

Material de distribución gratuita

2

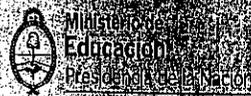


PENSAR Y HACER EDUCACIÓN EN CONTEXTOS DE ENCIERRO

Derechos y sistema penal

La dimensión jurídica de las prácticas educativas en contextos de encierro

ARGENTINA



PRESIDENTA DE LA NACIÓN
Dra. Cristina Fernández de Kirchner

JEFE DE GABINETE DE MINISTROS
Cdr. Jorge Capitanich

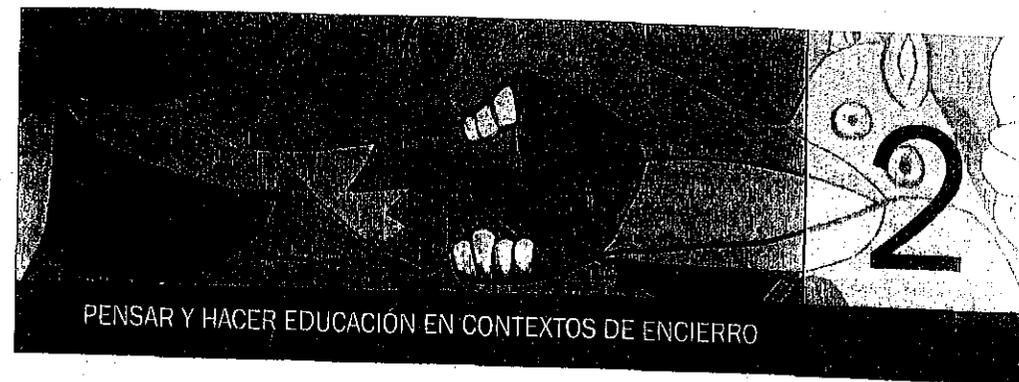
MINISTRO DE EDUCACIÓN
Prof. Alberto E. Steoni

SECRETARIO DE EDUCACIÓN
Lic. Jaime Perczyk

JEFE DE GABINETE
A.S. Pablo Urquiza

SUBSECRETARIO DE EQUIDAD Y CALIDAD EDUCATIVA
Lic. Gabriel Brener

DIRECTORA NACIONAL DE GESTIÓN EDUCATIVA
Lic. Della Méndez



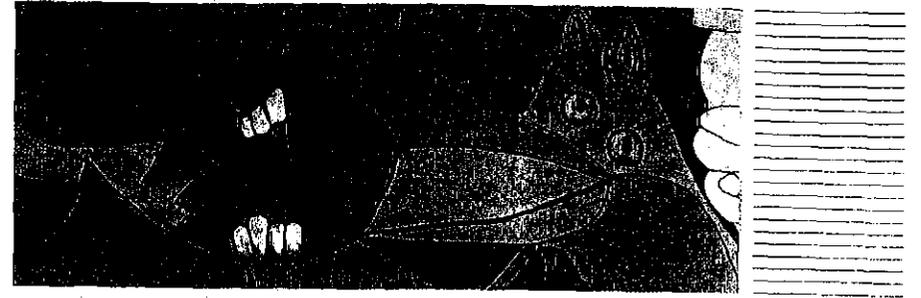
Derechos y Sistema Penal

La dimensión jurídica de las prácticas
educativas en contextos de encierro

- Ferrajoli, L. (1995): *Derecho y razón*, Madrid, Trotta.
- Foucault, M. (1999 [1976]): *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- (2007): *El nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires, FCE.
- Garland, D. (2005): *La cultura del control*, Barcelona, Gedisa.
- Goffman, E. (1973): *Internados*, Buenos Aires, Amorrortu.
- Gutiérrez, M. H. (2007): *La dinámica de las oposiciones y la inseguridad subjetiva*, Buenos Aires, FJDP.
- Lea J. y J. Young (2001): *Qué hacer con la ley y el orden*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Nietzsche, F. (1997 [1887]): *La genealogía de la moral*, México, Porrúa.
- Pavarini, M. (1983): *Control y dominación*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Wacquant, L. (2002): *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial.
- Young, J. (2001): “Canibalismo y bulimia: patrones de control social en la modernidad tardía”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 15-16 (10): 25-42.
- (2008): “Merton con energía, Katz con estructura: La sociología del revanchismo y la criminología de la transgresión”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 25 (17): 63-87.
- Zaffaroni, E. R.; A. Alagia y A. Slokar (2002): *“Derecho penal. Parte general”*, Buenos Aires, Ediar.

Bibliografía complementaria recomendada

- Böhm, M. L. y M. H. Gutiérrez (2007): “Introducción”, en *Políticas de seguridad: peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Gutiérrez, M. H. (2006): *La necesidad social de castigar*, Buenos Aires, FJDP.
- Pegoraro, Juan S. (2001): “Derecha criminológica, neoliberalismo y política penal”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 15-16 (10): 141-160.



CAPÍTULO 2. La Constitución y los derechos humanos

1. El origen de los Estados y las constituciones modernas

Para el surgimiento del Estado moderno se requerían de nuevas justificaciones que permitieran separar el poder del soberano político del poder de la Iglesia, dotándolo de instrumentos propios.

En la crítica al absolutismo, en el siglo XVIII hay una confluencia entre lo que Foucault (2007) distingue como una corriente “axiomática-revolucionaria”, que es la que aquí mencionamos como “humanismo iluminista”, que centra el orden político en el ser humano como valor universal —y que no se termina de desarrollar políticamente de forma plena y exitosa—; y otra corriente “radical-utilitarista” de corte más economicista, representada por Bentham, que a su vez está emparentada con el surgimiento de la sociedad disciplinaria del siglo XIX y el neoliberalismo¹ de fines del siglo XX. Así, al menos según Foucault (2007), la crítica política liberal (“el Rey debe respetar las libertades del hombre”) nace como correlato de la economía política:

“hay ciertas reglas de la producción y el comercio que van más allá de la autoridad real:

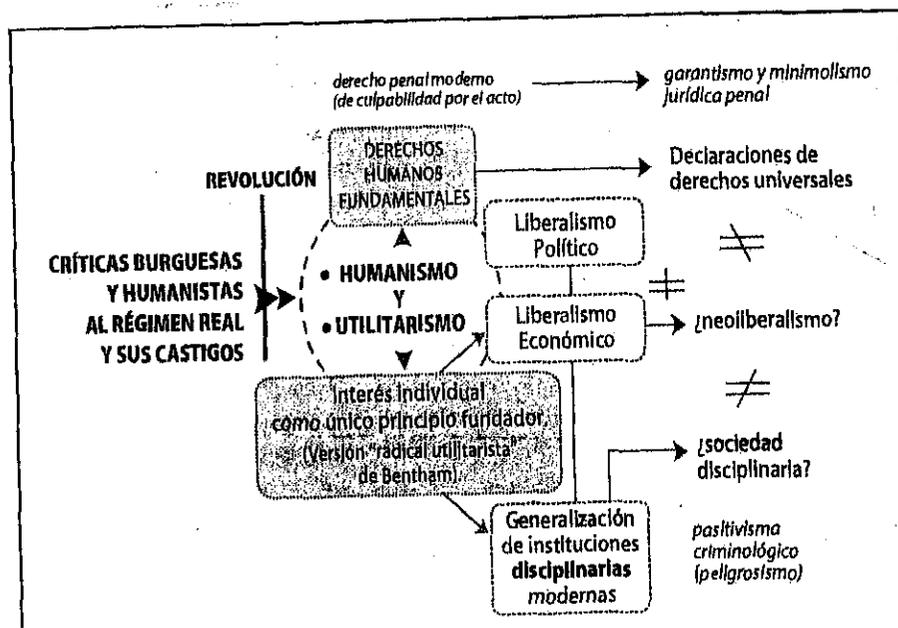
En el Módulo 1. *Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión* se hizo referencia a la noción de contrato social en el contexto del nacimiento de los Estados modernos.

¹ Como se ha visto en el capítulo anterior, el neoliberalismo impondrá una crítica generalizada al Estado y a la misma razón disciplinaria (propia de un mundo industrialista).

el Rey debe respetar la libertad... de contratar, de producir y comerciar"). Sin embargo, lejos de lo que el discurso de los llamados "liberales" actuales sostiene, una cosa no implica necesariamente a la otra.

Las primeras soluciones inspiradas en antiguos órdenes republicanos, construyeron una nueva teología burguesa que afirmaba el poder real no en la Iglesia o en Dios, sino en un contrato necesario y obligatorio que todos los ciudadanos habían firmado (si no históricamente, al menos simbólicamente o de forma representativa, tras las revoluciones, en los parlamentos y las asambleas). Y al ser este instrumento un contrato, un compromiso de individuos libres, todos debían someterse renunciando a su poder de hacer daño a otro, y delegándolo en un único soberano (la primera versión del contractualismo, la absolutista, de Hobbes), o bien delegándolo en un "Estado" con poderes divididos y que se controlaran mutuamente (la versión republicana, entre otros principalmente, de Montesquieu y Rousseau, y la que se impuso en las revoluciones modernas).

Y también la burguesía nutrió a la administración real de expertos, que comenzaban a dar consejos sobre cuál debía ser el buen gobierno para permitir que la riqueza floreciera. Y estos consejos se basaban, principalmente, en criticar el intervencionismo del poder real y en proponer el "dejar hacer" en cuestiones de producción y comercio.



Nos centraremos, en este apartado, en la primera corriente "humanista y axiomática-revolucionaria".

Durante los siglos XVII y XVIII, el "contrato" es la forma desde la cual la burguesía propone sustituir la vieja idea de un poder real heredado o bendecido por Dios. La ley debe ser respetada no porque sea divina, sino, al contrario, porque es humana: los hombres la han pactado. Y los pactos deben cumplirse. El "contractualismo" tiene en sus versiones últimas una innegable tendencia revolucionaria hacia el republicanismo, que lo llevará a sostener la necesidad de derrocar al rey y organizar el orden político conforme con las nuevas ideas de república y democracia. Y tendrá su correlato en el pensamiento penal hacia mediados y fines del siglo XVIII, particularmente célebre en Cessare Bonesana, Marqués de Beccaria y su *Tratado de los delitos y las penas* de 1764.

Frente a lo que se consideraba el "antiguo régimen", es decir, la premodernidad (que en Europa estuvo encarnada por las monarquías absolutas y en América por la Colonia), este nuevo sistema de ideas se presentaba como una crítica a la crueldad, a los "excesos" en el uso de la fuerza del soberano, a la arbitrariedad del poder real y a la idea de que el poder se hereda por alguna ley o preferencia divina frente a la que hay que mostrar obediencia, y, en su lugar, proponía que el poder nace de los ciudadanos y para su favor. Lo que justifica al poder constituido es que está constituido para el bien público. Y es legítimo sólo en la medida que sus actos estén justificados en ese bien público.

Así, lo que se propone es un uso medido de la fuerza del Estado: sólo debe ser usada cuando sea útil. Sólo es útil cuando es necesaria para favorecer la paz social. No es buena en sí misma, sino que, en todo caso, es un mal necesario, y por eso, cuando se usa, debe estar justificada. Lo penal, el castigo, en todas sus manifestaciones es una de las vías preferenciales por las que se manifiesta esta característica coercitiva, dura, del Estado. Y por lo tanto sólo será válido cuando se ejerza bajo estos principios: medida, utilidad, necesidad.

De esta concepción surgen un cúmulo de principios o "garantías" que son la columna vertebral del derecho penal moderno, y que ya veremos en más detalle, como el **principio de culpabilidad** (uno, individualmente, es responsable sólo por sus propios actos y en la medida en que éstos sean dominables por su voluntad, no existe la responsabilidad colectiva en lo penal), **de lesividad** (sólo deberán ser considerados delitos las conductas que dañen a otro), **de legalidad** (para que una conducta sea considerada delito debe existir una ley que así lo establezca), **de defensa** (ante una acusación el imputado tiene derecho amplio a presentar prueba a su favor, ser escuchado, ser juzgado con imparcialidad, etc.), **de inocencia** (ante una acusación, el imputado será considerado inocente hasta que una

sentencia válida declare lo contrario); entre muchos otros que siguen esta misma lógica de imparcialidad y racionalidad.

Al distinguir un Estado abstracto, como ente donde recae la autoridad, y un ciudadano que es la fuente de esa autoridad y el objeto de la razón de ser del Estado, esta ley penal no es sólo un poder del Estado (de castigar), sino también un derecho del ciudadano (a que sólo se aplique de cierta manera y en ciertos casos). Pero, a diferencia de los otros derechos, éste otorga la categoría de ciudadanía a todos los seres humanos. A diferencia del derecho civil, los derechos del hombre involucrados en la cuestión penal serán considerados derechos humanos, por lo tanto universales. No dependen ni de la clase, ni de la posición social, ni de la nacionalidad. Su cumplimiento es condición mínima de la vigencia del pacto.

La mayor particularidad y rareza, que ya hemos visto, subyace y presupone a las anteriores: el derecho penal moderno está justificado en una concepción burguesa del orden social, en la que la imagen del orden y de la autoridad estatal están pensadas a través de la figura de un "contrato", a partir del cual no cumplir la ley es un incumplimiento de los términos de dicho contrato. Los valores del orden y la transgresión están pensados en términos costo-beneficio. No hay valores morales per se que el Estado pueda imponer, sólo hay utilidad, en este caso "utilidad pública".

La clave para pensar este orden social es la racionalidad. El hombre no es ni siervo ni amo, es un hombre libre y racional, que calcula sus actos y decide racionalmente. El Estado, que es sólo el instrumento para el bien común de esos hombres, también debe ser racional.

