

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Posgrado

***“PROGRAMA DE ACTUALIZACION EN
CRIMINOLOGIA Y FILOSOFIA POLITICA”***

Director: Dr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Profesor: Dr. PABLO VEGA

Modulo IV

***“LA PRISIONIZACIÓN PREVENTIVA DE SERES HUMANOS COMO
FLAGELO QUE AÚN LEGITIMA EL SISTEMA PUNITIVO EN EL SIGLO
XXI. LA ASUNCIÓN DE UNA CRIMINOLOGIA CAUTELAR Y MILITANTE
COMO PALIATIVO A TANTA IRRACIONALIDAD”.***

Cursante: CARLOS ALBERTO ALFONZO

D.N.I. N° 23.000.545

AÑO: 2011

Sede: USHUAIA – TIERRA DEL FUEGO.-

E-mail: carlosalfonzo2002@yahoo.com.ar

"LA PRISIONIZACIÓN PREVENTIVA DE SERES HUMANOS COMO FLAGELO QUE AÚN LEGITIMA EL SISTEMA PUNITIVO EN EL SIGLO XXI. LA ASUNCIÓN DE UNA CRIMINOLOGIA CAUTELAR Y MILITANTE COMO PALIATIVO A TANTA IRRACIONALIDAD".

SUMARIO: I.- Introducción. II.- La prisión como manifestación del poder punitivo estatal. Su razón de ser. III.- La clientela habitual del sistema penal. Su creación. IV.- Irracionalidad selectiva del sistema penal: Datos alarmantes de un sistema perverso. V. Los estándares internacionales en materia de encarcelamiento preventivo. VI.- La dicotomía verificada en la práctica de nuestro país y la región. VII.- El problema de los presos sin condena en la Argentina. VIII.- Tierra del Fuego no es la excepción. Una cuestión cultural, ideológica y política difícil de desterrar. IX.- Posibles posiciones a adoptar ante el flagelo de la prisionización de seres humanos: criminología cautelar preventiva y militante. X.- Conclusión.

I.- Introducción.

En el presente trabajo voy a ocuparme de una de las manifestaciones más relevantes del poder punitivo y que aún perdura en el siglo XXI, cual es, la prisionización de seres humanos, la que a pesar de las comprobadas ineficacias de tal atroz accionar estatal, continua siendo planteado como política principal del poder punitivo.

Dentro del concepto de prisionización se hará hincapié al problema quizás más graves de nuestro tiempo, cual es, *el encarcelamiento preventivo de personas inocentes*, política que es utilizado por el sistema penal de nuestro continente como medio de control social, recayendo con mayor crudeza sobre los integrantes de los sectores sociales marginales, y así las cárceles están pobladas de pobres, pobres que sufren vejaciones todos los días, estadística ésta que llevo a que el profesor Alberto Binder calificara que en Latinoamérica la cárcel es una "cámara trituradora de carne pobre".

En ese contexto, se examinará datos estadísticos reales que proporcionan algunos estudios de criminología basada en estudios de campos, la que arroja resultados desgarradores, pues, lo más concreto que hallamos son los cadáveres. Al incorporarse las masacres a la criminología abrimos nuestros ojos a una realidad cadavérica tan concreta que no deja lugar para ninguna abstracción manipulable.

Seguidamente, se hará mención a los efectos que produce la cárcel sobre el psiquismo humano, partiendo de las características del contexto penitenciario de éstas latitudes, lo que nos mostrara los resultados desastrosos que produce la prisionización, lo que aún es más preocupante, pues la mayor parte de la población carcelaria los componen los famosos “presos sin condena”, sin olvidarnos que son personas privadas de su libertad de manera *preventiva*, con su derecho constitucional de inocencia intacto.

Un capítulo del trabajo se ocupara de examinar la situación de los “presos sin condena” en la provincia de Tierra del Fuego, como política de control social del poder punitivo provincial, el papel “sobresaliente” del Poder Judicial provincial para la permanencia del flagelo de la prisionización de seres humanos inocentes, sin dejar de lado la visión de otros actores sociales sobre la problemática.

Finalmente, ante el panorama deprimente que nos deja la criminología mediática, y los efectos desgarradores del sistema penal estatal de nuestra región, la alternativa viable que se propone adoptar es la que el profesor Zaffaroni llama *criminología cautelar preventiva y militante*(¹), cuyos postulados son: la de mantenerse atento a las condiciones sociales favorables a la creación mediática del mundo paranoico y desbaratar sus tentativas de instalación desde las primeras manifestaciones orgánicas, tomar muy en serio los *daños reales* del delito, con la promoción en forma permanente la investigación de campo y del efecto que a su respecto tienen el propio poder punitivo y la criminología mediática, para finalmente, investigar y proponer públicamente los medios más eficaces para la reducción de los anteriores.

En ese marco ideológico, se concluye el presente trabajo con una modesta y humilde opinión sobre el tema tratado, reafirmando que la ideología imperante de recurrir a soluciones cortoplacista y de efecto simbólico ya nos ha dejado muchos cadáveres, por lo que resulta

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*La cuestión criminal*”. *Criminología militante*. Suplemento especial del diario *Página 12*. N° 24, punto 52, pág. III, publicado el 03/11/2011.-

necesario adoptar una posición cautelar, basado en estudio de investigaciones de campo, que nos permita conocer con certeza los problemas reales y así enfocar las políticas públicas del Estado con mayor racionalidad, y así evitar la proliferación descontrolada del poder punitivo.

II.- La prisión como manifestación del poder punitivo estatal. Su razón de ser:

Siguiendo al profesor Zaffaroni podemos decir que “El resultado más espectacular del sistema penal es la prisionización, pues desde el siglo XIX la privación de libertad es en todo el mundo la columna vertebral del sistema de penas. (2)

Su gran ventaja es que permite una unidad de medida que facilita el cálculo talional, pero el límite del talión impide sacar del medio a los *molestos* para la policía, que cometen infracciones menores. Para esos se inventaron penas desproporcionadas con la gravedad de la infracción. La más drástica fue la *deportación* en Australia, la Isla del Diablo, Siberia o Ushuaia.

La patología política de los Estadounidense y su criminología mediática revivieron la deportación, aplicando a los *molestos* penas de veinticinco años por delitos ínfimos: como ser apoderamiento de un guante, posesión de un grabador robado, tratar de cobrar un cheque de 100 dólares, usar una licencia de conducir falsa, etc.

Se trata de la vieja *mala vida* positivista, pero como no pueden deportarlos ni tampoco matarlos, se los encarcela. Dado que la mayoría de su población penal es afroamericana, se le añade el factor racista, como sustituto de la tentativa de deportación de los afroamericanos a México en el siglo XIX.

En los países ricos las cárceles tienden a convertirse en instituciones de *tortura blanca* (sin predominio de violencia física) y en los pobres en campos de concentración, con muertes frecuentes (*masacre por goteo*) y brotes de muertes masivas (*motines*).

