

**EL JARDÍN DE LOS SENDEROS QUE SE ENTRECROZAN**  
**Las dificultades de los garantistas para entender la educación como derecho**

*Mariano Hernán Gutiérrez*  
*Universidad de Buenos Aires (Argentina)*

**La dimensión normativa del cruce educación y encierro**

La relación entre una política determinada y el plexo legislativo que la dispone es compleja y variable. Muchas veces la ley se dicta sabiendo que va a ser incumplida o que no provocará ningún cambio. Otras veces, algunos la dictan o la apoyan pensando que su mera existencia va a cambiar efectivamente la realidad. Y en ocasiones, el dictado de las leyes es pensado en un marco más general de una política pública que incluye transformaciones institucionales, políticas que acompañan esa transformación, diseño y puesta en ejecución de “dispositivos” que promueven o vigilan su cumplimiento, etcétera. Esta es la forma más efectiva de hacer que una ley exista verdaderamente más allá de los papeles. Aquí ensayaremos un esbozo sobre un curioso caso de aquellos que creen, por efecto del pensamiento mágico arraigado en su cultura, que la ley es capaz de cambiar la realidad por sí misma, y que por ello, siempre fracasan en sus propuestas, aunque lejos de ser novatos en este tema, son justamente, los especialistas.

Primero, permítasenos una breve referencia normativa sobre la cuestión de la educación en las cárceles. La educación está establecida como derecho fundamental y universal en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en su artículo 12) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 26) y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 28). Estos instrumentos, interpretados a través de otros instrumentos internacionales como los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (1988) establecen que cada Estado debe garantizar la obligatoriedad y gratuidad de la educación, al menos en un nivel básico; promover la universalización de la educación secundaria; emplear los medios necesarios para asegurar el efectivo ejercicio de este derecho, en tanto obligación de los Estados; garantizar la adecuada formación de docentes y su capacitación constante; propiciar la participación activa de los alumnos y sus familias en los procesos educativos; asegurar la integración e inclusión de todos, a partir de reconocer y respetar la diversidad de los grupos sociales.

Con este plexo normativo queda claro más allá de toda duda que la educación no es *una función del cumplimiento de otro derecho* ciudadano o de otro deber de los estados, sino un derecho universal fundamental en sí mismo. Y por lo tanto, tampoco puede estar sometida a

ser función de un objetivo institucional distinto aplicable a un número restringido de personas (como podría ser la resocialización).

Respecto de la educación en cárceles, los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas son muy claros al afirmar que las medidas de privación de libertad (por condena o detención) no pueden afectar otros derechos fundamentales reconocidos (más allá de la libertad), en su principio 5: "Con excepción de las limitaciones que sean *evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento*, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales". La Declaración de Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas, de la OEA (2008), establece en su Principio XIII: "*Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la educación [...]. La enseñanza primaria o básica será gratuita para las personas privadas de libertad, en particular, para los niños y niñas, y para los adultos que no hubieren recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria*" y finalmente los Estados "deberán garantizar que los servicios de educación proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación e integración con el sistema de educación pública...". Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como "Reglas de Beijing"), de 1985, establece, en su artículo 26, que "La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad". No habla de "re"-socialización o "re"-adaptación (escapando del ideario y vocabulario de criminología penitenciaria). Reduce la capacitación y el tratamiento a unos objetivos más concretos y, a la vez, más amplios: 1) cuidado, 2) protección, 3) integración, 4) educación, 5) formación profesional. Luego, el mismo texto ratifica que el confinamiento no puede afectar sus derechos fundamentales de salud, educación y desarrollo. Y establece que la formación académica o profesional adecuada debe garantizar "que al salir no se encuentre en desventaja en el plano de la educación".

De acuerdo con la normativa internacional ya reseñada, pero yendo aún más allá en favor de la autonomía del derecho a la educación, la Ley Nacional de Educación (ley N.º 26.206 del año 2006) es clara en establecer la educación como derecho universal y en incluir la educación de los presos también en la órbita del sistema educativo. Luego de declarar la universalidad del derecho a la educación en su artículo 4, posee un capítulo (12) que regula expresamente la modalidad de Educación en Contextos de Privación de Libertad, allí se afirma que "el ejercicio de este derecho no admite limitación ni discriminación alguna vinculada a la situación de encierro". Luego, asume la responsabilidad de la educación de los presos en esa área de gobierno (artículo 57) y compromete a las carteras de Justicia a adoptar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de lo establecido en el presente capítulo".

La ley avanza así desde lo educativo sobre un terreno al que nunca había abordado plenamente, y lo hace no con lenguaje criminológico sino educativo, avalado por toda una estirpe jurídica de principios y pactos superiores que sostenían esta avanzada. Esta ley fue pensada, correctamente, como una herramienta, no como una declaración retórica de principios. Fue dictada en el contexto de un proyecto de políticas públicas expansivas de la educación que había comenzado hacía unos años. El Ministerio de Educación de la Nación venía trabajando el alcance de sus políticas sobre la población en encierro desde el año 2004. Luego de la ley se creó la titulación de posgrado de educación en contextos de encierro, como una especialización, se firmaron convenios para llevarla a distintas provincias, se difundió con encuentros nacionales y se firmaron convenios con las distintas agencias de gobierno provinciales de justicia y educación que tuvieron como resultado la réplica de lo que ocurría a nivel nacional: la asunción de las funciones educativas con mirada amplia e inclusiva de parte de los ministerios de educación o áreas equivalentes sobre la población encarcelada. Así, por ejemplo, muchas provincias crearon respectivas coordinaciones de Educación en Contextos de Encierro, para articular con la Coordinación Nacional. La ley nacional debe entenderse aquí como el punto de apoyo y herramienta de esta política pública.