Este cúmulo de características políticas y jurídicas en la modernidad son las consecuencias de procesos que se fueron construyendo a lo largo de varios siglos en Europa. En América, luego de que la conquista arrasara con las instituciones precolombinas y las suplantara por las instituciones, las prácticas y los grupos dominantes europeos, también el cambio y las nuevas ideas llegan al contexto latinoamericano. Los primeros intentos revolucionarios de fines del siglo XVIII (como el de Túpac Amaru y el de Francisco de Miranda), ya se basaban en estas ideas modernas sobre la concepción del hombre y la ilegitimidad del orden real-colonial. Finalmente, las revoluciones independentistas exitosas lo impondrán parcialmente. En nuestro caso, los pensadores ilustrados, los padres de la modernidad son en muchos casos también los próceres de la independencia. Bolívar, San Martín y Belgrano, además de tomar las armas, fueron pensadores modernos y republicanos, por ejemplo. Estos pensadores de los nuevos Estados latinoamericanos nacientes imaginaron estas nuevas naciones a imagen de las nuevas repúblicas europeas,

importando sus ideas también, en contra de la lógica política colonial (por ejemplo en su impulso por un Estado secular, por la abolición de la esclavitud, etc.). Así, las constituciones latinoamericanas del siglo XIX, en particular la nuestra, están creadas a partir de este espíritu liberal de respeto a derechos fundamentales e inspiradas en la idea del contrato social.

En ambos contextos, las ideas penales estuvieron dominadas por distintas variantes de esta misma concepción del hombre, del Estado, del poder penal y de la racionalidad y necesidad a la hora de aplicar sanciones penales. Varios pensadores locales revolucionaron también las ideas penales siguiendo la obra del Marqués de Beccaria (por ejemplo, Florencio Varela) en consonancia y con espíritu similar a la principal figura del constitucionalismo argentino, Juan Bautista Alberdi.

Extractos del Tratado de los delitos y las penas (Marqués de Beccaria, 1764)

Las leyes son las condiciones mediante las cuales los hombres independientes y aislados, se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, así como de gozar una libertad inútil por la incertidumbre de conservarla. Por eso, debieron sacrificar una parte de su libertad para disfrutar del resto, seguros y tranquilos. La suma de todas estas porciones de libertad sacrificadas al bien de todos, es lo que forma la soberanía de una Nación, siendo el soberano su legítimo depositario y administrador. Pero no bastaba formar este depósito; era preciso defenderle de las usurpaciones de cada hombre en particular, pues el hombre trata siempre de substraer del depósito, no sólo su porción propia, sino que además procura usurpar las porciones de los demás. Hacían falta motivos sensibles que bastasen a disuadir el ánimo despótico de cada individuo de sumergir en el caos antiguo las leyes de la sociedad. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de las leyes. [...]

Para que una pena logre su efecto, basta con que el mal de la misma exceda del bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe tenerse en cuenta la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que produciría el delito. Todo lo demás es superfluo y tiránico, por lo mismo. [...] De modo que fue la necesidad la que obligó a los hombres a ceder parte de su libertad y, por tanto es cosa cierta que ninguno de nosotros desea colocar en el depósito público más que la mínima porción posible, tan sólo aquella que baste a inducir a los otros a defender el depósito mismo. El conjunto de estas mínimas porciones posibles, forma el derecho de penar; todo lo demás es abuso, y no justicia; es un hecho, y no ya derecho.

A fines del siglo XVIII, triunfa en Europa la revolución contra la organización política propia del "Antiguo Régimen", caracterizado por una enorme concentración del poder político en la figura de los monarcas absolutos y una fuertísima restricción a los derechos civiles. La Revolución Francesa tiene réplicas en todo el mundo Occidental. Mientras, sus ideas jurídicas se expanden y son impuestas por toda Europa bajo la espada de Napoleón (entre otras cosas, un gran reformador jurídico).

La forma jurídica sobre la que se van a sostener los nuevos regímenes revolucionarios, que eran a su vez burgueses en su organización económica y liberales en su fundamento ético-político, son las Constituciones de los Estados. Pero este constitucionalismo republicano hizo hincapié en poner al hombre y sus derechos y libertades civiles y políticas en el centro de la cuestión política, consagrándolos como principios inviolables en las primeras constituciones escritas. Se arribó de ese modo a plasmar en Declaraciones y Códigos derechos que, aunque muchos de ellos se encontraban presentes en legislaciones más antiguas o en las tradiciones y costumbres, no siempre eran reconocidos por los soberanos del Antiguo Régimen. Se definía así un ciudadano que era sujeto de derecho en el Estado pero también frente a él.

2. Los derechos civiles y políticos en el constitucionalismo moderno

El constitucionalismo de los primeros tiempos plasmó en las constituciones de las nacientes repúblicas los derechos civiles y políticos (luego llamados "derechos de primera generación", en alusión al hecho de que fueron los primeros en ser constitucionalmente consagrados y reconocidos en los Estados modernos, y criticados como "derechos burgueses" por el socialismo). Estos derechos son básicamente garantías del individuo-ciudadano, negativas para el Estado, es decir, límites al poder del soberano que se presentaba como un poder que por naturaleza tendía al exceso y a la tiranía. A la inversa, funcionan como fuente de legitimidad del Estado: es legítimo en tanto su función, objetivo y forma se dirija a respetar y hacer respetar estos derechos.

En rigor, hay varias líneas genealógicas de concepciones jurídicas previas que confluyen en el liberalismo constitucional moderno.

La más antigua es la del "derecho de gentes" romano (el derecho que correspondía a los gentiles, y a los extranjeros), que permanece, mutando aquí y allá desde varias tradiciones jurídicas romanistas por la Europa medieval. Cada vez que se intentaba unificar

un reino extendido y se acudía para ello al derecho romano, en gran parte guardado por el derecho canónico, se acudía a la reformulación de los principios de los derechos "de gentes". La codificación más duradera y definitiva de nuestra tradición nace en España en el siglo XIII, con el Rey Alfonso "el Sabio" en sus famosas "Siete Partidas", establecidas para ordenar el Reino unificado. En ellas establece la distinción entre poder espiritual y temporal, reconociendo una dualidad en la estructura del poder y la necesidad de armonía entre ambos mundos. Entre muchas otras cosas, se reconocen ciertos derechos naturales propios de las personas, que no pueden ser sobrepasados por la autoridad real. Y esto es un principio necesario de la naturaleza de las cosas, de la preexistencia de un orden natural y correcto de las leyes por sobre el orden jurídico real, al que éste debe obedecer. En nuestra tradición colonial, y hasta fines del siglo XIX, las Partidas todavía eran fuente de derecho, especialmente de derecho penal, que no se encontraba codificado.

Por otro lado el pensamiento teológico produjo razonamientos que iban en la misma dirección. Tomás de Aquino, justificaba la existencia de Dios desde la razón (tal como había pretendido hacer Aristóteles) y sin percatarse de ello, sometía al poder divino a la lógica de la razón, y daba carácter divino al razonamiento lógico. También le dio gran importancia al derecho natural como preexistente y superior al humano. Y de allí se deriva que hay un derecho universal a resistirse a la tiranía, a resistir la ley política ilegítima. Fundamento que, a través de su reformulación por parte de otros teólogos tomistas, se encontrará en el trasfondo de muchas de las revoluciones independentistas latinoamericanas.

En tercer lugar, Inglaterra vivió una curiosa situación. Luego de ser una isla gobernada por distintas tribus sajonas, son conquistadas por un francés normando (Guillermo el Conquistador) y toda una clase de caballeros nobles que vienen de Francia (los normandos), que desplazan a la nobleza sajona y en muchos casos la dejan sin tierras (he aquí que nace la leyenda de Robin Hood, como el sajón que desde un bosque y con las manos vacías combate a los nobles normandos ricos y sus cómplices). Tras sucesivas guerras y revueltas, los barones sajones obligan al rey normando Juan Sin Tierra a firmar una "Carta Magna" en la que reconoce límites a su poder. En rigor, el rey quedaba sujeto a un Consejo de Barones, al que debe su legitimidad y lealtad. Reconoce derechos inviolables para la Iglesia, declara inviolables los derechos previos y las aduanas de las ciudades inglesas. Y, lo más importante, establece que ningún hombre libre será perseguido, encarcelado o exiliado sin un juicio previo por parte de sus pares. Aunque por supuesto no abolía la esclavitud, ni establecía que esos derechos que reconocía eran "universales", la Carta Magna terminó siendo un símbolo histórico importantísimo del reconocimiento

de derechos y garantías del hombre en las luchas por las repúblicas constitucionales. Tanto que muchas veces se suele hablar de la Constitución de un país genéricamente como su "Carta Magna".

Lo que tienen en común estas diversas fuentes es que parten del principio de que el poder real no puede ser ilimitado, ni es fuente inagotable de legitimidad. Debe estar acotado. Debe respetar ciertos principios superiores o que lo preexisten. Y esos principios surgen del valor mismo del ser humano. No importaba si era romano o gentil, si era español o no, si era normando o sajón, el rey no puede imponerse a todo. Son la primera limitación del poder real, cuyo fundamento era el poder de la espada, el poder de facto (más allá de que siempre haya buscado justificaciones éticas, históricas o metafísicas). Y por ello **son el embrión de lo que ahora llamamos "derechos humanos", así como de las Constituciones liberales.**

Por otro lado, aunque en esta época los instrumentos normativos tenían valor siempre dentro del territorio del Estado donde ejercían su *imperium*, la naturaleza universal del planteo de que ciertos valores y principios están ínsitos en la naturaleza humana y escapan al imperio del soberano, plantea un problema filosófico, extra nacional, y por lo tanto ya las primeras constituciones y declaraciones de derechos "del hombre" tenían una cierta vocación universalista, expansiva.

La *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de la Revolución Francesa es el gran hito inaugural de los derechos civiles y políticos en la modernidad. Dictada en Francia en 1789, será traducida e introducida en Latinoamérica cuatro años más tarde, y mencionada como fuente de inspiración en todos los movimientos independentistas. En ella se reconocen como derechos "universales" la libertad (definida individualmente y negativamente, y limitada por lo que no perjudica a nadie), la propiedad (privada), la seguridad, la resistencia a la opresión, la libertad de opinión, de prensa y de conciencia y algunas otras garantías que se traducen en principios penales, que ya veremos más adelante, como la presunción de inocencia e irretroactividad de la ley. Hay que decir, sin embargo, que esta declaración de derechos, como muchas otras posteriores, dejaban fuera de aquella pretensión de universalidad a los no hombres y no ciudadanos (por ejemplo, las mujeres y los esclavos), sujetos que serán incorporados a la "ciudadanía universal" luego.

Para reflexionar

Fragmentos de "Derechos de los más y menos humanos"
(Fonseca y Cardarelli, 2005)

A causa de su racionalidad y su sentido moral, el hombre blanco era, evidentemente, la figura ejemplar del individuo humano. "El individuo político era reputado como universal y hombre; la mujer no era un individuo y esto por dos motivos: no era idéntica al ser humano y ella era este otro que confirmaba la individualidad del individuo (masculino)".

A pesar de que Scott centra sus atenciones en la lucha feminista, es evidente que su argumento puede ser extendido a todas las categorías que se apartan -por sexo, raza, o edad- del "ser humano ejemplar". Scott no niega que la filosofía de las luces haya abierto el camino para la elaboración de una reflexión sobre la igualdad política, social y económica. Sin embargo, ella muestra cómo la misma preocupación por los derechos del individuo abstracto también podía servir para "excluir aquellas personas que no poseían las características exigidas". Tenemos aquí las bases filosóficas, presentes en la propia concepción de los derechos del hombre, para una clasificación de los individuos en más y menos humanos.

Bobbio nos recuerda que, después de la Segunda Guerra Mundial, la discusión sobre derechos humanos siguió dos rumbos: al mismo tiempo en que se consolidó el aspecto universal de estos derechos, se tomó aparente una multiplicación de los sujetos que, en función de sus particularidades, pasan a ser vistos como dignos de un tratamiento legal específico. Ahora entran en escena criterios de diferenciación (sexo, edad, condición física[...]) correspondientes a diversos estatus sociales, "cada uno de los cuales revela diferencias específicas, que no permiten igual tratamiento e igual protección".

Nuestra Constitución Nacional de 1853 estaba inspirada en los principios derivados de los derechos ciudadanos que citamos anteriormente, como lo prueban los artículos 18 y 19.

Principios de legalidad, de debido proceso y de juez natural	"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa." (art. 18)
Derechos de defensa	"Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos." (art. 18)
Prohibición de los castigos crueles	"Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes" (art. 18)
Utilidad del castigo y prohibición de la crueldad	"Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice." (art. 18)
Principio de reserva de los actos privados y de libertad moral	"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados." (art. 19)
Principio de reserva legal	"Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe." (art. 19)

3. Reconocimiento internacional de los derechos humanos universales

Ya entrado el siglo XX, tras las guerras mundiales, comienza un movimiento que hace explícita la necesidad de contar con un orden normativo universal que establezca a nivel mundial la vigencia de los derechos fundamentales, de forma tal que no se vean afectados por ningún Estado y en ninguna guerra. Algo así como establecer principios éticos básicos y mínimos de vigencia universal. El primer intento de fundar este orden normativo universal fue la Sociedad de las Naciones, tras la Primera Guerra Mundial, y la prueba de su ineficiencia fue la Segunda Guerra Mundial. Luego de ella, se funda, ahora sí con más éxito, la Organización de Naciones Unidas en 1945, que será clave en la producción de instrumentos jurídicos de este nivel.

En 1948, los Estados integrantes de Naciones Unidas emiten la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), donde consagran tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales, como veremos más adelante.

3.1. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos

Un instrumento importante que solidifica esta concepción universalista de los derechos humanos mínimos es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de las Naciones Unidas, del año 1966, que posee jerarquía constitucional para la Argentina. El Pacto comienza en su preámbulo reconociendo "la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables" y "Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana".

Extractos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966)

Artículo 2

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 8

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.

Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3.2. Los derechos humanos económicos, sociales y culturales y el constitucionalismo social

El mundo del siglo XX será muy distinto, también en sus problemáticas políticas, a aquel que dio origen a esta concepción de los derechos civiles y políticos, sobre todo atendiendo a los cambios, luchas y nuevas concepciones sociales surgidas luego de la Primera Guerra Mundial. En esta época, la discusión político-jurídica comienza a centrarse en la crítica de que la igualdad entre los hombres consagrada en las constituciones del siglo XIX es una igualdad meramente jurídica, pero sin vigencia de hecho (discusión nunca cerrada desde de la ilustración, pero sostenida por corrientes hasta entonces minoritarias o en menor situación de poder).

En los hechos, las condiciones sociales desfavorables de amplios sectores de la población, y la concentración de la propiedad de los medios de producción en unas pocas manos, implicaban grandes desigualdades materiales, y por ello, imposibilidades para muchos de hacer efectivos esos derechos cuyo cumplimiento estaba garantizado por el Estado sólo a partir de su abstención y autolimitación. La lucha por el reconocimiento de derechos sociales para los sectores más postergados del orden social generó el surgimiento de lo que se llamó "constitucionalismo social", gracias al cual se introdujeron en las constituciones de los Estados los llamados derechos sociales que señalan ya no áreas donde el Estado no debe intervenir para evitar avasallar la dignidad y libertad individual, sino, al contrario, responsabilidades activas del Estado: materias en las que el Estado debe intervenir para hacer efectiva la vigencia de un derecho. Esas materias en las que el Estado debe intervenir efectivamente a fin de que la desigualdad no torne ilusoria a la libertad y dignidad del hombre, están marcadas por los "derechos sociales y económicos", que versan sobre la cuestión social, refiriéndose a la educación, la cultura, el trabajo, el derecho de asociación, etc. La naturaleza de estos derechos respecto de los básicos de primera generación, es doble: el Estado no debe impedir, pero además debe garantizar activamente. Sin embargo, este "dejar hacer" es el primer espíritu de los derechos humanos que logra plasmarse en las constituciones, y que en un segundo momento, junto con el reconocimiento de los derechos sociales, se logra plasmar al mismo nivel jurídico internacional que todos los derechos —tanto los sociales como los civiles y políticos— deben ser protegidos activamente. Un claro ejemplo que muestra esta necesidad de acción estatal "positiva" la constituye el retraso en el reconocimiento efectivo del voto femenino.

Si bien es cierto, como señalan los marxistas, que el reconocimiento de estos derechos sirve para adoptar y garantizar el capitalismo frente al peligro del avance del socialismo, ello no quita que signifique un hito de gran importancia en favor de garantizar la igualdad y el efectivo ejercicio de los derechos humanos.

La primera constitución nacida de esta renovada corriente constitucionalista fue la mexicana de 1917 (constitución de Querétaro), seguida, dos años después, por la constitución de Weimar (Alemania), de mayor repercusión mundial. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 reconoce los derechos sociales en los artículos 22 a 27. En la Argentina, el constitucionalismo social se plasmó en la constitución de 1949, impulsada por el peronismo. Aunque ésta luego fue derogada (de facto) al restituirse la vieja constitución de 1853, debieron reconocerse los derechos sociales (aunque en una versión más "liviana") generando el ahora famoso artículo 14 bis.

El primer instrumento internacional de la máxima jerarquía a este respecto es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la ONU, de 1966 (correlato del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), también de rango constitucional en nuestro país, que comienza afirmando que "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural."

Extractos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966)

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar esta derecho.

Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Artículo 10

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social.

Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas

Todos los tratados aquí mencionados fueron incorporados a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, formando parte de ella y ampliando así la base de la expresión legislativa tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales.

En síntesis, el constitucionalismo social viene a complementar el primer constitucionalismo, surgido a finales del siglo XVIII, el cual no sólo reconoce como sujeto pasivo al Estado, sino también a todos los particulares. La nueva perspectiva, que intenta alcanzar un orden económico justo, redistribución igualitaria de la riqueza y de los bienes de producción y consumo, desarrollo integrado y una coherente Planificación Social, hace hincapié en el rol activo que debe asumir el Estado: ya no basta con abstenerse de afectar al individuo, debe crear las condiciones para que sus derechos, y los derechos colectivos "de los pueblos" se hagan efectivos.

Por último, existiría una tercera generación de derechos humanos o derechos constitucionales que son los de incidencia colectiva, que fueron incorporados en la reforma de 1994 a la Constitución argentina. Son aquellos que protege a los colectivos que no son ni los "individuos" ni los "pueblos", de afectaciones contra sus derechos comunes. Así, por ejemplo, los derechos que se refieren a la protección del medio ambiente, cuyos beneficiarios serán las generaciones futuras, los derechos del consumidor y el usuario, cuyos beneficiarios son un colectivo difuso, o el derecho al libre acceso a la información (por el cual se puede exigir a la autoridad que haga pública la información que administra).

Sin embargo, la clasificación de los derechos humanos en diversas generaciones ha sido cuestionada desde distintos autores.

Actividades

Para pensar...

Comisión de Educación APDH, *¿Qué es esto de los derechos humanos? Apuntes para una reflexión crítica: historias, documentos, conceptos y actividades*, Buenos Aires (2008)

Teoría de las tres generaciones de derechos

Esta teoría es muy usada con fines pedagógicos, porque es sencilla y clasifica los derechos humanos en tres tipos diferenciados:

- los derechos de primera generación (los enumerados en el PIDCP)
- los de segunda generación (los que enuncia el PIDESC)
- los de tercera generación, difusos, de los pueblos, de la solidaridad o colectivos (que se comienzan a discutir a partir de los años 60 y que abarcan, entre otros, el derecho a la paz, al desarrollo sustentable, a la preservación del medioambiente, el derecho de los consumidores, el derecho a la convivencia armoniosa entre las diferentes culturas, entre otros).

Hoy se estaría hablando de derechos de cuarta generación (garantías frente a la manipulación genética o el derecho a la verdad, aunque no hay consenso en esta clasificación).

Lo interesante de esta forma pedagógica de enseñar los derechos es que refleja la progresividad y la irreversibilidad producto de la lucha y conquista de los pueblos.

Pero esta teoría es criticada desde hace muchos años por varios motivos. Uno de ellos, indica que los dos primeros grupos de derechos no son generaciones sucesivas pues ambos estaban en la DUDH y aunque se hayan legislado en forma de dos pactos, ambos se adoptaron en el mismo año (1966). Considerarlos dos generaciones sucesivas es un error cronológico. Además, podría llevar a inferir erróneamente que primero deben ser garantizados los civiles y políticos, luego los económicos sociales y culturales. Aún si ambos pactos hubieran nacido en ese orden cronológico, sería incorrecto considerar que los primeros son prioritarios y el resto postergables. **Esto va en contra de una de las más importantes características de los derechos humanos: la integralidad. Mal interpretada podría brindar argumentos para que un Estado considere que cumple sus obligaciones garantizando solamente a la llamada primera generación de derechos. Diversos sectores dominantes la utilizan de esta forma con el fin de desligar al Estado de sus responsabilidades.**

Es importante tener en cuenta que si se utiliza esta teoría con fines pedagógicos, se debe aclarar siempre que todos los derechos son iguales e impostergables: la violación de uno (o el no respeto y promoción) impide el respeto de los otros.

Extracto de "La doctrina de las 'generaciones' de derechos humanos" (Pinto, 1997)

Una doctrina, hoy profusa y con bastantes años en su haber, postula la existencia de distintas "generaciones" de derechos humanos que se habrían sucedido en el tiempo. Su virtud sería facilitar la comprensión del objeto de estudio en las coordenadas de tiempo y espacio así como distinguir por la diferente calidad de derechos y deberes.

De esta manera, los derechos de primera generación serían los denominados civiles y políticos. Su consagración se habría dado en el período del constitucionalismo clásico, fines del siglo XVIII y siglo XIX. Trataríanse de derechos cuya exigibilidad por la persona humana es inmediata y para cuya satisfacción se requiere un no hacer o conducta de abstención por parte del Estado.

Por el contrario, la segunda generación correspondería a los derechos económicos, sociales y culturales, cuya cristalización se habría dado desde los primeros años del siglo XX con el movimiento del constitucionalismo social. Serían derechos de realización progresiva que exigen un hacer o conducta de acción del Estado.

Finalmente, la tercera generación de derechos humanos no sería aún de lege data y comprendería los derechos de solidaridad.

Las objeciones que encuentro respecto de esta enfoque son múltiples. La explicación se hace a la luz de situaciones que no refieren a derechos humanos propiamente dichos [...] sino más bien a libertades públicas. Por otra parte, la elección de la variable es caprichosa. Si en lugar de computar el derecho interno se tratara del derecho internacional, podría afirmarse que los derechos económicos, sociales y culturales tuvieron tratamiento y positivización internacional mucho antes de la Segunda Guerra Mundial.

Así, puede decirse que las Declaraciones de Derechos —la Universal de Derechos Humanos y la Americana de Derechos y Deberes del Hombre— enunciaron derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y, respecto de estos últimos, ellas son la norma sustantiva que permite el reclamo.* Asimismo, en todos los casos —civiles, políticos, económicos, sociales y culturales— hay aspectos o contenidos de los derechos protegidos de exigibilidad inmediata. Tampoco es claro que la abstención del Estado satisfaga el objetivo de la resocialización de las penas privativas de la libertad o del derecho a la jurisdicción si el número de jueces, por ejemplo, no es el adecuado a la población del país, menos aún puede decirse que en lo económico, social y cultural todo deba ser fruto de un hacer. Cuando los estándares logrados son más favorables que los mínimos previstos en la norma, toda medida regresiva es violatoria de las normas. Finalmente, la consistente doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, decididamente impulsada en la Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, se ve muy contrariada con la doctrina de las generaciones de derecho.

* Véase Pedro Nikken, "El régimen jurídico de protección de los derechos económicos, sociales y culturales", en J. Ordoñez y E. Vázquez (comps.), *Derechos económicos y desarrollo en América Latina*, San José, IIDH, 1991, p. 16.

3.3. La incorporación de normativa internacional de derechos humanos en la Constitución argentina

Si bien en las páginas siguientes analizaremos otros aspectos de la Constitución argentina, consideramos oportuno introducir acá el tema de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos.

Como hemos mencionado en los apartados anteriores, los tratados más importantes en materia de Derechos Humanos han sido incorporados en la reforma de 1994 (inciso 22 del artículo 75), a través de la cual se les otorga "jerarquía constitucional". A partir de ese momento, esos tratados taxativamente enumerados estarán por sobre las leyes nacionales y el resto del ordenamiento infraconstitucional, y al mismo nivel que la Constitución Nacional. En el apartado siguiente haremos referencia a las implicancias de esta forma de organización de las leyes.

Con respecto a estos tratados de derechos humanos que sí tienen jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 se deja la necesidad y obligatoriedad de su aplicación fuera de toda discusión, el resto de la normativa está en relación de subordinación con respecto a ellos.

Estos tratados son, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional:

- la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;
- la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;
- la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes;
- la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La Constitución Nacional aclara específicamente que "tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

Respecto del resto de los tratados, pactos y convenios que firma el Estado Argentino con otros sujetos de derecho internacional (Estados u organizaciones) en su primer parte el artículo 75, inciso 22 consigna: "Corresponde al Congreso [...] Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales [...] Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Además, se deja abierta la posibilidad de otorgar a otros tratados la **misma jerarquía**, previa aprobación y voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Esto implica reconocer jerarquía constitucional sólo a los tratados de derechos humanos taxativamente enumerados en el segundo párrafo del artículo 75 inciso 22. El resto de los tratados y concordatos celebrados o receptados tendrán jerarquía superior a las leyes, pero no se encontrarán al mismo nivel que el texto constitucional. Salvo que el Congreso lo establezca de manera expresa por el medio específicamente estipulado a tal efecto en el mismo artículo constitucional.

Por esto, una discusión no cerrada se produce a nivel del derecho internacional público. Pues mientras que para la ley del país, la constitución es superior a los tratados internacionales no constitucionales, para el orden internacional, el tratado con los otros países es exigible sin importar qué diga la normativa interna (y la Constitución Nacional es normativa interna).

4. La Constitución argentina y orden político jurídico

En este apartado analizaremos el sistema político federal y el orden político-jurídico que se derivan de los principios asumidos en la Constitución.

• El texto completo de la Constitución Nacional puede consultarse en: <http://www.infoleg.gov.ar>.

• Todas las convenciones, pactos, tratados y declaraciones Internacionales sancionadas en el marco de Naciones Unidas pueden consultarse en castellano en:

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/>

• Los documentos normativos básicos en materia de derechos humanos en el sistema Interamericano pueden consultarse en:

<http://www.cidh.org/basic.esp.htm>.

4.1. El sistema político federal

Sin profundizar mucho en el tema y para dar una noción mínima, el Estado es una organización social que pretende ser soberana, cuya autoridad está institucionalizada (cuenta con instituciones como garantía de su poder de coerción), sobre un territorio en particular y sobre una población particular (cuando la población es una "nación" y se supone que el Estado la representa, hablamos de "Estado-nación").²

El concepto de federalismo hace referencia a un modo particular de organización de estos elementos, por la cual el ejercicio del poder se halla descentralizado (no concentrado en un único núcleo) en varias organizaciones estatales que se suponen originariamente soberanas (en nuestro caso las provincias, en otros, simplemente se llaman "estados"), pero se reconoce a una (el "Estado federal") como superior a las demás y unificadora de ellas. Un Estado federal implica la coexistencia de un gobierno central, soberano (en nuestro caso, soberano por delegación de los estados provinciales), en el cual existe una división de poderes y gobiernos locales, que gozan de autonomía pero no de soberanía. A esta organización se opone el estado unitario, en el cual la descentralización es meramente administrativa, puesto que el poder se ejerce desde un único núcleo.

Del gobierno central emanan normas, y lo mismo ocurre en los gobiernos locales. La clave para su convivencia radica en la subordinación de ambos ordenamientos jurídicos a las disposiciones de la constitución federal (en nuestro caso, la Constitución Nacional), que las cohesiona, les da coherencia, y la cual es a la vez base y cúspide del plexo normativo estatal.