III.- La clientela habitual del sistema penal. Su creación:

Se ha dicho en la introducción del presente trabajo que el propio sistema penal a través de sus agencias ejerce un poder selectivo sobre personas y criminalizan a quienes tienen

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*La cuestión criminal*”. Suplemento especial del diario *Página 12*. N° 23, punto 51, pág. II, publicado el 27/10/2011.-

más a la mano. Esta es la criminalización secundaria del sistema penal del que nos habla con claridad el profesor Zaffaroni (³).

Así, para llevar adelante este poder selectivo, nos dice Zaffaroni que la sociedad ofrece estereotipos: los prejuicios (racistas, clasistas, xenófodos, sexistas) van configurando una fisonomía del delincuente en el imaginario colectivo, que es alimentado por las agencias de comunicación: construyen *una cara de delincuente*, y así, quienes son portadores de rasgos de esos estereotipos corren serio peligro de selección criminalizante, aunque no hagan nada ilícito. Llevan una suerte de uniforme de cliente del sistema penal, como pueden llevarlo los médicos, los enfermeros, los albañiles, los sacerdotes o los mecánicos. Así como se supone que cada uno que lleva esas señas externas ejerce su profesión y nos dirigimos a él para requerirle servicios aunque no lo conozcamos personalmente, del mismo modo sucede con las señas estereotípicas del delincuente: esperamos que delinca, tanto nosotros como las agencias ejecutivas. Más aún, si no lo hace nos enojamos, como lo haríamos si el hombre con *clergyman* nos dijese que es mecánico, el de blanco que es sacerdote o el mameluco que es médico (¿Por qué diablos se viste así este imbécil?).(⁴)

De lo expuesto no resulta difícil que buena parte de los portadores del estereotipo criminal realmente cometan delitos que, como corresponde a su pertenencia de clase, grado de instrucción y entrenamiento, son obras toscas de la delincuencia, fáciles de descubrir (arrebatos, robos con efracción, asaltos a mano armada, estafas rudimentarias, venta minorista de tóxico).

Este sector de la sociedad que porta el estereotipo criminal es la clientela habitual de las prisiones, por más que en el imaginario colectivo se instale la idea de que las prisiones están llenas de homicidas y violadores.

La cruda realidad muestra que la población carcelarias estás repletas en un noventa por ciento de ladrones fracasados y vendedores minoristas de tóxicos prohibidos, siendo que solo el diez por cientos de la población penal está integrado por quienes protagonizan comportamiento grotesco (persona no estereotipadas que incurren en errores de conducta neuróticos: un sujeto decide convertirse en secuestrador, sin ninguna preparación; otro decide asaltar la empresa en que

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*". Pag. 12, Edit. EDIAR, Segunda Edición. Segunda reimpresión. Actualizado a diciembre 2006. Buenos Aires. Año 2008.-

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. pág. 12.

trabaja) o trágicos (homicidas psicópatas, emocionales, ocasionales, sexopatas y casos lindantes con la psiquiatría). El panorama carcelario se completa con alguna extrañísima excepción de individuos a los que se le haya retirado cobertura (poderoso que perdió en pugna con otros de igual nivel o que ya no le es útil al poder al que sirvió o, mejor dicho, le resulta más útil preso, para mostrar una pretendida igualdad ante la ley) (⁵)

Así entonces, se percibe palmariamente, como brillantemente lo describe el profesor Zaffaroni, que el poder punitivo estatal de criminalización secundaria no tiene mucha importancia, porque recae sobre un número de personas muy reducido (en la media mundial poco más de uno por mil) y compuesto por algunos psicópatas y muchos *ladrones bobos*. Puede objetarse que hay algún *preso VIP* –a modo de ejemplo la sociedad de Tierra del Fuego tiene experiencia de ellos (⁶)-, pero si analizamos cada uno de esos rarísimos casos descubriremos que cayó bajo el poder punitivo porque peleó con otro poderoso, perdió y le fue retirada la cobertura. Además, para preservarle la vida debe dársele un trato carcelario especial, lo que revela que la prisión no está destinada a él. Por último, la criminología mediática lo exhibe como la contracara del *self made man*, para proyectar una imagen social igualitaria y con movilidad vertical: así como el lustrabotas pudo llegar a gerente del banco, el poderoso pudo acabar en la cárcel. Son casos publicitarios plurifuncionales. (⁷)

De allí entonces, que en los países ricos las cárceles tienden a convertirse en instituciones de *tortura blanca* (sin predominio de violencia física) y en los pobres en campos de concentración, con muertes frecuentes (masacre *por goteo*) y brotes de muertes masivas (*motines*). (⁸)

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. pág. 13.

⁶ Tapa del Diario del Fin del Mundo del 06/01/2012: “**Causas por corrupción. En 2011 fueron condenados 6 ex funcionarios públicos**”. Los cinco que recibieron pena de prisión se desempeñaron durante la gestión del ex gobernador Colazo. El de mayor rango fue Julio Alday, quien se convirtió en el primer ex ministro en ir preso desde que se creó la Provincia. El único no colacista fue Walter Agüero, ex presidente del IPRA en el gobierno de Manfredotti, condenado a prisión en suspenso. Como contrapartida, no prosperaron causas contra funcionarios actuales y otras que siguen en trámite avanzan muy lentamente. Fuente: www.eldiariodelfindelmundo.com

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*La cuestión criminal. El sistema penal*”. Suplemento especial del diario *Página 12*. N° 22, punto 50, pág. II, publicado el 20/10/2011.-

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*La cuestión criminal*”. Suplemento especial del diario *Página 12*. N° 23, punto 51, pág. II, publicado el 27/10/2011.-

IV.- Irracionalidad selectiva del sistema penal. Datos alarmantes de un sistema perverso.

Esta característica irracional del sistema penal es descripta de manera lapidaria por el profesor Gustavo Vitale, cuando sostiene:

Por un lado, la selectividad propia de todo sistema penal adquiere, en nuestro territorio, niveles enormes de irracionalidad. La mera observación de la realidad nos muestra que los sectores sociales que se encuentran criminalizados son –en su mayoría- los excluidos por las políticas de estado: los pobres. La constatación de este dato es bien fácil: basta recorrer las cárceles, los lugares de detención de contraventores o los llamados “hogares de menores”. Allí encontramos y encontraremos el común denominador que caracteriza a la gran mayoría de la población carcelaria: la pobreza, el abandono, el olvido (es decir, la enorme vulnerabilidad al sistema de persecución penal que es propia de la mayoría de las personas encarceladas). El sistema penal, entonces –en una buena medida-, viene funcionando en los hechos como mecanismo altamente discriminatorio. ⁽⁹⁾

Por otra parte, la pena carcelaria (como prototipo de sanción penal argentina) produce efectos deteriorantes terribles a los que la sufren: La cárcel –al separar a quien la padece, de la vida en sociedad y obligarlo a soportar una vida de privaciones, de inseguridad personal y de sufrimiento permanente- produce efectos desgarradores en la personalidad humana, contribuyendo (en los hechos) al aumento de los niveles de “inseguridad” ciudadana (entendida esta última en términos de “inseguridad de los derechos”-para usar la terminología de Baratta-)⁽¹⁰⁾

Culmina diciéndonos el profesor Vitale que la reclusión carcelaria separa al condenado de la familia, impide el mantenimiento de la fuente laboral remunerada, obstaculiza la formación educativa, funcionando –en la vida real- como un factor de aumento de la criminalidad, fijando el rol de criminalización en quien la cumple y creando, en suma, condiciones adecuadas para la reiteración de conductas lesivas para terceros.⁽¹¹⁾

⁹ VITALE, Gustavo L. en la obra *“Abolicionismo de la prisión preventiva. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI”*. VITALE, Gustavo L. GARCIA, Gerardo Nicolás. Compiladores. 1º ed. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2011, pág.2.