Las consecuencias de esta ley serían pensar y ejecutar la educación en los contextos de encierro como un desafío de la política educativa, como el acceso del aparato educativo a un terreno especial, con sus particularidad, y que por tanto debía encararse con herramientas específicas, pero para lograr el objetivo educativo, al menos en la misma medida que en el afuera. Despegar a la educación en la cárcel de lo carcelario. Esto significaría, llevado a sus máximas consecuencias, que el proceso educativo para funcionar, no puede estar atado al "tratamiento" (La calificación del preso y su progreso, y las posibilidades de obtener su libertad no deben estar relacionadas), una cuestión es el egreso del establecimiento penitenciario, y otra el egreso del colegio; que como es un derecho universal no puede estar afectado por sanciones disciplinarias del preso en tanto preso, las sanciones en la cárcel debe ser solo para el preso, y las de la escuela para el alumno; que la organización del personal docente, la estructura de las clases, su contenido y la lógica arquitectónica del espacio donde se desarrollan debería estar diseñada en función del objetivo educativo y no del objetivo penitenciario; que en ese espacio y durante el tiempo de la clase, el "interno" deja de ser tal y comienza a ser "alumno", la autoridad ya no la tiene el guardia, sino que como en todo espacio educativo, el maestro o el profesor está a cargo de la clase; que el profesor o maestro solo puede ser docente, no puede ser al mismo tiempo penitenciario, ni formalmente, ni veladamente, solo debe estar allí para encargarse del objetivo educativo de ninguna manera su función y su estatus debe asimilarse a aquellos que tienen a su cargo la seguridad y el presunto "tratamiento" penitenciario; y finalmente, que jurídica y judicialmente el derecho a la educación (del preso) esté protegido y garantizado por los mecanismos que protegen y

garantizan el derecho a la educación, no por los mecanismos que lo protegen o garantizan por ser un preso, ni de acuerdo con su estatus delictivo, ni a las categorías jurídicas que se refieren a él (Ministerio de Educación de la Nación, 2010).

### **Avances posible de una perspectiva de derechos (sociales) sobre cuestiones (históricamente) penales**

En paralelo a ese momento de avance de las instituciones educativas sobre el espacio de encierro, observamos otros movimientos menores pero en la misma dirección, de otras áreas de gobierno de la cuestión social y de discusiones en el campo jurídico. En el año 2008, el Ministerio de Trabajo también asumió algunos compromisos de hacer llegar políticas de capacitación e inclusión, específicamente al Servicio Penitenciario Federal. En el año 2010, las conclusiones del V Encuentro Nacional de Jueces de Ejecución Penal abordaban ambas cuestiones (trabajo y educación) de la siguiente manera. La comisión n.º 2 concluía, entre otras cosas, instando "al Estado nacional y a los Estados provinciales a que garanticen el derecho pleno de asignar trabajo y educación a las personas privadas de libertad, como también a quienes hayan egresado en libertad, arbitrando los medios necesarios para la efectivización de dichos derechos en las mismas condiciones que en la vida libre" (énfasis agregado). Aunque, tal vez para justificar este "exceso" en reclamar un derecho fuera de su área de intervención, aclaraban, entre paréntesis "siendo estos factores fundamentales en la baja de la reincidencia". El mismo Encuentro Nacional de Jueces de Ejecución Penal en el año 2011, es decir, un año después, propuso "Entender el trabajo en la cárcel ya no como un pilar exclusivamente del tratamiento penitenciario, sino como un derecho pleno del interno que no puede ser afectado por la condena o por la ley. Ello impone no solo reconocer los estándares constitucionales y legales del trabajo en condiciones de igualdad con la vida en libertad (remuneración, prestaciones de la seguridad social, carga horaria, etc.), sino también que el trabajo debe ser individualizado y programado para la inclusión laboral de la persona una vez que recupere su libertad". E "Insistir con que... la remuneración del interno nunca puede ser inferior al salario mínimo vital y móvil como cualquier trabajador en libertad" (Conclusiones, comisión 5).

Respecto del derecho a la salud, desde el año 2004 existe, en la órbita del Ministerio de Salud, un Programa Nacional de lucha contra los RH, Sida y ETS en el que funciona una Comisión de Cárceles que dirige los esfuerzos del programa a las poblaciones de riesgo en contextos de encierro. Hasta el año 2009, el programa tenía un carácter más bien pasivo y asistencialista, que en ese año varió, y ese cambio de enfoque se ve plasmado en luego en la firma, en el año 2008, de un Convenio de Cooperación y Asistencia entre el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, el Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja, el Servicio Penitenciario Federal, y el Ministerio de Salud de la Nación. Desde el año 2005, se venía

trabajando con algunas asociaciones civiles en La Pampa, en el año 2008 se focaliza en el Servicio Penitenciario Federal, y posteriormente se amplía al Servicio Penitenciario de Mendoza (con su respectiva firma de convenios). En un segundo convenio firmado el año 2009 por los mismos actores, se proponía como objetivo, entre otras cosas “Implementar políticas de prevención y lucha contra el VIH/sida y enfermedades de transmisión sexual para los internos alojados en los establecimientos dependientes del servicio penitenciario federal” y “realizar todas las medidas necesarias a fin de que quienes egresen de dichos establecimientos sean automáticamente incluidos en los planes de salud vigentes, bajo un régimen de seguimiento y control”. Luego, estas acciones se darían: 1) Con el Servicio Penitenciario Federal, 2) con el Servicio Penitenciario Bonaerense, 3) con los Servicios Penitenciarios Provinciales, 4) Con los Patronatos de Liberados.

