

La cárcel a escala humana

Prison on a human scale

CARLOS E. URIARTE¹

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-3194-5845>

Resumen

Este trabajo, que tiene algo de biografía personal, marca la distancia entre la formación curricular de los penalistas hacia 1985 (que en los manuales de alta circulación se mantiene hasta hoy) y la realidad del sistema penal, en particular la de la cárcel. Esa situación abarca, además, las disciplinas que hacen del delito (tal cual está definido) y de la cárcel en perspectiva normativista objetos de su estudio. La cárcel desde lejos y desde cerca, entre los discursos epistemológicos idealistas y realistas: las estrategias del encierro creciente, la degradación de la dignidad y las muertes anunciadas. La cárcel como mal banalizado y los mecanismos de neutralización que atraviesan el sistema penal.

Palabras clave: delito, cárcel, idealismo y realidad, derechos humanos

Abstract

This article, a personal biography, highlights the distance between the curricular training of criminal lawyers towards 1985 (still present in high-circulation manuals today) and the reality of the penal system, especially that of prison. This situation also encompasses the disciplines whose object of study is a crime (as defined) and prison from a normative perspective. The prison from afar and close, amid idealistic and realistic epistemological discourses: growing incarceration strategies, the degradation of dignity, and deaths foretold. Prison is a trivialized evil and the neutralization mechanisms run through the penal system.

Keywords: crime, prison, idealism and reality, human rights

¹ Ex profesor agregado de Derecho Penal y profesor agregado (Posgrados) en la Facultad de Derecho (Udelar). Profesor agregado de Derecho Social desde la perspectiva de los sujetos de derecho en la Facultad de Ciencias Sociales (Udelar). Correo electrónico: drcarloseuriarte@gmail.com

Introducción, algo de historia personal y la cárcel

Entre 1985 y 1988 y, posteriormente, entre 2005 y 2008, trabajé en la gestión de la privación de libertad, de mayores en el primer caso y de menores de 18 años en el segundo. En esta oportunidad me detendré en el primer caso, no tanto en su historia como en el impacto que significó en mi experiencia personal.² Por esa circunstancia, esta contribución para las IV Jornadas de Estudios Penitenciarios³ tiene inevitablemente un contenido histórico, artesanal e intransferible, acorde con las instituciones que las impulsan.

En 1985 yo era aspirante a profesor adscripto de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Udelar, e integraba un grupo de jóvenes⁴ que fue convocado por Adela Reta (a la sazón ministra de Educación y Cultura del Gobierno de posdictadura de la República) y Ofelia Grezzi (mi mentora en el saber penal), para entrar en las cárceles metropolitanas. Ambas juristas y penalistas, que con el tiempo fueron reconocidas como Profesoras Eméritas de la Facultad de Derecho, habían regresado ese mismo año a una facultad de la que se habían alejado en los 70 y que las acogió en el brioso y exultante marco de lo que he denominado la *alborada iushumanista* de esos tiempos.

En esa época, las cárceles de Montevideo pasaban por una situación peculiar. Los presos estaban organizados en comisiones y se autopro-

clamaron como *presos sociales*,⁵ con la finalidad —razonable en el contexto de la alborada de derechos humanos, la sanción de la Ley de Pacificación Nacional, la amnistía de presos políticos y su excarcelación masiva— de lograr una sustancial y masiva *descarcelación*.⁶ Por otra parte, la Cárcel de Miguelete fue cerrada abruptamente ese año y su población fue trasladada al poco menos añoso Penal de Punta Carretas, generando una situación de sobrepoblación, agravada por la desorganización vigente: la cárcel, obviamente, estaba cerrada perimetralmente, pero *abierta* por dentro, sin una razonable organización de la convivencia interna. Ese estado de cosas, salvo en lo anecdótico, pasó desapercibido para la población de Montevideo, pues sustancialmente la situación entrañaba profundos riesgos de derivar en un conflicto de gran entidad, con los consiguientes costos en vidas humanas.

Ese estado de cosas fue un legado no inocente que la dictadura dejó a la naciente democracia. Apuntemos además que, al cabo de la liberación de los presos políticos, el tristemente célebre y paradójico Penal de Libertad⁷ que los contenía se cerró. Adela y Ofelia, que conocían —digamos— el *pañó político penitenciario*, buscaban para este un destino ajeno al original o su demolición, pues simultáneamente se planificaba para 1986 la inauguración del entonces Complejo Carcelario (Comcar, hoy Unidad 4 «Santiago Vázquez»), que se construía en las cercanías del pueblo Santiago Vázquez (próximo a Montevideo), en el cual se instalaría nuestro proyecto. La inquietante presencia un poco más lejana de la Cárcel de Libertad amenazaba silenciosamente con volver al ruedo penitenciario (se hablaba,

2 También por esa razón, habré de escribir en primera persona singular.

3 Facultad de Ciencias Sociales de la Udelar, Montevideo, 24 y 25 de noviembre de 2022.

4 Cuyos nombres omito detallar por una razón de respeto a las versiones diferentes y, además, por razones de espacio, porque debería incluir a numerosas personas que intervinieron en la gestión directa de las instituciones de encierro y otras que conformaron un grupo de apoyo, con quienes nos reuníamos semanalmente. Esa historia debería ser realizada en colectivo. Inevitablemente, algunos nombres se deslizarán, por las razones que explicaré.

5 Denominación adoptada por el colectivo de presos, en contraste con la de los «presos políticos» liberados en esa época, que, como veremos más adelante, se institucionalizó. Aunque no desarrollaré el punto, esa expresión es profundamente acertada.

6 Utilizo esta expresión para abarcar distintas situaciones procesales a través de las cuales se instrumenta el egreso del encierro.

7 Próximo a la localidad de Libertad, ubicada en el departamento de San José, que durante la dictadura alojó presos políticos.

como dije, de demolerlo o de darle otro destino, no penitenciario).

En esa atmósfera, Ofelia Grezzi (entonces Defensora de Oficio en lo Penal y muy respetada por el colectivo de la población privada de libertad) solía ingresar al recinto interno a *negociar* con la Comisión de Presos la descarceración a la que hice referencia, pese a la advertencia intimidante de los mandos policiales.

Como consecuencia de los acuerdos logrados con la Comisión de Presos Sociales, en sus primigenias integraciones, se sancionó la Ley 15743, de 15 de mayo de 1985, conocida como Ley de Media Pena, que por distintos caminos penales y procesales penales consagró la descarceración de un gran número de presos.⁸

En la madrugada del 19 de noviembre de 1986, una intensa balacera de más de tres horas de duración, ocurrida en el Penal de Punta Carretas, sacudió a esa zona montevideana y culminó con tres reclusos muertos y numerosos heridos. Si bien siempre se ha descrito el episodio como un motín, la información recogida en el legajo adjunto a las actas de la Comisión Preinvestigadora, designada con el objeto de evaluar la formación de una Comisión Investigadora acerca de esos sucesos, permite dudar razonablemente de que haya existido un motín promovido por presos. El grueso, si no exclusivo, de los disparos provino de armas de alto poder (metralletas) utilizadas por funcionarios policiales apostados en lugares estratégicos del penal; del lado de los reclusos se incautaron tres revólveres⁹ y, según recuerdo, el consabido amontonamiento de *cortes*, que suele

ser exhibido públicamente con posterioridad a ese tipo de conflictos (Cervini y otros, 1988).

Como consecuencia de esos hechos, al cabo de una sanguinaria represión y traslado masivo de presos, se reinauguró el Penal de Libertad y se alteró el proceso de gestación de la experiencia que habíamos iniciado en el módulo 3 del Comcar, afectando sensiblemente el ritmo de ingresos planificado.

A raíz de estos episodios, como adelanté, en la Cámara de Representantes se formó una Comisión Preinvestigadora sobre la situación de los presos sociales, con el cometido de resolver si el Parlamento debía investigarlos. Por mayoría de sus integrantes, el 3 de diciembre de 1986 resolvió recomendar que no se formara una Comisión Investigadora al efecto. El argumento esgrimido fue que «todo este problema surge porque la legislación sobre la materia es inadecuada. Quien debe entender es la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración» (Cámara de Representantes, 1986, en Cervini y otros, 1988). Ciertamente, esa lacónica argumentación cubrió con un manto de silencio no solo lo ocurrido el 19 de noviembre de ese año, sino también el trato despiadado e inusualmente violento que se infligió a la población trasladada al Penal de Libertad en los días que siguieron.