¹⁰ VITALE, Gustavo L. ob.cit. pág. 3.

¹¹ VITALE, Gustavo L. ob. cit. pág. 3.

La cruda realidad de este sistema perverso es descripta sin tapujo por uno de los criminólogos que ha estudiado en profundidad y se ha preocupado desde hace mucho tiempo de la problemática del sistema penal y el poder punitivo del Estado, como lo es el profesor Eugenio Zaffaroni. Por la claridad conceptual hare casi transcripción literal de los datos extraídos de su obra “la cuestión criminal” (¹²), lo que nos mostrara que detrás de la prisionización cautelar en la región actúa como sostén toda una estructura ideológica, cultural y mediática cínica y perversa:

La prisión en nuestros países es una institución muy deteriorada: el Sistema Penitenciario Federal argentino es el que destina más recursos mensuales por preso (699 dólares) (no así el de algunas provincias problemáticas), siguiéndole Costa Rica (393), Brasil (296) y Uruguay (293), en tanto que Bolivia destina 24 dólares, República Dominicana 31, Nicaragua 60, Panamá 73, Paraguay 76 y Guatemala 99.

En consecuencia, las cárceles están sobrepobladas: en el período 2005-2007 por cada 100 plazas de capacidad en Bolivia había 207 presos, en Brasil 173, en Ecuador 161, en Panamá 161, en Uruguay 145, etc.

Estos datos de 2005 pueden verse en el texto de Elías Carranza, *Cárcel y Justicia Penal en América Latina: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas* (México, 2010).

Estas condiciones no sólo aumentan el efecto reproductor criminógeno de la prisión, sino que las frecuentes masacres por goteo hacen que la pena de prisión se convierta en una pena de muerte aleatoria, por cualquier delito e incluso por ningún delito. El riesgo de victimización homicida suele superar 20 veces el de la vida libre.

Hemos dicho que hay una pena de muerte aleatoria también por *ningún delito*, porque alrededor del 70% de los presos de la región no están condenados, sino sometidos a medidas cautelares (prisión preventiva). De esa cifra entre el 20 y el 25% será absuelto o sobreseído, o sea, que se halla en prisión por nada y para nada.

Las tasas de prisionización latinoamericanas no varían por las penas previstas en los códigos penales, sino por las disposiciones procesales que amplían o limitan la prisión preventiva.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*La cuestión criminal*”. Suplemento especial del diario *Página 12*. N° 23, punto 51, pág. II, publicado el 27/10/2011.-

La persona que permanece en prisión dos o tres años tomará como una broma de mal gusto que se le diga que no se preocupe, porque se trató sólo de una medida *cautelar*.

La expresión *medida cautelar* –tomada del proceso civil– es un claro *eufemismo*, que siempre es una forma de lenguaje encubridor, propio de todo poder punitivo de modelo inquisitorial; Spee lo hacía notar cuando los inquisidores llamaban *confesión voluntaria* a la que prestaba la mujer después de haber sido colgada y descoyuntada, y *no voluntaria* sólo cuando se aplicaban otras torturas. Los nazis usaban *tratamiento especial, alejamiento, internación especial, limpieza, solución*.

Nosotros escondemos la pena sin condena como *medida cautelar*.

Poco importa que al fin la persona resulte sobreseída o absuelta, porque socialmente cargará con un estigma, dado que la criminología mediática publica su detención pero no su liberación, cuando no la crítica: ***por algo habrá sido, zafó de casualidad, tuvo buen abogado, tuvo suerte, arreglaron con los jueces, etc.***

Estas prisionizaciones inútiles no son *errores judiciales* sino prácticas corrientes. Los errores judiciales son a veces dramáticos (sobre todo cuando ya se ejecutó la pena de muerte, como en los USA), pero la *prisionización sin causa* en forma de prisión preventiva no es ninguna excepción, sino una práctica corriente, con la que los jueces se protegen de la criminología mediática, de los políticos y de sus propias cúpulas, pues se decide conforme al grado de *peligrosidad política* que experimenta el juez, o sea, de *peligrosidad judicial*, entendida como *el grado de peligro que una liberación, absolucón o excarcelación puede depararle al juez*.⁽¹³⁾

La *prisionización sin causa* en función de la *peligrosidad judicial* no ha sido medida, pero en algunas jurisdicciones se estima que entre el 20 y 25% de los casos la prisión preventiva termina por absolucón. ***Son casos de verdadero secuestro estatal con alto riesgo de vida.*** (lo remarcado me corresponde)

Estos secuestros estatales o *presos para nada* se seleccionan conforme a estereotipos y la prisión opera en este caso conforme a la vieja *peligrosidad sin delito* que proponía la

¹³ Un caso paradigmático de crucifixión de jueces fue el caso del Juez Nicolás Schiavo, quien otorgó legalmente la soltura a un sujeto y éste al obtenerla volvió a delinquir. Seguidamente transcribo algunos de los titulares de un diario sensacionalista, que refleja acabadamente el acoso mediático en la que se exponen los jueces que simplemente se limitan a aplicar la Constitución Nacional: **“JUEZ GARANTISTA LIBERO A DELINCUENTE QUE LUEGO VOLVIO A MATAR”** El juez garantista Sal Lari fue muy cuestionado en los últimos años por **otorgar libertad condicional a criminales que volvieron a delinquir**. Uno de los casos es el de un peligroso criminal, que **consiguió la libertad y mató a un profesor del gimnasia en Del Viso**. **“El juez garantista Sal Lari irá a juicio político”**. **“Suspendieron al juez garantista Sal Lari y ahora va a jury”**. Fuente: www.infobae.com.ar

inquisición policial del positivismo hace un siglo. Al cabo del tiempo, podemos observar que la propuesta del positivismo racista ha sido acogida y la peligrosidad sin delito funciona, sólo que disfrazada de prisión preventiva.

No podemos olvidar que la *peligrosidad* es un elemento de todo discurso genocida: en base a los delitos que algunos cometen –o que se les imputan– se considera que todos los integrantes del grupo son *peligrosos* y conforme a eso se construye el *ellos*.⁽¹⁴⁾

La contundencia de los datos y los conceptos vertidos en la exposición del maestro Zaffaroni, que acabamos de ver, me exime de cualquier comentario al respecto.