Estas nuevas ideas en su conjunto parecían marcar la intención del *gobierno de lo social* a una población hasta este momento considerada exclusivamente una *población penal*. Es decir, una población que se encontraba bajo el monopolio de las agencias del gobierno de lo penal, que siempre se consideraron estos derechos sociales como beneficios o como parte de una técnica de resocialización, lo social solo es entendido allí en función de lo penal, como una herramienta. Incluso, en el discurso garantista (sobre el que volveremos más adelante), los servicios sociales son considerados como límites mínimos del umbral de dignidad merecido por el preso, una requisito de una pena justa, y por tanto prestados por la administración penitenciaria (en la medida que es posible, es decir, dentro de una agenda de prioridades que tiene otros objetivos principales). Sin embargo, la mirada del gobierno de lo social implica que estos servicios no son solo tal, sino además, derechos fundamentales del preso, de la misma jerarquía pero con otra razón, que los derechos (garantías) que hacen a la cuestión penal. No como un problema de gobierno de lo carcelario, sino un problema del gobierno social en un territorio particular. Como población-sujeto-de-derechos son una población a gobernar desde las áreas sociales, población objeto de políticas públicas sociales.

En estos años, se ha sugerido un cambio histórico de alcance de la mirada de las políticas públicas universales abordando a la población penitenciaria, usualmente aislada, *relegada*, olvidada, o peor aún, *delegada, in totum*, en todos sus aspectos de vida, a la administración penitenciaria.

### **Recaptura de la problemática educativa por parte del mundo penal**

La Ley de Ejecución Penal (Ley N.º 24.660) reconocía en su artículo 2 que el condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena, pero a continuación abre la puerta a su excepción, al advertir que la reglamentación de la ley puede limitar alguno de estos derechos. Este esquema normativo sigue permitiendo la vieja práctica penitenciaria en la que todo derecho se reconvierte a un "beneficio" que puede ser otorgado o no, discrecionalmente, por el

personal jerárquico, y por lo tanto, es utilizado como moneda de cambio para la disciplina (en el mejor de los casos). Pero la trampa más usual en la lectura de una normativa penitenciaria es la que aquí encontramos en su artículo 5 sobre el tratamiento, sobre el cual dice que “toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario” (artículo 5). La "voluntariedad" nunca es tal si, ejercer o no ese derecho, tendrá consecuencias punitivas mesurables en tiempo de privación de libertad (como ya lo había advertido Norval Morris, 2001). En esta versión de la Ley de Ejecución Penal también se establecía que “Desde su ingreso se asegurará al interno el ejercicio de su derecho de aprender, adoptándose las medidas necesarias para mantener, fomentar y mejorar su educación e instrucción” (artículo 133). Y que “Se impartirá enseñanza obligatoria a los internos analfabetos y a quienes no hubieren alcanzado el nivel mínimo fijado por la ley. Y que “Los planes de enseñanza corresponderán al sistema de educación pública para que el interno pueda, a su egreso, tener la posibilidad de continuar sus estudios sin inconvenientes”.

Por ello, la ley de educación, y las políticas sociales respecto del trabajo en cárceles y el abordaje de la salud, que antes señalamos, eran novedosas, se desligaba de las tensiones y contradicciones establecidas por el eterno dilema penitenciario (reconocimiento de derechos versus necesidad de un tratamiento efectivo). Pero cuando la situación parecía favorecer un proceso que podría obligar al complejo penitenciario a compartir espacios y población con otras áreas de gobierno, ocurrió que el campo penal se vio en la necesidad de reconocer en su propia ley (de ejecución) esa transformación de la política educativa. Así, por propuesta de penalistas garantistas y con el apoyo del Servicio Penitenciario, se Sancionó la “Ley de Estímulo” el 27 de julio de 2011. La ley fue presentada por ambos ministros en un evento en la Unidad 1 de Ezeiza como “un día histórico para el sistema penitenciario argentino, esta posibilidad de reducir su condena en base a esfuerzo y estudio es un enorme beneficio para nuestros internos”. En palabras de los ministros de Educación y de Justicia se garantizaba que, “a partir de ahora todos los presos tendrán el derecho a estudiar” (como si antes las normas establecieran otra cosa). Ellos mismos, los penitenciaristas, tomaron la bandera de su reforma, como siempre lo han hecho, y los penalistas lo han celebrado ¿olvidando? la advertencia de Foucault (1997) de que "la "reforma" de la prisión es casi contemporánea de la prisión misma. Es como su programa. La prisión se ha encontrado desde el comienzo inserta en una serie de mecanismos de acompañamiento, que deben en apariencia corregirla, pero que parecen formar parte de su funcionamiento mismo; tan ligados han estado a su existencia a lo largo de toda su historia”.

La ley de ejecución tras las reformas de esta “Ley de Estímulo” aclara que "Los fines y objetivos de la política educativa respecto de las personas privadas de su libertad son idénticos a los fijados para todos los habitantes de la Nación por la Ley de Educación Nacional" y en el artículo 135 aclara que el ejercicio de este derecho no depende ni de la situación penal, ni de la

