo que llevaría a formar –desliza– abogados penalistas que *no sienten pena*. Y Venditti, a través de un estudio empírico, trae a colación que las visitas a las cárceles durante la carrera de abogacía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán han servido para que los estudiantes pongan en crisis ciertas ideas sobre la prisión. Por lo que sostiene que sería necesario que se incluya la materia “criminología” –en cuyo marco realizó la actividad– en todas las orientaciones de la carrera⁴⁹.

Con este punto de partida, realizaré una primera aproximación en este apartado acerca del contacto que tuve con variados operadores jurídicos. En concreto, los resultados de unas pocas preguntas cerradas acerca de su cargo y

⁴⁹ Por cuestiones de extensión, no puedo profundizar en estos textos ahora, lo que tampoco es estrictamente necesario. Solo quería reconocer que el modo de encarar la investigación estuvo en buena medida influenciado por las ideas que atraviesan dichos trabajos.

lugar de trabajo actual, su antigüedad en la justicia penal y si habían visitado una prisión, indicando en cada caso los motivos⁵⁰; para luego ensayar puntos de encuentro, matices o diferencias⁵¹.

Atendieron las preguntas ciento ocho (108) operadores. Concretamente, sesenta y dos (62) mujeres, y cuarenta y seis (46) varones. Entre éstos, veinticinco (25) eran magistrados, cuarenta y seis (46) funcionarios, y treinta y siete (37) empleados. Cincuenta y ocho (58) tenían más de diez años de antigüedad en la justicia penal, treinta y tres (33) de seis a diez, doce (12) de tres a cinco, y cuatro (4) dos o menos.

Por otra parte, noventa y cuatro (94) trabajaban en ese entonces en un poder judicial y catorce (14) en un ministerio público fiscal. Aunque treinta y uno (31) de ellos habían hecho lo propio en el otro organismo o, incluso, en el ámbito de la defensa. Dicho de otro modo, si al momento de la entrevista se desempeñaban en un juzgado, en algún momento de su carrera lo habían hecho en una fiscalía o defensoría, y a la inversa. Del mismo modo, cabe destacar que setenta y nueve (79) de los entrevistados habían trabajado en otra unidad. Me refiero a una dependencia –del PJ o del MPF– distinta a la que laboraban en ocasión de responder mis preguntas.

Por lo demás, treinta y uno (31) de los entrevistados trabajaban en ese entonces en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, treinta y ocho (38) en la provincia de Buenos Aires, dos (2) en la de Chaco, uno (1) en la de Chubut, ocho (8) en la de Córdoba, uno (1) en la de Corrientes, tres (3) en la de Formosa, uno (1) en la de Jujuy, tres (3) en la de La Pampa, tres (3) en la de Misiones, ocho (8) en la de

⁵⁰En rigor realicé entrevistas semi-estructuradas. Aquí sólo traeré a colación la primera instancia que consistió en cinco preguntas cerradas.

⁵¹Vale aclarar que no entrevisté a cualquier operador; sino a aquellos que en alguna medida tuvieran vínculo con la decisión o la práctica de encarcelar. Por tanto, frente a los cuales podía poner en tensión la facultad de aplicar pena o cualquier forma de encarcelamiento. De modo que el estudio de campo se circunscribió a los integrantes de poderes judiciales y ministerios públicos fiscales. Por último, debo decir que circulé las preguntas por redes sociales y a través del *mailing* de la Asociación Pensamiento Penal (www.pensamientopenal.org.ar) de la cual formo parte.

Neuquén, dos (2) en la de Río Negro, uno (1) en la de Salta, dos (2) en la de San Juan, uno (1) en la de Santa Fe, dos (2) en la de Tierra del Fuego y uno (1) en la de Tucumán.

Una mayoría de los entrevistados –me atrevo a decir abrumadora– aseguró que había visitado la prisión. En concreto, noventa y uno (91), frente a diecisiete (17) que no lo habían hecho. Por lo que una primera lectura del relevamiento ponía en jaque una de mis intuiciones –o quizás prejuicios– inaugurales. Sin embargo, a poco que avancé en las respuestas, advertí aspectos que relativizaban el panorama. Veamos.

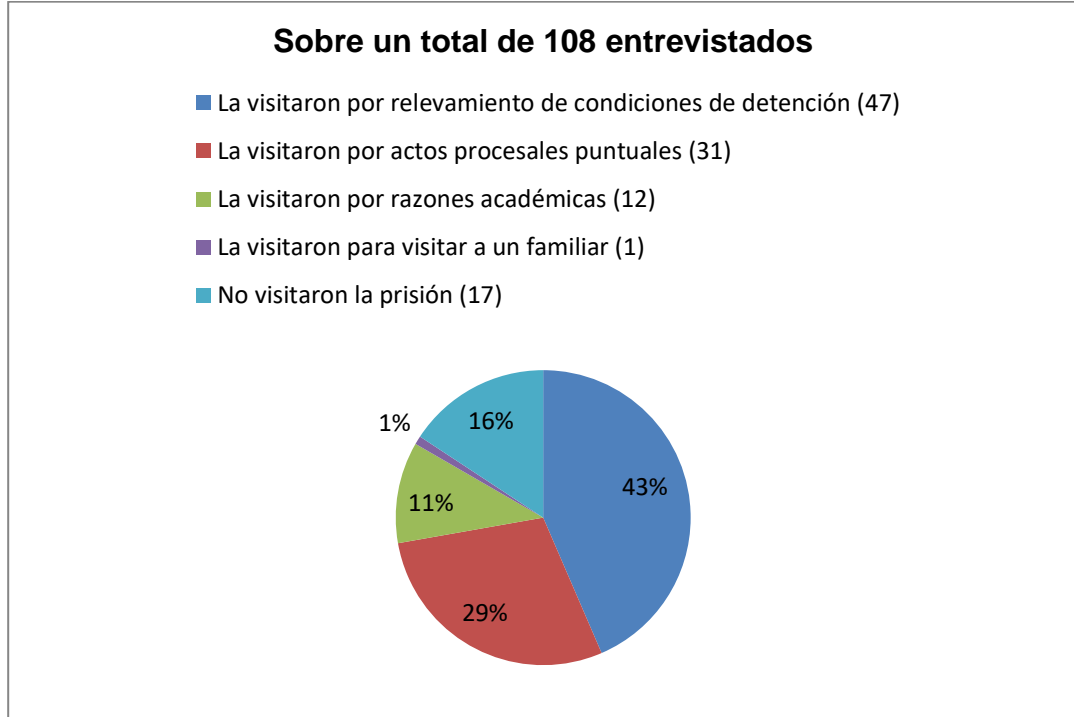
Primero, pude apreciar que las visitas a la prisión no obedecían en todos los casos a *motivos laborales*, es decir, a tareas propias del ámbito de actuación de la justicia penal. En efecto, uno (1) de los operadores dijo que su contacto con la prisión había tenido lugar porque un familiar estaba privado de la libertad; mientras que otros doce (12) aclararon que lo habían hecho *por razones académicas*. Esto es, por haber sido alumno o docente en una cátedra o comisión de una facultad que organizaba visitas a unidades carcelarias o que impartía lisa y llanamente clases en contextos de encierro. De manera que de los noventa y uno (91) que habían visitado la prisión, eran setenta y ocho (78) los que lo habían hecho por circunstancias estrictamente vinculadas con el quehacer judicial.