V. Los estándares internacionales en materia de encarcelamiento preventivo.

Podemos decir, siguiendo a Mario Juliano⁽¹⁵⁾, que una de las principales consecuencias de la adhesión de los Estados a los sistemas normativos supranacionales ha sido una suerte de resignación de la soberanía interna en materia de derechos y garantías, lo que ha implicado en gran medida, un verdadero acto soberano de los Estados, al ceder parte de su soberanía en beneficio de un orden jurídico internacional estable y duradero, de tal manera que no resulta concebible que un país tenga una legislación doméstica que no consagre (o contradiga) esos mismos derechos y garantías acerca de los cuales se ha puesto de acuerdo la comunidad internacional.

A este respecto, no puede perderse de vista una cláusula central para la correcta comprensión de lo precedente, como lo es el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual prescribe: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

En función de lo expuesto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en su artículo 1º que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminaciones de ninguna índole. Dicha obligación no se agota en el mero respeto a los aludidos derechos y

¹⁴ Ibid, pp. II y ss.

¹⁵ JULIANO, Mario Alberto. “*El fracaso de los esfuerzos reduccionistas y la estrategia abolicionista*”, en la obra “Abolicionismo de la Prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI. Obra compilado por Gustavo VITALE y Gerardo Nicolás GARCÍA. 1º Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Del Puerto, 2011, pág. 254.

libertades fundamentales, sino que debe exteriorizarse mediante la adopción de disposiciones de derecho interno que los garanticen, según lo establece el artículo 2 de la CADH.

De esta manera se constituye un trípode progresivo de compromisos estatales frente al sistema interamericano, consistente en los deberes de:

- *respetar* los derechos y libertades reconocidos en la Convención;
- *garantizar* el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención sin discriminaciones de ninguna índole; y
- *adoptar* las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

Específicamente ya en la materia que nos ocupa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece toda una estructura que funciona como ropaje o valla de protección del ser humano garantizando como regla su libertad durante la tramitación de cualquier proceso penal iniciada en su contra, ellos los vemos en los artículos 7, apartado 1 y 5; art. 8.2. Estas disposiciones tienen su correlato en los apartados 1 y 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que también garantizan el derecho a la libertad personal y a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad..

En el mismo sentido tenemos el artículo 39 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988, que dispone que todas las personas tienen derecho a la libertad en espera del juicio. Por último, la disposición 6.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Regla de Tokio) prescribe que la “*prisión preventiva*” debe ser empleada como *última ratio*.

Como órgano de aplicación de los principios mencionados tenemos a la Corte y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismos internacionales que han hechos aportes inestimables para que la cruda realidad de los presos sin condenas mermara en nuestro continente ⁽¹⁶⁾, pese a la fuerte resistencia que aún permanece en nuestro país ya sea desde el punto de vista legislativo como judicial, salvo, honradas excepciones. ⁽¹⁷⁾

¹⁶ Ver sentencias de la Corte IDH dictadas en los casos “*Suárez Rosero vs. Ecuador*” del 12/11/1997; “*López Álvarez vs. Honduras*” del 01/02/2006; “*Bayarri vs. Argentina*” del 30/10/2008; y el reciente Informe 35/07 de la CIDH producida en el marco del caso “*Peirano Basso vs. Uruguay*” del 1 de mayo de 2007 y recientemente

VI.- La dicotomía verificada en la práctica de nuestro país y la región:

El panorama normativo y jurisprudencial precedentemente descripto parece remitirnos a un *topos uranos platónico*, mundo que no alcanzamos a percibir con nuestros sentidos, donde la prisión preventiva es poco menos que una curiosidad, aplicable a casos excepcionales.

Sin embargo, el mundo real, el que percibimos con nuestros sentidos y que transitamos a diario, nos devuelve una realidad diametralmente opuesta a la que pretende y postula el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

De acuerdo con la evaluación hecha por el CEJA en la región, bajo la dirección de Mauricio Duce y Cristián Riesgo (¹⁸), *no existe país del área* (salvo contada excepciones que sólo sirven para confirmar la regla) *en que el porcentaje de presos sin condena se ubique por debajo del 50% de la población reclusa total*, con picos realmente alarmante, como los del Paraguay la Republica Argentina, donde ese porcentaje supera holgadamente el 70%.

Si nos referimos a nuestro país, podemos tomar como referencia los informes que anualmente produce el CELS y particularmente, el del año 2009 (¹⁹), que vuelve a confirmar el dato de *un 70% de la población reclusa bajo el régimen de la prisión preventiva*, de los cuales el 80% ni siquiera ha recibido sentencia de primera instancia.

En lo particular, con respecto a la provincia de Buenos Aires, podemos decir que cuando hablamos de esos porcentajes, nos estamos refiriendo a una población penitenciaria que actualmente asciende a unos *30.000 reclusos para poco más de 17.000 plazas reales*, lo cual vuelve a conformar uno de los niveles históricos más altos de encarcelamiento, en contradicción

ratificado en todos sus términos en el Informe 86/09 del 6 de agosto de 2009, producido en el marco de la misma causa.

¹⁷ "**Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión**" – C.N. CRIM. Y CORREC. de la Capital Federal - Sala I - 10/11/2003; "**Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad**" - CNCP - Sala III - 22/12/2004; "**Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley**" - CNCP -EN PLENO - 30/10/2008.

¹⁸ RIESGO, Cristián y DUCE, Mauricio. "*Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*", CEJA/JSCA, 2009.

¹⁹ *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2009.

con lo resuelto en el año 2005 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la conocida causa “Verbitsky”⁽²⁰⁾

Y aún, con estas estadísticas, no diríamos demasiado si no colocásemos estos datos dentro del contexto en el que se desenvuelve el encarcelamiento, descarnadamente descrito, año a año, por el Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria, a través del documento paradigmáticamente titulado “El sistema de la crueldad”, que muestra la violencia sistemática e institucionalizada, caracterizada por la superpoblación, el hacinamiento y la notoria violación a todos y cada uno de los derechos más elementales de las personas privadas de la libertad.

En resumidas cuentas, existen dos planos que se despliegan en forma paralela y que difícilmente se encuentran, separados por un colchón de temores, ignorancia, carencia de determinación para resolver los problemas sociales, falta de independencia por parte de los poderes judiciales (entre un sinnúmero de etcétera).

VII.- El problema de los presos sin condena en la Argentina

El sistema selectivo de criminalización secundaria característico del sistema penal cotidiano de nuestro país y de Latino América se viene a complementar con el famoso instituto de la prisión preventiva, quizás, sin temor a equivocarme, uno de los flagelos más difíciles de erradicar, en gran medida, por estar enraizado en la ideología de la mayoría de los operadores jurídicos, tornándose en una cuestión cultural, y en consecuencia, se vuelve como algo natural dentro del sistema penal la prisionización de personas inocentes sin sentencia de condena penal firme, pese a los postulados de la Constitución Nacional y, últimamente, los Tratados Internacionales sobre derechos humanos que integran el bloque constitucional en nuestro Estado de Derecho.

El problema de los presos sin condenas ha generado en los últimos tiempos voces de rechazo por un amplio sector de la doctrina y jurisprudencia, por entender que es uno de los institutos más injustos y distorsivos con los que funciona el sistema penal cotidiano.