etapa ni del grado del tratamiento del interno, ni de sus calificaciones de conducta. Pero el artículo 134 que establece los deberes del educando preso, explicita que debe "respetar las orientaciones de *la autoridad*, los docentes y los profesores, respetar el proyecto educativo *institucional*, *las normas de organización*, *convivencia* y *disciplina del establecimiento*". Es decir, vuelve a insertar en la cuestión educativa a la institución penitenciaria como "autoridad". El artículo 137 establece que su nivel de instrucción será certificado por las autoridades educativas... y *penitenciarias* (nuevamente, hace ingresar a la burocracia penitenciaria en funciones estrictamente educativas). Vuelve a mezclar la idea de tratamiento penitenciario con el comportamiento como alumno: según el artículo 139 "los créditos y logros educativos" serán plasmados en el legajo penitenciario. Y finalmente, según el artículo 140 lo verdaderamente terrible y perverso, los internos que aprueben los años de ciclos lectivos, avanzarán más rápidamente en las fases progresivas previas a su libertad condicional (de un mes a cuatro meses según tipo de estudios y materias aprobadas). Es decir, que quien no apruebe estará más tiempo detenido que aquellos que aprueben. Pero todo premio en tiempo de encierro implica a la inversa un castigo para quien no cumpla esa condición, con lo cual premiar un éxito es castigar un fracaso. Y ningún tratamiento ni proceso de cambio puede considerarse voluntario (ni ser efectivo) bajo este esquema de coacción encubierta (Morris, 2011). Sometido al encierro, para todo preso el mundo se ordena en dos, binariamente: afuera o adentro; preso o en libertad. El docente ahora debe evaluarlo y aprobarlo y en función de ello ayudará a que el preso salga antes (o no). Ya no se trata únicamente de una relación de confianza, de enseñanza; de la relación liberadora que el preso establecía con su docente frente a la mirada rígida del penitenciario; de la confianza necesaria para poner en marcha el vínculo educativo. Se trata de roles: El docente vuelve a ser de aquellos que deciden entonces, si su alumno, sale antes de preso o se queda más tiempo como tal. El docente deberá llevar consigo esa responsabilidad: aprobar es dejar salir antes. El docente se convierte, sin saberlo, sin quererlo, por efecto de esta ley nuevamente en un penitenciario sin botas.

Como corolario el Artículo 142 establece que "los obstáculos e incumplimientos en el acceso al derecho a la educación podrán ser remediados por los jueces competentes a través de la vía del hábeas corpus correctivo, incluso en forma colectiva". Como no haría falta aclarar, un derecho social se protege mediante otras vías, siendo la vía sumaria constitucional la acción de amparo (Basterra, 2011; Tedeschi, 2011). El juez que entiende en estos casos no es el juez penal, sino el juez con competencia en contencioso administrativo (es decir, aquel que se encarga de las relaciones entre ciudadanos y Estado, Estado y ciudadanos, en general, y sobre todo respecto de sus políticas públicas y cuestiones de derechos sociales). Y si bien esta vía casi nunca ha sido intentada con la población encerrada, hubiera sido la consecuencia lógica de considerar a la educación (o al trabajo, o a la salud) de los presos como una cuestión de derechos ciudadanos y no como una cuestión penal. Es la situación del preso en tanto privado

de libertad la que aún hoy se protege mediante el habeas corpus, para prevenir un “agravamiento en sus condiciones de detención”. Si para proteger la educación de este preso-educando debemos recurrir al habeas corpus es que queda claro que antes que a un ciudadano que quiere ser estudiante (o que, en tanto alumno, se ven afectado el ejercicio efectivo de su derecho a la educación), tenemos a un interno, un preso que pide protección de una cuestión que hace a su régimen penal. Este artículo establece que la educación del preso seguirá siendo una discusión entre penalistas y penitenciarios, una garantía penal o una herramienta de corrección, pero no una discusión de educadores.

El fenómeno más curioso es que, a pesar de sus visibles *trampas*, esta ley fue bienvenida por los penalistas más progresistas. Así lo hizo, por ejemplo, el Centro de Estudios de Ejecución Penal de la Universidad de Buenos Aires, en una nota firmada por uno de sus integrantes notorios Sergio Delgado (<http://cep-uba.blogspot.com.ar>), o Mónica Lezcano (2012), o el pronunciamiento de la ONG CEPOC (<http://cepoc-cepoc.blogspot.com.ar>), todos los cuales lo relacionan con una cuestión penal, principalmente con la mejora en el objetivo de resocialización. En el mundo de los penalistas todo el proceso de política educativa antes reseñado y la nueva Ley de Educación del año 2006, habían pasado absolutamente desapercibidos. No fue una cuestión para debatir, ni siquiera para mencionar. En cambio, con la llamada Ley Estímulo, se celebró que todos los presos tuvieran derecho a educarse. Y de alguna manera es lógico que los penalistas lo hagan, porque la discusión vuelve a centrarse entonces ya no en la educación si no en la eterna lucha por la reforma penitenciaria. Los penalistas, incluso los más críticos, siguen analizando todas las leyes que rozan a lo penitenciario desde la matriz analítica liberal, como un freno necesario al maligno poder del Estado que en este caso, se manifiesta en lo penitenciario. Y, se supone, erróneamente, que todo lo que beneficie al individuo es un especie de poder que se limita al Estado (y a la inversa). No puede concebir una política social en la cárcel como una política social.

Esta grilla rígida analítica se ha hecho patente en un caso reciente en julio de este año. El médico militar Carlos Jurio, preso por delitos de lesa humanidad en la última dictadura, denunció a un profesor universitario, en la Unidad de Devoto, que no quiso darle clase, manifestando objeción de conciencia. El planteo fue una provocación política, puesto que el Centro Universitario de Devoto es producto del esfuerzo de muchos militantes y académicos ligados a la izquierda y a la defensa de la democracia y mantiene esa impronta. Sin embargo, hizo dudar a muchos juristas, principalmente penalistas. Incluso algunos apoyaron el reclamo de los represores y cuestionaron a los docentes con argumentos de la universalidad de las garantías (por ejemplo, Roberto Gargarella, 2012). Esta dificultad para responder jurídicamente a esta provocación política (o el extravío que supone apoyarla) no existe desde la óptica de los derechos sociales, puesto que, en tanto son de cumplimiento progresivo, y por tanto dependen de una política pública efectiva, es lógico que se preste prioridad de acceso a los grupos más

vulnerables y alejados del goce efectivo de ese derecho. En este orden de prioridades la cuestión del derecho de los militares con un título universitario que quieren estudiar una carrera en el CUD, cede a los últimos lugares de la lista, y la prioridad debe colocarse en la necesidad de universalizar la educación primaria y secundaria en la población encerrada proveniente de sectores vulnerables, y en favorecer la entrada al centro universitario de aquellos que por sus condiciones sociales reales el goce de ese derecho les resulte más difícil.