² En teoría jurídico-política se suele hablar de "nación" como en otros términos podría referirse a un "pueblo", una población que se reconoce como parte de un mismo grupo, etnia, una unidad cultural, etc. Pero al hacerlo se la coloca tácita o explícitamente como la contrapartida "civil" del Estado (organización política que la conduce), la población que le da su fundamento y su fuente de legitimidad. Los orígenes de ambas acepciones son comunes y se determinan entre sí. Los Estados suponen ser el emergente y la cabeza de una "nación/pueblo": por ejemplo, "la nación francesa" (entendida como "el pueblo francés") es —en la teoría— el prerequisite de existencia del "Estado francés". Pero cuando en un proceso histórico se cierran las fronteras de un territorio a fuerza de espada, se demarca y se proclama una unidad política soberana (no sometida a ninguna otra), se impone un idioma y se ponen en marcha políticas de generación de identidad común en ese territorio, se está construyendo una "nación" (no hay naciones "naturales" sin un proceso histórico-político de construcción). En nuestra historia esto queda más claro. Los chaqueños, por ejemplo, forman parte de la "nación" argentina porque ese territorio fue conquistado por el Estado argentino. Y antes de eso, los grupos indígenas ¿formaron parte o no de la "nación argentina" que se pretende que es la contrapartida sustantiva del "Estado argentino"? Y el sur del país, ¿por qué forma parte del estado argentino, si pertenecía a "naciones" nativas que supuestamente nada tenían que ver con los que poblaban las ciudades? Y las preguntas pueden continuar.

En la lógica histórica-juridicista se reconoce el origen del nuestro sistema federal en el poder constituyente, que es el poder originario que dicta la primera constitución, y al que se da nueva vida cada vez que se convoca una convención constituyente (como en la reforma de 1994). Sólo ese poder supremo, que surge de una asamblea nacional especial, convocada al efecto, tiene el poder de modificar la Constitución Nacional original, y aún así, dentro de ciertos límites. El poder constituyente de un Estado federal transforma una pluralidad de soberanías en una sola.

En nuestro sistema, según el pacto de estos poderes que en ese momento eran soberanos (las provincias), se unen todas en un solo poder soberano único, que se construye a partir de la suma de las partes de las potestades originarias *delegadas* por igual, por todas y cada una de las provincias, en este nuevo poder soberano. Así queda constancia en el Preámbulo de la Constitución Nacional:

Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente *por voluntad y elección de las provincias que la componen*, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

Y aunque la realidad histórica nos habla de guerras, matanzas y luchas de intereses económicos entre las provincias y sus principales poderes y familias, que terminan en la firma de estos pactos —la más de las veces forzosos para quienes han perdido las batallas—, esta ficción jurídica de un comienzo original es de una fuerza política tal que ha servido para dar base a la unión política de todas estas estructuras (y sujetos políticos) tan distintas, tan desiguales por un siglo y medio. **Este pacto es a la vez un armisticio entre las fuerzas políticas y un compromiso de limitar el enfrentamiento a las vías políticas reconocidas y legitimadas en el pacto** (por ejemplo, en el Congreso para dictar las leyes del país, estando sus fuerzas representadas porcentualmente; en la conducción política del país que ejerce un gobierno unificado elegido por sufragio universal; en los tribunales como lugar de resolución de conflictos). Pero tan importante es el cúmulo de principios que se establece y reconoce en ese pacto fundador, que nadie, ni siquiera quienes los han violentado sistemáticamente (como los dictadores), han osado hacerlo explícitamente en

sus discursos (siempre se han justificado en la defensa de estos principios, y han negado su violación). Por ello, aunque su nacimiento de la libre voluntad de sujetos soberanos es una ficción jurídica, es una ficción jurídica que siempre es preferible defender y sostener, particularmente por la importancia práctica y ética de la vigencia de sus postulados. Una tregua forzosa, una contención al enfrentamiento abierto, una limitación formal a la fuerza, siempre operan en dirección a la igualdad, pues las fuerzas puras, los "poderes salvajes", siempre tienen más libertad de someter y atacar en un régimen de facto no constitucional, rompiendo su corset legal, su "jaula de hierro" que obliga a tomar en cuenta y dar su cuota de poder a los otros poderes e incluso a los ciudadanos y habitantes no representados por ellos.

4.2. Orden político-jurídico

Los Estados modernos nacen, entonces, como repúblicas, una vez que se establece que la norma superior que lo justifica y explica no está establecida por un rey, o por Dios, o por su ascendencia divina, sino que su fuente de legitimidad es el hombre y el valor intrínseco a él que preexiste al Estado, hombre que delega ciertas libertades en un contrato mutuo (el contrato social). Esta delegación ficticia en los Estados federales, es el correlato de un historial por el que Estados que se afirmaban soberanos pactan su unión delegando la soberanía en una estructura que los engloba a todos ellos. Este contrato sí está corporizado en un documento, que es esa constitución o Carta Magna.

En la lógica del contrato social, en los Estados federales, el contrato original ha sido firmado simbólicamente por los hombres libres en cada provincia, y luego las provincias, como sujetos soberanos constituidos, han firmado un segundo pacto por el que se crea el Estado nacional o Estado federal, y a sus normas superiores deberán someterse en las áreas en que le han delegado su soberanía.

Cabe entonces preguntarse ahora por el lugar de las otras normas. Las de la "vida cotidiana", las que, a partir de esa constitución, regulan la vida práctica de las personas y de las instituciones.

4.2.1. La pirámide jurídica

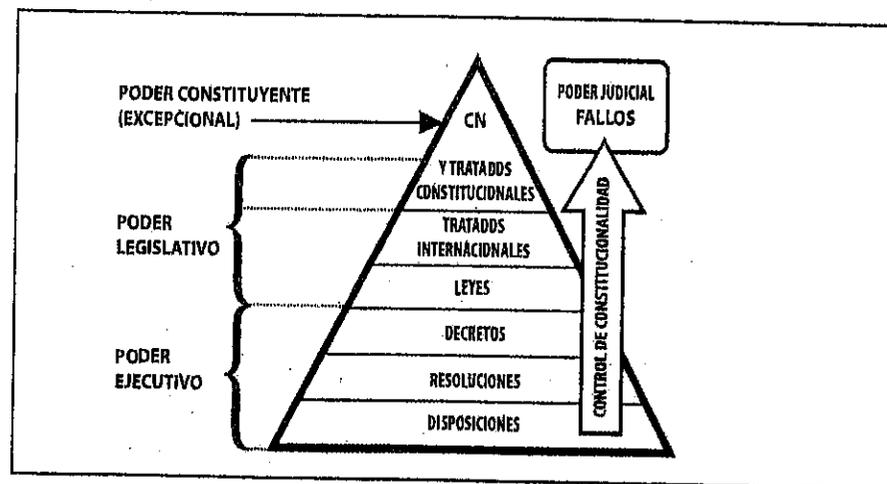
Los Estados modernos y las sociedades modernas son estructuras muy complejas. Hay infinidad de niveles de funcionamiento, desde la persona individual hasta esa gran

persona colectiva imaginaria que es el "Estado". Todos estos actores de todos estos niveles interactúan entre sí y con otros de otros niveles. Lo cual genera necesariamente y entre otras cosas, mucho conflicto. Para que esa estructura se sostenga a lo largo del tiempo con cierta estabilidad se requiere un grado de coordinación y regulación tan complejo que ningún jurista ni abogado podría conocerlo en todas sus instancias.

Es decir que junto con la estructura burocrática-estatal moderna y la aún más compleja estructura social, hay toda una estructura regulatoria formal (es decir de normas jurídicas), que se supone, debe sostener, regular, dar estabilidad y a la vez dinamismo a las múltiples interacciones que en ella se producen. A nivel legislativo, bajo la Constitución están los *Tratados* con Estados soberanos extranjeros y luego las *Leyes* (Nacionales) del Congreso. Estas leyes requieren de una reglamentación para hacerse aplicables; he aquí la función de los *decretos* del Poder Ejecutivo. Estos decretos se ponen en marcha en el área ministerial que corresponda mediante *resoluciones*, que se ejecutan en disposiciones. Todos los conflictos entre estos órdenes normativos, entre una persona y ellos, y entre una persona y el Estado o agentes de él, se resuelven en el Poder Judicial, quien se pronuncia mediante sus fallos.

Una estructura jurídica tan compleja depende para ser efectiva y entendible de ciertos principios de ordenamiento. El más importante de ellos es la cadena de **legitimidad vertical** de las normas jurídicas.

La validez de cualquier norma jurídica depende de que sea dictada conforme los mandatos políticos generales de fondo y de forma que fija la norma superior del país. En nuestro caso, esta norma superior y condición de legitimidad es la Constitución Nacional, incluyendo en ella a los *Tratados* con rango constitucional.



En este texto fundador de la organización política del país se fija la estructura de las instituciones del Estado, su división, sus funciones, los objetivos mismos de su existencia, etc. Toda norma dictada fuera de ella es de inferior jerarquía, y debe respetar estos principios fijados en ella. Es decir, debe responder a los objetivos que la Constitución Nacional fija como legítimos, ser dictada por el órgano que ella indica competente, de la forma que allí se indica como válida. En el artículo 31 se observa su carácter de norma fundacional y fundamental de toda la estructura política del país: "esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley Suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales [...]". Del juego de esta norma, capital para la cuestión de la supremacía normativa, con los artículos 5, 27, 28 y 99 inciso 2° del mismo ordenamiento, se deduce la jerarquía normativa vigente.

En la introducción al pensamiento jurídico esto se suele graficar como una pirámide, en la que en la punta, a la cabeza, está la norma constitucional, luego los Tratados en general, a nivel medio las leyes nacionales (del Poder Legislativo), y luego los decretos del Poder Ejecutivo (y resoluciones y disposiciones) y la normativa reglamentaria. Pero esto vale para todos los actos públicos. Todo acto público tiene su fuente de validez en una norma, que a su vez puede tenerla en otra y así, hay una "cadena de legitimidad" de la norma, cuyo fin último y principio es la Constitución Nacional. Es decir, un fallo judicial, por ejemplo, también debe ser tomado fundado en una ley, que a su vez debe ser coherente y surgir a partir de la Constitución. Como veremos, el Poder Judicial será quien tenga la función de corregir esta incoherencia cuando ocurra.

4.2.2. Legislación de fondo y de forma

A los efectos de la unidad federal, nuestro régimen constitucional se basa en que las provincias, originariamente Estados soberanos, delegan su soberanía sobre cuestiones de fondo al Estado nacional. Es decir, que es condición originaria y fundamental de nuestro sistema legislativo que la legislación sustantiva sea materia de ese Estado. Las leyes de forma o "adjetivas" son potestad de las provincias porque en nuestra organización política federal, las provincias sólo delegan algunos aspectos de su soberanía en el Estado federal, conservando todas las facultades no explícitamente delegadas. La legislación de fondo es la legislación que resuelve la pregunta del "qué". Es decir, define sobre el fondo

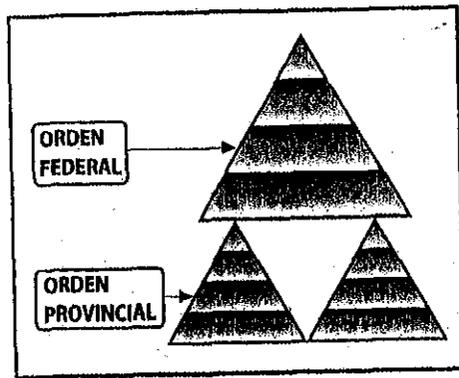
de las cuestiones. Las leyes de derecho sustantivo o de fondo, que establecen las reglas generales sobre el fondo de los conflictos, son el *Código Civil* (regula los derechos básicos de la persona, las relaciones de familia, de la propiedad individual, las deudas, la herencia, etc.), el *Código de Comercio* (regula los actores y las reglas de toda relación comercial), el *Código Penal* (establece qué conductas son delitos y qué pena debe aplicarse y cuándo no debe aplicarse), las leyes nacionales laborales, de la organización administrativas del Estado, de la educación, de los derechos de los niños y jóvenes, etc. Por ello, hay un sólo Código Penal, o Civil o de Comercio para todo el país. Luego estas leyes suelen requerir decretos del Poder Ejecutivo para ser ejecutadas. Por supuesto, como ya lo vimos, un decreto nacional, debe respetar la ley, que a su vez debe respetar la Constitución Nacional (y los tratados) para ser válido.

La forma en que esos conflictos son resueltos o procesados por los tribunales está regulada en leyes procesales, adjetivas o de forma, que varían en cada provincia (así, por ejemplo, en cada provincia hay un Código Procesal Penal, un Código Procesal Civil, etc.). Los códigos procesales que se corresponden con las materias de los de fondo son la legislación "de forma" y en nuestro orden constitucional son facultades originarias y no delegadas de las provincias. Resuelven las preguntas del "cómo". Es decir: ¿Cómo se implementa la ley de fondo en cada provincia? ¿Quién lo hace? ¿Con qué criterio lo debe hacer?³

Cada provincia conserva autonomía y por ello conserva su propia Constitución, que es fruto de una asamblea constituyente provincial. Su normativa interna sigue la misma estructura que la nacional. La ley la dicta un parlamento, los decretos un Poder Ejecutivo, y las funciones jurisdiccionales de interpretación de la ley las tiene un Poder Judicial. A la vez todos los actos públicos deben seguir la misma cadena de legitimidad respecto de la Constitución de la Provincia (el decreto debe ser consistente con la ley, la ley -o el fallo judicial- debe ser consistente con la Constitución, etc.)