El profesor Gustavo Vitale⁽²¹⁾, uno de los defensores más importante en Argentina y Latino América en la lucha para la erradicación definitiva del encierro cautelar de presunto

²⁰ Ver la denuncia realizada por el CELS a la Provincia de Buenos Aires por incumplimiento de lo dispuesto por la Corte Federal en el año 2005 en la causa “Verbitsky” en www.pensamientopenal.com.ar/16112009/situación07.pdf.

inocente, nos menciona que las voces que se alzan contra el instituto perverso de la prisión preventiva, si bien lo hacen con distintos enfoques, en lo fundamental todos ellos se orientan al mismo objetivo: luchar contra uno de los institutos más injustos y distorsivos con lo que funciona el sistema penal cotidiano, y ellos se debe a diversas razones.

En primer lugar, porque el hecho del encierro carcelario de personas que no se sabe si serán sancionadas formalmente con una pena privativa de libertad nos resulta *demasiado aberrante*. Ello no sólo por la *injusticia* que supone privar coactivamente de la libertad personal por la mera *sospecha* de intervención en cualquier hecho punible (en relación al cual puede ser sobreseído o absuelto), sino, también, por las *consecuencias nocivas* que tal enclaustramiento produce para el afectado y para el orden social general. Como es sabido, el paso por una institución total (como es la prisión) produce un efecto multiplicador de la violencia (que podría reducirse si fuera utilizada sólo para personas condenadas) ²²

En segundo término, nuestra lucha también se explica porque, hasta el momento, los denodados esfuerzos que han hechos los partidarios del *reduccionismo* de la institución no han logrado los objetivos perseguidos (al menos si tomamos en cuenta que el alto porcentaje de presos sin condena no ha variado significativamente con la consolidación mayoritaria de sus posiciones minimalistas).

Es más, este desgraciado fenómeno pareciera irse recrudeciendo día a día, como consecuencia de políticas superficiales y, en general, demagógicas, que pregonan públicamente lo que se denominan “seguridad” de la mano del encarcelamiento de presuntos inocentes (nadie debe “entrar por una puerta y salir por la otra”, se repite con el fin de lograr el encierro carcelario de cualquier acusado de delito; a menos, claro está, que se trate de allegados al poder político, económico o de los poderosos medios de comunicación masiva)²³

En otros términos, los discursos que explican la llamada “prisión preventiva” como una “excepción” al principio general de la libertad del imputado durante el transcurso del proceso penal contrastan, abiertamente, con una realidad que nos vive mostrando todo lo contrario.

²¹ VITALE, Gustavo L. presentación de la obra “*Abolicionismo de la prisión preventiva. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*”. VITALE, Gustavo L. GARCIA, Gerardo Nicolás. Compiladores. 1° ed. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2011, pág.1 ss.

²² VITALE, Gustavo L. ob. cit. pág. 1.

²³ VITALE, Gustavo L. ob. cit. pág. 3.

Este flagelo que representa en mi modo de ver el enjaular persona inocente, y que lamentablemente un amplio sector de la judicatura argentina, incluida la justicia penal de Tierra del Fuego, intenta justificar con los más disparatados argumentos, parece no constituir ningún problema, como brillantemente lo describe el maestro Zaffaroni ⁽²⁴⁾, al sostener que la prisión preventiva para muchos no parece ser un problema y para otros no tiene nada de preventiva.

Al respecto nos dice Zaffaroni: quienes no la perciben como problema se supone que lo hacen porque están habituados a ella, dado que forma parte de lo cotidiano, de la misma manera que la tortura lo fue en otros tiempos. Así, quien nació y creció en una sociedad esclavista previa a todo movimiento abolicionista tampoco habrá percibido a la esclavitud como problema. No era un problema el racismo en los Estados Unidos de Norteamérica, cuando sus tribunales máximos justificaban la segregación (el “apartheid”) con el lema “iguales pero separados”, como no lo fue la legislación que estableció la esterilización forzada, legitimada por la propia Suprema Corte, con la opinión favorable de uno de sus más famosos jueces ⁽²⁵⁾

Culmina sosteniendo brillantemente el profesor Zaffaroni los más variados y disparatados argumentos emitidos por quienes intentan justificar el cautiverio de persona inocente en los establecimientos carcelarios, al sostener: Hay atrocidades que forman parte de una supuesta normalidad hasta que algún perturbador los denuncia; generalmente comienzan por ahorcarlo, quemarlo o lincharlo. Hasta los filósofos racionalizan las peores atrocidades y después de siglos –o décadas- son justificados por sus sucesores con el argumento de que respondían al espíritu de su tiempo. La prisión preventiva es una de esas atrocidades, maquillada, racionalizada, explicada de las forma más increíbles e imaginativas, pero atrocidad al fin. ⁽²⁶⁾

VIII.- Tierra del Fuego no es la excepción. Una cuestión cultural difícil de desterrar.

El problema de los presos sin condena descripto precedentemente no es la excepción en la provincia más joven de la Argentina, pues, en una especie de reivindicación a lo que fue en

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Introducción hecha en la obra de Gustavo Vitale “*Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*”. 1º Ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pág. 15 ss.

²⁵ Se trata del juez Holmes, cfr. EDWIN BLACK, *War against the weak, Eugenics and America’s campaign to create a master race*, Thunder’s Mouth Press, New York, 2003, pág. 118 y ss.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit. pág. 16.

su momento el tristemente célebre “Presidio de Ushuaia”, denominado “la cárcel maldita” por constituir un claro lugar de aniquilamiento físico y moral del detenido así como en el de su definitiva eliminación social, brillantemente calificado por la profesora italiana Giuditta Creazzo⁽²⁷⁾ como el lugar físico-simbólico de la eliminación, parece revivir con los criterios judiciales imperantes en la provincia en materia de encarcelamiento preventivos de presuntos inocentes.

Si bien desde el punto de vista procesal se ha avanzado un poco, al fijarse como plazo máximo de la prisión preventiva en un año, no ocurrió lo mismo con el criterio judicial de ordenar la prisión preventiva solamente basado en el monto de pena, sin evaluar, menos aún, aplicar los estándares fijados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su último Informe 35/07⁽²⁸⁾, olvidándose que las mismas deben servir, al decir de nuestra Corte Federal⁽²⁹⁾, como guía para la interpretación de los preceptos convencionales.

Esta situación hace que una persona que “*prima facie*” se le impute un delito, cuyo monto de pena mínimo sea superior a tres años, automáticamente deberá ser encarcelado, pues estamos en presencia de los famosos “delitos inexcusables”, como gusta escuchar decir a la mayoría de los tristemente célebres “jueces de instrucción”.

Diría que produce indignación este criterio imperante, más si la misma es avalado por el propio Máximo Tribunal Provincial, cuyos fallos son obligatorios para los tribunales inferiores⁽³⁰⁾, lo que evidencia a las claras que el encarcelamiento preventivo es utilizado como medio de control social, para calmar el clamor popular que exige que los delincuentes no entren por una puerta y salgan por la otra, una interpretación contraía lo dejo a criterio del avezado lector.