### **La dificultad de los penalistas (y los indios Hopi)**

Baratta insistía en el principio político de apertura de la cárcel a la sociedad y de la sociedad a la cárcel. Consecuentemente, entendía que en lugar de un tratamiento debían “ofrecerse” servicios para proveer a esa reintegración. Estos servicios (sanitarios, psicológicos, laborales), debían continuar dentro y fuera de la cárcel como “ejercicio de un derecho ciudadano” (Baratta, 2004, p. 380/382). Llevando esa idea a la lectura que aquí proponemos se trataría, simplemente, de dar continuidad a las políticas públicas de promoción y de protección de derechos sociales (aquellos referidos a educación, salud y trabajo, por ejemplo). Continuidad extra e intramuros. Ya no como política de reintegración, sino como simple expansión de la política social a un área tradicionalmente abandonada. No con mirada utilitarista “re” (reintegración, resocialización, rehabilitación), sino con la mirada de una perspectiva de derechos, con el acento puesto en la vigencia de los derechos sociales para las agencias que se encargan de los derechos sociales. Curiosamente, esta apuesta “barattiana” en el mundo penal hoy no se discute, ha sido olvidada.

Y ello nos lleva al principal problema de este ensayo. Uno de los principales obstáculos para favorecer este cambio de mirada son, paradójicamente, los penalistas garantistas (o gran parte de ellos). Los mismos que con la defensa de su discurso liberal han sido siempre el punto de resistencia más fuerte contra la amenaza del avance de penitenciarismo y de los discursos correccionalistas.

La corriente humanista, progresista y democrática en la academia jurídico penal ha ganado muchos espacio desde los años ochenta, y ha logrado imponer mayoritariamente muchas de las reformas que, se suponía, harían al sistema penal menos violento y más democrático. Las tres grandes “causas” por las que se ha peleado, han ganado, si no una batalla definitiva, un terreno considerable. A nivel de dogmática penal, el causalismo ha muerto, o permanece recluido en espacios académicos aislados (esta fue la principal apuesta de Zaffaroni entre los años setenta y noventa; véase, por ejemplo, Zaffaroni, 1987). En la enseñanza de derecho procesal penal, igual: los defensores del proceso inquisitivo han quedado relegados, y más de la mitad de las provincias han modificado sus sistemas inquisitivos, para adaptarlos a la retórica del acusatorio (esta ha sido la gran apuesta de Julio B. Maier: 2001 y Edmundo Hendler: 1995, 1996). En el sistema legal de niños en situación de vulnerabilidad, también el

discurso de la “protección integral” ha ganado espacios a los discursos y fórmulas de la “situación irregular”, y más de la mitad de las provincias del país han adaptado su sistema procesal de “menores” a sistemas de protección o sanción de “niños, niñas y adolescentes” (y esta ha sido la gran apuesta de E. García Méndez: 1992, 1996). Finalmente, con la reforma constitucional del año 1994, muchas de las garantías penales y procesales fueron definitivamente y fuera de toda discusión, incorporadas al plexo constitucional. Más allá de los vaivenes legislativos en las provincias, en la letra legal y en la enseñanza universitaria aulas tenemos hoy un sistema de derechos más garantista, mucho más humanista y mucho menos represivo que hace veinte o veinticinco años. Pero, “el operador sociológico del sistema penal es no tanto el enunciado de la norma, sino su funcionamiento” (Pegoraro, 2006). Y el observable del funcionamiento del sistema penal, nos dice otra cosa: Tenemos desde fines de los años noventa una tasa de encarcelamiento altísima y las crueles, deshumanizantes y violentas condiciones de encarcelamiento, han colocado (con justicia) a nuestro país bajo la mira de organismos internacionales de control (véanse, entre muchos documentos posibles, CELS, 2011; y Procuración Penitenciaria de la Nación, 2009)

Y lo más curioso, es que este fenómeno de progresivo “desacople” entre la letra legal y el observable real del sistema no ha sido motivo de interrogación por parte de los penalistas. No se ha considerado qué relación hay entre un fenómeno y otro, salvo en contadísimas excepciones (de las que aquí reseñaremos dos de las más importantes). Pero cuando se lo ha hecho, el remedio propuesto es más llamativo aún.

Zaffaroni advertía, en el año 1992, contra el veyeurismo impotente de nuestros discursos jurídicos (liberales), para afirmar la necesidad de introducir el realismo en la teoría dogmática jurídica (1992, p. 15). Su solución era no legitimar el poder penal, es decir, formular una teoría operativa del cuándo castigar que no legitimara filosóficamente el poder de castigar en sí mismo. Esta obra es indispensable para entender al Zaffaroni que llegó a ser el principal referente del pensamiento crítico sobre el sistema penal en nuestro país. En ella, luego de invocar la necesidad del “realismo” (de dar cuenta de las reales manifestaciones del sistema penal, más allá de los discursos jurídicos), y de denunciar que las fórmulas jurídicas eran impotentes para la transformación de las prácticas institucionales del sistema, su propuesta termina por colocarse en un nivel de abstracción aún mayor que el jurídico: el filosófico discursivo. Da cuenta de la necesidad de estudiar la realidad, de la impotencia del discurso jurídico abstracto, alejado de la realidad concreta, y su solución es una propuesta de principios filosóficos sobre la legitimidad del poder de castigar. El diagnóstico es sobre las prácticas y la propuesta es a nivel del discurso, y aún más, de un nivel de discurso mucho más alejado de la posibilidad de incidir sobre las prácticas que el discurso legal y su reforma o interpretación. Decía Zaffaroni que “o el derecho penal sirve para contener límites o reducir un poder deslegitimado, o no sirve para nada”. Si es así, después de veinte años, sabemos la respuesta.

