

Revista Crítica Penal y Poder
2021, n° 21,
Octubre (pp.115-118)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



LA SUSTRACCIÓN DE LA LIBERTAD Y LA SUBJETIVIDAD EN LAS DIFICULTADES SOCIALES

*CONTRADICTIONS THE SUBTRACTION OF FREEDOM AND SUBJECTIVITY IN SOCIAL
DIFFICULTIES*

Mauro Palma

Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale

Recordar a Roberto para mí es, en primer lugar, recordar a mi amigo y también a una figura que ha sido para mí un elemento constante de discusión en torno a estos temas. También me hace recordar una experiencia de la vida de Roberto que él mismo me describió varias veces, y que de alguna manera hemos revisado juntos – lo recuerdo muy bien- cuando empezamos con el Observatorio en Barcelona hace 20 años. Recuerdo las primeras reuniones cuando él vino a Buenos Aires con motivo del otorgamiento que se me hacía de título honorífico de *Honoris Causa* por parte de la UBA.

Viajó a propósito para asistir a este acto. Así que mi recuerdo no es sólo de un maestro, sino también de una gran persona amiga. Recuerdo cuando escribí un breve texto para ese volumen en ocasión de su septuagésimo cumpleaños. Y recuerdo una observación que hicimos conjuntamente muchas veces, precisamente a partir de mi formación científica inicial. El Siglo XX., el siglo pasado, nos ha enseñado que observar un fenómeno significa modificar el fenómeno mismo. El físico que observa las partículas subatómicas interviene sobre las mismas, y, de alguna manera, modifica el fenómeno.

Hay como una especie de conexión entre observador y observado, y observar significa ya actuar. Por eso, observar es algo que siempre me ha parecido importante, tanto en Antígone

como en el CPT de Estrasburgo. gran figura italiana, Piero Calamandrei, en uno de sus famosos discursos en el Parlamento, en 1947, en una Italia que estaba a punto de aprobar la Constitución democrática, señaló que “hay que haber visto” No se pueden construir estándares, por ejemplo, para la reclusión, sin la acción de observar. Quienes han trabajado sobre la reclusión, durante muchos años, la llaman el estándar del “setting building”, que demasiadas veces se hace alrededor de una mesa, en vez de tratarse de una actividad que debe encontrar sus raíces en el monitoreo, en la visita, en el ir a observar.

Así que observar comporta una triple función. La primera función es la que vuelve a llevar a la sociedad externa dentro del mundo observado y, por lo tanto, suprime el muro, de alguna manera. La segunda función es la de modificar el mundo observado, pues como he indicado arriba, observar es ya actuar. La tercera función es la que da herramientas para construir los estándares, las reglas generales que no sólo se basan en nuestros fundamentos teóricos, sino en lo que es la vida concreta, porque las herramientas del derecho por sí solas no son suficientes en el momento en que no se fundamentan sobre la concreción ejecutiva. La concreción ejecutiva debe observarse en aras de construir un sistema general, el que nosotros llamamos de *soft law*, que complementa de manera determinante el sistema normativo, que llamamos de *hard law*.

Soft law y *Hard law* son dos partes de la misma realidad que tienen que dialogar entre sí. Y para que dialoguen, la observación es un punto central. Por eso es importante un Observatorio. Por eso es importante haberlo creado por ejemplo en Italia con Antigone.

Porque el *Garante Nazionale* debe tener acceso a cualquier elemento y, por tanto, a cualquier papel y a cualquier persona. Y cuando observamos, de alguna manera, nos damos cuenta de que a partir de esta observación no sólo discutimos sobre la prisión, sino que también discutimos sobre el sistema penal en su conjunto. Porque hablar de la prisión también significa cuestionar el sistema penal. No puede comprenderse el sistema penal sin la observación de su resultado final, de su punto de llegada.

Cuando se explora el sistema penal desde su punto de llegada, su lugar de destino, donde se asigna a una persona para cumplir una condena, a menudo es difícil atender a la completa coherencia del sistema penal. Es difícil tener conciencia de su estructura y leer sus características básicas entre líneas. Entre ellas, el de ser, en teoría, un dispositivo subsidiario para entrar a jugar en casos extremadamente graves. De hecho, debería actuar en el ámbito de otros dispositivos. Debería haber, también, ajuste social con el objetivo de salvaguardar los derechos de todos y que sólo debería actuar en aquellas situaciones en que realmente se considera que no cabe otra acción.

Por el contrario, el sistema penal se está expandiendo excesivamente. Incluso, muchas voces a menudo lo describen no como un dispositivo meramente represivo, cuyo objetivo principal es controlar y restringir, sino como un instrumento que tiene la rehabilitación social como perspectiva positiva. En conferencias y declaraciones oficiales, muchos discursos declaran que el encarcelamiento debe utilizarse como último recurso. No obstante, en muchos países europeos se propone sobre todo el uso del derecho penal como instrumento para gestionar las contradicciones y controlar los comportamientos de las personas.

En este sentido, se corre el riesgo de convertir al sistema penal en una herramienta para desarrollar políticas y enviar mensajes tranquilizadores inadecuados. Las sentencias penales breves, inútiles desde el punto de vista de la reinserción social, son una clara muestra de esta tendencia. Otros ejemplos de esto pueden ser la frecuente exigencia de aumentar los límites mínimos de cumplimiento en reclusión, o la forma en que las medidas alternativas a la custodia se presentan en los debates públicos y en los periódicos como dispositivos para evitar el castigo, y no como el instrumento más eficaz para construir vidas que respetan la ley.

Desde la perspectiva de los observatorios penitenciarios, los puntos de vista teóricos están pasando así por una especie de valoración que no ofrece escenarios optimistas sobre un pragmatismo real. Otra característica central del dispositivo penal se presenta como extremadamente deformada: su equidad. Sólo para dar un ejemplo, ¿cómo podemos responder en términos de equidad al hecho de que el nivel de desigualdad de oportunidades que tienen los individuos se amplía aún más durante el juicio, y se amplifican en el escenario de sentencia, donde a menudo la defensa y las garantías no están realmente a disposición de los que tienen menos? Y la brecha entre los que tienen educación, redes sociales robustas, recursos, y los que no tienen, se convierte en mayor cumplimiento de las penas, cuando las medidas alternativas a las sanciones penales corren el riesgo de ser meramente teóricas para algunas categorías de reclusos.

El entorno penitenciario es, por tanto, un buen punto de vista de observación para comprender el papel efectivo del derecho penal y cuan subsidiario, igualitario, eficaz y justo es. Siempre teniendo en cuenta dos puntos. El primero es que en un Estado laico que garantiza el Estado de Derecho, la justicia penal es una técnica social para la regulación de las relaciones humanas y, por lo tanto, ha de reconocer siempre la peculiaridad humana de los individuos a los que pertenece.

El segundo punto es que el sistema penal puede expandirse y es aceptado donde otros sistemas reguladores no funcionan. Su expansión representa otras brechas de mediación social y a su vez se convierte en la piedra angular de otras amplificaciones. De hecho, su expansión es síntoma y factor contribuyente- de una especie de cortocircuito, de una falta de interpretación del conflicto social que lleva a la opinión pública a dar su propia

representación de los lazos sociales sólo en términos de un código binario, como agresor y víctima.

Estas reflexiones resumen el enfoque con el cual nosotros observamos el sistema penitenciario en aras a ser interlocutores activos del sistema penal. Esto ha sido siempre también el Observatorio de Barcelona, y es también la enseñanza que yo siempre he recibido de la frecuentación con un amigo, que ya no está con nosotros.

Gracias.