1. Conocimiento: derecho, idealismo y realidad

Ese fue el comienzo de una experiencia que entre 1985 y 1988 cambió mi percepción de la *cuestión criminal*. Veamos el proceso intelectual que recorrí entonces.

Para quien lea estas líneas y no esté familiarizado con el derecho penal, simplemente diré lo siguiente. Durante los años 60, 70 y mediados de los 80, nuestra manualística penal básica y general se basaba en el sistema jurídico penal acuñado por los alemanes Franz von Liszt y Ernst von Beling, entre fines del siglo xix y los primeros años del siglo xx, que luego matizó Edmund

8 En la Exposición de Motivos de un Proyecto de Ley de reforma de los Códigos Penal, del Proceso Penal y del Niño, cursado por el Poder Ejecutivo al Poder Legislativo el 27 de setiembre de 1987, se afirma que con posterioridad a la Ley de Media Pena se había registrado un muy bajo porcentaje de reincidencia, por parte de sus beneficiarios. Este dato oficial contrastaba con los pronósticos negativos que interfirieron en su momento con la descarceración. Esa iniciativa político-criminal ciñó el egreso masivo de reclusos con la reorganización y fortalecimiento del entonces (y desde 1934) Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados.

9 Uno de los cuales no funcionaba, según una versión que circuló en los días siguientes, lo cual, de no ser así, no habría significado mayor diferencia.

Mezger en los años 30.¹⁰ Liszt, con el propósito de adquirir rango científico, tomó del positivismo de las ciencias naturales el sistema causal explicativo, encerrándolo en los límites normativos del derecho penal. En el último tercio del siglo xx, Alessandro Baratta denominó a este proceso intelectual un «modelo de 'reificación'», esto es, desde el derecho se crea realidad, fracturando el mundo del *ser* desde el mundo del *deber ser* (Baratta, 1989). Esto le permitió a Liszt, por ejemplo, explicar la intención (dolo) como «causa psíquica» de un resultado, o bien, desnaturalizar la conducta humana, fragmentando su subjetividad real¹¹ para conservar la estructura jurídica del delito. Desde el derecho penal (mundo de los valores y las ciencias del espíritu) se crea y ordena la realidad, enfoque intensamente promovido por la filosofía neokantiana idealista (en sentido epistemológico: el *ser*, dicen —aunque no tan explícitamente—, es el *deber ser*, la realidad funciona como dice la ley. Por ejemplificar, un proverbio, feliz y humorísticamente recordado entre nosotros por Chaves Hontou (2015), que refiere al «lecho de Procusto»: en la mitología griega Procusto alojaba a viajeros, quienes dormían en una cama de hierro: si el viajero era alto y largo,

Procusto aserraba las partes que sobresalían y si, al contrario, era más corto que la cama, lo descoyuntaba para estirarlo. Procusto hacía las veces del *deber ser* y sus víctimas del *ser*, en el cruento mito.¹²

Pasemos a ver cómo funciona el idealismo teórico penal en el encierro. Es en la cárcel donde esa construcción teórica idealista pierde todo sentido real: el sistema penal funciona selectivamente, en contraste con la igualdad legal y la doctrina idealista. La cárcel reproduce criminalidad (por ende, no resocializa ni previene delitos, como dicen las normas y sostiene la doctrina dominante). El llamado *ius puniendi* (derecho a castigar) en la cárcel se torna antijurídico (como veremos con más detalle); el tiempo, el espacio y la vida en común del encierro confrontan con la aespasia legal, intemporal, aespacial e impersonal. A escala humana, el tiempo del encierro es exquisitamente individual, *lento*, el espacio es pobre y empobrecedor y la convivencia es proteicamente conflictiva. En realidad, delito y privación de libertad en abstracto son inconmensurables y, tanto más, en el plano legal.

Por poner un ejemplo entre muchos, el Código Penal castiga la rapiña con una pena que va de cuatro a dieciséis años y al homicidio simple, con un guarismo que va de dos a doce años de penitenciaría; esto es, la vida «paga» menos que la propiedad afectada bajo violencia o amenazas. En un sistema perfecto —que no existe—, se supone que alguien establece a su arbitrio una fracción temporal para un delito y desde allí el tiempo correría hacia arriba o hacia abajo, según delitos, agravantes o atenuantes y concurrencias (entre delitos y entre personas).

El Código del Proceso Penal consagra el «respeto debido a la dignidad» en general (art. 3) y, específicamente, el «respeto de los derechos hu-

10 En realidad, este modelo se impuso en nuestro país en los años 30, con el acceso a la cátedra de derecho penal de la Facultad de Derecho (Udelar) de Alfredo Giribaldi Oddo.

11 En lugar de considerar a la conducta (real) como orientada a fines, jurídicamente la fragmentó en dos tramos: la voluntad artificialmente recortada de «poner en marcha el cuerpo» (por decirlo en términos sencillos), que la estudió al comienzo de su análisis del delito, y la voluntad consciente dirigida a un resultado (dolo y culpa), que la estudió al final. En su base, esa construcción contiene, pues, una ficción jurídica, que se inscribe en enfoques idealistas neokantianos, es decir, parten de la base epistemológica de que el conocimiento es ideal y no real. Para organizar la disvaliosidad de una conducta, se la construye idealmente, desarticulando, digamos, versiones epistemológicas más realistas. Este tipo de enfoques idealistas, también hegelianos, encriptan o enquistan al saber penal y lo alejan de la realidad. Lo mismo ocurre con los funcionalistas sistémicos; neokantismo, hegelianismo y funcionalismo sistémico han sido cuestionados a lo largo de buena parte del siglo xx por su desconexión con la realidad, su funcionalidad con autoritarismos y por la mediatización del ser humano (véase Habermas, citado por Guerra Palmero, 2019, pp. 58-59); una versión actualizada de estas cuestiones en Zaffaroni (2020, pp. 378-398).

12 En una intensa crítica al idealismo ya no kantiano, sino hegeliano, Gómez Pin también utiliza el mito del «estirador» Procusto, añadiendo algo más: «También el tamaño del lecho estaba trucado, para que nadie se ajustara exactamente al mismo». Y concluye: «En el sistema idealista de Hegel, ningún dato concuerda con el sistema, y, sin embargo, se lo fuerza a fin de que acabe encajando» (Gómez Pin, 2019, pp. 16 y 17).

manos» en la ejecución de las penas (art. 288.a). Como veremos más adelante, estructuralmente el encierro degrada derechos humanos y, por ende, la dignidad de la que aquellos irradian. Por esa razón, esas disposiciones, como otras similares que abundan en nuestro derecho y en el derecho internacional de los derechos humanos, deben ser entendidas como horizontes hacia los cuales caminar, haciendo del penitenciario lo menos cárcel posible: «utopías realistas» (una idea de Habermas, según Guerra Palmero, 2019, p. 118).

Eduardo A. Russo (2001) transcribe un comentario de Heidegger sobre la obra de Nietzsche, donde alude a un

sentimiento de la carencia del valor del ente [sistema penal, cárcel] [que] sobreviene [] cuando en todo acontecer y bajo todo acontecer se ha puesto una totalidad, una sistematización, incluso una organización que no se realiza. (Russo, 2001, p. 9)

Ese es uno de los nudos gordianos de las grandes sistematizaciones de derecho penal, sobremanera cuando se provoca una fractura irreversible entre el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser*.

Fernando Bayardo Bengoa, autor de la manualística que hacia 1985 dominaba entre nosotros (*Derecho penal uruguayo*, escrita entre 1962 y 1978), se alineó con esta concepción y no permitió enfoques alternativos, ocultando la historia de la crítica al modelo de derecho penal que él profesaba.¹³ En su caso, además, al igual que Giribaldi Oddo lo hizo en los años 30, agregó al italiano Arturo Rocco, el equivalente italiano al binomio Liszt-Beling, y promotor, junto con su hermano Alfredo, del Código Penal italiano fascista en vigencia desde 1931, modelo del nuestro de 1934.

En suma, yo era un producto jurídico que, conformado por todo esto, profesaba un derecho penal cerrado, críptico, aislado de la realidad, reñido con las ciencias sociales y atravesado por

una filosofía idealista, que desde fines del siglo XIX y a lo largo del siglo XX fue cuestionada, por lo menos, desde Nietzsche en adelante (Llácer, 2019, pp. 76 y ss., específicamente, 84), sin que esa crítica pasara el «control aduanero» trazado por la Facultad de Derecho, Bayardo Bengoa y la dictadura uruguaya.