Sin embargo, los principios y garantías de la Constitución Nacional (y los tratados de rango constitucional) rigen en todo el territorio nacional y es por eso que deben ser respetados por las leyes provinciales. Es decir que aunque las provincias organicen su "cómo", esto no puede afectar al "bloque constitucional" federal de garantías (y muchas de estas

³ En las materias que estamos analizando en este capítulo, todas las leyes provinciales son de forma. Existen sin embargo otras leyes sustantivas que no hacen al régimen nacional sino al provincial porque la materia que regulan es propiamente provincial (por ejemplo, los códigos contravencionales, que señalan las infracciones de conducta más leves que los delitos -las que, se supone, afectan a la convivencia- y que pueden establecer penas de multa o de hasta tres meses de prisión).



garantías se refieren a la cuestión del “cómo”). De otra forma, la norma o práctica que lo haga será inconstitucional. Así, una norma provincial para ser válida debe ser constitucionalmente válida a nivel provincial y a nivel nacional. O lo que es lo mismo, pueden ser inconstitucionales por violar la Constitución de su Provincia o de la Nación. Y a la vez, si la Constitución Provincial entra en conflicto con la Nacional, prevalece la Nacional.

El conflicto normativo ocurre cotidianamente y con bastante frecuencia. Ocurrió, por ejemplo, en el sistema penal, masivamente, en la provincia de Buenos Aires entre los años 2000 y 2001. El entonces gobernador Ruckauf había hecho campaña electoral los años anteriores bajo la promesa de endurecer las leyes penales, pero como hemos visto, las leyes penales son “de fondo” y por lo tanto son dictadas por el Poder Legislativo nacional, no provincial. Entonces al asumir impulsó una reforma del Código Procesal Penal (que sí es materia de legislación provincial) para que se aplique la “prisión preventiva” generalizadamente para los imputados de algunos delitos, e incluso en algunos casos que se aplique como si la imputación del delito fuera distinta a la hecha por el fiscal. Por ejemplo: si el fiscal acusaba por tentativa de robo, el juez debía considerar que era un robo consumado, es decir no un intento de robo sino un robo realizado. Como veremos luego con más detalle, la prisión preventiva es una medida cautelar que se aplica a alguien que no es considerado legalmente culpable, y sólo se debe aplicar cuando es necesaria para poder continuar con el proceso. Esto está explícito en varios tratados internacionales, en la Constitución Nacional y en la Constitución Provincial. Con lo cual era absolutamente carente de sentido que el juez estuviera obligado a aplicarla en todos los casos, tal como decía la ley. Por otro lado, resultaba absolutamente arbitrario disponer una medida así sobre un imputado por un delito, como si estuviera imputado por otro más grave. Y hay un principio constitucional general que es que los actos públicos no pueden ser irracionales ni arbitrarios.

Esas promesas electorales se transformaron en las Leyes 12.278 de abril de 1999 y 12.405 de marzo del 2000 de la Provincia de Buenos Aires. Pero a los pocos meses de que algunos jueces comenzaran a aplicar esas leyes y a dejar detenidos y presos preventiva-

mente a muchos imputados que no correspondía, los abogados comenzaron a plantear la inconstitucionalidad de los artículos de esta reforma en los casos concretos en que perjudicaba la situación de sus defendidos. Apelaron hasta que los tribunales superiores comenzaron a afirmar que efectivamente la medida era inconstitucional, sea por arbitraria, sea por vulnerar el principio de que un inocente no debe sufrir privación de libertad salvo en casos excepcionales. La inconstitucionalidad podía ser solicitada y declarada sea por contravenir a la Constitución Provincial, a la Constitución Nacional o a ambas al mismo tiempo. Actualmente, la mayoría de los artículos de estas leyes se encuentran reformados.

Este ejemplo no es un caso aislado o excepcional. **En la práctica es común observar que un empleado o funcionario público cumpla con un reglamento aprobado por un decreto, o una ley aunque estos estén en contra de algún principio constitucional.** Ocurre que estas normas de carácter inferior suelen ser más específicas y permiten resolver los problemas cotidianos, funcionando como una guía de pautas para los funcionarios y empleados públicos, que se naturaliza. En cambio pocos operadores conocen el texto a nivel constitucional o le encuentran practicidad. Por eso muchas decisiones de operadores del Estado (empleados y funcionarios) en cualquiera de sus ramas, pueden parecer caprichosas, resultar llamativas o –lo que no es raro– ir en contra del mandato superior, demasiado “abstracto” y lejano para que se internalice en la práctica cotidiana. Muchas veces no conoce la ley constitucional, muchas otras no las tiene en cuenta, ni encuentra relación con su trabajo concreto. Por eso, como ya adelantamos, alguna de estas prácticas de un funcionario público, basada en alguna de estas normas menores, puede estar en colisión con algún principio constitucional. **Es decir que, en cuanto a su vigencia efectiva, a su peso en la realidad concreta de las prácticas, el orden de prioridad es exactamente inverso al orden jerárquico formal: mientras más específica y cotidiana más poder regulador tiene sobre la conducta de la persona a la que se dirige. Mientras más general y abstracta, menor es su eficacia reguladora.**

4.2.3 Control de constitucionalidad

Para compensar este defecto, toda incoherencia entre las normas superiores e inferiores ha de ser superada a través del “control de constitucionalidad”. En nuestro país esto es una potestad de todos los jueces, que se resuelve frente a una afectación concreta de un interés o derecho de un particular. Por eso se dice que este control es “difuso”. El objetivo del mecanismo es reducir las discrepancias entre la Constitución Nacional y el resto del

ordenamiento jurídico, ordenando que la norma no sea aplicada en el caso específico en que su aplicación contradiga el mandato constitucional.

Aún así, como vimos en el ejemplo, también puede ocurrir que un juez dicte una resolución inconstitucional (por ejemplo, basado en un artículo de un código procesal que en ese caso produce una situación inconstitucional para una persona). En ese caso los jueces superiores pueden declarar la inconstitucionalidad de la interpretación de la norma que hace ese juez o de la norma misma en la que se basa.

Un ejemplo reciente de control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema hacia una resolución del propio Poder Judicial lo hemos tenido en el año 2009 con el Caso Arriola: un juez (como tantos otros, como tantas veces durante muchos años), procesó a varios jóvenes por el delito de “tenencia de drogas para consumo personal” previsto en la Ley de Estupefacientes 23.737 por tener en sus bolsillos, entre sus ropas, unos “porros” de marihuana (uno de los jóvenes se apellidaba Arriola y con ese nombre se conoció el caso). Pero en esta ocasión quedaba claro que la tenencia no se ostentaba en público, ni se estaba consumiendo la droga en público. Los jóvenes admitieron ser fumadores de marihuana.

Los abogados de los procesados apelaron y presentaron recursos hasta llegar a la Corte Suprema de la Nación. Y ésta, en función del principio constitucional “de reserva”, que dice que **las acciones privadas que no afecten a terceros no pueden perseguirse penalmente** (y que, entre otras fuentes, se lo encuentra en el ya citado artículo 19 de la Constitución Nacional), declaró que el procesamiento era inconstitucional y lo dejó sin efecto.

La Corte no dijo que el tipo penal de “tenencia de droga para consumo personal” era inconstitucional *per se*, sino que es inconstitucional el fallo del juez que aplica esa figura para aquel que consume en privado o tiene la droga en privado, sin afectar a nadie.⁴

⁴ Estrictamente el fallo sólo vale para ese caso en particular, no fija una ley general, ni obliga a los jueces inferiores a decir lo mismo. Pero se supone que los tribunales inferiores se irán adaptando al criterio de la Corte, pues de otras maneras los casos similares sobre los que juzguen, en caso de fijar un criterio distinto, serán apelados hasta la Corte, y eventualmente revocados. En este sentido es importante remarcar que en el caso se valoró que el tenerlo entre los bolsillos no es lo mismo que consumirlo en público. En el caso no se exhibía ni la droga ni su consumo. Y por eso era claramente una acción privada. El fallo no resolvió sobre los casos en que alguien consume o tiene estupefacientes, por ejemplo, en una fiesta o en la calle. Ese caso no es similar en el dato —muy relevante— que no se hace en privado sino en público.

5. Proteger los derechos

5.1. Vías constitucionales para hacer operativo un derecho

Si bien cómo se hace un planteo judicial, y cómo se acude a los superiores, está regulado en la legislación “de forma” por cada provincia, la misma Constitución Nacional prevé mecanismos especiales para corregir una violación inconstitucional al derecho de una persona mediante vías especiales (llamadas también “garantías”, en sentido estricto, pues son las vías por las cuales se puede cuidar el resto de los derechos). Estos mecanismos son:

- Hábeas corpus
- Acción de amparo
- Hábeas data

El más reconocido universalmente y de antiguo origen es el hábeas corpus. Básicamente podríamos decir que es una acción judicial que cualquier persona puede interponer (en una presentación) ante un juez, a favor de cualquier otra, para evitar que pierda su libertad por parte de funcionarios del Estado (“hábeas corpus preventivo”), para recuperar la libertad cuando ha sido ilegítimamente privado de ella por agentes del Estado, o para corregir privaciones de derechos que se le aplican ilegítimamente como parte de la privación de libertad (“hábeas corpus correctivo”), es decir, por un “agravamiento ilegítimo de sus condiciones de detención”. Si su privación de libertad no está en competencia de un juez específico, o la dilación impide llegar a ese juez, se puede interponer ante cualquier juez, en cualquier momento, y es de trámite urgente. Surge de la tradición jurídica, de la interpretación del artículo 18 de la Constitución Nacional (ningún habitante de la Nación puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente), y como garantía explícita se la encuentra en el artículo 43 de la Constitución Nacional: “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”. Se encontraba, además, antes, legislado en la Ley 23.098 (1984): “corresponde hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública, que implique la limitación o la amenaza de la libertad ambulatoria, sin orden escrita de autoridad competente; siendo igualmente, el caso de accionar por hábeas cor-

pus, cuando se diera la circunstancia de que se agravara ilegítimamente, la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad”.

La acción de amparo es también una vía sumarísima (urgente) por la cual una persona puede pedir que se lo proteja frente a una lesión ilegítima de un derecho por parte del Estado (aunque en algunos casos se admiten también amparos contra particulares). Resulta similar al hábeas corpus, pero no se dirige a proteger la libertad sino cualquier otro derecho particular, y por ello tiene algunas formalidades más, y sólo procede si no hay otra vía posible y si no es una resolución judicial.⁵ Aunque en la Argentina es una creación de la jurisprudencia, tuvo recepción en la Constitución de 1994. Así, el artículo 43 establece que “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

Además, se encontraba legislada en similares términos en la ley 16.986 (1966) que establece que “será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus”.

Una novedad en estas vías constitucionales para garantizar derechos, en el mismo artículo, es la que hace referencia a los **derechos colectivos**: podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Finalmente, en similar sentido, la acción de **hábeas data** prevista en el mismo artículo constitucional como un caso especial de Amparo, protege la información sobre uno mismo y su uso aún de parte de los privados: “Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o

⁵ El amparo, en principio, no procede contra resoluciones judiciales. Contra ellas hay que usar las vías

actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística” (artículo 43).

Es decir que, por cualquiera de estas vías, mediante una presentación judicial pueden defenderse los derechos de libertad individual, de la información y todo otro derecho constitucional que afecte colectivamente a un grupo concreto o difuso. Ya veremos más adelante dos casos de hábeas corpus colectivos como ejemplo de esto.

5.2. Recurrir a la Corte Suprema y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Poder Judicial también está construido con la imagen de una pirámide. A la cabeza de esa pirámide la Corte Suprema, en el medio las Cámaras –de diferente denominación según el fuero y la provincia– y en la base los tribunales inferiores. Este esquema es tanto federal como propio de cada provincia, teniendo todas ellas una Suprema Corte o Tribunal Superior.

Como dijimos antes, el control de constitucionalidad de un acto jurídico en nuestro país es difuso. Se da caso por caso, activado por el particular que sienta que es víctima de una afectación de un derecho constitucional, frente al juez competente. Cuando esta afectación se da en el transcurso de un proceso judicial, hay vías para reclamar contra la decisión judicial (apelar), frente a jueces superiores, hasta llegar a la Corte Suprema o Tribunal Superior de cada provincia. Y si la afectación es a un derecho garantizado a nivel de la Constitución Nacional, el último tribunal será la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es decir que cuando se afecta este tipo de derechos la Corte Suprema de la Nación actúa como superior del Tribunal Superior de cada provincia.

Cuando esa afectación de ese derecho constitucional (nacional o provincial) no se da en un procedimiento jurídico, sino, supongamos, en un acto administrativo, también hay procedimientos propios de reclamo (procedimientos administrativos), pero como todo acto público es revisable por los jueces, de no haber otra medida administrativa de protección efectiva, se podrá proteger acudiendo a los jueces. De no haber otras vías previstas para ello, al menos se lo podrá hacer con las acciones de hábeas corpus, amparo o hábeas data, según sea el caso (conforme lo vimos en el punto anterior).

Uno de los casos más usuales y fáciles de constatar son los juicios al Estado por el pago de jubilaciones. Supongamos que la ANSES decide no pagar una jubilación o pagar menos de lo que el jubilado reclama. El jubilado presenta un escrito ante la Justicia

quejándose de la decisión. Por lo general se hace a través de una Acción de Amparo, al cuestionar que la decisión afecta un derecho constitucional y que la restitución de ese derecho debe ser urgente. Esto es, en la práctica, simplemente que él y su abogado escriben en un papel lo que ha pasado, y lo que pretenden, si tienen prueba la agregan, averiguan dónde se encuentra la mesa de entradas para presentar el papel, y lo entregan. Se sortea un juez interviniente, y este dispone medidas. Si en razón de ellas, el juez niega el pedido, se puede llegar con recursos de apelación y de queja hasta la Corte Suprema de la Nación. La Corte, si decide que la resolución de la ANSES es inconstitucional, la anulará y ordenará que se le pague la suma correcta. Este tipo de reclamos llega hasta la Corte en miles de casos.