De seguido, noté que treinta y uno (31) de ellos –es decir, de estos setenta y ocho (78) operadores que habían visitado la prisión por tareas vinculadas con la actuación de la justicia penal– no tuvieron por propósito llevar adelante una inspección o monitoreo, como así tampoco, tomar contacto con los privados de libertad a fin de evacuar inquietudes o consultas. En otras palabras, no estuvieron relacionadas con el fin de *relevar las condiciones de detención*; sino con *actos procesales* puntuales que, por varios factores, no habrían podido llevar adelante en la sede del juzgado o la fiscalía (declaraciones testimoniales, audiencias de indagatorias, notificaciones e incluso, actividades de investigación).

Esto es un dato sumamente relevante. Por un lado, porque las visitas de esta índole no implican necesariamente el recorrido siquiera exhaustivo de la cárcel, sino que se realizan en espacios acondicionados para eso. Y por el otro, dado que están muy lejos de practicarse con frecuencia, con excepción de los actos de notificación, respecto de lo cual volveré luego. En efecto, solo uno (1) de los operadores que participó de las audiencias testimoniales y declaraciones indagatorias –dicho sea de paso, un integrante de la justicia penal con dieciséis años de antigüedad que había trabajado en dos juzgados y una fiscalía– dijo que visitó la prisión en tres ocasiones merced a tres privados de la libertad que debían ratificar una denuncia y que se encontraban en el área de salud del establecimiento penitenciario.

El resto no lo había hecho más de dos veces. Incluido un operador –un fiscal– que respondió que lo había hecho en dos oportunidades a raíz de una denuncia por vejaciones, es decir, por actos de investigación, respecto de la cual, no está de más agregarlo, aclaró que obtuvo condenas. Y dije antes que la excepción a las visitas de este tenor eran los *actos de notificación*, porque los detenidos, tal como lo relaté en el caso de la Unidad 28, previo a ser trasladados a un establecimiento de destino definitivo, permanecen en unidades de traslado que funcionan en la sede de los tribunales. Por lo que las resoluciones vinculadas con su libertad o encierro provisorio, son notificadas por los operadores en dichos ámbitos que, sugestivamente, computarían como una visita a prisión.

Quizás un gráfico ayude a visualizar la situación:



Hasta aquí, entonces, se tiene que sólo cuarenta y siete (47) operadores –el 43% como puede advertirse en el gráfico– contestaron que las visitas estaban emparentadas con *funciones de contralor*.

Pero siguiendo con el análisis, resulta que veinticuatro (24) de estos cuarenta y siete dijeron que las visitas habían sido realizadas durante el ejercicio de la función *actual*. Es decir, en el juzgado o en la fiscalía en la que prestaban funciones cuando atendieron las preguntas. Y más relevante, es que a la hora de explicar los motivos de las visitas surge que diez (10) trabajaban en *un juzgado de ejecución o en un tribunal o secretaría con funciones de ejecución*. Es decir, en una unidad judicial cuya razón de existencia es velar por las condiciones de detención. Ocho (8), entre los que sólo había magistrados y funcionarios, dijeron que lo hacían por disposición de una acordada de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Es decir, por *una obligación impuesta por el tribunal superior*. Otro (1), un juez de

San Juan, que entendía que debía hacerlo esporádicamente. Por lo que podría decirse que lo hacía por *iniciativa propia*. Dos, un juez y un funcionario (2) de Misiones, por aplicación de la ley orgánica y el reglamento de la justicia que los obligaba a hacerlo bimestralmente, aunque el funcionario agregó que en general los jueces no las hacían. Otro (1), un juez de Jujuy, que me aclaró que en rigor la obligación solo le cabía al Superior Tribunal de Justicia que una vez al año organizaba una visita a un determinado establecimiento penitenciario. Luego, una (1) jueza de chaco, que no me supo decir si existía una obligación de visitar las prisiones en cabeza de los magistrados, aunque sí en cabeza del superior tribunal, que debía hacerlo una vez al año, aunque ya no lo hacía, y que me aclaró que sus colegas no iban. Y por último, una (1) funcionaria de una cámara de apelaciones de córdoba, que dijo que en el tribunal se realizaban visitas periódicas, pero que en sus dependencias de trabajo anteriores nunca habían hecho.

Y lo sugestivo es que de los veintitrés (23) que había realizado *visitas de contralor en el pasado* y, por tanto, que ya no lo hacían en su lugar de trabajo actual hay puntos de contacto⁵².

Cuatro (4) trabajaron en un juzgado o tribunal de ejecución. Seis (6) habían hecho lo propio alguna vez en una defensoría, ámbito en que estaban obligados a hacerlo. Cinco (5) por iniciativa del titular del juzgado o la fiscalía. Aunque vale aclarar que uno de ellos (5.a) –de los cinco– se trataba de un juez que lo había hecho por su propia iniciativa y que ahora ya no lo hacía; mientras que otro(5.b) era un funcionario con siete años de antigüedad que lo había hecho solo una vez. Luego, un (1) funcionario de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal y un (1) magistrado de la Cámara del Crimen que habían dejado de hacerlo cuando dejaron de funcionar las comisiones de cárceles a raíz de la aparición del Sistema de la Cámara Federal de Casación Penal. Un (1) juez por expresa prescripción

⁵² Vale aclarar que uno de los entrevistados, un juez, no ofreció razones. Por eso no lo mencioné y, por tanto, el recuento no daría veintitrés, sino veintidós.

médica⁵³. Un (1) funcionario de una cámara de apelación de la provincia de Buenos Aires que también lo había hecho una vez, a pesar de que llevaba quince años en el poder judicial y que trabajó en cinco juzgados distintos⁵⁴. Un (1) funcionario de Formosa que había ido dos veces en once años por requerimientos puntuales del Superior Tribunal de Justicia⁵⁵. Un magistrado de la provincia de Buenos Aires que ya no iba. Y por último, una (1) funcionaria de una cámara de apelaciones de Chaco que ya no lo hacía por “cuestiones de tiempo”, porque ahora los detenidos eran trasladados al tribunal y “ya no era necesario”.

Analicemos ahora el escenario de los diecisiete (17) operadores que no visitaron en toda su trayectoria judicial la prisión; punto que, va de suyo, merecerá un detenimiento más profundo.