Bayardo Bengoa, siguiendo a sus inspiradores (a los que hay que sumar autores italianos y argentinos de diversa extracción), consideraba que la criminología era una «ciencia auxiliar» que, encerrada en los límites normativos del derecho penal y los caprichos del legislador, estudiaba las causas o factores del delito, naturalizándolo o reificándolo. También eran ciencias auxiliares la psicología criminal y la sociología criminal, gobernadas por el deber ser, que se apropiaba de sus respectivos objetos de estudio, adosándoles la palabra «criminal» (Bayardo Bengoa, 1968, pp. 43 y ss.).

A partir de los años sesenta esas disciplinas fueron delineando autónomamente sus objetos y métodos de estudio e investigación. De tal suerte, se conformaron dos campos de estudio: por un lado, la definición política del delito y del funcionamiento real del sistema penal, lo que provocó una ruptura epistemológica con la criminología tradicional (estudio de la selectividad y reproducción del crimen inherente al sistema penal y no de las causas del *delito*); por otro lado, la dimensión comportamental, digamos, el correlato de la definición penal, esto es, situaciones problemáticas o socialmente negativas heterogéneas y con confines movibles, vinculadas a conductas humanas. Estas son estudiadas sin la contaminante referencia a delitos y penas y son susceptibles de diversos abordajes con nuevas versiones de la interdisciplinariedad (Baratta, 2004a, pp. 168 y ss.).¹⁴

¹³ La expresión «no permitió» es literal, porque lo hizo desde la concentración de poder que investía al ser simultáneamente profesor titular de la asignatura, Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación y, a partir de 1977, Ministro de Justicia de la dictadura.

¹⁴ Pongamos dos ejemplos gráficos: el delito de usurpación (art. 344 del C. P.), que pasó de ser la *invasión* de un inmueble (formato de 1934) a su ocupación total o parcial (1974), para terminar siendo una ocupación arbitraria (2007). Otro ejemplo es el antiguo delito de abigeato decimonónico, que ya en el siglo XX castigaba el hurto de ganado, cueros, lanas, etc., fuera de las ciudades o los pueblos (1911), redacción que con variantes no significativas se mantuvo en el Código Rural (1941) y en las modificaciones

El 15 y el 17 de agosto de 1983, Adela y Ofelia organizan dos conferencias desarrolladas por Eugenio Raúl Zaffaroni, en el salón de actos de la FCU:¹⁵ la primera, «Evolución de la teoría del delito», con la que nos ilustró acerca de lo ocurrido en la doctrina penal europea desde Mezger en adelante, poniendo el sistema Liszt-Beling-Mezger «de cabeza»; la segunda, «Política criminal latinoamericana», con la que nos introdujo en la perspectiva de la criminología crítica, europea y latinoamericana. Ambas suponían una profunda confrontación con el derecho penal y la criminología oficiales, uno encerrado en una cripta jurídica y la otra sufriendo los recortes normativos al estudio del crimen (reificación). El nuevo enfoque del derecho penal inyectó una racionalidad humanista a la teoría de la pena y un anclaje real al saber penal y a la criminología, también con base *ius humanista*. Además —insisto—, supuso un giro copernicano respecto a la criminología tradicional, pues su objeto de estudio pasó de ser el «delincuente» causalmente proclive al delito al estudio del sistema penal, incluida la crítica al derecho penal (ambas conferencias fueron publicadas en la *Revista de Derecho Penal n.º 6* (Zaffaroni, 1984 a y b). En suma, un baño de realismo para las ciencias penales.¹⁶

de 1990. Posteriormente, abarcó la muerte de animales ajenos y agregó las especies de corral o criadero (2004), para culminar excluyendo la referencia «fuera de las ciudades o pueblos» y agregando las colmenas (2016). Estos delitos cambiaron sus correlatos objetivos en el tiempo, pero las ciencias sociales habrían construido sus problemáticas con independencia de esos cambios. Asimismo, se habrán sorprendido cuando en las ciudades y en los pueblos los ladrones de gallinas ahora cometen abigeatos y habrán comprendido que los caprichos legislativos no se acompasan con los objetos de sus disciplinas; a estas cosas se refiere Baratta cuando habla de los «confinos móviles de los delitos».

15 Fundación de Cultura Universitaria, insigne editorial jurídica uruguaya sin fines de lucro.

16 Gonzalo D. Fernández, presentando un libro de Raúl Zaffaroni (*En torno de la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2005, dedicado a la memoria Ofelia Grezzi), ha dicho que a partir de aquellas conferencias se abrieron otros horizontes y «toda mi generación [...] contrajo una deuda de gratitud que, lejos de saldarse va *in crescendo*. Porque, en el Uruguay, el maestro formó escuela» (Fernández, 2005, ix). Gonzalo D. Fernández y yo integramos la misma generación, valga la aclaración.

Así comenzó, diría, mi proceso de desjurisdicción. Nada de lo que había estudiado nos servía para gestionar la cárcel.

2. Los cambios y sus resistencias

Lo ocurrido en los penales de Punta Carretas y de Libertad el 19 de noviembre de 1986 y los días y meses siguientes fue percibido por nosotros desde cerca, desde adentro del sistema, desde el Comcar. Aunque ya entonces no abrigábamos dudas acerca de que éramos una piedra en el zapato para el sistema policial penitenciario, esos acontecimientos anunciaron que en el Penal de Libertad se había instalado una práctica custodial violenta y amenazante, en la que no teníamos lugar. Nuestro problema estratégico fue enfrentar la feroz resistencia policial en tres niveles.

En un nivel superior, en el seno de una Junta integrada por mandos de la antigua Dirección de Institutos Penales (Ministerio del Interior) y por Ofelia Grezzi (con el respaldo de Adela Reta desde el Ministerio de Educación Cultura): allí, el intercambio entre diferentes enfoques era de guante blanco y los acuerdos se iban disolviendo a medida que las decisiones descendían al cotidiano, merced a una cuidadosa resistencia oficial. En un segundo nivel se discutían decisiones más concretas entre la Dirección del Comcar,¹⁷ nosotros y la Jefatura de la Guardia Interna del Penal; estos encuentros eran extremadamente desgastantes, sea por las iniciativas toscas y sospechosas de esta última, sea también por la creciente conflictividad entre funcionarios ejecutivos policiales y nuestros técnicos, o entre aquellos con los presos y la visita, o por problemas generados con la Intendencia del Penal, por alimentación, actividades laborales, salud, etc. Finalmente, en el nivel de campo, como ya dije, la conflictividad entre policías y técnicos.

Esta cuestión era realmente compleja: funcionarios policiales que nosotros rechazábamos en

17 A cargo de Oscar Ravecca, una persona que venía del mundo civil (hasta entonces había estado a cargo de la Defensoría de Oficio en lo Penal), respetado y muy querido por nosotros, a quien Adela y Ofelia lograron colocar al frente del emprendimiento y quien *administraba* la creciente conflictividad entre nosotros y la fuerza policial.

entrevistas volvían por otro camino; informes de *inconductas* que se elevaban para sancionar reclusos, que escondían rencores, viejos y nuevos, contruidos selectivamente como faltas de respeto; conflictos entre funcionarios ejecutivos más afines con nosotros con otros más alineados con sus mandos, y muchos etcéteras. Cuando lo-
grábamos que se dispusiera el alejamiento de un jefe de la Guardia Interna, porque frontalmente trababa los cambios que proponíamos, el que lo sucedía solía ser más negativo para el proyecto y más alineado con las jerarquías. Esto sucedía en la inmediatez del contacto directo con policías; obviamente, tejíamos reflexiones que iban más allá y más arriba de esa institución.

En fin, al tiempo que leíamos con avidez a los criminólogos críticos y abolicionistas,¹⁸ paradójicamente, más entendíamos la conflictividad imperante, porque percibíamos las estrategias de resistencia al cambio (dentro y fuera del penal), oteábamos la economía política del penitenciario, le devolvimos la palabra a los presos (un gesto revolucionario, en aquel entonces), en fin, construíamos conocimiento desde cerca, al tiempo que gestionábamos el Comcar.¹⁹

En las instituciones totales como la cárcel, y en general en toda institución pública en la que se intenta un cambio relevante, se suele tropezar con resistencias y nosotros las sufrimos: enfren-
tamos el poder corporativo de la *familia* policial, multiplicado en la gestión del penitenciario.

18 Una profusa selección de material bibliográfico realizada por el entorno inmediato de Raúl Zaffaroni, que nos fuera entregada por el psicólogo argentino Juan Carlos Domínguez, uno de los gestores de la reforma penitenciaria costarricense llevada a cabo unos años antes. Juan Carlos integró el equipo de gestión y junto con Dagoberto Puppo Bosch elaboraron las bases de la propuesta que, a nivel de campo, desarrolló ideas de cuño zaffaroniano (Zaffaroni, 1982; véase Puppo Bosch, 1990, Díaz Serra, 1990 y Uriarte, 1990).