Tradicionalmente, siendo los Estados soberanos, es decir no reconociendo ninguna entidad política jerárquicamente superior, el acceder a la Corte de la Nación era el punto final de la medida de protección. Pero durante el siglo XX hemos vivido también un proceso político por el cual los Estados reconocen que deben articular instancias supranacionales de protección de derechos. Y así se comprometen frente a otros Estados y organismos internacionales a cumplir con ciertos principios de derechos humanos, asumen compromisos específicos al respecto, y crean instancias internacionales de revisión y control de esos compromisos referidos a los derechos humanos. Al inicio de este capítulo, hemos visto el contexto de surgimiento de los tratados internacionales de derechos humanos.

Por medio de la Ley 23.054, el 22 de noviembre de 1969, se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamada Pacto de San José de Costa Rica por la ciudad en la que se adoptó). Por medio de la Reforma Constitucional del año 1994 se le otorga rango constitucional.

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos** establece dos órganos de protección por ella contemplados: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La **Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)** promueve la observancia y defensa de los derechos humanos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica y, además, está facultada para recibir denuncias individuales de los ciudadanos de los Estados signatarios de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Es algo así como el fiscal que recibe la denuncia del particular y que está legitimado para a nivel nacional para exigir el reconocimiento o restablecimiento de su derecho. Pero cuando la demora de resolución en el derecho interno afecta la posibilidad de efectivo cumplimiento del derecho o la garantía, se admite igualmente la competencia.

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)** está facultada para dictar medidas cautelares (en casos de extrema gravedad y urgencia), y resuelve sobre la presentación de la Comisión, luego de escuchar a las partes interesadas. Sus fallos son obligatorios para los países signatarios, que aceptan y reconocen su jurisdicción. La Corte puede así condenar al Estado y ordenarle que proceda de otra manera a favor del derecho afectado. La condena no es penal contra individuos representantes del Estado o la autoridad, sino que es contra el Estado como tal, de naturaleza simbólica y política (y puede tener efectos pecuniarios, claro): su principal costo se paga a nivel de la consideración en la política internacional. Y por ello las condenas suelen ser cumplidas, aunque en algunos casos con mora (y en otros, directamente, se las evade).

Un caso concreto de Intervención de la CIDH y la Corte Interamericana: las penitenciarías de la provincia de Mendoza

Debido al hacinamiento y a prácticas brutales de los operadores penitenciarios, se vivió un incremento de incidentes violentos en el interior de los establecimientos de detención en la provincia de Mendoza los primeros años del siglo XXI.

Las acciones de los propios presos y sus defensores a través de presentaciones individuales y colectivas tuvieron poco efecto.

Con el objetivo de evitar que siga corriendo riesgo la vida de los internos, el 21 de julio de 2004 abogados defensores de los derechos humanos presentaron una solicitud de "Medidas Cautelares" urgentes ante la Comisión Interamericana "para revertir las condiciones que ponían en grave riesgo la vida e integridad física de la población penitenciaria en general". Medidas que fueron concedidas por la Comisión Interamericana, quien requirió al Estado "que adopte en forma inmediata las acciones necesarias para proteger la vida e integridad personal de los internos y el personal penitenciario" y la emplazó a "esclarecer los hechos denunciados y sancionar a los responsables" (Procedimiento número 1231/04 ante la CIDH).

Sin embargo, el Estado argentino (quien debía garantizar el cumplimiento de la medida por parte de la provincia de Mendoza) incumplió la medida cautelar y el 4 de diciembre de 2004 fue asesinado otro interno (su cuerpo fue descuartizado en ocho pedazos que aparecieron dispersos por distintos sectores del pabellón).

A raíz de ello la Comisión se hizo presente para inspeccionar las distintas unidades carcelarias de Mendoza. El informe sobre esta visita fue presentado ante la Corte por la Comisión el 6 de abril de 2005, "expresando su preocupación por las deplorables condiciones de seguridad e higiene de la Penitenciaría, las cuales habrían determinado los nuevos hechos de violencia así como la muerte de varios internos en incidentes no esclarecidos, durante la vigencia de las Medidas Provisionales".

Como resultado, el 11 de mayo de 2005 se celebró una audiencia ante la Corte Interamericana en la que la Argentina se comprometió a mantener la Medidas Provisionales, y a reducir el hacinamiento ampliando medidas alternativas a la prisión.

Pero los hechos de violencia continuaron los años siguientes y lejos de reducirse el hacinamiento, el gobernador de Mendoza en campaña prometió un plan de seguridad que aumentaba el número de encarcelados (ampliando la aplicación de la prisión preventiva).

Elo motivó a que nuevamente abogados defensores de los derechos humanos acudieran ante la Comisión Interamericana a fin de pedir que se pronuncie explícitamente por la continuidad de las medidas cautelares a las que el Estado se había comprometido. En octubre de 2007 las partes (los abogados y organizaciones representantes de los derechos de los presos y el Estado argentino) acordaron una "Solución Amistosa" (tal el nombre del acto jurídico), en la que el Estado se comprometió a establecer la figure del Defensor del Pueblo de Mendoza y una Procuración a favor de las personas privadas de libertad, y a elaborar un Plan de Acción en Política Penitenciaria acompañado de un presupuesto que posibilitase su implementación. Su cumplimiento está, por el momento, incompleto.

La inobservancia del compromiso por parte del Estado argentino podrá traer consecuencias como la condena Internacional (una fuerte pérdida en la consideración pública internacional que puede traer efectos políticos) y la responsabilidad del Estado por los hechos que surjan del incumplimiento (por ejemplo, el deber de indemnizar a las víctimas del incumplimiento de la medida).

Puede consultarse un relevamiento completo del caso en el informe 70/05 de la CIDH: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Argentina1231.04sp.htm>.

Para consultar la situación actual del caso, pueden consultarse los sitios de la CIDH (www.cidh.org) y de Amnistía Internacional Argentina (<http://www.amnesty.org.ar/noticias-y-documentos/archivo-de-noticias/argentina-1>).

Este segundo capítulo se organizó apartir de una revisión de la Constitución Argentina: el sistema político que establece sus principios y garantías, la reforma de 1994 y la inclusión de los tratados de derechos humanos. Analizaremos el sistema político federal y el orden político judicial que resultan de los principios asumidos en la Constitución. Asimismo, se abordará el vínculo entre los vínculos, tensiones y contradicciones entre la normativa constitucional y las legislaciones nacionales y provinciales.

Por último, se analizará cuáles son los mecanismos judiciales (especialmente administrativos) para la protección de derechos en materia penal.

En el capítulo siguiente se retomará el análisis de las normas constitucionales para realizar una lectura crítica de la legislación penal nacional y provincial.

Referencias bibliográficas

- Beccaria, Marqués de (2004 [1764]): *Tratado de los delitos y las penas*, Buenos Aires, Valetta.
- Comisión de Educación APDH (2008): *¿Qué es esto de los derechos humanos? Apuntes para una reflexión crítica: historias, documentos, conceptos y actividades*, Buenos Aires. Disponible en <http://www.apdh-argentina.org.ar/biblioteca/2008/ddhh/index.asp>
- Fonseca, C. y A. Cardarello (2005): "Derechos de los más y menos humanos", en S. Tiscornia y M. V. Pita (eds.), *Derechos humanos, tribunales y policía en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica*, Buenos Aires, Antropofagia.
- Foucault, M. (2003 [1975]): *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa.
- (2007): *El nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires, FCE.
- Pinto, M. (1997): *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto.
- Rousseau, J. J. (1967 [1762]): *El contrato social*, Buenos Aires, Aguilar.

Bibliografía complementaria recomendada

- Zaffaroni, E. R.; A. Alagia y A. Slokar (2002): *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar.
- Keisen, H. (2003): *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba.

Referencias bibliográficas

- Becker, H. (1971): *Los extraños*, Buenos Aires, Tiempo Contemporáneo.
Matza, D. (1981): *El proceso de la desviación*, Madrid, Taurus.
Merton, R. K. (1985): *Teoría y estructura sociales*, Buenos Aires, FCE.
Pavarini, M. (1983): *Control y dominación*, Buenos Aires, Siglo XXI.
Platt, Antony (1983): *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI.
Taylor, I.; P. Walton y J. Young (1997): *La nueva criminología*, Buenos Aires, Amorrortu.

Bibliografía complementaria recomendada

- Anitua, G. I. (2007): *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores Del Puerto.
Baratta, Alessandro (2004): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI.
Rusche, G. y O. Kirchheimer (1984): *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis.



CAPÍTULO 5. El derecho a la educación en contextos de encierro

1. Disciplina y libertad: tensiones en el campo de la educación

1.1. La educación como disciplina

Hemos desarrollado en varias oportunidades la emergencia de las “disciplinas” modernas, alrededor del examen, la vigilancia y la clasificación con un objetivo transformador. La educación, en ese mismo contexto histórico y con esta mirada también es una disciplina normalizadora y transformadora. Y de hecho asistimos por esa misma época a una gran reorganización de la educación como parte del proyecto disciplinario, lo cual le confiere técnicas propiamente disciplinarias (Foucault, 1999).

Pero, a diferencia de otras disciplinas que funcionarán “negativamente”, no podemos ver a estas disciplinas modernas exclusivamente como una forma de producir homogeneidad y sometimiento, sino que también tienen objetivos “positivos” de transformación. Y dentro del ejercicio “constructivo” del poder disciplinario, la disciplina que más potencia este carácter positivo es precisamente la educación.

En un mundo pensado a partir del hombre libre y racional, la educación es también la condición de esa racionalidad, y de esa concepción de libertad. No es cierto que existiera históricamente ese “hombre libre” sujeto del pacto social, o en todo caso, sólo la burguesía obedecía a esa característica. Sin duda no las clases excluidas, ni los campesinos, otrora siervos, ni los proletarios, que no tenían con qué ejercer esa libertad. El hombre libre que se supone requisito de este orden social debía fabricarse, debía

pensarse, inventarse y hubo que poner en marcha mecanismos para crearlo. Pues sólo una sociedad con este modelo generalizado sería incapaz de volver a las viejas formas del absolutismo. Es decir que aunque la educación moderna nazca como una disciplina, es una disciplina que además de "normalizar", y previo a ello, amplía horizontes. La educación (y en este caso la escolarización) es entonces el presupuesto para este nuevo estatus del ser humano en la sociedad: el del ciudadano, sujeto de derechos, aquel que puede pensar en su futuro, aquel que puede comprometerse.¹

A la vez que el hombre moderno internaliza la disciplina y la usa para su propia autodeterminación, amplía su horizonte de libertad y conocimiento. Eso es exactamente el presupuesto de la libertad: conocer todo lo que se puede hacer y gozar, y tener las herramientas para distinguir opciones, para elegir y saber cómo guiarse a sí mismo hacia la opción elegida. La libertad sin educación, la amplitud de conocimiento sin algún grado de autodisciplina, de reflexión sobre posibilidades, medios, metas, disposición de herramientas para ejecutar el plan de vida; no habilita la autodeterminación, y por lo tanto mal podría ser pensada como libertad. La educación siempre conlleva un movimiento doble: mientras transmite pautas y en cierta manera enseña a controlar, también amplía el horizonte, y en este sentido lleva implícita la posibilidad de un recorrido singular del sujeto. Es decir, que aún señalando que la educación es también una disciplina, es una disciplina necesariamente doble: así como normaliza, también amplía: impone controles al mismo tiempo que abre nuevas libertades. Foucault (1999) advierte que el siglo que inventó las libertades también inventó las disciplinas. A la inversa, también podríamos decir que la educación se inventa al mismo tiempo como disciplina y como libertad. En el sueño de los iluministas de una sociedad con la máxima libertad posible y el máximo de beneficio público, el hombre libre y racional sobre el que se puede fundar esa sociedad ideal es necesariamente un hombre ilustrado. Un hombre que amplía sus horizontes al mismo tiempo que aprende a conducir y conducirse.

¹ Conforme lo que venimos diciendo podría pensarse que "sujeto de derechos" es una categoría más amplia que la de "ciudadano", por aquello de que ciudadano fue pensado como el hombre, nacional, adulto y propietario. Pero hoy por hoy la categoría de "ciudadano" ha perdido ese recorte tan selectivo. Ambas categorías incluyen cosas que la otra no. En las repúblicas democráticas actuales, toda persona-sujeto es ciudadano en términos legales, sólo quedan afuera los "ciudadanos" extranjeros, pero estos gozan de los mismos derechos fundamentales, garantizados por la Constitución a todos los "habitantes" del suelo argentino. El vocablo "ciudadano" hoy hace referencia a todo sujeto de derechos en su faz jurídica-política, es decir, haciendo el corte en la dimensión de los derechos políticos. No son sinónimos, ni palabras que se excluyen, sino que hablar de "sujetos de derechos" es hacer hincapié en una dimensión ético-jurídica de la persona, y la otra implica hacer foco en la dimensión jurídico-política de individuo que funciona como fuente y fin de la república.

En este sentido el hombre racional y libre de los pensadores del ciudadano en las repúblicas modernas siempre fue también un ideal, un proyecto incompleto. Pero el único camino para poder transitar esa dirección colectivamente es precisamente la generalización de un hombre que tenga **capacidad de discernimiento y libertad de autodeterminación** (no casualmente este es el presupuesto fundamental de la culpabilidad penal en la escuela clásica). O en palabras sencillas, conocimiento y libertad para decidir sobre sí mismo. Estos son los presupuestos de un sujeto "libre" y racional. Y justamente los presupuestos incompletos de ese orden moderno y libre que soñaron los ilustrados y que nunca terminó de cuajar.

Por ello, apelar a la educación como un derecho no niega su carácter como disciplina, sino que lo potencia pero como una disciplina constructiva y positiva. Y aunque pueda decirse en algunos casos que choca con el ideal de las libertades humanas (como sí lo hicieron abiertamente las disciplinas carcelarias), es también un correlato necesario y hasta un presupuesto de ellas. No es sólo una disciplina, ni sólo un derecho social; sino también, como disciplina, un presupuesto de la vigencia efectiva de la libertad individual; y como derecho social, un presupuesto de la vigencia efectiva de los otros derechos humanos.