Pues bien, de los diecisiete, dos (2) eran magistrados –uno del PJ y otro del MPF–, tres (3) funcionarios y doce (12) empleados. Los magistrados –un juez de Neuquén y un fiscal de la provincia de Buenos Aires– tenían dieciséis y diez años de antigüedad en la justicia respectivamente; al tiempo que entre los funcionarios y empleados existen dos –un empleado y un funcionario– con más de diez años; ocho –siete empleados y un funcionario– que tienen entre seis y diez; y cinco –cuatro empleados y un funcionario– que tienen entre tres y cinco años. Por lo que, desde el vamos, puede apreciarse que no se trata de operadores novatos; sino de empleados, funcionarios y magistrados con vasto recorrido en la administración de justicia.

Luego, se tiene que los magistrados, como ya lo dije, son de Neuquén y Buenos Aires; mientras que los funcionarios y empleados resulta que dos trabajan en Córdoba –ambos en la justicia provincial–, cuatro en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –tres de ellos en la justicia nacional y uno en la federal–, siete en la

⁵³ Por una cuestión de salud está muy expuesto a contraer gérmenes. De manera que no puede concurrir a sitios potencialmente peligrosos. Incluido los lugares de votación.

⁵⁴ Lo curioso es que el detenido no habría recibido una visita de operadores, familiares o amigos en treinta años.

⁵⁵ Tuvo que corroborar si se había reparado un cielo raso.

provincia de Buenos Aires –tres de ellos en la justicia federal y cuatro en la provincial–, uno en Corrientes y el otro en San Juan –ambos en la justicia federal–.

De modo que, quizás un dato a destacar, es que los operadores no son oriundos del mismo lugar, como así tampoco, integrantes de un único sistema de justicia. En resumidas cuentas, pertenecen a variados ámbitos geográficos y a los tres sistemas que existen en la Argentina: federal, nacional y provincial. Pero lo más relevante es que, sin perjuicio de aquellos matices –el cargo, la antigüedad, el ámbito geográfico y el sistema de justicia–, no advierto demasiadas diferencias a la hora de indagar en el porqué de su distancia con la prisión.

Efectivamente, nueve (9) de ellos –ocho empleados y un funcionario– subrayaron que *nunca tuvieron la oportunidad* de visitar la cárcel; dos (2) –ambos empleados con diez años de antigüedad– que *no era requerido* a raíz de que los privados de libertad eran trasladados a la unidad judicial; cinco (5) –un magistrado, dos funcionarios y dos empleados– que *no hacía a sus funciones* y otro –un magistrado– que no lo había hecho por *cuestiones de tiempo*.

Cabe agregar que los operadores que no tuvieron la oportunidad de visitar la prisión pertenecen: dos (2) a la justicia nacional, cuatro (4) a la justicia federal de la provincia de Buenos Aires, uno (1) a la justicia federal de Corrientes, otro (1) a la justicia federal de San Juan y el restante a la justicia de la provincia de Buenos Aires. Quienes señalaron que no les era requerido, pues los privados de libertad eran trasladados a la unidad judicial, eran dos (2) empleados de la justicia provincial de Córdoba. Por otra parte, los que dijeron que no hacía a sus funciones eran tres (3) integrantes de la justicia de la provincia de Buenos Aires, uno (1) de la justicia nacional y otro (1) de la justicia federal de la CABA. Y quien hizo lo propio por cuestiones de tiempo, era el magistrado (1) de la justicia de la provincia de Neuquén.

Sobre esta base, considero que pueden ensayarse algunas conclusiones provisorias. En primer término, el muestreo sugeriría que visitar una prisión en el

ámbito de la justicia penal no sería más que una cuestión de azar, lo que no dependería del sistema de justicia (federal, nacional o provincial) o de la provincia en la que el operador se desempeñe; sino de quien se encuentre al frente del juzgado o la fiscalía –lo que catalogué antes como *iniciativa propia* del titular de la unidad– o de la circunstancia de que la magistratura tenga funciones de ejecución.

Este escenario, incluso, se verifica en la provincia de Buenos Aires, donde varios entrevistados aseguraron que las hacían por expresa disposición de las acordadas de la suprema corte local⁵⁶. En efecto, desde el vamos, se tiene que entre aquellos operadores que solían visitar la prisión existe un magistrado bonaerense. Luego, porque más allá de que varios empleados y funcionarios sostuvieron que las llevaban adelante a raíz de ello, lo cierto es que una de los integrantes de la justicia que nunca puso un pie en una cárcel se trata de una funcionaria de la provincia que expresamente señaló que no lo había hecho, dado que no la alcanzaba esa obligación. Y dicho sea de paso, tiene toda la razón. La acordada sólo compele a los magistrados⁵⁷.

Por otro lado, en estrecha relación con esto último, otra observación que se impone es que los operadores no se sienten compelidos o, en rigor de verdad, no advierten que exista un mandato de visitar la prisión. Esto, aún cuando exista una verdadera *obligación impuesta por una ley, un reglamento o una acordada de un superior tribunal* de hacerlo. En palabras de Josefina Martínez (2005) no lo vivirían como un acto de desobediencia. Lo que puede apreciarse sin dificultad a la luz de los dichos de los operadores que denunciaron abiertamente que sus colegas no lo hacían –por ejemplo los misioneros o los chaqueños– o de la circunstancia de que entre los que visitaron la prisión, y quienes dejaron de hacerlo o nunca lo hicieron, hay operadores del mismo sistema de justicia y provincia.

⁵⁶ Acordada 3632/2013 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

⁵⁷ Ver artículos 2 y 3.

Incluso, debo agregar, que el trabajo de campo reflejaría que en algunos supuestos, más que desobediencia existiría lisa y llana resistencia. A modo de ejemplo, en la provincia de Buenos Aires se tiene que varios jueces no quisieron realizar las visitas impuestas por la corte bonaerense por cuestiones de seguridad⁵⁸; mientras que en Mendoza, frente a una iniciativa de similares características del Superior Tribunal de Justicia⁵⁹, otro grupo de magistrados enfrentó la decisión con extrema vehemencia. Y en ese marco, dijeron explícitamente que no era un asunto de su responsabilidad y que el contacto con los privados de libertad podría generar una suerte de “empatía” que afectaría la imparcialidad⁶⁰. Lo más curioso es que se trata de dos provincias que han sido severamente cuestionadas –incluso frente al sistema interamericano de derechos humanos– por el estado calamitoso de sus cárceles⁶¹.