Parecería que en la justicia penal de la provincia más joven del país no han llegado vientos de cambio, pese a los memorables fallos y criterios interpretativos adoptados en los casos

²⁷ GIUDITTA CREAZZO. “*El positivismo criminológico italiano en la Argentina*”. Traducido por Pablo Vega. 1° Edición, pág.206. Buenos Aires. Ediar, 2007.-

²⁸ Informe 35/07 de la CIDH producida en el marco del caso “*Peirano Basso vs. Uruguay*” del 1 de mayo de 2007 y recientemente ratificado en todos sus términos en el Informe 86/09 del 6 de agosto de 2009, producido en el marco de la misma causa.

²⁹ La CSJN había decidido, en *Giroldi*, que la jurisprudencia de la Corte IDH debe servir “de guía para la interpretación de los preceptos convencionales” (*Giroldi*, H. s/ recurso de casación”, 12/9/1996, cons. 8). En *Bramajo*, la CSJN agregó que “la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales” (*Bramajo*, *Hernán*, 12/9/1996, cons. 8).

³⁰ Art. 10 de la Ley Provincial 110 de la provincia de Tierra del Fuego.

“Barbará”⁽³¹⁾, con los votos ejemplificadores de los Dres. Donna y Bruzzone, y en “Macchieraldo”⁽³²⁾ y el reciente plenario N° 13 de la Cámara Federal de Casación Nacional “Días Bessone”⁽³³⁾, con el voto de la distinguida jueza Dra. Ángela Ledesma, todos ellos en el sentido de dar una interpretación racional y armónica a las normas procesales que regulan el instituto de la prisión preventiva con los principios de la Constitución y estándares internacionales en la materia, en pos de intentar disminuir el flagelo de los “presos sin condena” que pone en jaque al sistema penitenciario.

Es más, y esto creo es preocupante, pues antes planteos de inconstitucionalidades formulados por la Defensoría Pública provincial y defensores particulares, con basamento en fallos e informes de la CIDH, fallos del máximo Tribunal Penal de la Nación, como es la Cámara Federal de Casación Penal y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽³⁴⁾, el Máximo Tribunal Provincial, diría parafraseando al profesor Bovino⁽³⁵⁾, simplemente se limitó a efectuar una aplicación de mala fe de los estándares internacionales⁽³⁶⁾.

³¹ “Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión” - CNCRIM Y CORREC. DE LA CAPITAL FEDERAL - Sala I - 10/11/2003.

³² “Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad” - CNCP - Sala III - 22/12/2004.

³³ “Días Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley” - CNCP –En Pleno - 30/10/2008.

³⁴ C.S.J.N. causa N.284 XXXII “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P.”, rta. el 22 de diciembre de 1998), uno de los fallos utilizado como argumento de la defensa en la causa: Recurso de casación interpuesto por el Dr. Carlos Alberto Alfonzo en causa N° 20.812/2011 caratulada: ‘SERRA, Osvaldo Andrés Isaac s/ Homicidio en grado de tentativa - Damn: Morales, Ramón.

³⁵ BOVINO, Alberto y BIGLIANI, Paola. “*El encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*”. en *los Tratados de Derechos humanos*”. Con prologo de Stella M. Martínez – 1° ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2008, pág. 7 y 8.

³⁶ “**Incidente sobre pedido de excarcelación de Andrés Antonio IBALO**”, (Expte. N° 832/05 STJ-SR., reg. T° XI, F° 414/424, del 2/8/05 e “**Incidente de Excarcelación de SANCHEZ VELAZQUEZ, Cristián Lorenzo**” (Expte. N° 1248/09 STJ-SR, T° XV, F°756/765, del 16/12/2009), y últimamente la causa “**Incidente de excarcelación y planteo de inconstitucionalidad de los arts. 284 y 289 del CPP en causa N° 439 'C., C. A. s/ Abuso sexual gravemente ultrajante y acceso carnal**”, Expte. n° 1518/11 STJ-SR, la que resulta importante, pues en ella se cuestiona no solo la constitucionalidad de la interpretación de las pautas objetivas, sino además, el plazo de un año fijado por el ordenamiento procesal penal provincial, siendo rechazados ambos planteamientos por el Máximo Tribunal Provincial, por entender que la normativa procesal provincial de ninguna manera avasalla normas constitucionales ni estándares internacionales en la materia, en los siguientes términos: *Considerando 9, párrafo 5:*

Al respecto es muy interesante el análisis efectuado por el profesor Alberto Bovino⁽³⁷⁾ en cuanto a la aplicación por los operadores del derecho interno de los estándares o principios internacionales emitido por la CIDH, llegando a la conclusión de que son aplicados de mala fe⁽³⁸⁾.

En ese sentido expresa Bovino que pese a que lo resuelto en el Informe 35/07 de la CIDH, brinda valiosas herramientas de litigios a los operadores del sistema jurídico interno para reducir la tasa de presos sin condena, y más allá de la variedad de instrumentos internacionales que hacen referencias directa a los diversos problemas de la justicia penal, y de la jurisprudencia de los órganos de protección, lo cierto es que en las últimas décadas el estado de cosas en relación con las personas detenidas y las condiciones carcelarias se han agravado sustancialmente⁽³⁹⁾.

Finaliza sosteniendo el profesor Bovino que, frente a esta situación, generadora de innumerables prácticas sistemáticas de violación de derechos humanos, el sistema internacional de protección ha desarrollado una serie de estándares que, o bien no han resultado efectivos para limitar este abuso estatal, o bien han sido aplicado de mala fe por los operadores jurídicos en el ámbito interno⁽⁴⁰⁾. De allí la frustración expresada en el voto razonado del entonces presidente

“...en virtud de considerar que el inciso 1° del art. 284 del C.P.P. no avasalla norma constitucional alguna, en cuanto impone al juez el dictado de la prisión preventiva del imputado al disponer el auto de procesamiento, cuando al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda -objetivamente- la aplicación de una escala sancionatoria de pena privativa de libertad que por su monto impida la condena de ejecución condicional. (sic). Considerando 11, párrafo 5 in fine: “...Y como correctamente expresó el *a quo* a fs. 12, si el nombrado no es juzgado dentro del plazo previsto por el art. 285 del C.P.P., deberá ordenarse su libertad”. (sic).

³⁷ BOVINO, Alberto y BIGLIANI, Paola. *Ob. cit.* págs. 7 y 8.

³⁸ BOVINO, Alberto. “*Un voto cínico. A propósito del voto de Riggi en el caso Chabán*”, p. 129. El trabajo también se puede consultar en la red (www.pensamientopenal.com.ar, Sección Doctrina).

³⁹ *Ibidem*, págs. 7 y 8.