19 Vale aclarar que, si bien en los tres niveles mencionados gestionábamos el Comcar, lo cierto es que sectores estratégicos en la gestión estaban a cargo del Ministerio del Interior y los funcionarios jerarcas de la Guardia Interna, que decidían infinitas cuestiones en la inmediatez administrativa, generando situaciones negativas que luego teníamos que revertir a nivel de cúpulas. Nosotros teníamos a nuestro cargo la gestión técnica.

3. La cárcel: de lejos y de cerca

Parfraseando el título de uno de los libros más importantes de Rosa del Olmo, todo esto me provocó una saludable y consistente «ruptura criminológica», que básicamente consistió en mirar y teorizar *de cerca*, en la inmediatez real de los conflictos.

Con Ofelia solíamos bromear sobre esta percepción del penitenciario, como de pueblo chico, sin ofender. Cuando llegaba a nuestras manos algún material sobre cárceles, nos comunicábamos por teléfono y uno le pedía al otro que le leyera el índice; con eso ya sabíamos si el trabajo en cuestión había sido escrito de lejos o de cerca, esto es, si calaba a escala humana, valga esta redundancia literal. Con esto no quiero decir que despreciáramos a los primeros, pero tenían una particular textura con la que, por regla general, no estábamos afines: ellos trasuntan un *modus* burocrático, aséptico, una jerga que suele circular entre la literatura penitenciaria, que se expande en los medios de comunicación masiva y que suele transitar por colectivos sociales, ajenos al cotidiano del encierro.²⁰ En suma, no eran operativos en el trajín diario.

Hay dos cuestiones que, a fuer de honesto, me fastidian cuando son portadas en discursos burocráticos: todo lo concerniente a las ideologías *re* y a las muertes penitenciarias.

Nuevamente, permítaseme algo de historia personal. Esas tres muertes de noviembre de 1986 y su entorno doloroso y trágico, que merecieron el burocrático, lacónico e inmisericorde fallo de aquella improvisada Comisión Preinvestigadora, sembraron en mi incipiente experiencia penitenciaria una actitud de sospecha, que el tiempo y la experiencia han profundizado: las muertes en el encierro no son inocentes, como tampoco es

20 Prefiero hablar de encierro, además de privación de libertad. ¿Se entiende?

inocente el marco discursivo con el que burocráticamente se las invisibiliza.²¹

Entre 1987 y 1990, participé en una investigación también coordinada por Raúl Zaffaroni, que reunió y sistematizó información proveniente de varios países latinoamericanos, con el objeto de investigar la vigencia del derecho a la vida en relación con los sistemas penales de la región, difundida como *Muertes anunciadas* (Zaffaroni, 1990). En ella se comprobó que nuestros sistemas penales matan más que las muertes que dicen defender (Uriarte, 2015).

Las ideologías *re*, propias de discursos *lejanos*, presentadas históricamente como discursos que orientaron las cárceles civilizadas, es decir, las que superaron los castigos corporales (Uriarte, 1996), desde la perspectiva cercana (a escala humana) esconden la realidad de los conflictos del encierro y su proyección al exterior, así como su inhumanidad estructural, tanto mayor, tanto menor, según la cárcel de que se trate. Con respecto a las *re* ya me he ocupado exhaustivamente (Uriarte, 2006).²² En esta contribución, me propongo volver sobre las muertes en el encierro, como pena de muerte informal, y el halo de racionalizaciones con el que son invisibilizadas, con nuevas reflexiones, pues las muertes de

las que me ocupé en 2015²³ siguen creciendo al compás de la prisionización, también creciente. O peor aún: en el caso de las muertes penitenciarias ocurridas en 2021, superan el porcentaje (inusualmente creciente), digamos, de crecimiento vegetativo de la prisionización, con relación al año anterior.

4. Dignidad, derechos y cárcel

Con la incorporación institucional del Comisionado Parlamentario (Ley 17684, de 29 de agosto de 2003), las muertes penitenciarias cobraron visibilidad. En el caso de Álvaro Garcé —quien estrenó el cargo—, percibió proféticamente en 2009 los riesgos de incendio que presentaba la cárcel de Rocha (departamento ubicado al este de nuestro país), que finalmente ocurrió trágicamente en 2010 y en el que perecieron doce personas privadas de libertad. El actual Comisionado Parlamentario, Juan Miguel Petit (escribimos en agosto de 2022), ha hecho de las muertes en nuestras cárceles una cuestión axial; la prolijidad, concreción, precisión y pertinencia de su Informe Anual 2020 sobre la situación del sistema penitenciario y de las medidas alternativas merece que nos detengamos en él. Una aclaración previa: la calidad técnica de los Informes del Comisionado Parlamentario mejora año a año; el Informe de 2020, a mi juicio, contiene una formulación, digamos, modélica. Trabajaré sobre él y complementaré con el de 2021.²⁴

16. Petit hace una atinada observación, con afinado rango teórico. Dice:

Hemos calificado de trato cruel, inhumano y degradante a aquellos lugares donde las condiciones

21 En otra oportunidad he evocado aquella quejosa y elocuente letanía que Ernesto González Bermejo recogió de un preso y tituló un artículo publicado en *Semanario Brecha*: «Me van a suicidar», decía. Estas rupturas semánticas y sintácticas del elocuente argot del encierro no suelen ser recogidas por el lenguaje común, que por regla general no percibe sus dimensiones existenciales.

22 Sin embargo, parafraseando a Isidro Ruben Alonso (el Padre Cacho) agregaría algo que me parece concluyente: a las cárceles, como parte de políticas sociales, no solo «estamos llegando tarde», sino tarde y mal (véase Duarte, 2022, pp. 288 y 289).

23 En ese trabajo culminé una línea de teorización sobre muertes en el encierro (en custodia, como más asépticamente se las denomina hoy) que inicié en 1998 (véase Uriarte, 2015, p. 601). En realidad, más atrás en el tiempo, en 1992, en el Paraninfo de la Udelar, expuse sobre los curiosos discursos técnicos y políticos que ese mismo año explicaban los suicidios ocurridos en el Penal de Libertad (IV Congreso Latinoamericano y 2.º Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología, Montevideo, Facultad de Derecho, 6 al 9 de mayo de 1992).

24 [www://parlamento.gub.uy/cpp](http://www.parlamento.gub.uy/cpp) Informe Anual 2020 [versión final] Informe Anual 2021 [versión preliminar].

implican una situación afflictiva que más allá de la penuria que provoca la pérdida de la libertad y donde las condiciones de convivencia, ya sea por uno, unos pocos o muchísimos factores, implican un sufrimiento que podría y debería evitarse (cruel), que contraría la dignidad humana pues dificulta o impide el desarrollo de sus potencialidades (inhumano) o degradante (colocada en esa posición, la persona empeorará y descenderá en sus capacidades y posibilidades de una vida digna integrada a la comunidad) [] en estos lugares se concentra buena parte de la población penitenciaria uruguaya. (2020, pp. 60 y 64)

En primer lugar, plantea un problema hartamente difícil de resolver, dicho sea en otras palabras: ¿cuál es el mínimo de intensidad del encierro²⁵ que debe imperar en una cárcel (o en sectores de la misma) para no caer en un trato cruel, inhumano y degradante, por ende, vejatorio de la dignidad humana? En la página 61 enumera algunas situaciones problemáticas en las que, según sean sus realidades, será la intensidad del encierro: encierro en celda, acceso al patio, oferta de actividades, hacinamiento, condiciones edilicias, características de convivencia cotidiana, niveles de violencia y rol educativo-pedagógico de los gestores.

Salvo el hacinamiento, sobre el cual existen cuantificaciones estandarizadas (aunque también inevitablemente relativas y, por qué no, maleables²⁶), las otras variables son exquisitamente difusas; esto es, salvo situaciones extremas, es difícil graduar una extensa e intensa zona gris, un continuo, entre ellas. Podemos comparar entre cárceles y percibir cuál es mejor o peor, según sea ese continuo, pero no hay estándares precisos para ponderar distintas situaciones. «La mejor cárcel no existe», pero hay cárceles y cárceles. Por tomar dos extremos: la cárcel extrema sería un campo de concentración y la cárcel mínima estaría próxima a la cárcel abierta, muy parecido

a lo que puede llamarse un alojamiento forzoso (semilibertad).