Por último, puede apreciarse que, en líneas generales, el hecho de visitar una prisión y, en particular, efectuar inspecciones o monitoreos no constituiría un antecedente o un recorrido relevante para la carrera de los operadores. Nótese que el común de los entrevistados tiene vasta antigüedad en la justicia u ostenta los cargos más altos del escalafón –incluido el de magistrado– pero no efectuaron –si es que lo hicieron– demasiadas visitas o, en caso de haberlo hecho, no estuvieron necesariamente emparentadas siquiera con actividades de contralor. Por lo que más allá de la relevancia que tiene por sí solo el hecho de que es posible llegar a ser magistrado sin haber puesto un pie en una prisión –algo que se verificó aquí–,

⁵⁸ Relato de un juez de garantías de la provincia de Buenos Aires.

⁵⁹ Acordada 26.208/2014.

⁶⁰ <http://www.infobae.com/2014/12/13/1614962-en-mendoza-ordenan-los-jueces-visitar-los-presos-cada-3-meses-empatizar-ellos/>

⁶¹ En el caso de la provincia de Mendoza es de público conocimiento el caso “Asunto Penitenciarias de Mendoza” que tramitó en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Mientras que respecto de la provincia de Buenos Aires vale señalar que desde la Asociación Pensamiento Penal expusimos su dramática situación, junto a otras organizaciones, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo que puede consultarse en:

<http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2014/08/presentaci%C3%B3n-APP-a-la-CIDH-Situaci%C3%B3n-penitenciaria-bonaerense.pdf>

es aún más sugestivo que los propios operadores no lo viven como un verdadero déficit en sus trayectorias.

IV. Los integrantes de la justicia penal y la prisión. Segunda parte

Me ocuparé ahora del segundo tramo de las entrevistas. Como lo adelanté, se trató de una serie de preguntas abiertas con el objeto de profundizar la mirada y detenerme en las imágenes y representaciones que tienen los operadores de la prisión, así como de lo que la justicia penal puede hacer frente a ella. A groso modo, indagué acerca de para qué sirve la pena y el encarcelamiento preventivo, por qué un tribunal envía gente a prisión, qué podían decir de ella y de la población carcelaria actual, qué opinión les merecía la superpoblación, las carencias y las restricciones de derechos que ocurren allí, y qué puede hacer un juzgado, tribunal o el propio Poder Judicial ante eso.

Va de suyo que en esta instancia me concentré en un grupo más reducido. Aunque debo aclarar que la selección, más que aleatoria, fue azarosa, pues envié las preguntas a –e intenté generar contactos con– cada uno de los ciento ocho entrevistados; lo que ocurrió a principios de 2017 y respondieron en tiempo apropiado veintitrés (23). Con todo, la circunstancia de que no haya contestado el total me permitió catalogar las respuestas desde otro lugar, así como empezar a explorar –aun mínimamente– otras aristas de la investigación que, sin duda, demandarán más profundización, pero que han enriquecido –desde mi punto de vista– este primer trabajo *exploratorio*. Pero vayamos por partes.

Como lo mencioné, atendieron la entrevista veintitrés (23) operadores. Siete (7) mujeres y dieciséis (16) varones. Entre éstos, seis (6) magistrados, once (11) funcionarios y seis (6) empleados. Diez (10) tenían más de diez años de antigüedad en la justicia penal, ocho (8) de seis a diez, cuatro (4) de tres a cinco, y uno (1) dos o menos. Por otra parte, diecinueve (19) trabajaron en otra unidad judicial o fiscal; y salvo tres (3) de ellos, el resto (20) visitó la prisión alguna vez.

Por lo demás, siete (7) de los entrevistados trabajaban en ese entonces en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siete (7) en la provincia de Buenos Aires, uno (1) en Córdoba, uno (1) en Formosa, uno (1) en Jujuy, uno (1) en Misiones, tres (3) en Neuquén, uno (1) en San Juan, y uno (1) en Tucumán. Por último, cabe señalar que siete (7) pertenecen al sistema federal, cuatro (4) al nacional y doce (12) al provincial.

Siendo ello así, puede apreciarse que se trata de operadores con basta antigüedad y que en su mayoría son funcionarios o magistrados. Luego, resulta que prácticamente todos tuvieron algún contacto con la prisión; al tiempo que no son oriundos del mismo lugar, como así tampoco, integrantes de un único sistema de justicia. De modo que son voces con holgado recorrido en los variados sistemas de justicia penal de la Argentina.

Pues bien, siguiendo con el orden en que fueron enunciados los interrogantes, se tiene que dieciocho (18) de los entrevistados consideraron que la pena debería promover la *resocialización*, pues así lo dispondría la Constitución nacional⁶², pero que en los hechos eso no ocurría. Al respecto, dos agregaron que en rigor se trataba de *retribución*, puntualizando uno de estos que el fin declamado –la resocialización– no tenía lugar por la “corrupción del servicio penitenciario” y el otro a raíz de que “muy pocas veces quien comete un delito tiene capacidad de reflexión”, “primer paso que si no se cumple no se puede avanzar al siguiente”: “la resocialización”.

Fuera de este escenario, uno (1) dijo que la pena no era otra cosa que aplicación deliberada de dolor; otro (1) que tenía fines de prevención general negativa –“la pena es ejemplificativa”–; otro (1) que no servía para nada pero que en algunos supuestos –corrupción y lesa humanidad– se avizoraba un sentimiento legítimo de justicia; otro (1) que tenía fines de prevención especial negativa –

⁶² Artículo 18 Constitución Nacional; Artículo 5 inciso 6 Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

“neutralización del elemento peligroso”– pero que “igual debería seguir siendo aplicada, ya que “la sociedad no tenía por qué sufrir ese peligro”; y otro (1) que se trataba, con expresa cita de Ferrajoli, de una “solución temporal” que tenía por propósito “minimizar la violencia de la venganza privada”⁶³.

Con relación al encarcelamiento preventivo, todos (23) alegaron que es una medida cautelar de excepción que debería aplicarse frente a la verificación de riesgos procesales que no se pudieran neutralizar con una diligencia menos lesiva. En ese marco, ocho (8) pusieron de relieve que la justicia abusaba de ella convirtiéndola en regla; a la vez que cuatro (4) agregaron que esto último, además, la hacía un verdadero adelanto de pena.

Consideración especial merece uno de los ocho que, más allá de reconocer su aplicación excesiva, puntualizó que en la unidad judicial donde trabajaba –un tribunal de juicio– se la veía desde una perspectiva positiva porque “los imputados que vienen ya privados de la libertad, una vez condenados, ya están cumpliendo su pena, a diferencia de quienes llegan en libertad que, luego de obtener una condena, podían darse a la fuga como lo hace la mayoría”⁶⁴.

Respecto de por qué la justicia penal envía personas a prisión, dieciséis (16) mencionaron que lo hacía porque tenía el mandato legal o el deber jurídico de hacerlo. Cinco (5) involucraron de algún modo “a la sociedad”. Uno dijo que la justicia lo hacía para enviarle un mensaje en contra de la impunidad; dos por temor frente a la reacción que pudiera tener merced a la influencia de los medios de comunicación; otro porque era lo que esta quería; y el último de los cinco, sin perjuicio que se trató de aquel que subrayó –críticamente– que la pena tenía un fin

⁶³ Vale aclarar que esta cita no le hace justicia a Ferrajoli pues en sus últimos trabajos señaló expresamente que eso jamás ha ocurrido.