1.2. La educación como derecho humano y social

Entender a qué nos referimos cuando hablamos del derecho a la educación implica el necesario reconocimiento de su estatus como derecho humano, confiriéndole las características de universal e inalienable, y su ineludible carácter de bien básico para el desarrollo pleno del hombre, situándonos, por lo tanto, en esa corriente humanista y "axiológica-revolucionaria" del iluminismo que reseñábamos al comienzo. En este sentido, el Estado tiene la responsabilidad indelegable de garantizar la distribución de los bienes culturales con criterio de justicia a toda la población.

Varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), consagran la protección del derecho humano a la educación y establecen algunas de sus características y ciertas pautas necesarias para su realización. Además, otros instrumentos internacionales accesorios a ellos pero que deben ser aplicados por los jueces a la hora de interpretar los alcances del derecho a la educación son los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Resolución 1/08 de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, del 17 de noviembre de 1988).

Analizando todos ellos en su conjunto podemos establecer que el régimen internacional establece que se debe:

1. Garantizar la obligatoriedad y gratuidad de la educación, al menos en un nivel básico.
2. Promover la universalización de la educación secundaria.²
3. Emplear los medios necesarios para asegurar el efectivo ejercicio de este derecho, en tanto obligación de los Estados.
4. Garantizar la adecuada formación de docentes y su capacitación constante.
5. Propiciar la participación activa de los alumnos y sus familias en los procesos educativos.
6. Asegurar la integración e inclusión de todos, a partir de reconocer y respetar la diversidad de los grupos sociales.

La educación concebida como derecho humano es el presupuesto para la creación de políticas estatales que apunten a llevarla y hacerla accesible para todos los sujetos sociales.

La educación es, por último, el mecanismo a través del cual la persona se forma como ciudadano, es decir, adquiere las cualidades necesarias para que esa forma de pensar la ciudadanía anclada en el "sujeto de derechos" opere y sea efectiva mediante su ingreso consciente (e incluso crítico) en una red social de derechos y obligaciones mutuas. Esto no significa que el niño, joven o adulto sin educación formal no sea "persona" o "sujeto de derechos", pero alcanza su completa dimensión política en el plano jurídico y en el social cuando es capaz de pensarse a sí mismo, autodeterminarse, posicionarse, evaluar su presente y su futuro potencial, y tomar conciencia de sus derechos. Por otro lado, en la faz puramente jurídica, es imperativo a la persona conocer el ámbito de legalidad en el cual puede desarrollar su conducta y, también, saber qué es aquello a lo que tiene derecho y cuáles son los mecanismos legales para exigirlo. Por ello decíamos, construye al sujeto capaz de asumir compromisos, de pensar en sus derechos y asumir sus deberes. La educación es el derecho humano a través del cual las personas conocen todos los derechos humanos.

² Estas características provienen de instrumentos internacionales de mitad del siglo XX. En nuestro país, la obligatoriedad se extiende ya hasta el nivel secundario, que debe garantizarse a toda la población según la Ley Nacional de Educación vigente.

Educación y empleo

Graciela Riquelme, investigadora independiente del CONICET, aborda en su artículo "La relación entre trabajo y educación: continuidad, rupturas y desafíos" (2006), la problemática de los trabajadores expulsados de sus ámbitos laborales como consecuencia de la apertura económica en la Argentina, poniendo de manifiesto cuán importante es la educación no sólo para acceder a un puesto sino también para conservarlo. Al trabajador de hoy se le impone la necesidad de capacitarse continuamente, para seguir a la par de los crecientes avances tecnológicos aplicados a los diferentes sectores laborales y adecuarse a la cada vez más pronunciada especialización profesional. En similar sentido, en la conferencia dictada en el Seminario de Derechos Humanos de la Región Nordeste y Litoral, Daniel Filmus expresó que "Los datos muestran que en momentos en que la demanda laboral desciende, la educación se transforma en el elemento más importante para acceder a puestos en el mercado de trabajo [...] entre los desocupados, los que tienen empleos precarios, los que no tienen ningún tipo de protección social, son amplia mayoría aquellos que poseen más bajos niveles educativos" (Filmus, 1996).

¿Cuál es la finalidad última de la educación? ¿Debe la educación adecuarse a las necesidades de empleabilidad del mercado laboral? ¿Qué formas puede asumir el vínculo entre la educación y el trabajo?

La educación, queda claro, impacta en la vida cotidiana y está íntimamente ligada con la posibilidad de alcanzar un desarrollo pleno de cada uno de los individuos.

Defender el derecho a la educación excede el marco del derecho a acceder a la escolaridad. Por supuesto que darle a los niños y adolescentes la posibilidad de estudiar en una escuela es de vital importancia, y el Estado ha de asegurar a todos los habitantes del territorio la gratuidad del sistema educativo, su calidad, la adecuada formación pedagógica de los docentes y un abordaje de la educación con miras a la integración social y al acceso a los conocimientos, procedimientos, actitudes y herramientas que contribuyan a maximizar su calidad de vida. Pero también, ha de destacarse la estrecha vinculación de la educación con el acceso al trabajo, la salud, la formación de la ciudadanía en las responsabilidades cívicas y su importancia para el desarrollo de las instituciones democráticas.

La educación ha sido caracterizada como un derecho social. Esto implica que su defensa encuentra sus orígenes en el constitucionalismo social, surgido a principios del siglo XX. Junto con el derecho al trabajo, a la organización sindical, a la cultura, el derecho a la educación se vislumbró como el mecanismo para materializar aquella igualdad jurídica consagrada en las constituciones del siglo XIX, que no gozaba de una vigencia de hecho. La educación es un facilitador clave para abrir caminos de ascenso social e integración y corregir las desigualdades referidas a las condiciones de índole socioeconómicas, cuando se articula con favorables condiciones del mercado laboral, de acceso a la salud, la promoción social, etc.

Educación y salud

La articulación entre salud y educación se relaciona principalmente con la prevención, entendida esta de acuerdo con la definición provista por la ONU: la adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzcan deficiencias físicas, mentales y sensoriales (prevención primaria) o a impedir que las deficiencias, cuando se han producido, tengan consecuencias físicas, psicológicas y sociales negativas.

La escuela es uno de los ámbitos en los que la educación para la salud tiene aplicación, dado que se ha puesto de manifiesto la actuación del alumno como "agente propagador", al llevar a su hogar la información obtenida en la materia.

Lo mismo ocurre con las campañas publicitarias informativas, dirigidas a todos los estratos de la población. Educar en la prevención contra las enfermedades implica reducción de las posibilidades de contraerlas, disminuyendo en consecuencia el gasto médico para su tratamiento y la posibilidad de colapso del sistema de salud en caso de epidemias de enfermedades contagiosas. Todo esto implica un elevamiento generalizado de la calidad de vida de la población.

Especial atención se dedica actualmente al tema de la educación sexual, prevención de enfermedades de transmisión sexual, anticoncepción y salud reproductiva.

Se podrá retomar y profundizar esta temática en el módulo que aborda de manera específica cuestiones vinculadas a la educación para la salud.

Contenido, alcance y vigencia real del derecho a la educación

Gentil (2009) realiza un recorrido por la situación en la que se encuentra el acceso al derecho humano a la educación en el contexto de América Latina, a sesenta años de su proclamación en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).³ Señala que ha habido marchas y contramarchas en este recorrido: por un lado, se observa una expansión progresiva y cuantitativa del sistema escolar a la vez que un reconocimiento de la educación como derecho en las constituciones y legislaciones educativas de la región. Pero, por otro lado, este proceso de escolarización se ha visto marcado por una "dinámica de exclusión-incluyente", donde los mecanismos de exclusión educativa se recrean y reconfiguran y los mecanismos de inclusión resultan insuficientes o nulos.

El autor sitúa el derecho a la educación en una relación de interdependencia con los restantes derechos: "los que están excluidos del derecho a la educación, no lo están solo por permanecer fuera de la escuela, sino también por ser parte de un conjunto de relaciones y circunstancias que los alejan de este derecho, negándose o atribuyéndose de forma restricta, condicionada o subalternizada. Históricamente, a los pobres se les ha negado el derecho a la educación impidiéndoles el acceso a la escuela. Hoy se les niega este derecho al no ofrecerles otra alternativa sino la de permanecer en un sistema educativo que no garantiza ni crea condiciones para el acceso efectivo a una educación de calidad" (Gentil, 2009: 34-35).

K. Tomasevsky, relatora especial de Naciones Unidas para la educación entre 1998 y 2004, señaló que la noción de educación como derecho afirma la integralidad de los derechos humanos, e la que nos referimos capítulos atrás: "El derecho a la educación pasa por encima de la división de los derechos humanos en derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales por otra. Los abarca a todos" (Tomasevsky, 2002: 3).

¿Qué sentidos asume o puede asumir la educación en los contextos de encierro?

En el marco de la persistencia y aumento de niveles de pobreza y, especialmente, de una desigualdad inédita en la región, la expansión del sistema educativo se limita a una "universalización del

³ En el apartado siguiente se citan extractos de diferentes declaraciones y tratados internacionales que proclaman el derecho a la educación.

acceso a la escuela sin derecho a la educación", convalidando circuitos escolares segmentados y diferenciados (Gentili, 2009: 41).

Asumir la complejidad de esta situación de desigualdad y pobreza educativa, en el marco más amplio del contexto sociohistórico actual, no puede sino invitar a redoblar la lucha por la efectivización del derecho a la educación y en particular, la lucha por "el sentido" de ese derecho, en disputa con las concepciones mercantilizadoras y privatizadoras de la educación que interpelen a los destinatarios de la educación como capital humano y no como sujetos de derecho.

Gentili propone entonces recuperar y ampliar el sentido democratizador presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde la educación se entiende como puerta de acceso a los restantes derechos, tiene un carácter igualitario y esencialmente universal: "no hay derechos por la mitad", no hay "principio de mayoría" que se aplique al derecho a la educación (ni a ningún otro derecho humano): "o pertenece a todos, o no pertenece a nadie" (Gentili, 2009: 50).

¿Cómo conformar ambientes pedagógicos que reconozcan y validen los aprendizajes de los estudiantes y permitan construir herramientas para promover el ejercicio del derecho a la educación más allá de la escuela?

En una clara propuesta de ampliar el contenido y alcance del derecho a la educación como derecho de todos y todas, Rosa María Torres (2005) evidencia que en términos concretos el derecho a la educación se ha visto reducido al derecho a la escolarización de niños y niñas. La autora desafía incluso el contenido del derecho: "se trata no sólo del derecho a la educación sino a otra educación: una educación acorde con los tiempos, con las realidades y las necesidades de aprendizaje de las personas en cada contexto y momento; una educación a la vez alternativa y alterativa, capaz de ponerse al servicio del desarrollo humano y de la transformación social que reclama el mundo de hoy, un mundo que acrecienta la desigualdad social, desprecia la dignidad humana y depreda el medioambiente" (Torres, 2005: 2).

Esta concepción amplia del derecho a la educación, implica reconocer que la escuela es solo uno de los ámbitos donde se producen aprendizajes: "El aprendizaje no se inicia el primer día de clases sino el primer día de vida [...]. Tampoco termina el último día de clases, con la culminación o aprobación de un determinado nivel o la obtención de un certificado de estudios. El derecho a la educación implica hoy derecho a seguir aprendiendo a lo largo de la vida" (Torres, 2005: 21).

La noción amplia del derecho a la educación, por último, al reivindicar la integralidad y la universalidad de los derechos humanos, contiene no solo el "derecho de aprender" sino también el derecho de enseñar: los derechos de los educadores (como trabajadores y también como educandos) son parte indivisible del derecho a la educación de toda la población (APDH, 2008).

En contextos de encierro, la lucha actual no es solo por la ampliación de la oferta, el acceso y el ejercicio del derecho a la educación, sino por la construcción del sentido de educar en estos espacios específicos, más acá y más allá de la lógica del tratamiento regida por un sistema de premios y castigos que caracteriza a las instituciones de seguridad. En estos contextos, a los límites en el ejercicio efectivo del derecho a la educación, se suman tensiones y disputas propias del ámbito jurídico y penitenciario. Sin embargo, la visión amplia del derecho a la educación marca un horizonte a conquistar.

2. Tensiones y disputas ético-políticas en las normas y en las prácticas

Hemos visto que las luchas político-jurídicas se dan en distintos niveles de una pirámide normativa. Y que la validez de una norma inferior depende de su coherencia con la norma superior, estando al tope de la escala la Constitución nacional y los tratados internacionales de rango constitucional. Ahora intentaremos sintetizar el cruce concreto de estas tres líneas problemáticas y normativas en la cuestión de la educación en contextos de encierro: la cuestión penal, la de protección/control de los niños niñas y adolescentes y la de la educación.

2.1. Nivel constitucional e internacional

Primero, a nivel constitucional, varios de los tratados ya mencionados entran en juego.

Para comenzar, la Declaración Universal de Derechos Humanos garantiza la educación gratuita como derecho universal y establece su obligatoriedad, en su artículo 26: "Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos".

De la misma forma, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) en su artículo 13 establece que:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria [...].

También la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) se refiere a la educación como derecho en su artículo 12:

Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.

Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.

Respecto de los jóvenes menores de 18 años, sobre la cuestión de la educación, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990), en su artículo 3 establece que "En todas las medidas concernientes a los niños [...] una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Y entre estos derechos privilegiados, se establece en el artículo 28 que:

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
 - b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
 - c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados [...]
2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

Respecto de los privados de libertad en general, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece en su artículo 2 que "Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Y en su artículo 6 que "Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

A su vez, otros instrumentos internacionales no sancionados como de rango constitucional pero de valor orientativo indiscutible respecto de la interpretación y condiciones de validez de la normativa nacional ratifican principios relacionados con la materia. Por ejemplo, los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas (1990), que es muy claro 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". Y por si quedaran dudas de la educación a este respecto, el principio 6 establece que "Todos los reclusos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana."