En segundo lugar, de inmediato Petit dice que ese nivel de degradación no llega a ser tortura, porque no es acompañada por una finalidad de intimidar, coaccionar o —esto no lo dice— obtener una declaración. En realidad, esa diferenciación es pertinente con relación a la original Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes (ONU, 10 de diciembre de 1984), que en su artículo 1 define a la tortura como el acto cometido por un funcionario público (es decir, el Estado) de infligir intencionalmente a una persona graves sufrimientos físicos y psicológicos con esas finalidades, y en el artículo 16 dispone que esos actos constituyen tratos o penas crueles inhumanos o degradantes cuando no se inflijan en la forma definida en el artículo 1, esto es, con aquellas finalidades.

Sin entrar en detalles, instrumentos internacionales posteriores fueron opacando las referencias subjetivas del artículo 1 de la Convención de 1984 y, entre nosotros, el artículo 22 de la Ley 18026, de 29 de setiembre de 2006 (que legisla sobre crímenes contra la humanidad) identifica, con cierta desprolijidad, *tortura con tratos inhumanos, crueles o degradantes*, suprimiendo las finalidades específicas de la tortura, en su formulación original de 1984. Entonces, el delito de tortura o trato inhumano se imputa a título de dolo (infligir sufrimientos, intencionalmente, con conciencia y voluntad) sin requerir finalidades específicas.

En consecuencia, en nuestro derecho positivo no es correcto distinguir tortura de trato degradante con base en finalidades distintas, y ambos son delitos. Cuando se constatan esas situaciones, existen hechos de apariencia delictiva (la cuestión de las *penas ilícitas*) y el problema se desplaza hacia la imputación de la situación, lo que es hartamente dificultoso en las instituciones de encierro. En efecto, ¿quiénes, a lo menos, fueron los que pusieron a personas en estado de degradación humana (sería lo que en derecho penal llamamos un delito permanente, que se consume a lo largo del tiempo hasta que cesa la situación)? ¿los fun-

25 Palabra que saludablemente utiliza en varios pasajes del Informe.

26 La relación camas disponibles/población penitenciaria, si bien es un dato objetivo y mensurable, tiene una u otra relevancia según sea y funcione la cárcel en cuestión.

cionarios ejecutivos que las conducen al sector de convivencia degradante o los que las alimentan a diario en ese estado de cosas?, ¿o el director del Centro que dispuso ese destino?, ¿o el Director del Instituto Nacional de Rehabilitación? Sobre esto volveremos en los tramos finales de este trabajo, pues el continuo se retrotrae, sin solución de continuidad hacia el Poder Judicial, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio del Interior, el Poder Ejecutivo y el propio Poder Legislativo. Obviamente, el problema de la imputación se torna más álgido cuando se trata de muertes.

En tercer lugar, suele decirse que en la cárcel lo único que se afecta es la libertad de la persona y el resto de sus derechos permanece intangible. Esta creencia responde también a una visión neokantiana o idealista ya no del delito, sino de la pena privativa de libertad o, como vengo diciendo, desde lejos. Un derecho penal neokantiano tiene como correlato una cárcel percibida desde lejos; la resocialización es un discurso que mira desde lejos.

El encierro en cárceles provoca estructuralmente una depresión masiva de derechos y necesidades humanas, sinérgicamente negativa (véase el desarrollo de esta idea en Uriarte, 2006 y 2015). Explico aquí brevemente qué quiero decir con lo de «sinergia negativa». La cárcel, por definición, requiere una masiva regimentación («total», según Goffman, 1972), que afecta la intimidad, los vínculos familiares o de crianza, la vecindad, limita el uso de la palabra y el despliegue físico, provoca la abstinencia o reclutamiento sexual, conlleva privación (la necesidad de solicitar burocráticamente todo), condiciona severamente opciones o las impone (las opciones dejan de ser tales), despoja de objetos personales, etcétera. Circunstancias, si no despreciables, por lo menos relativamente relevantes en la vida libre, son derechos extremadamente relevantes en el encierro, por ejemplo, salir al patio, recibir visita, acceder a información, etcétera. En esta breve lista de eventos, sin llegar a cuestiones de salud graves o de violencia abierta o, por donde comenzamos esta contribución, de muertes, la afectación de una de ellas afecta todas las demás; es decir, potencializa (sinergia negativa) la afectación de las

otras. Algo negado, como las piezas del dominó, deprime, como reacción en cadena, todo.

En esta realidad imperante, la dignidad y los derechos que le son inherentes se desvanecen, pese a su pletórica consagración normativa: el *ser* potencial que no *es* cuando *debe ser*, según sea el mínimo tolerable de encierro.

En cuarto lugar, a la fecha (agosto de 2022) nuestras cárceles alojan (encierran) 14 500 personas y nuestro índice de prisionización supera los 400 presos cada 100 000 habitantes. La población privada de libertad²⁷ crece acumulativamente casi —si no más— 1200 presos por año, es decir, una macrocárcel anual nueva por año.

Este estado de cosas, visto desde cerca, es inevitablemente caótico. Más de 20 000 personas (Pisciottano, 2022) que ingresan y egresan de nuestras cárceles anualmente, contra su voluntad, deben ser conducidas, registradas, alojadas en plazas asignadas, debe recalcularse a diario o con incierta periodicidad su alimentación, su examen médico, sus visitas, sus estatus judicial, su utilización de sanitarios, su tránsito laboral, sus actividades de expansión, sus entrevistas con técnicos, con abogados, su reconocimiento por parte de funcionarios, la información acerca de sus nuevas rutinas (paradójica y perniciosamente, la reincidencia o la reiteración constituyen una «invalorable» ayuda, en este sentido).²⁸ En fin, muchos y detallados etcéteras más. No existe actividad alguna, a nivel de campo, que resista esta desquiciante dinámica de ingresos y salidas forzosas, como he dicho, «un caos organizacional que se administra a diario» (Uriarte, 2006 y 2015).

Se suele hablar de la asistencia o del más custodial seguimiento pospenitenciario, pero ¿existe alguna posibilidad organizacional que, sin operar con quirúrgica selectividad (lo cual, por otra parte, no deja de plantear sus complejidades),

²⁷ Debo confesar que no me agrada la sigla ppl.

²⁸ Petit dice que la rotación anual de presos que vuelven constituye un alto porcentaje, digamos, del tránsito periódico.

dé cuenta a escala humana de estos egresos masivos?²⁹

Pasemos a dos cuestiones que por su trascendencia merecen apartados especiales: corruptela y muertes penitenciarias.

5. Corruptela en la prisión: algo estructural

No existe cárcel libre de corrupción y también en este asunto existen graduaciones, que van desde las transas comunes, que vulneran la regimentación vigente, hasta el otro extremo, esto es, la cárcel controlada por los presos, también en un continuo creciente en el que todo tiene precio. No hay forma de controlar un sistema carcelario de envergadura si no es con un *quantum* y un *qualitur* de transa.

Petit no ingresa decididamente en esa cuestión, aunque por momentos la insinúa. En efecto afirma, por ejemplo, que «los datos confirmarían el establecimiento de un mercado potencial de sustancias [drogas prohibidas] en el interior de las Unidades con el consiguiente despliegue de los más diversos artilugios para el acceso y comercialización de las sustancias» (p. 53). Asimismo, hace referencia a la «violencia extrema e inoculable», caldo de cultivo de muertes, detrás de las cuales «suelen encontrarse carencias, omisiones o irregularidad a cuenta del Estado, por acción u omisión. Por eso el Estado debe autoinvestigarse, para deslindar responsabilidades, cosa que no siempre ocurre de forma debida ni a escala administrativo ni judicial» (p. 73).

Gresham Sykes publicó en 1958 su famoso y clásico libro *La sociedad de los cautivos* (Sykes, 2017), en el que se incluyen, además, algunos trabajos previos. Esta obra, como la de Goffman, fue elaborada desde cerca, a escala humana.³⁰

²⁹ La monótona tarea de abrir y cerrar puestos, rejas, celdas, infinidad de veces al día, en muchos casos es delegada en presos de confianza (Sykes, 2017).

³⁰ Dicho sea esto, además, literalmente, porque como sociólogo investigó el quehacer cotidiano de la Prisión Estatal de Nueva Jersey, como Goffman lo hizo como observador participante en una institución psiquiátrica.