Más recientemente Binder (2011), siguiendo a Bourdieu, explica esta falta de ocupación por la realidad institucional adjudicándolo a la cultura jurídica imperante, caracterizada por cuatro rasgos que llama *formalismo, conceptualismo, neutralidad y ritualismo*. Según este autor, en la cultura jurídica, se centran los debates sobre los conceptos, sobre la naturaleza jurídica de ciertos objetos que la academia jurídica coloca en la agenda, y que tiene el efecto de “alejar la consideración del derecho del juego de intereses” concreto. Luego, “amparándose en el principio de “igualdad”... se ha podido ocultar intereses bajo la “mascara” de la neutralidad”. De esta forma, observa Binder, si luego la fórmula jurídica no funciona, se echará la culpa a la realidad o a las instituciones por su defectuoso funcionamiento. Encuentro este diagnóstico de Binder como profesor, inobjetable. Lo curioso es que el mismo Binder en su rol de actor político, tal vez la figura más importante como impulsor de reformas procesales en América Latina, tampoco presta atención a ese desacople y a la contradicción que aquí saca a la luz la hace propia. Binder y el INECIP (Instituto muy prestigioso que comanda y del cual forma parte) han “vendido” la reforma procesal acusatoria a todos los países de América Latina que la han querido comprar (además de nuestro país, donde tuvo un rol importantísimo en la reforma de la Provincia de Buenos Aires de 1998, ha intervenido desde los años noventa hasta hoy en: Guatemala, El Salvador, Honduras, República Dominicana, Chile). Ello precedido de una crítica a la cultura penal, pero sin una de cómo la reforma impacta en el funcionamiento efectivo de las instituciones penales, sobre todo a nivel de su expansión o intensificación. En todos estos casos, la reforma ha sido seguida de una expansión de las tasas de encarcelamiento y un empeoramiento de las condiciones de detención (cifras en el Observatorio de Seguridad Ciudadana de la OEA: [alertamerica.org](http://alertamerica.org)).

Sin embargo, no podemos negarle razón en sus diagnósticos, ni a Binder ni a Zaffaroni. El problema es su terapia, la persistencia del “voyeurismo impotente” de estos médicos. Y esa persistencia se explica por el formalismo que denuncia Binder. En nuestra particular formación jurídica persistentemente liberal, a ese formalismo le corresponde un impedimento del pensamiento concreto y empírico (los efectos reales en personas de carne y hueso de las reformas legales) en favor del pensamiento abstracto (las grandes ideas morales). Y, agregamos nosotros, emparentado con todo ello, un impedimento para pensar en los derechos fundamentales colectivos y sociales como derechos de los presos en sí mismos, más allá de las garantías individuales. Es decir, una tendencia a pensar que en la cuestión penal sólo están en juego las garantías individuales, y aunque se admita la importancia de los derechos sociales, se entiende que son un problema de otras ramas del derecho, no son los que están en juego, sino en forma subordinada, en el caso de un preso. En definitiva, se sigue el axioma liberal: primero la libertad, luego todos los otros derechos (la crítica al liberalismo, desde una mirada más amplia de derechos humanos en Mattarolo, 1996; Rabossi, 1996; Pinto, 1997; Fonseca y Cardarelo, 2005).

Otra consecuencia de este exceso de formalismo jurídico es que el mismo pensamiento progresista cae permanentemente en el voluntarismo. Se tiende a pensar que por efecto de una teoría de la interpretación legal o por la manifestación de la mera voluntad legal, la realidad va a cambiar. Así, la reforma penal, la reforma por sí misma, ha venido a constituirse como un objetivo de los penalistas críticos. Por ejemplo, en pleno contexto actual de auge del encarcelamiento y de altos porcentajes de presos sin condena, reconocidos profesores propongan la abolición de la prisión preventiva a partir de la crítica jurídica o la reforma legal (Vitale, G. y García, N.; 2011, y las Jornadas "¿Tiene futuro la prisión preventiva?", 1 al 3 de agosto de 2011, Universidad de Palermo y Asociación Pensamiento Penal).

Pero cuando criticamos aquí al liberalismo, debe quedar claro, no estamos criticando a la defensa de las garantías individuales, sino a la mirada que privilegiándolas, desplaza a todos los otros derechos a un segundo plano. Esto es el individualismo como forma básica de pensar los derechos, individualismo que presupone una igualdad radical en la naturaleza de los sujetos. Esta mirada no solo invisibiliza las desigualdades fácticas, sino los procesos sociales y políticos que son necesarios para "crear" ese derecho y hacerlo efectivo. Encubre la distribución desigual de las posibilidades de hacer efectivos esos derechos individuales. Una vez más viene como advertencia aquella famosa frase de Anatole France que gusta a la criminología crítica, sobre que *la ley, en su magnífica ecuanimidad, prohíbe por igual a los ricos y a los pobres dormir bajo los puentes*.

Esta discusión de condiciones efectivas contra el liberalismo individualista formalista atraviesa toda la filosofía jurídica moderna, desde "La cuestión judía" de Marx hasta la filosofía política de Gustav Radbruch. Un derecho de garantías individuales sin derechos sociales solo provee a una libertad formal que no puede hacerse efectiva, puesto que los procesos sociales que los juristas cristalizan como "derechos sociales" son los soportes (y condiciones de posibilidad) de esa subjetividad a la que asignamos irrestrictamente derechos individuales fundamentales. Los derechos individuales entendidos sustantivamente, efectivamente, presuponen un intercambio y un soporte mutuo permanente con los derechos sociales, que son los que determinan cómo se distribuye realmente esa libertad formal. Si no se entretiene unos con otros, las garantías individuales son meras declamaciones carentes de efecto (y aquí se ve cómo, el tema está directamente relacionado con formalismo), que encubren las diferencias de poderes y posiciones en el orden social, y por lo tanto, las diferencias efectivas en la posibilidad de los derechos subjetivos individuales.