⁶⁴ La entrevistada pierde de vista que hay trabajos que denuncian que los tribunales suelen condenar o resistirse a disponer absoluciones en los casos que los acusados lleguen a juicio privados de libertad cual gesto de camaradería con sus colegas de la instrucción (Guereño & Massimino, 2014).

de prevención especial negativo, porque la sociedad no debía cargar con el –otro– peligro.

Por otra parte, uno (1) deslizó que la justicia penal lo hacía “ante la falta de ideas”, y el restante (1), luego de poner de relieve que, en su opinión, la pregunta había sido mal formulada, aseguró que quienes envían gente a prisión eran las agencias ejecutivas por criterios propios “validados por la ley” y que al juez solo le incumbía disponer la libertad o reducir los efectos “desocializantes de la internación”.

En lo que hace a las características de la cárcel, así como de la población penitenciaria actual, todos reconocieron expresamente que se trata de un ámbito donde rige la profunda vulneración de derechos en la que se encuentran personas oriundas de los sectores más postergados de la sociedad por la comisión de hechos delictivos de poca monta.

Veintidós (22) fueron terminantes al respecto, a tal punto de sostener que la prisión es “una jaula inmunda y sucia”, una “verdadera condena de muerte”, un “espacio de severa violación de los derechos humanos”, “un lugar abandonado por el Estado”, entre otras caracterizaciones del mismo tenor; mientras que uno (1) de ellos suavizó –por decirlo de algún modo– la cuestión, al sostener que “noto que las cárceles en el ámbito federal están mejor que hace unos años, aunque todavía están lejos de la Constitución Nacional”. Por lo que su opinión parecería traslucir que existiría una mejora; cosa que, no está de más recordarlo, contradice los informes de la PPN citados anteriormente.

Por lo demás, cabe poner de relieve que uno, sin perjuicio que también identificó los estrados sociales encarcelados, así como los delitos por los cuales eran criminalizados, señaló que debían recabarse más datos para hablar de *selectividad*, pues no estaría del todo claro si existe una mayoría de personas con

“esas características” que cometan hechos ilícitos y si, precisamente, los delitos contra la propiedad no sean en verdad los más frecuentes.

Finalmente, con relación a qué puede hacer un juzgado, tribunal o el propio Poder Judicial frente al *problema de la cárcel*, dieciocho (18) señalaron que la justicia penal sólo debía efectuar controles y monitoreos, así como exhortar o denunciar a las autoridades del Servicio Penitenciario y del Poder Ejecutivo –cuatro de ellos manifestaron expresamente que la justicia penal no podía hacer nada–; mientras que el resto (5), subrayó que los magistrados debían reducir el abuso del encarcelamiento preventivo o recurrir a medidas alternativas a la prisión.

En concreto, se tiene que en el primer grupo se ensayaron respuestas del tenor de que la justicia penal debía “controlar que no se vulneren derechos”, “efectuar monitoreos”, realizar un “reclamo continuo al resto de los poderes”, “colaborar en lo que se pueda”, “solo pueden denunciar”, “estar permanentemente encima del servicio penitenciario”, “exhortar al Poder Ejecutivo a que las cárceles estén en condiciones”, o que se trata de un problema que “excede a los jueces” dado que hay que “descriminalizar”, “desprisionizar” o “fijar técnicamente un cupo”. Y en el segundo y último, se aludió a que los magistrados “pueden contener el poder punitivo y actuar como filtro para que vaya menos gente a prisión”, “aplicar medidas alternativas” o “evitar el abuso de la prisión preventiva”.

Llegada la instancia de efectuar algunas conclusiones, debo decir en primer término que, más allá de las respuestas disímiles que ofrecieron los operadores respecto al fin de la pena, se advierte sin dificultad que todos reconocieron que el castigo no se adecua al mandato constitucional de *resocializar*⁶⁵. Algunos lo hicieron de forma explícita, particularmente la mayoría que mencionó que así lo imponía la Constitución nacional, pero que en los hechos eso no ocurría; y otros de manera

⁶⁵No es mi interés poner en tela de juicio el fracaso del ideal resocializador, así como los problemas, incluso constitucionales, que tiene. Se trata –como se apreciará– de destacar que los operadores reconocen que la Constitución prevé la resocialización como un mandato legal o deber jurídico.

implícita cuando se pronunciaron, por ejemplo, a favor de la prevención general o especial negativa.

Lo mismo puede decirse con relación al encarcelamiento preventivo, en tanto y en cuanto le asignaron fines procesales –único propósito que sería admisible constitucionalmente⁶⁶– pero a continuación una gran proporción de ellos denunció que se utilizaba en exceso o que constituía un verdadero adelanto de la pena.

Siendo ello así, se avizora una vez más que los operadores no se sienten compelidos por un mandato legal –en rigor dos– vinculado con la prisión. Eso, a tal punto, que en tanto unos, cuanto menos, lo trajeron a colación –me refiero al alegado deber constitucional de resocialización–, otros siquiera lo mencionaron y deslizaron sus propias ideas o pareceres sobre el fin del castigo. Lo que adquiere especial relevancia si se repara en que, a la hora de ofrecer respuestas respecto de por qué la justicia penal envía personas a prisión, una mayoría abrumadora refirió que *debía* hacerlo dado que existía un mandato legal o un deber jurídico. De manera que aquí si –sugestivamente– existiría un supuesto deber al cual le otorgan verdadera obediencia al decir de Josefina Martínez (2005).

En este sentido, es elocuente la respuesta del entrevistado –un fiscal de la provincia de Buenos Aires– que mencionó que no había resocialización, sino la neutralización de un “elemento peligroso”, pero que aun así la pena debía seguir siendo aplicada porque la sociedad no tenía porqué cargar con ese “peligro”.

En suma, comienza apreciarse abiertamente que el operador de la justicia penal en un supuesto contrapunto entre satisfacer el derecho de los privados de libertad o el de la sociedad –a la que traen a colación como un ente del que no formarían parte aquellos que están en prisión– se inclinan por los alegados intereses de esta última. Sin ir más lejos, vale recordar que otra tanda de operadores

⁶⁶ Así lo dice la inveterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

justificaron el envío de personas a prisión porque “así lo quería la sociedad”, para “enviarle el mensaje de que no toleraría la impunidad” o “frente al temor de una reacción en alguna medida influenciada por los medios de comunicación”.