Quizás suene algo soberbio afirmar que todo legislador penal, funcionario policial, juez penal y funcionario que intervenga en la gestión del penitenciario debería leer detenidamente este libro y reflexionar sobre su tenor. Propiamente, Sykes se anticipó a la criminología crítica europea y junto con Donald Clemmer (1940 y 1958) desbarataron la mitología penitenciaria tradicional, demoliendo, ladrillo por ladrillo, las doctrinas penitenciarias tradicionales. Ambos sentaron las bases de lo que hoy conocemos como «teorías de la no desocialización» que, obviamente, brillan por su ausencia en las criminologías «oficiales» actuales.

Sykes dice que no es posible lograr la obediencia, sumisión o docilidad de los cautivos por el uso de la fuerza física (cuyo uso, obviamente, expone a los custodios a responsabilidad criminal) ni con el solo uso de la persuasión, pues en los presos no existe el sentido del deber que genere esas actitudes, tanto menos cuanto más población encerrada exista. Sykes afirma algo que, *mutatis mutandis*, viene a cuento a raíz de la escalada punitiva de nuestra legislación penal, procesal penal y ejecutivo penal de estos últimos años. En efecto, las limitaciones a la descarceración (prisión preventiva preceptiva hasta la condena, cumplimiento total de la pena, limitaciones a la concesión de la libertad a prueba o a la liberación anticipada, restricciones a la redención por el trabajo o por la educación y a las salidas transitorias) han ido agotando el repertorio de castigos permitidos,³¹ en la medida que se han suprimido lo que Sykes llama «gratificaciones».³² Dice más adelante: «Debemos asignarle nuevo significado al aforismo de lord Acton acerca de que el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente», pues de hecho los custodios «están bajo fuerte presión para transigir con sus cautivos». Y continúa: «Esto es una herejía para quienes adjudican el fracaso de las organizaciones sociales a las fallas de los individuos». En suma, Sykes nos

³¹ Sin ingresar a ponderar la legitimidad del régimen infraccional, el elenco de deberes formales impuestos y castigos permitidos imperantes en el penitenciario.

³² Tampoco entraremos en la valoración del sistema premial arraigado en la cultura del encierro.

está hablando de algo estructural que ocurre en las cárceles: un *statu quo* acordado inevitable, en el cual se comparte el poder y las irregularidades se toleran (Sykes, 2017, pp. 93, ss. y 204). Cada vez que la ley penal cancela una oportunidad de egreso, aumenta las dificultades estructurales para controlar el encierro y aumenta el campo de transas.

En algunos pasajes del libro, Sykes dice que uno de los episodios que más teme la custodia de las cárceles son los motines penitenciarios, que en esa época habían sacudido a los EE. UU. ¿Sugiere, acaso, que a veces las cárceles no «explotan» porque los propios presos no quieren, y que existen contraprestaciones a cambio para evitar motines? Precisamente, también en 1958, en España, Cuello Calón se extiende sobre los motines penitenciarios ocurridos en EE. UU. con una profusa información,³³ analizando sus causas menciona: mala comida, monotonía, hacinamiento, ociosidad, trato severo, hasta brutal; en general, esos cruentos motines ocurrían porque los cautivos se alzaban con razonables demandas de mejoras en las condiciones del encierro (Cuello Calón, 1958, pp. 606-609).

Un sencillo cotejo entre las causas que enuncia Cuello Calón y «los indicadores [negativos] de situación» que enumera Petit (p. 71) arroja una inquietante coincidencia. Pero entre nosotros, desde hace algunos años, los motines son *rara avis*, y no precisamente por la docilidad de nuestros presos. ¿Es la docilidad monacal de nuestros presos la que sostiene la diaria mortificación provocada desde los tres poderes del Estado? Sykes y Cuello Calón dirían que no.

A esta altura del relato, quien esté leyendo este texto debe estar experimentando algo de inquietud, pues no es fácil manejar este paquete de problemas. No está tan mal generar esa inquietud, ante la parsimonia generalizada de otros actores del sistema penal, sobre la que volveré al cierre de este trabajo. No está mal proveer de cierto humus intelectual o proveer de herramientas para pensar mejor. Lo cierto es que, a escala humana,

desde cerca, las cosas son profundamente distintas a como se perciben desde un derecho penal críptico (*lejano* y neokantiano) y desde las teorías de la prevención especial positiva (las ideologías *re*), esto es, *desde lejos*, ajenas a la complejidad de la realidad cotidiana y los conflictos reales del encierro, para los cuales no tienen respuesta alguna. Nosotros venimos planteando desde hace años un enfoque alternativo, no meramente correctivo o alterativo, que teóricamente se posiciona ante esa realidad estructural, y hemos desarrollado las bases operativas para un sistema más realista (Uriarte, 2006 y 2015), incluyendo una interpretación alternativa del artículo 26 de nuestra Constitución, que en la redacción dada en 1934 incorporó la expresión «reeducación» (Uriarte, 1996).

6. Las muertes en prisión, muertes anunciadas

El punto más trágico —y explícito— del Informe es cuando Petit se ocupa de las muertes ocurridas en nuestras cárceles en el año 2020 (pp. 69 y ss.).

Merece especial destaque el Informe sobre las muertes bajo custodia en el sistema penitenciario uruguayo durante el año 2020, realizado por la Cátedra de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de la Universidad de la República (Informe del Comisionado, pp. 81 y ss.), muertes que durante el año 2021 aumentaron un 80 %: de 48 saltaron a 86 (Anexo en el Informe del Comisionado de 2021).

En el año 2020 se registraron 48 muertes bajo custodia: 17 homicidios, 17 suicidios, una por accidente (no aclarada) y 13 muertes vinculadas, en principio, a patologías o enfermedades. Era el registro más alto desde el año 2006, año de referencia a partir del cual en 2016 se comenzó a procesar seriamente la situación, precisamente, a instancia del Comisionado Parlamentario.³⁴ Decimos que «era» el más alto porque en 2021 las

³³ Aunque escribe *desde lejos*, lo hace con chispazos intuitivos realistas y acertados.

³⁴ En mi caso, vengo siguiendo las muertes en nuestras cárceles desde 1990, orientado por el impulso y la convicción que me causó la investigación *Muertes anunciadas*, a la que hice referencia.

muerter aumentaron exponencialmente, como dije, pasando de 48 a 86.

En años anteriores a 2020 se han detectado, incluso, muertes causadas por funcionarios, directamente. El promedio de suicidios per cápita en el encierro es seis veces superior al que ocurre en la vida exterior (precisión que se hace en el Informe de 2021) que, de paso, es muy elevado con respecto a otros países. En la cárcel el suicidio se «anuncia» («me van a suicidar», decía aquel preso al que hicimos referencia), es una «muerte anunciada», literalmente, y se la ve venir. Pero a mayor sobrepoblación, masificación y despersonalización del encierro, a mayor discontinuidad en la comunicación (entre presos y custodias, y entre estos y las jerarquías) y, por qué no, también a mayor desidia, esta muerte anunciada sigue su curso. Un curso cuyo final, en otros contextos de la privación de libertad, es evitable porque el anuncio tiene una respuesta oportuna.

Pero Petit, decidida e incisivamente, va más lejos: «Toda muerte —no solo las violentas [se refiere a los homicidios comprobados]— es sospechosa de criminalidad o de omisión de los deberes del Estado». En el Informe del año 2021, con mayor contundencia dice que las muertes en custodia son sospechosas de involucrar la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, por acción u omisión. Se refiere a lo que en derecho penal se conoce como «comisión por omisión» u «omisión impropia» (el Estado omite evitar la muerte de quien tiene a su cargo). En ese sentido, pocos renglones más adelante cita a Garcé y otros, quienes afirman que el Estado es garante de la vida de los detenidos y rematan diciendo que «existe una fuerte presunción de hecho contra el Estado que solo se puede revertir con explicaciones plausibles sobre las causas del deceso» (2021, pp. 73 y 74). Si bien en esta conclusión hay un error jurídico cuando se confunde posición de garante con «presunción», pues se debe probar el nexo de evitabilidad³⁵ entre el garante, su deber incumplido y el resultado muerte, lo cierto es que el Estado ocupa la posición de garante de la vida de sus presos. Y volvemos a la cuestión de la

imputación, en este caso, del resultado muerte: la sobrepoblación, el hacinamiento y el estado imperante de trato cruel inhumano y degradante, a lo que podemos sumar la corruptela estructural, terminan en muertes.

Afinando, jurídicamente la imputación del trato inhumano y degradante, como estado de cosas cotidiano en buena parte de nuestras cárceles, deberíamos determinar quiénes son los que *deben evitarlo* o quiénes ocupan la posición de garante. Anteriormente afirmé que para ello deberíamos realizar una suerte de regresión institucional, digamos, hacia atrás, donde encontraríamos al Ministerio del Interior, al Poder Ejecutivo, al Poder Judicial o a la Fiscalía General de la Nación y al propio Poder Legislativo; todos han puesto algo de su parte en esa realidad imperante.