⁴⁰ Como paradigma de esta aplicación de mala fe de los estándares internacionales, se pueden ver los fallos **Bramajo**, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y el más reciente fallo **Chabán**, dictado por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal –con la honrosa disidencia de la Dra. Ángela Ledesma-. La CSJN había decidido, en Girolodi, que la jurisprudencia de la Corte IDH debe servir “de guía para la interpretación de los preceptos convencionales” (Girolodi, H. s/ recurso de casación”, 12/9/1996, cons. 8). En Bramajo, la CSJN agregó que “la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales” (Bramajo, Hernán, 12/9/1996, cons. 8). Si bien correcto tener en cuenta la opinión de la Comisión, en este caso la CSJN utilizó este criterio al solo efecto de invocar el Informe 17/89 del 13 de abril de

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio GARCIA RAMIREZ, en el caso *Tibi vs. Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004:

III. Justicia penal y derechos humanos

10. (...) El proceso penal y las prisiones han sido, son y tal vez serán –ojalá que no fuera así– escenario de las más reiteradas, graves y notorias violaciones de los derechos humanos. *Es hora de que se vuelva la mirada hacia estos escenarios, constantemente denunciados e insuficientemente reformados, para modificarlos racionalmente.* (...)

X. Control judicial

43. El Poder Judicial se ha concebido, en esencia, para asegurar el imperio del derecho en las relaciones sociales: las que surgen entre particulares y las que se desenvuelven entre el poder político y los ciudadanos. Es el “poder garantizador” por excelencia. De ahí que se exijan tantas calidades, e incluso virtudes, a quien ejerce la función judicial --por encima de las que se suelen requerir de los depositarios de otras potestades, entre ellas las representativas--, y de ahí que se prometa a los particulares el acceso a la justicia por medio de tribunales independientes, imparciales y competentes. La intermediación judicial es prenda de esta promesa. El juez instructor, el juez de garantías, el juez de conocimiento tienen, en sustancia, esa función. Así lo espera el justiciable, pendiente de que las manos de la policía o del acusador oficial no sean las únicas que conduzcan su suerte a partir del momento en que surge la controversia penal.

XV. Prisión preventiva

61. Cada vez que la Corte Interamericana examina asuntos como el correspondiente al caso *Tibi*, surge el problema de la prisión preventiva. Desde luego, puede suscitarse a propósito del plazo razonable, que en tales supuestos debiera ser particularmente estricto y estrecho, pero también en torno a la justificación misma de esta privación cautelar de la libertad. Beccaria la consideró como pena que se anticipa a la sentencia, expresión que denuncia la extraña naturaleza de la preventiva y su discutible justificación. Si ésta se funda solamente en motivos prácticos (que arraigan en la impotencia de la justicia para encontrar un sucedáneo que al mismo tiempo asegure la marcha del proceso y la seguridad de los participantes en éste, y ponga de nuevo a flote la presunción de inocencia), es obvia la necesidad de contraerla y contenerla: que sea, de veras, excepción y no regla.

62. Pese al consenso doctrinal y a la oratoria política sobre la indispensable reducción de la prisión preventiva --que constituiría otra manifestación del carácter “mínimo” del sistema penal en una sociedad democrática, ya no sólo en orden a los tipos y las penas, sino también a los instrumentos del proceso--, la realidad ha instalado otra cosa. **En nuestros países se prodiga la prisión preventiva, asociada a sistemas de enjuiciamiento que propician la lentitud del proceso. Es muy elevado el número de los presos sin condena, como lo ha puesto de relieve el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), con sede en San José, Costa Rica, al igual que la Corte Interamericana. Una buena**

1989 (llamado caso Firmenich), dejando de lado la existencia de un nuevo caso (Informe 12/96, 28/2/1996, caso Gimenez), que contradecía los estándares del caso citado por la CSJN. En el voto de Riggi, en el caso Chabán, se invocan instrumentos y estándares internacionales al solo efecto de enviar a prisión (preventiva) a Chabán (CNCP, Sala III, 24/11/2005).

parte del esfuerzo por llevar adelante la reforma del enjuiciamiento penal --no, por cierto, una “reforma de pizarrón”, que funciona en el salón de clases y en el seminario, pero no en la realidad indócil -- debiera tener como objetivo la disminución drástica de este ejército de inculpados --es decir, “presuntos inocentes”-- que pueblan las cárceles en número mayor, a menudo, que el de sus compañeros de cautiverio ya sentenciados. (...) (lo resaltado me pertenece).

En este contexto, el criterio utilizado en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, por los tribunales de nuestro país, evidencia a las claras que los estándares internacionales reflejados en las sentencias e informes de la CIDH seguirán siendo mero papeles sin aplicación práctica, como también se viene haciendo en la provincia más joven del país, o en su caso, aplicado de mala fe. Y en esto cabe al dedillo las palabras del magistrado Mario Juliano (⁴¹), quien lucidamente sostiene que los intentos reduccionista han fracasado, por la potencia cultural, ideológica y política de la prisión preventiva y su arraigo en las practicas de los operadores jurídicos del sistema penal, no siendo la excepción a estas prácticas los jueces penales fueguinos.

Creo humildemente que la circunstancia de que nuestra CSJN no se haya expedido concretamente sobre el tema, a excepción del caso Erika Nápoli, de ninguna manera puede interpretarse como una *autentica licencia para encarcelar indiscriminadamente a gentes inocentes*, menos aún, ser la excusa para la aplicación indiscriminada, sin sentido humanitario, de disposiciones procesales de tinte netamente inquisitorial, la que no resisten el tamiz más grueso de constitucionalidad.

Cabe recordar que cada juzgador en nuestro sistema constitucional es soberano de su jurisdicción y puede declarar la inconstitucionalidad del instituto de la prisión preventiva, o de su excesiva prolongación cuando lo desee. Pero parece que a los jueces penales fueguinos es más fácil escudarse en el silencio de la Corte que tomar la iniciativa de poner límites o fin a esta barbarie, aplicando nada más que la Constitución Nacional y Provincial, por mas que ello implique “*dejar en libertad a todos los presos*” (sic), como una vez me manifestó un juez de instrucción fueguino.

⁴¹ JULIANO, Mario Alberto. “*El fracaso de los esfuerzos reduccionistas y la estrategia abolicionista*”, en la obra “Abolicionismo de la Prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI. Obra compilado por Gustavo VITALE y Gerardo Nicolás GARCÍA. 1º Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Del Puerto, 2011, pág. 265.

IX.- Posibles posiciones a adoptar ante el flagelo de la prisionización de seres humanos: criminología cautelar preventiva y militante.

Después de realizar un recorrido sobre la problemática y mostrar el panorama del flagelo de los presos sin condena en nuestra región, como manifestación más espectacular del sistema penal desde el siglo XIX como claramente describe Zaffaroni ⁽⁴²⁾, la pregunta que corresponde hacer es *¿Qué hacer ante tamaña crueldad del sistema penal?*

Y en esto creo hay simplemente dos hemisferios donde situarnos:

Uno sería continuar con el actual estado de crueldad, como lamentablemente venimos percibiendo, esto es, subidos al caballo del discurso de la inseguridad *“del que no deben entrar por una puerta y salir por la otra”*, y así cada día la situación de la superpoblación carcelaria se torna cada vez más inhumana, produciendo cada vez más masacre *por goteo*, con serio riesgo de generar responsabilidad internacional al Estado Argentino, por la aplicación de mala fe de los estándares internacionales por los operadores del sistema penal, como bien se denunció en este trabajo.