Vemos que el penalista (*sobre todo* el progresista), por su particular formación, está entrenado específicamente para ignorar el problema del dato real más allá del caso individual, el dato empírico como cantidad, como dirección sistémica, como tendencia, porque la unidad de análisis es el individuo (y, por supuesto, una construcción particular ideal de ese "individuo"). En la cultura jurídico-penal contrastar los efectos reales (institucionales y en la población) de las

reformas penales, con los enunciados objetivos revolucionarios que pretendían tener es un tema tabú. Está “prohibido”, por ejemplo, medir el efecto real de un cambio de sistema procesal inquisitivo a acusatorio en cantidades de encarcelados, su perfil, y los efectos en los montos de las penas. También ha estado “prohibido” por mucho tiempo cuestionar si el cambio a un sistema penal juvenil que derroca a un sistema tutelar de menores también redundaría en una juventud más encerrada, y en las mismas condiciones que antes (hoy ya se comienzan a levantar voces críticas, pero principalmente de fuera del derecho penal: Cortes, 2007; Ciappina, 2011); o que una teoría del delito socialdemócrata no cambia en nada la cantidad de presos ni las formas de la pena que una presentada como autoritaria.

Zaffaroni o Binder son referentes centrales en estas discusiones. Con sus intervenciones queda claro que los penalistas críticos progresistas somos muy conscientes de que el problema está en las prácticas institucionales, en factores estructurales del sistema penal, en condicionantes que van más allá de la voluntad de los operadores. Sin embargo, a la hora de formular propuestas no vamos mucho más allá de la reforma legal y el voluntarismo para proteger mejor las garantías individuales (contra la tortura, el abuso de poder, la arbitrariedad del penitenciario o del juez, la pena excesiva, etc.). Hay una evidente desconexión entre los niveles de diagnóstico y de prescripción, que tiene que ver con nuestra particular formación jurídica, que, en parte, nos enseña a pensar que para tener una buena sociedad es suficiente tener un buen derecho, o que una buena forma construye una buena sustancia. Podríamos definir esta actitud constante de los juristas como la *pasión por la reforma legal permanente*, y el total olvido (a veces incluso, desprecio), por las reformas estructurales verdaderamente efectivas a nivel de las prácticas institucionales. Si es cierto que un sujeto construido a partir de políticas de educación, salud, trabajo y vivienda, es la base del sujeto jurídico que luego la ley liberal supondrá racional e individual, la cuestión por la vigencia de los derechos sociales del preso es también una cuestión de garantías individuales, en una forma incluso, más profunda y duradera que la crítica a los abusos de poder en el caso concreto.

Incorporar a las discusiones jurídicas la relación de efectos paradójicos entre una ley y las prácticas institucionales que provoca, facilita o encubre, significaría dejar de pensar al derecho como un fin en sí mismo exclusivamente, para pensarlo también en su función instrumental, es decir, pensar al derecho *políticamente*. Y esto no se ejercita porque el campo intelectual de los penalistas críticos ya ha sentado sus reglas de competencia, ya ha establecido posiciones de dominio, sobre las bases de un saber formalista. Una lectura en sentido contrario sería interpretada como una descalificación o como un cambio de las reglas de juego.

La consecuencia de no recordar que los derechos sociales siguen vigentes en los presos como *derechos sociales*, y no que se convierten en *garantías individuales* una vez que el imputado es privado de su libertad, es que las políticas públicas de protección y promoción de esos derechos (por la misma misteriosa razón que hace que lo penal sea entendido como un

fenómeno aislado del resto del mundo jurídico y social) se detengan en los muros de la cárcel, y se conviertan en un problema de la ejecución penal. La hipótesis de que estas políticas públicas sociales tendrán indudables efectos positivos en la construcción de un sujeto social integrado, es una afirmación que no debe ni puede someterse al siempre tramposo test de la resocialización, sino a las mismas varas con las que se mide el éxito de una política educativa laboral o de salud.

Esta insistencia cada vez más acentuada en una crítica liberal formalista e individualista (aunque pretenda ser de izquierda en ocasiones, por ejemplo, Gargarella) que intensifica su “voyeurismo impotente”, implica un progresivo desacople entre un “derecho de los juristas” cada vez más libertario y unas agencias de administración del poder del encierro cada vez más represivas en sus prácticas. Como resultado de ese “formalismo” que Binder criticaba de la cultura jurídica se permite a las agencias del sistema penal valerse de la misma discusión moral-formal-liberal, para encubrir la persistencia de sus prácticas, acomodando sus discursos de presentación pública. Cuando no se pone el esfuerzo en asegurar los nudos y los lazos que atan las prácticas sustantivas al derecho, y en su lugar, solo se hace girar cada vez más rápido al derecho “de los teóricos” (Bourdieu), muy probablemente se provoque que esos lazos se corten, y que el derecho funcione sólo como el recubrimiento, la caparazón o superficie discursiva de las viejas prácticas y del “derecho de los prácticos” (Bourdieu). Es decir, juristas cada vez más críticos y liberales, e instituciones cada vez más represivas, conviviendo con conflictos discursivos pero sin peligro práctico. Incluso, admitiendo que un mismo personaje pueda mostrarse de una u otra manera en cada institución (garantista como profesor, penitenciario como juez), sin problemas mientras siga las reglas discursivas propias de cada espacio.