En derecho penal hablamos de la imputación objetiva, en este caso del trato inhumano cruel y degradante continuado o estructural existente. Ocurre que dos eminentes juristas con fuerte incidencia en Europa y en nuestra región desde el último tercio del siglo pasado sostienen que en la base de la imputación objetiva debe existir un riesgo no permitido (Roxin, 1997, pp. 342 y ss.) o una defraudación de las expectativas depositadas en roles sociales o institucionales (Jakobs, 1996, pp. 141-142). Ambos están de acuerdo en que el riesgo permitido excluye la imputación. Las cuestiones se complican cuando, como en el caso, existen varias instituciones involucradas. De paso, agreguemos que Roxin ha sido calificado como neokantiano y que Jakobs parte de la sociología sistémica de Niklas Luhmann; el discurso de este último jurista culmina en una suerte de glorificación —muy hegeliana— del Estado (Zaffaroni, 2020, pp. 378-396).

Ambos planteos merecen serias objeciones, y los discursos acerca de la imputación objetiva están lejos de cerrarse. Por otra parte, el tema de la imputación objetiva no ha ingresado aún en nuestra jurisprudencia. No estaría nada mal, de todos modos, que entre nosotros se planteara abiertamente la cuestión de si el trato inhumano y degradante y las muertes en custodia institucional están entre los riesgos permitidos en

35 No se evitó el resultado cuando era debido y posible hacerlo.

nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho internacional de los derechos humanos.

En nuestra región, desde 2000 y recientemente, Zaffaroni fundamenta la imputación objetiva de un hecho con el criterio de la dominabilidad humana del hecho y de su curso causal (Zaffaroni, 2020, p. 138). En un artículo específico sobre las penas ilícitas afirma que la imputación y, finalmente, la responsabilidad (reprochabilidad) recae en los jueces que envían a seres humanos a cárceles inhumanas y degradantes que, además, son cárceles que *matan* (por acción u omisión). Incluso, sostiene que, aun en el marco de concepciones formalistas o neokantianas, gobernadas por la asepsia jurídica, corresponde imputar a los jueces penales (Zaffaroni, 2021).

Para encuadrar y entender a cabalidad esta durísima conclusión de Zaffaroni, hay que estudiar detenidamente su teoría de la responsabilidad punitiva —tarea que excede en mucho las posibilidades de este trabajo— conforme a la cual inevitablemente llega a ella (Zaffaroni, 2006, pp. 681 y ss.).³⁶ Sin perjuicio, en el caso existe un conflicto entre las leyes que ordenan privar de libertad y la Constitución (artículos 23 y 26), que se encuadra en lo que podemos caracterizar como un «estado de inconstitucionalidad» que reina en nuestras leyes penales, procesales penales y ejecutivo penales. Obviamente, el desarrollo de esa cuestión también excede el campo de esta contribución.

El error político-criminal de Petit es embanderarse con las ideologías *re*. Probablemente, el peso abrumador de la tradición *re*, recogida en la literalidad de nuestro artículo 26 de la Constitución (como adelanté, la *reeducción*), en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (voz *readaptación*) y en las recientes Reglas Mandela

(*reinserción*), no le deje alternativas. Pero tampoco su función es académica, aunque él percibe en su actividad una dimensión creativa y teórica. No volveré ahora sobre la extensa bibliografía que desmiente teórica y empíricamente esa función *re* (recogida en los trabajos de mi autoría que vengo citando); basta recordar el breve y sustancial trabajo de Baratta (2004b), en el cual suministra una noción crítica y alternativa de la resocialización, complementaria de la teoría de la «no desocialización», absolutamente viable en nuestra *praxis* punitiva.

La cárcel es estructuralmente un mal. No es un dispositivo de política social, como afirma Petit en su Informe de 2021 (un mal para un bien *re*), pues todo lo bueno que se haga en la cárcel es a pesar de ella. Piénsese, simplemente, en el deterioro social externo, hacia afuera, que provoca la cárcel, la dinámica depredatoria que instala en las relaciones familiares o de crianza, o vinculares de los presos, que se expande en los sectores sociales excluidos (Rodríguez Alzueta, 2014, p. 272). Juan Miguel Petit colgaría a las puertas de la cárcel un cartel que diría «Venid que no reincidiréis»; mi cartel, en cambio, diría algo parecido a lo que escribió Dante en las puertas del infierno: «lasciate ogni speranza voi ch'entrate». Mi cárcel no invitaría a entrar, haría todo lo contrario. La Regla Mandela que prefiero es la n.º 5.1, que ya figuraba en las Reglas de Ginebra de 1955 (Regla n.º 60.1),³⁷ lo que llamo la *cárcel mínima*, con todo lo paradójico que encierra esa expresión.

Pero, a la postre y en general, todo (o, por lo menos, buena parte) de lo que Petit propone para rehabilitar es lo que yo propongo para minimizar la violencia inherente al encierro.

36 En la versión original de esta contribución no incluí esta referencia al autor argentino porque no había leído sus recientes aportes sobre «penas ilícitas». Una incisiva y valiente intervención de Juan Manuel González Rossi, en la presentación del avance sobre un informe sobre muertes bajo custodia, me puso al tanto de esta (Seminario Proyecto de Extensión y DD. HH. *Muertes Bajo Custodia en el Sistema Carcelario Uruguayo en 2021*, responsables Ana Vigna y Hugo Rodríguez, csc, Sala Maggiolo, Universidad de la República).

37 «El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano» (onu, 2015 y 1955). En otras palabras, la mejor cárcel es la que menos encierra (véase Uriarte, 2006, pp. 233 y ss.).

7. La cirugía del penitenciario: incisiones para ingresos y suturas para egresos

En la emergencia de no solo de imputar jurídicamente este estado de cosas antijurídico,³⁸ sino articular esa cadena de conflictos, me pregunto, después de leer los Informes de nuestros Comisionados Parlamentarios, sobre el *estado de nuestras prisiones*.³⁹ ¿Por qué razones nuestros legisladores no reflexionan críticamente acerca de sus estrategias punitivas y de los productos legislativos, sancionados desde 1987 en adelante?: la Ley 15859, de 31 de marzo de 1987, artículo 3, que introdujo la posibilidad de disponer la prisión preventiva «si el hecho causare o pudiere causar () grave alarma social»; Ley 16349, de 10 de abril de 1993, artículo 1, que reimplanta las medidas de seguridad eliminativas; Ley 16707, de 12 de julio de 1995 (conocida como Ley de Seguridad Ciudadana), y el festival legal punitivo, penal, procesal penal y ejecutivo penal que siguió desde entonces hasta hoy, por el que sistemáticamente *ingresan crecientemente más personas a prisión y egresan también crecientemente menos*.

Dada la extensión requerida para este trabajo, no es posible desarrollar en detalle la compleja gama de artilugios legales, caótica en orden a la racionalidad de un estado de derecho (las leyes deberían contener al poder punitivo y no simplemente portarlo), pero de precisión quirúrgica en orden a la encerrona que —como dije— crece sistemáticamente desde 1995. Las estratégicas incisiones de apertura a los ingresos penitenciarios —por seguir con la parábola médica— y las suturas de cierre de salidas (valga la redundancia)

38 Este punto (imputación del trato inhumano, cruel o degradante) demanda, como dijimos, un extenso desarrollo jurídico penal, procesal penal y constitucional. Aunque de manera tenue, ha comenzado a repercutir en nuestra jurisprudencia, ante procesos correctivos y colectivos de *habeas corpus*, fundados en el artículo 351 y ss. del Código de Procedimiento Penal (véase sentencias de la justicia penal al respecto, publicadas en la Revista de Derecho Penal n.º 27, pp. 181 y ss.). Al respecto, véase además el comentario publicado a continuación (Soria, 2019, pp. 193 y ss.).

39 Por recoger parafraseado el título del viejo libro de John Howard *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales* (1789).

salpicadas a lo largo del último cuarto de siglo, me llevan a perturbadoras reflexiones finales.