Esto confirma –quizás un dato que a esta altura no merecería mayor contraste empírico– que los derechos fundamentales de los privados de libertad “se encuentran ‘devaluados’ en comparación con quienes viven en libertad” (Rivera Beiras, 1997, citado por Anitua & Gual, 2016:10).

Y en algún punto, revela un manifiesto prejuicio de los operadores –tal vez en un esforzado intento por encontrar una justificación que no existe de la prisión– respecto de la alegada opinión –y demanda– de la sociedad *libre*, así como un total desconocimiento de sus singularidades, pues no existe necesariamente una idea uniforme sobre el castigo. Al respecto, debo señalar que hay investigaciones recientes que sugieren lo contrario (Varona Gómez, s/f), así como un movimiento de personas que han sido damnificadas por hechos delictivos que no están necesariamente de acuerdo con la prisión y que promueven respuestas más constructivas y menos violentas para dirimir sus conflictos⁶⁷.

Por lo demás, y si bien volveré sobre esto más adelante, se colige algo que ya sugería Bombini (2000:116) hace casi veinte años, cuando se ocupó de relevar variadas resoluciones de los jueces nacionales de ejecución penal, cual es que no existe en los operadores un cuestionamiento serio del para qué o el por qué de su propia actuación.

En definitiva, es a todas luces evidente que el mandato constitucional que justificaría el castigo, y por tanto –valga la redundancia– la razón preponderante de su propia actuación, no tiene anclaje en la realidad y, amén de ello, no se advierte que pongan su tarea cotidiana de encarcelar en tela de juicio. Lejos de eso, ensayan

⁶⁷[www.victimas por la paz.com.ar](http://www.victimasporlapaz.com.ar)

sus propias justificaciones, como lo fue la alegada demanda de la sociedad o la necesidad de neutralizar los peligros que esta no tendría por qué tolerar.

En otro orden, vale destacar –también algo que introduje anteriormente– que no se aprecia que los operadores tomen nota de la selectividad intrínseca del sistema penal (Zaffaroni, 2002). Es que más allá de que prácticamente todos los entrevistados mencionaron que la población carcelaria se trata mayoritariamente de personas oriundas de los sectores más postergados de la sociedad por delitos de poca monta, ninguno lo trajo a colación –al menos explícitamente– a la hora de ofrecer respuestas frente a por qué un juzgado o tribunal enviaba gente a prisión. Sin ir más lejos, uno de ellos, como lo repasé antes, hasta llegó a ponerlo en duda, dado que remarcó que debían recabarse más datos para hablar de *selectividad*, pues no estaría del todo claro si existe una mayoría de personas con “esas características” que cometan hechos ilícitos y si, precisamente, los delitos contra la propiedad no sean en verdad los más frecuentes.

Aun así, este escenario es a todas luces más curioso en el caso de aquellos que justificaron la actuación de la justicia penal frente a una demanda o el envío de un mensaje en contra de la impunidad a la sociedad. Digo esto, porque cuanto menos en la Argentina, las movilizaciones o marchas por *seguridad* no se originaron por delitos contra la propiedad, sino por hechos de significativa gravedad en los que se advirtió connivencia policial o amparo de la política y de la propia justicia (Gutiérrez, 2010).

Y dije que volvería sobre la escasa autocrítica de los operadores, visto que luego de reconocer que la razón constitucional del castigo no se cumple, que la justicia penal recurre al encierro preventivo en exceso –y por tanto por fuera de los márgenes legales– y que las cárceles son espacios de profunda vulneración de derechos, sostienen en su mayoría que la justicia penal no puede hacer nada frente a ello o que, en todo caso, solo pueden *denunciar, exhortar o estar permanentemente encima* de las agencias ejecutivas, a las que, evidentemente,

responsabilizan del problema de la cárcel. Y por si fuera poco, las escasas voces que sugirieron soluciones que debían partir, precisamente, desde el ámbito de la justicia no propusieron respuestas generalizadas o institucionales, es decir, cual política de Estado del Poder Judicial o del Ministerio Público –la justicia penal–, sino medidas casuísticas, como lo es pedir que los magistrados frente a casos concretos apliquen medidas alternativas o que no recurran sin más a la prisión preventiva.

En suma, los operadores judiciales no se ven a sí mismo como los *encarceladores* y, por tanto, como integrantes de una agencia del Estado con responsabilidad sobre la violencia de la cárcel. No de casualidad dos entrevistados sostuvieron que la justicia penal solo podía “realizar gestiones frente a los *órganos pertinentes*” o “enviar propuestas a los *órganos que correspondan*”; y otro –cuya respuesta mencioné antes– sostuvo que una de las preguntas estaba mal formulada –aquella en la que pretendía indagar acerca de por qué un tribunal o juzgado enviaba gente a prisión– y aclaró que la “prisionización” solo la llevaban adelante las agencias ejecutivas y que a la justicia penal únicamente le quedaba disponer la libertad o reducir los efectos “disociantes” del encierro.

Y si este escenario es a todas luces crítico, quisiera cerrar el apartado de la mano de dos hechos que advertí durante el relevamiento de campo y que merecerán mayor exploración en el futuro, pero que vale la pena introducir ahora para problematizar aun más el vínculo de los integrantes de la justicia penal con la prisión.

El primero, que las autoridades del Servicio Penitenciario Federal y del Servicio Penitenciario de la provincia de Buenos Aires comenzaron a circular en estos últimos meses⁶⁸ notas a variados magistrados con el propósito de que evalúen la posibilidad de aplicar arrestos domiciliarios con monitoreo electrónico – para lo que hasta ofrecieron la tecnología– así como libertadas anticipadas en aras

⁶⁸ Información que me facilitaron los entrevistados y a la que también accedí en el ejercicio de mi tarea diaria en la justicia penal.

de aminorar el impacto de la encarcelación masiva y la sobrepoblación carcelaria. Lo que pone de relieve que las agencias a las que la justicia penal tilda de únicos responsables del problema de la cárcel se muestran más creativas y preocupadas por los derechos de los privados de libertad. Hechos que obligan a recordar a Christie (2006:44-45), cuando destacaba que la tasa de encarcelamiento de Noruega se mantuvo estable aun después de una suba sostenida del número de delitos denunciados a la policía. Básicamente, porque los propios guardia cárceles se preocupaban por sus condiciones de trabajo y se oponían a que las cárceles funcionaran por encima de su capacidad.

Y el segundo, que en 2015 un juez de ejecución penal de la provincia de Buenos Aires⁶⁹ ordenó el arresto domiciliario de setenta y cinco mujeres privadas de la libertad –embarazadas o alojados con sus hijos menores de cinco años– luego de concurrir a la unidad y advertir que vivían en celdas extremadamente pequeñas –las cunas de los niños estaban al lado del inodoro–, en nulas condiciones de higiene y con la amenaza de una plaga de roedores. Incluso, notó que en las celdas había pequeños agujeros en las paredes por las que se filtraban las ratas, razón por la cual las detenidas tenían gatos para repelerlas.