Robert Merton, en su capítulo sobre funciones latentes (1997), utiliza un ejemplo para explicar el uso del concepto de las funciones latentes con los indios Hopi de Nuevo México. Los indios Hopi se reúnen para organizar el ritual de la danza de la lluvia, con la intención manifiesta de que llueva, para favorecer sus cosechas. Por supuesto que eso no hace llover. Si enviásemos un meteorólogo a observarlos, lo único que podría decir es que, en efecto, no hay ninguna relación entre la danza de la lluvia y las probabilidades de que llueva. Los penalistas se reúnen permanentemente con la intención manifiesta de producir una ley o una interpretación a ella que va a mejorar las condiciones de vida de todos, va a traer un sistema menos violento e inhumano. Un penalista, que además se ha convertido en meteorólogo (es decir, en crítico) solo puede decir que no se puede probar que de ese ritual resulte ningún efecto medible que haga llover, ni que haga cambiar la realidad del sistema penal (pero igual seguirá bailando). Pero el sociólogo, dice Merton, debe ir más allá, debe preguntarse, entonces ¿por qué se siguen reuniendo?, y encontrará que los indios Hopi se siguen reuniendo, porque ese ritual los

une como comunidad, los reafirma, recrea consenso en tiempos de crisis. Y los penalistas ¿por qué se siguen reuniendo?

### Bibliografía

- BARATTA, Alessandro (2004), *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, Editorial B de F.
- BASTERRA, Marcela (2012), “La viabilidad del amparo para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas privadas de libertad”, en GUTIÉRREZ, M. H. (coord.), *Lápices o Rejas. Pensar la actualidad del derecho a la educación en contextos de encierro*, Ed. del Puerto, Buenos Aires.
- BINDER, Alberto (2011), “La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición”, *Revista Pensamiento Penal*, mayo 2011 [en línea]. Dirección URL: <[www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)>.
- CELS (2011), *Derechos Humanos en la Argentina: Informe 2011*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales.
- CIAPPINA, Carlos (2011), “La baja de la edad de imputabilidad penal para niños y jóvenes: reflexiones en torno a equívocos, mitos y realidades”, Observatorio de Jóvenes, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, Universidad Nacional de La Plata.
- CORTES, Julio (2007), “La ley de responsabilidad penal de adolescentes en el marco de las transformaciones actuales del control social y el castigo”, *Alterinfos*, octubre de 2007 [en línea]. Dirección URL: <[www.alterinfos.org](http://www.alterinfos.org)>.
- FILMUS, Daniel (1996), “Educación y derechos humanos”, en Alicia PIERINI (coord.), *Pensamiento crítico de los derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba.
- FONSECA, C. y CARDARELLO, A. (2005), “Derechos de los más y menos humanos”, en TISCORNIA, S. y PITA, M. V. (coord.). *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil*, Buenos Aires, Antropofagia.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1992), *El derecho de menores como derecho mayor. Del revés al derecho: la condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires, Unicef.
- (1996), “Infancia: legalidad democrática, derecho y realidad”, *Isonomía*, n.º 4, abril de 1996, México [en línea]. Dirección URL: <<http://www.isonomia.itam.mx/>>.
- GARGARELLA, Roberto (2012), “La UBA penaliza y dice cualquier cosa”, *robertogargarella.blogspot.com*, 9 de agosto de 2012.
- LESCANO, Mónica (2002), “La ley 26.695, un nuevo instrumento legal que garantiza y asegura el acceso a la educación de los internos del sistema penitenciario”, *Revista Pensamiento Penal*, N.º 145, julio 2012 [en línea]. Dirección URL: <[www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)>.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE LA NACION (2011), *Derechos y sistema penal: la dimensión jurídica de las prácticas educativas en contextos de encierro*, módulo II del postítulo de

Educación en Contextos de Encierro, Coordinación Nacional de Educación en Contextos de Encierro.

HELFRICH, Marcelo (2002), "Derecho de menores, un derecho menor", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia*, Colección Criminología, año 1. n.º 1, Buenos Aires, Ad Hoc.

HENDLER, Edmundo (1995), *Las raíces arcaicas del Derecho Penal*, Quito, Corporación Editora Nacional.

— (1996), *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Ad Hoc.

MATAROLLO, Rodolfo (1996), "Sistema universal de protección", en A. PIERINI (coord.), *Pensamiento crítico de los derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba.

MERTON, Robert K. (1995), *Teoría y estructura social*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

MORRIS, Norval (2001), *El Futuro de las Prisiones*, México, Siglo XXI.

NIÑO, Luis (1996), "Sistema penal y derechos humanos", en A. PIERINI (coord.), *Pensamiento crítico de los derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba.

— (2010), "¿Derecho penal para niños infractores?", en M. SOZZO, (coord.), *Por una sociología crítica del control social. Homenaje a Juan Pegoraro*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

PEGORARO, Juan Segundo (2006), "Notas sobre el poder de castigar", *Revista Alter*, n.º 2. julio de 2006. México, Nueva Época.

PINILLA, Nelson Ortiz (2005), *Planeación con perspectiva de derechos: un derecho de la infancia y de la juventud*, Bogotá, Unicef.

PINTO, Mónica (1997), *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Procuración Penitenciaria de la Nación (2009), *Cuerpos castigados: malos tratos físicos y torturas en cárceles federales*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

RABOSI, Eduardo (1996), "Cómo teorizar acerca de los derechos humanos. Algunas notas críticas", en Alicia PIERINI (coord.), *Pensamiento crítico de los derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba.

TEDESCHI, Sebastián (2012), "Los derechos sociales de las personas privadas de libertad y el sistema penitenciario", en M. H. GUTIÉRREZ (coord.), *Lápices o Rejas. Pensar la actualidad del derecho a la educación en contextos de encierro*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

VITALE, Gustavo y Gerardo N. GARCÍA, *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1987), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR.

— (1992), *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Monte Avila.