Mucho se ha escrito cuestionando este trayecto legiferante, en lo que me concierne, desde la academia y, además, desde mi biografía personal. Pero el Informe del Comisionado Parlamentario Juan Miguel Petit, aun con sus explicables opacidades protocolarmente insoslayables, proviene de las entrañas mismas del Poder Legislativo, donde esa institución se inserta y al cual asesora. Por cierto, el horizonte formal de proyección de sus Informes, literalmente, es la situación de las cárceles y no la legislación penal en sí, pero no dudo que la racionalidad punitiva de esta historia legislativa no escapa a la percepción del Comisionado y que en la interna legislativa alguna confrontación al respecto debe existir; por lo menos, así debería ocurrir. Pero, tal parece, por allí muchos corazones son de piedra y no sangran ante el trágico espectáculo contenido en los Informes (recordando el epígrafe de este trabajo). Aquella Comisión Preinvestigadora de 1986 banalizó la barbarie del 19 de noviembre de ese año y lo mismo ocurre actualmente «con la soberbia de los bisontes que corren hacia el abismo» (Zaffaroni, 2001, p. 7).

Consideraciones finales. La cárcel banalizada

La banalización del mal, en palabras de una estudiosa de Hannah Arendt, es «la realización del mal como un trabajo rutinario y burocrático», que «evapora la responsabilidad y la desvinculación respecto a sus consecuencias» (Sánchez, 2015, pp. 124 y 127). Tal parece ser la actitud común en los actores de nuestro sistema penal.

Por todo esto, me pregunto si no habrá llegado el momento, entre nosotros, de pensar este estado de cosas y sus muertes como parte de un «genocidio por goteo» (Zaffaroni, 2011, *passim*) y percibir esas actitudes y discursos conformistas que encierran verdaderas voces de orden publicitarias («guerra a la delincuencia», «defender la seguridad pública o ciudadana», «defensa social», «las penas deben cumplirse», «la cárcel rehabilita», «más cárceles para contener a los peligrosos», «las

libertades en el proceso penal son beneficios, no derechos», «protegemos a la población», «faltan recursos», «el tratamiento recupera a la persona», «respaldar a la familia policial», «los teóricos no entienden nada», «guerra contra las drogas», como mecanismos de neutralización o de racionalización (Sykes y Matza, 2008, pp. 189 y ss.).

Estos discursos proliferan entre operadores del sistema penal, en particular los emitidos por actores del Ministerio del Interior, de la Policía y del Parlamento. El trato cruel, inhumano y degradante y las muertes penitenciarias constituyen un estado de cosas antijurídico que se proyecta en el tiempo, como consecuencia de aquellas incisiones y suturas legales. Ellas suelen nacer en la Policía, pasar por el Poder Ejecutivo y ser refrenadas por el Parlamento. Entonces, además del problema jurídico de su imputación, tenemos un posible dilema ético: o no se percibe la dimensión inhumana del problema o se la percibe. Si bien ingresar en el desarrollo de este asunto excede los límites de este trabajo, siguiendo a Sykes y Matza puedo cerrar esta contribución con pocas palabras al respecto.

Esas voces de racionalización preceden o suceden a la presteza de las cirugías y, en todo caso, permiten negar la responsabilidad, el daño masivo y sus víctimas, condenar a quienes condenan estas violaciones y ejercitar lealtades superiores —por fuera del estado de derecho— (Sykes y Matza, 2008, pp. 195 y ss.).

Concedo que algunos de estos actores —muchos o pocos— calmen su conciencia con estas técnicas de neutralización, o que otros —pocos o muchos—, en su fuero íntimo, reconozcan lo mal que está todo esto y actúen con «mala conciencia», esto es, justificando el *statu quo* legal no como el mejor, sino como el menos malo (Pavarini, 1983, p. 171). O, como lo expresó de otra manera Ofelia Grezzi, un epílogo que contiene *in nuce* el trayecto de esta contribución: «La independencia de teoría y práctica que tranquiliza a las buenas conciencias» (Grezzi, 1995, xviii). Como sea, todo esto está atravesado de irresponsabilidad cívica.

Referencias bibliográficas

- Baratta, A. (1989). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo XXI.
- Baratta, A. (2004a). Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. En A. Baratta. *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*. Carlos Elbert (dir.). BdeF.
- Baratta, A. (2004b). Resocialización o control social. En A. Baratta. *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*. Carlos Elbert (dir.). BdeF.
- Bayardo Bengoa, F. (1968). *Derecho penal uruguayo*. T. I. JVS.
- Cervini, R. y otros. (1988). *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Derecho humano a la vida*. Grupo de trabajo «Análisis de Medios y Opinión Pública», Montevideo (inédita).
- Chaves Hontou, G. (2015). *El derecho penal desde la Constitución*. UCU.
- Cuello Calón, E. (1958). *La moderna penología (represión del delito y tratamiento de los delincuentes). Su ejecución*. Bosch.
- Díaz Serra, J. C. (1990). El modelo de tratamiento en el marco de la reforma. En *Criminología y Derecho II*. FCU.
- Duarte, M. (2022). *A donde nos lleven los caminos. 54 años del dúo Larbanois & Carrero*. Penguin Random House.
- Fernández, G. D. (2005). Presentación de *En torno de la cuestión penal*, Raúl Zaffaroni, BdeF.
- Gómez Pin, V. (2019). *Hegel. Lo real y lo racional*. Emse Edapp.
- Grezzi, O. (1995). Prólogo a M. Pavarini, *Los confines de la cárcel*. Carlos Álvarez Editor.
- Guerra Palmero, M. J. (2019). *Habermas. La apuesta por la democracia*. Emse Edapp.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación objetiva en Derecho penal*. Cívitas.
- Llácer, T. (2019). *Nietzsche. El superhombre y la voluntad de poder*. Emse Edapp.
- Pavarini, M. (1983). *Control y dominación*. Siglo XXI.

- Petit, J. M. (Comisionado Parlamentario) (2020). *Situación del sistema carcelario y de medidas alternativas. Informes 2020 (Final) y 2021 (Preliminar)*, [www://parlamento.gub.uy/cpp](http://www.parlamento.gub.uy/cpp) Informe
- Pisciottano, P. (2022). Hurto, rapiña y prisionización en Uruguay: estudio de su relación (presentado para su publicación en *Revista Fronteras*, marzo de 2022).
- Puppo Bosch, D. (1990). Admisión, diagnóstico y clasificación de los internos de las instituciones penitenciarias. En *Criminología y Derecho II*. FCU.
- Rodríguez Alzueta, E. (2014). *Temor y control. La gestión de la seguridad como forma de gobierno*. Futuro Anterior.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General*, T. I. Cívitas.
- Russo, E. A. (2021) Prólogo a A. Messuti, *El tiempo como pena*. Campomanes.
- Sánchez, C. (2015). *Arendt. Estar (políticamente) en el mundo*. Emse Edapp.
- Soria, R. (2019). *Habeas corpus. Sobre habeas corpus correctivo colectivo*. Revista de Derecho Penal. FCU.
- Sykes, G. (2017). *La sociedad de los cautivos. Estudio de una cárcel de máxima seguridad*. Siglo XXI.
- Sykes, G. y Matza, D. (2008). Técnicas de neutralización: una teoría acerca de la delincuencia. En G. Aller (coord.), *Estudios de criminología*. Carlos Álvarez Editor.
- Uriarte (2015). Apuntes para pensar *complejo* algo tan *complejo* como la cárcel. En Dr. C. Tiffer (coord.), *Justicia penal, política criminal y estado social de derecho*, Ediar.
- Uriarte, C. E. (1990). Capacitación penitenciaria. En *Criminología y derecho II*. FCU.
- Uriarte, C. E. (1996). *Una ventana abierta a nuestra historia penitenciaria: el art. 26 de la Constitución Nacional*. Revista de Ciencias Penales 2. Carlos Álvarez Editor.
- Uriarte, C. E. (2006). *Vulnerabilidad, privación de libertad de jóvenes y derechos humanos*, FCU.
- Zaffaroni, E. R. (1982). *Política criminal latinoamericana*. Hammurabi.
- Zaffaroni, E. R. (1984a). Evolución de la teoría del delito. Revista de Derecho Penal, N.º 6. FCU.
- Zaffaroni, E. R. (1984b). Problemas de política criminal latinoamericana. En *Revista de Derecho Penal*, N.º 6. FCU.
- Zaffaroni, E. R. (1990). *Sistemas penales y derecho humano a la vida en América Latina. Primer borrador de la primera parte del Informe General. Muertes anunciadas*. IIDH.
- Zaffaroni, E. R. (2001). Prólogo a A. Messuti, *El tiempo como pena*. Campomanes
- Zaffaroni, E. R. (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos*. Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2020). *Lineamientos de derecho penal*. Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2021). Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal. <http://revistaderecho.com.co/2021/02/07/penas-ilicitas-un-desafio-a-la-dogmatica-penal/>