Frente a ello, y lo que sigue es fruto de la entrevista que mantuve con él, ordenó el arresto domiciliario como medida cautelar, lo que comunicó a los magistrados competentes, pues ninguna de ellas se encontraba a su disposición y, por tanto, el Servicio Penitenciario Bonaerense no efectivizaría la diligencia sin sus consentimientos.

Ahora bien, solo unos pocos acompañaron la decisión. En este sentido, algunos le hicieron saber que “estaban previendo esa posibilidad”, mientras que otros la avalaron pero dejando expresa constancia de que “ellos no podían hacer nada” ya que había sido una orden de un juez en el marco de un habeas corpus.

⁶⁹No revelaré los datos del juez, así como detalles del caso que lo puedan exponer frente a sus colegas.

Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), junio de 2021, No. 394

<http://www.pensamientopenal.com.ar>

Aunque quizás lo más relevante, es que otros la suspendieron “hasta tanto ellos decidieran en forma definitiva al respecto”, al tiempo que el resto –la gran mayoría– prohibió la concreción de la morigeración del encarcelamiento. Entre éstos, unos llegaron a denunciarlo frente a las cámaras de apelaciones de cada departamento judicial –los órganos de superintendencia–, mientras que otros “respondieron de forma irónica” diciendo que “pese a las loables intenciones del juez de mantener el vínculo materno-filial eso se cumplía perfectamente en la unidad” o bien –en el caso de los niños– “que no existía tal privación de libertad ya que no estaban sometidos a ningún régimen carcelario, sino que se trataba de una situación *sui generis*”.

En definitiva, sólo diecinueve madres gozaron efectivamente de la prisión domiciliaria en aquel entonces y otras cuatro recién lo hicieron cuando las causas pasaron a etapa de ejecución y él las estuvo a su cargo. Por lo demás, debo destacar que ninguno de los jueces concurrió a la unidad a verificar las paupérrimas condiciones de detención aludidas, pese a que el juez de ejecución les había enviado a cada uno de ellos la resolución por correo electrónico.

Estos relatos que, insisto, requerirán mayor análisis, pone aun más en crisis la distancia de los integrantes de la justicia penal con la prisión. Desde el vamos, porque reflejan su escasa creatividad para hacerle frente al problema de la cárcel –lo que sí tendrían aquellos que conviven a diario con los privados de libertad–, y porque sugiere que la distancia sería *selectiva*, pues los operadores no se representan que pueden desobedecer el *mandato legal* o *deber jurídico* de enviar una persona a prisión aun cuando conocen de antemano que es un espacio de vulneración sistemática de derechos; aunque parecería que sí pueden hacerlo cuando un juez ordena un arresto domiciliario y, por tanto, dispone el egreso de la cárcel.

A lo que apunto, es que la devaluación de los derechos de los privados de libertad es tal, que los operadores jurídicos no podrían disponer una libertad por la “sola” verificación de una situación de vulneración de derechos en contexto de

encierro, pero sí podrían regresarlos o mantenerlos en ella –y por tanto quebrar la distancia y ejercer responsabilidad– para garantizar los eventuales y supuestos derechos de la sociedad *libre*.

Con todo, esto también refleja que la apropiación que los integrantes de la justicia penal ejercen sobre *sus* causas (Sarrabayrouse Oliveira, 1998:50) se extiende a *sus* detenidos, por lo que ningún juez estaría facultado a sobrepasar ese *derecho de propiedad* que, evidentemente, tiene más valor que el derecho de los privados de libertad.

V. A modo de conclusión

Recapitulando, debo decir que mi intención fue la de comenzar a explorar la relación de la justicia penal con la prisión. Primero, tomando como punto de partida –en gran medida– las iniciativas de la máxima autoridad del Poder Judicial de la Nación. Y de seguido, sobre la base del contacto, así como algunas voces de los operadores que integran juzgados, fiscalías y, en definitiva, los tribunales que le dan vida y ponen en práctica las acciones del servicio público de justicia.

Va de suyo, que por tratarse de un trabajo *exploratorio* y –agrego ahora– un objeto de estudio respecto del cual no existen ensayos o pesquisas anteriores que lo hayan abordado de un lugar similar, no existió demasiado análisis o confronte teórico; sino unas pocas observaciones sobre el final de cada apartado que, no confirman pero cuanto menos *sugieren*, la hipótesis de la investigación. Esto es que *la prisión es ajena a la cultura judicial*.

De modo que se trató de un estudio preponderadamente descriptivo que, reitero, requerirá mayor investigación en el futuro. Pero casi a modo de defensa, debo decir que esta primera etapa –por catalogarla de algún modo– no es poca cosa. En primer término, porque la *cuestión judicial* ha sido la más descuidada frente a las otras instancias de aplicación del sistema penal –la policía y el castigo en sentido estricto– (Anitua, 2017: 12-13). Luego, porque la práctica del derecho, así como las instituciones jurídicas no suelen estudiarse empíricamente (Valverde, 2012). Y por último, en virtud de que en el ámbito de la justicia penal suele regir el más absoluto hermetismo.

Aun así entiendo que puse de relieve a través de supuestos tangibles, así como desde una perspectiva general y particular, la distancia que mantiene la justicia penal frente a la prisión. En suma, cómo se desentiende de los problemas estructurales que las caracterizan a pesar de que se trata del área del Estado que tiene a su cargo la decisión concreta de encarcelar. Y por si fuera poco, traje a

colación un hecho que reflejaría la escasa creatividad de los operadores para hacerle frente al problema de la cárcel, así como un caso –el del juez de ejecución de la provincia de buenos– que deslizaría lisa y llana indiferencia. Los derechos de los privados de libertad se encuentran a tal punto devaluados, que no pueden sobrepasar el derecho a la propiedad que ejercen los integrantes de la justicia penal sobre *sus causas*.

En este sentido, el relevamiento de las voces de los operadores sugeriría que en el tránsito de empleado a magistrado y, por tanto, en la aprehensión de la identidad judicial, no existe una preocupación institucional de ponerlos en contacto con la prisión. Lo que en línea con los ensayos de Benente (2017), Gual (2012) y Venditti (2016) podría servir para explicar, precisamente, el desapego de la justicia penal frente a las secuelas, y respecto a qué consiste y cómo se vive verdaderamente el castigo.

Recuérdese que una idea que atraviesa los tres apartados de este trabajo es que el contacto con la prisión no constituye –estrictamente hablando– un ámbito del trabajo del servicio de justicia. Escenario que deriva con más luz del mero repaso de las entrevistas que traje a colación en último término, donde la abrumadora mayoría señaló que la justicia penal no podía –y en algunos casos no debía– hacer nada frente a los problemas estructurales de la prisión.