La otra alternativa es, la que comparto plenamente, la propuesta esbozada por el profesor Zaffaroni ⁽⁴³⁾, la de asumir una posición desde el marco de una criminología cautelar preventiva y militante, la cual quizás sea la más difícil por todo lo que ello implica, pues en Latinoamérica estamos intimidados por el descrédito que nos puede acarrear la publicidad negativa, por las difamaciones de que podemos ser víctimas, por las represalias que en algunos países pueden tomar las agencias ejecutivas si nos involucramos con la realidad.

Una *criminología cautelar* debe ser una *criminología militante*, porque se enfrenta a verdaderos *guerreros mediáticos* que siempre están fabricando nuevos *ellos* para impulsar la venganza hacia la masacre. Los fabrican en serie: no hace mucho el gobierno francés dejó de lado a los africanos y argelinos de sus suburbios y buscó a los gitanos.⁽⁴⁴⁾

Por eso la criminología debe ser *militante* si quiere ser *cautelar*, o sea, estar siempre atenta y vigilante para evitar la trampa que nos tiende el discurso que dice: *bien, esos “ellos” no,*

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *“La cuestión criminal”*. Suplemento especial del diario *Página 12*. N° 23, punto 51, pág. II, publicado el 27/10/2011.-

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *“La cuestión criminal” Criminología militante*. Suplemento especial del diario *Página 12*. N° 24, punto 52, pág. II, publicado el 03/11/2011.-

⁴⁴ *Ibid*, pp. II y ss.

pero estos “ellos” sí, son los malos en serio. Dejemos por un rato a los adolescentes del barrio precario, pero vayamos contra todos los colectiveros, los taxistas, los ebrios, los fumadores, y así al infinito.

No es sencillo hacer una criminología militante, pues debe dejarse el sosegado espacio académico, para estar en la calle, en los medios, en la formación de profesionales, de operadores del sistema penal, del personal policial y penitenciario, escribir para el gran público, participar en el sistema, comprender las vivencias de sus operadores, calmar sus angustias, hablar con las víctimas, con los criminalizados, con sus parientes, estimular a quienes tienen la responsabilidad de equilibrar o prevenir el desequilibrio, investigar los discursos mediáticos, no desanimarse por los fracasos y no amedrentarse, no dejarse llevar por la ira, comprender motivaciones para prevenir errores de conducta, interferir en la política, acostumbrarse a ser *mal visto*, asumir el rol de portador de *malas noticias* (advertir que somos víctimas de una estafa es siempre una mala noticia) y, sobre todo, reproducir la militancia, porque no es una tarea individual sino que requiere de muchas voluntades, de muchas personas con consciencia del problema y con compromiso con la tarea de imponer *cautela*.⁽⁴⁵⁾

Esta criminología cautelar –y militante–, indica Zaffaroni⁽⁴⁶⁾, tiene tres frentes a los que atender:

(a) Debe estar atenta para analizar las condiciones sociales favorables a la creación mediática del mundo paranoico y desbaratar sus tentativas de instalación desde las primeras manifestaciones orgánicas.

(b) Debe tomar muy en serio los *daños reales* del delito, es decir, la victimización y sus consecuencias, promoviendo en forma permanente la investigación de campo y del efecto que a su respecto tienen el propio poder punitivo y la criminología mediática.

(c) Por último, debe investigar y proponer públicamente los medios más eficaces para la reducción de los anteriores.

En definitiva, se trataría de los tres capítulos principales de la criminología cautelar, pero sin olvidar que esto sólo proporcionaría los elementos para llevarla a la práctica.

⁴⁵ Ibid, pp. II y ss.

⁴⁶ Ibid, pp. III y ss.

Para eso debe establecer *tácticas*, en especial en el espacio mediático, pero también en la comunicación personal directa: asambleas, conferencias, ONG, ámbitos de reflexión, redes alternativas, entrevistas, etc.

Toda investigación debe tender a ser *investigación-acción* y no a quedarse en el puro nivel del conocimiento resignado. Ninguna acción es nimia cuando se trata de salvar vidas humanas y la criminología cautelara debe responder a ese imperativo ético. ⁽⁴⁷⁾

X.- Conclusión:

A manera de conclusión, y luego analizar la situación desoladora que nos muestra las estadísticas sobre prisionización de seres humanos en la región, solo me resta decir:

Ha quedado más que claro que el encarcelamiento preventivo indiscriminado de personas inocentes sirvió de caldo de cultivo para la superpoblación carcelaria, la que terminara generando una masacre por goteo.

Se percibe que este estado de cosa se debió en gran medida a diversos factores, entre las cuales tenemos, en primer lugar por los órganos estatales y, en segundo lugar, la dirigencia política.

El poder judicial como órgano estatal de control y garante de los derechos ciudadanos, evidentemente, salvo honrosas excepciones, no ha podido sacar el máximo provecho del rol que le asignara la Constitución Nacional, cual es la ser garante de los derechos y garantías constitucionales de toda persona sometida a proceso.

En cuanto a la dirigencia política, han utilizado el tema de la prisión preventiva en sus campañas como control de la criminalidad, y con el afán de captar votos terminaron proponiendo políticas de seguridad consistente únicamente en restringir aún más las excarcelaciones y aumentando las penas. ⁽⁴⁸⁾

Una cuota de responsabilidad más que importante en el tema cabe a los medios de comunicación, pues con sus informaciones han mediatizado el tema de la inseguridad, con el

⁴⁷ Ibid, pp. II y ss.

⁴⁸ En Argentina tenemos la experiencia nefasta de la aparición en el escenario político del tristemente célebre “Ingeniero Juan Carlos Blumberg”, quien con su famoso “Petitorio”, fue el responsable en gran medida de la superpoblación carcelaria descontrolada producida en las cárceles de la provincia de Buenos Aires, que obligo a la interposición de un Habeas Corpus Correctivo ante la CSJN por el titular del CELS, el periodista Vertsbisky, a fin de solucionar el hacinamiento en al que encontraban los presos, en su gran mayoría, detenidos preventivamente.

eslogan del que “*no queremos que entran por una puerta y salgan por la otra*”, han propiciado la implementación de políticas de corte netamente autoritaria, que culminaron produciendo estrago sobre los sectores marginales, que son la clientela por excelencia del sistema penal.

Este panorama deprimente que nos deja la criminología mediática la pregunta es ¿Qué hacer con tantos cadáveres?

La respuesta al problema creo humildemente pasa por tomar partida desde una posición criminológica cautelar preventiva y militante, como alternativa para evitar la producción de más cadáveres que el sistema penal nos ha dejado desde sus inicios.

Los límites al descontrol punitivo y estado paranoide que se ha instalado en nuestra región debe provenir de una criminología militante, que ponga al descubierto las falsedades que nos pretende vender la mediatización del problema de la inseguridad, y para ello es esencial la proposición de medidas preventivas adecuadas basadas en estudio de investigación seria, de manera que podamos conocer con datos reales que es lo que hay que prevenir en la sociedad, instalando una criminología preventiva de estado, y así destinar las políticas públicas estatales sobre los problemas reales, con mayor racionalidad, y así, intentar minimizar las graves falencias del sistema penal de nuestra región, que demasiado muertos ya nos ha dado.