Con todo, vale aclarar que no paso por alto que las modificaciones de los sistemas procesales –de inquisitivos a acusatorios– para enfrentar a magistrados y acusados no arrojó necesariamente los resultados esperados, cuanto menos, por el ala progresista de los protagonistas de las reformas de la justicia penal. Me refiero a que la audiencia y, en definitiva, el *cara a cara* con el detenido no produjo mejores respuestas que la distancia del expediente⁷⁰.

⁷⁰ Un trabajo que visibiliza con profundidad esta cuestión es el de Ezequiel Konstenwein (2016).

Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), junio de 2021, No. 394

<http://www.pensamientopenal.com.ar>

Sin perjuicio de ello, creo que me encuentro frente a un supuesto totalmente distinto, puesto que no se trataría de enfrentar a los *magistrados* con la realidad de la prisión, como de hecho lo hacen las acordadas que cité en el caso de la provincia de Buenos Aires. En suma, se trataría de que los operadores, quienes delegación de funciones mediante sino deciden tienen bastante injerencia en la decisión concreta de encarcelar, al tiempo que son jueces en potencia; conozcan desde el comienzo o se aproximen lo suficiente al verdadero dolor que hay detrás del castigo. Y desde allí empiecen a advertir –y a cuestionarse– que hay un problema real –y por tanto un conflicto de derechos– en encerrar a una persona en las cárceles actuales, de lo que no son meros convidados de piedra, sino verdaderos responsables.

V. Bibliografía

Anitua, G.I. (2017). *La justicia penal en cuestión*. Madrid: Iustel.

Anitua, G.I. & Gual R. (2016). *Privación de la libertad. Una violenta práctica punitiva*. Buenos Aires: Didot.

Bombini, G. (2000). *Poder Judicial y Cárceles en la Argentina. Un acercamiento socio-jurídico a la jurisprudencia en torno a la cuestión carcelaria*. Buenos Aires: Ad-hoc.

Benente, M. (2017). *Derecho y derecha. Enseñanza del derecho y despolitización. Derecho Penal y Criminología*, 1, 181-189.

Bergalli, R. (1999). *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad-hoc.

Binder, A. (2013). *Derecho procesal Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.

-(2005). *Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión jurídica y la uniformidad de la carrera judicial*. Recuperado el 6 de agosto de 2017 de:

<http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/572.pdf>

Cesaroni, C. (2009). *El dolor como política de tratamiento. El caso de los jóvenes adultos presos en cárceles federales*. Buenos Aires: Di Placido.

Christie, N. (1988). *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica.

-(2006). *La industria del control del delito*. Buenos Aires: Del Puerto.

Ferrajoli, L. (2017). Prefacio. En Rivera Beiras, I. *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)* (pags. 19-28). Valencia: Tirant Lo Blanch.

-(2016). *Jurisdicción y Ejecución Penal. La cárcel: una contradicción institucional.*

Recuperado de:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/10/doctrina44307.pdf>

Fernández, D. (2014). *La autonomía de la defensa pública como exigencia republicana en el derecho constitucional argentino.* En Gauna Alsina, F. (Comp.). Por una agenda progresista para el sistema penal. Una propuesta de la Asociación Pensamiento Penal. (pags. 179-191). Buenos Aires: Siglo veintiuno.

Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión.* Buenos aires: Siglo veintiuno.

García Yohma, D. & Martínez, S. (2013) *La etapa preparatoria en el proceso adversarial: de la instrucción a la investigación Penal.* Buenos Aires: Del Puerto.

Goransky, M. (2008) *Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático. Un estudio comparado.* Buenos Aires: Del Puerto.

Gual, R. (2012). *Formando penalistas que no sientan pena. Una facultad de derecho a espaldas de la prisión (y los presos).* En Pitlevnik, L. (Comp.). Universidad y conflictividad social: aportes desde la enseñanza del derecho (pags. 217-242). Buenos Aires: Didot.

Guereño, I. & Massimino, I. (2014). *La prisión preventiva en contextos de vulnerabilidad. Un análisis a la luz de los casos "María Ovando" y las "Hermanas Jara".* En Gauna Alsina, F. (Comp.). Por una agenda progresista para el sistema penal. Una propuesta de la Asociación Pensamiento Penal. (pags. 119-132). Buenos Aires: Siglo veintiuno.

Gutierrez, M. (2013). *Hilos y costuras de la trama judicial. Delito y sociedad*, 35, 345–475.

-(2010). *La tragedia de la lucha por la justicia*. Recuperado el 7 de septiembre de:
www.derechopenalonline.com.ar

-(2008). *Política y Micropolítica del Poder Judicial*. Jornadas de Sociología de la Universidad Nacional de La Plata, 10, 11 y 12 de diciembre de 2008

Gutiérrez, M., Alvarez E. & Alvarez M.A. (2008). *La construcción de la trama política del Poder Judicial*. Recuperado el 6 de agosto de 2017 de:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35469.pdf>

Kostenwein, E. (2016). *La cuestión cautelar. El uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal*. Buenos Aires: Ediar.

Martínez, J. (2005). *Viaje a los territorios de las burocracias judiciales. Cosmovisiones jerárquicas y apropiación de los espacios tribunalicios*. En S. Tiscornia y M.V. Pita (Eds.), *Derechos Humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil* (págs. 167-183). Buenos Aires: Antropofagia.

Procuración Penitenciaria de la Nación (2017). *Informe anual 2016. La situación de los derechos humanos en las cárceles argentinas*. Recuperado de:

http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202016_0.pdf

Rivera Beiras, I. (2017). *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

-(2000). Epílogo. En Bombini, G. *Poder Judicial y cárceles en la Argentina. Un acercamiento socio-jurídico en torno a la cuestión carcelaria*. (págs.221-226). Buenos Aires: Ad-hoc.

Sarrabayrouse Oliveira, M. J., (1998). *Poder judicial. Transición del escriturismo a la oralidad*. Tesis de licenciatura, Carrera de Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.

Sozzo, M. (2016). *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Recuperado de:

http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20160404115404/Postneoliberalismo_penalidad.pdf

Valverde, M. (2012). Prólogo. En Barrera, L. *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial* (pags. 11-17). Buenos Aires: Siglo veintiuno.

Varona Gómez (s/f). *Opinión pública y castigo. La investigación sobre actitudes punitivas en España*. Recuperado de:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/08/doctrina45676.pdf>

Vieito, V. E. (2012). *La vinculación de la enseñanza universitaria del derecho y el desempeño de los operadores judiciales en materia penal*. En Pitlevnik, L. (Comp.). *Universidad y conflictividad social: aportes desde la enseñanza del derecho* (pags. 125-145). Buenos Aires: Didot.

Venditti, F (2016). *La cárcel como herramienta pedagógica deslegitimante. Lecciones y ensayos*, 95, 401–408.

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.