También hace esta aclaración específica la Declaración de Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas, de la OEA (2008) en su Principio XIII:

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la educación, la cual será accesible para todas las personas, sin discriminación alguna, y tomará en cuenta la diversidad cultural y sus necesidades especiales.

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.

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos promoverán en los lugares de privación de libertad, de manera progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la enseñanza secundaria, técnica, profesional y superior, igualmente accesible para todos, según sus capacidades y aptitudes.

Los Estados Miembros 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; y fomentarán la cooperación de la sociedad a través de la participación de las asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales e instituciones privadas de educación.

Y respecto de los menores de edad, un documento fundamental lo constituye las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como “Reglas de Beijing”) de 1985, que establece en su artículo 26 sobre “Objetivos del tratamiento en establecimientos penitenciarios” que se debe garantizar:

- 26.1. 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.
- 26.2. Los **menores confinados en establecimientos penitenciarios** recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria –social, **educacional**, profesional, psicológica, médica y física– que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano. [...]
- 26.6. Se fomentará la cooperación entre los ministerios y los departamentos para dar formación académica o, según proceda, profesional adecuada al menor que se encuentre confinado en un establecimiento penitenciario a fin de garantizar que al salir no se encuentre en desventaja en el plan de la educación.

Todas estas reglas son importantes a la hora de la interpretación de la Constitución y los Tratados, es decir, de los significados de los derechos y principios que en ellos se establecen (muchas veces con términos amplios, ambiguos y hasta en apariencia contradictorios). Los jueces deben guiarse por ellas para comprender el significado concreto de un derecho y su necesidad de protección.

2.2. Normativa nacional

Aunque hemos focalizado en la cuestión de los jóvenes por ser un área que se encuentra en el centro de los debates y disputas actuales, el cruce problemático sistema penal / educación se da en todas las franjas etarias. El sistema penal puede operar durante toda la vida adulta de la persona (desde los 16 años) y el derecho a la educación rige durante toda la vida (desde la niñez hasta la adultez), con lo cual la cuestión es, por supuesto, mucho más amplia que la problemática de los niños y adolescentes. Ellos se encuentran en un cruce de tensiones muy particular dentro de este mismo problema, una problemática especial respecto del caso de los adultos.

De acuerdo con la normativa internacional ya reseñada, la Ley Nacional de Educación (ley N° 26.206 de 2006) es clara en establecer la educación como derecho universal y en ponerla en la órbita del sistema educativo. Para comenzar, la universalidad de este derecho queda incuestionable en el texto del artículo 4, que establece que “El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias”.

Por otra parte, la Ley crea la modalidad de “Educación Permanente de Jóvenes y Adultos” que se encuentra “destinada a garantizar la alfabetización y el cumplimiento de la obligatoriedad escolar prevista por la presente ley, a quienes no la hayan completado en la edad establecida reglamentariamente, y a brindar posibilidades de educación a lo largo de toda la vida” (artículo 46). En su artículo 48 enumera los ambiciosos objetivos y criterios que guían la organización curricular e institucional de la modalidad, entre los que se encuentran:

- a) Brindar una formación básica que permita adquirir conocimientos, desarrollar las capacidades de expresión, comunicación, relación interpersonal y de construcción del conocimiento, atendiendo las particularidades socioculturales, laborales, contextuales y personales de la población destinataria.
- b) Desarrollar la capacidad de participación en la vida social, cultural, política y económica y hacer efectivo su derecho a la ciudadanía democrática.
- c) Mejorar su formación profesional y/o adquirir una preparación que facilite su inserción laboral. [...]

- g) Otorgar certificaciones parciales y acreditar los saberes adquiridos a través de la experiencia laboral.
- h) Implementar sistemas de créditos y equivalencias que permitan y acompañen la movilidad de los/as participantes. [...]
- j) Promover la participación de los/as docentes y estudiantes en el desarrollo del proyecto educativo, así como la vinculación con la comunidad local y con los sectores laborales o sociales de pertenencia de los/as estudiantes.
- k) Promover el acceso al conocimiento y manejo de nuevas tecnologías.

En cierta medida, en concordancia con la Ley de Educación Nacional –que crea la modalidad de educación en contextos de encierro como veremos más adelante– y con los tratados internacionales, pero en gran parte también en tensión, la Ley de Ejecución Penal (ley N° 24.660) establece claramente en su artículo 2 que “el **condenado** podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone”. Como vimos, la educación es uno de esos derechos no afectados normativamente por la pena (en principio sólo la libertad ambulatoria debería verse afectada por la pena). Aunque obstaculizado por la práctica penitenciaria, **en términos jurídicos el derecho a la educación debe quedar protegido por esta reserva de derechos “no afectados por la condena”** de la que habla la Ley de Ejecución.

Que la educación es, entonces, también un derecho en el mundo carcelario surge de la misma Ley de Ejecución, pues “El tratamiento del condenado deberá ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo. Toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario” (artículo 5). Como la educación es parte de esos derechos que no deben ser afectados por la pena (y por tanto por el “tratamiento”, que es la forma de ejecutar la pena) la forma jurídicamente correcta de entender este artículo es que la actividad educativa debe tener carácter voluntario. Y si tiene carácter voluntario, no debería tener consecuencias sobre el “éxito” o no del “tratamiento” en el particular vocabulario criminológico. Por supuesto en la lectura penitenciarista (disciplinaria-correccionalista), la educación, o al menos la predisposición del “interno” hacia ella, sí debe ser evaluada como parte del tratamiento.

En la ley también se establece 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). Que “Se impartirá enseñanza obligatoria a los internos analfabetos y a quienes no hubieren alcanzado el nivel mínimo fijado por la ley. El director del establecimiento podrá eximir de esta obligación a quienes carecieren de suficientes aptitudes intelectuales. En estos casos, los internos recibirán instrucción adecuada, utilizando métodos especiales de enseñanza.” 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”.

A su vez, la disposición complementaria prevista en el artículo 137 de la ley establece que “Los servicios educativos de la modalidad de Educación en Contextos de Privación de Libertad son las propias del nivel que corresponda a la población destinataria y podrán ser implementadas a través de estrategias pedagógicas flexibles, que garanticen la igualdad en la calidad de los resultados. Las certificaciones corresponderán a los modelos de la educación común”.

Como vimos, a pesar de la impronta correccionalista de la ley, en cuyo espíritu es posible ver la función educativa (no “el derecho”) dentro de la función correctiva-disciplinaria-tratamental, la misma norma también afirma que se respetan los derechos no afectados por la pena, es decir que deben quedar al margen de las necesidades del tratamiento y su sistema de clasificación e individualización. Sin embargo, la ambigüedad entre una y otra visión de la educación en encierro queda irresuelta, y aquí es posible rastrear varios puntos de tensión que generarán numerosos conflictos en la vida cotidiana de las instituciones penales y, particularmente, del privado de libertad.

Por otro lado, y en lo que respecta específicamente a los jóvenes privados de libertad, la Ley de Protección Integral (ley N° 26.061) coloca claramente la protección de los derechos de los niños y adolescentes por sobre cualquier otro interés (artículo 3). Y entre esos derechos, en el artículo 15 se establece que “tienen derecho al acceso y permanencia en un establecimiento educativo cercano a su residencia [...] Por ninguna causa se podrá restringir el acceso a la educación debiendo entregar la certificación o diploma correspondiente”.

El corolario lógico de considerar a la educación un derecho universal y no una función del mecanismo del tratamiento correccional es que la particular situación de los presos e internados, en lo que a su educación se refiere, esté regulada por leyes de educación y dependa funcionalmente del área ministerial que se encarga de la educación, y consecuentemente que no sea materia regulada por una Ley de Ejecución de la pena (más allá de garantizar los derechos a la educación, como efectivamente hace) ni una función del Servicio Penitenciario o su equivalente en términos de organismo responsable de la seguridad.

Así el capítulo 12 de la Ley Nacional de Educación regula expresamente esta modalidad y está completamente dedicado a esta cuestión:

Artículo 55. La Educación en Contextos de Privación de Libertad es la modalidad del sistema educativo destinada a garantizar el derecho a la educación de todas las personas privadas de libertad, para promover su formación integral y desarrollo pleno. El ejercicio de este derecho no admite limitación ni discriminación alguna vinculada a la situación de encierro, y será puesto en conocimiento de todas las personas privadas de libertad, en forma fehaciente, desde el momento de su ingreso a la institución.

Artículo 56. Son objetivos de esta modalidad:

- a) Garantizar el cumplimiento de la escolaridad obligatoria a todas las personas privadas de libertad dentro de las instituciones de encierro o fuera de ellas cuando las condiciones de detención lo permitieran.
- b) Ofrecer formación técnico profesional, en todos los niveles y modalidades, a las personas privadas de libertad.
- c) Favorecer el acceso y permanencia en la Educación Superior y un sistema gratuito de educación a distancia.
- d) Asegurar alternativas de educación no formal y apoyar las iniciativas educativas que formulen las personas privadas de libertad.
- e) Desarrollar propuestas destinadas a estimular la creación artística y la participación en diferentes manifestaciones culturales, así como en actividades de educación física y deportiva.
- f) Brindar información permanente sobre las ofertas educativas y culturales existentes.
- g) Contribuir a la inclusión social de las personas privadas de libertad a través del acceso al sistema educativo y a la vida cultural.

Artículo 57. Para asegurar la educación de todas las personas privadas de libertad el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología acordará y coordinará acciones, estrategias y mecanismos necesarios con las autoridades nacionales y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con institutos de educación superior y con universidades. Corresponde al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y sus equivalentes provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como a los organismos responsables de las instituciones en que se encuentran niños/as y adolescentes privados de libertad, adoptar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de lo establecido en el presente capítulo.

Artículo 58. Los sistemas educativos jurisdiccionales ofrecerán atención educativa de nivel inicial destinada a los/as niños/as de CUARENTA Y CINCO (45) días a CUATRO (4) años de edad, nacidos/as y/o criados/as en estos contextos, a través de jardines maternos o de infantes, así como otras actividades educativas y recreativas dentro y fuera de las unidades penitenciarias.

Artículo 59. Todos/as los/as niños/as y adolescentes que se encuentren privados de libertad en instituciones de régimen cerrado según lo establecido por el artículo 19 de la Ley N° 26.061, tendrán derecho al acceso, permanencia y tránsito en todos los niveles y modalidades del sistema educativo. Las formas de implementación de este derecho responderán a criterios de flexibilidad y calidad que aseguren resultados equivalentes a los de la educación común.

Un aspecto a resaltar, que diferencia a la normativa que regula el sistema penitenciario de la que regula el derecho a la educación, consiste en que la Ley Nacional de Educación no permite ninguna restricción ni especifica la situación procesal de la persona privada de libertad. El derecho a la educación debe garantizarse a todas las personas en situación de encierro, sin discriminación y desde el momento del ingreso a la institución.

No podemos adentrarnos en profundidad en la normativa específica de cada provincia. Nuestro orden normativo es complejo y, por lo general, muy heterogéneo. Nos contentamos con recordar que como estos principios constitucionales y los derechos establecidos por estas leyes constituyen la normativa “de fondo”, deben ser respetados por la normativa provincial. Así hemos establecido con el orden normativo constitucional y nacional el “qué” (qué derechos deben respetarse y hacerse cumplir). Es facultad de cada provincia establecer el “cómo” hacerlos cumplir.

¿Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad o Ley de Educación Nacional? por Darío Kusinsky (Colaborador del Área de Educación en Contextos de Encierro, Ministerio de Educación)

En el orden federal, la Ley de Educación Nacional coexiste en el sistema normativo con la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley N° 24.660). A su vez, esta última encuentra su correlato –con algunas variantes según los casos– en la normativa provincial. Así nos encontramos con supuestos como el de la provincia de Misiones donde se encuentra vigente la ley N° 3595, la cual cuenta con un capítulo específico dedicado al tópico “educación”. Por su parte, provincias como Jujuy y San Juan han adherido a la ley N° 24.660.

Por otra parte, todas las provincias cuentan con su Código de Procedimiento Penal y allí se hace referencia a la educación, pero desde un enfoque guiado por el paradigma del tratamiento en el cual la educación integra uno de los elementos a tener en cuenta por el juez al momento de decidir cuestiones tales como las salidas transitorias.

Esta variedad de normas que coexisten podrían plantear dudas para el docente en relación con su actividad dentro de establecimientos de privación de la libertad.

Al respecto resulta interesante resaltar que el ámbito de aplicación de la Ley de Educación Nacional no se limita a las cárceles sino que se extiende –y por lo tanto resulta aplicable– en los Institutos de menores, alcaldías, comisarías, cárceles, centros de atención psicológica donde residen quienes se encuentren destinados allí por sentencia judicial, y en general a todas aquellas instituciones en las cuales se hallan hombres o mujeres, niños o niñas que se encuentren privados de su libertad independientemente de su situación procesal (procesados o condenados) o personal.

Entendemos que la Ley de Educación Nacional, de orden federal, tiene carácter de orden público debido a que reglamenta específicamente el derecho a la educación en todos los niveles y modalidades del sistema. Por tal motivo, aun en los casos en los que la legislatura provincial no haya dictado una ley de educación local, el cumplimiento de los artículos contenidos en el capítulo XII resultan de cumplimiento obligatorio y por ello se erigen como herramientas que dan un marco jurídico para la implementación de políticas públicas en la materia.

Frente a este sistema normativo el docente que ejerza su profesión en un contexto de privación de libertad deberá matizar los contenidos de las normas de ejecución de la pena privativa de la libertad o códigos procesales con el contenido de la Ley de Educación Nacional y, si existieran, con las leyes provinciales que regulen el derecho a la educación, teniendo siempre en cuenta que si bien tanto la ley N° 24.660 como la ley N° 26.206 son normas de carácter federal, esta última viene a complementar a aquella en lo que a materia educativa se refiere y a delinear los nuevos derechos en materia educativa para aquellas personas que se encuentren privadas de su libertad.

2.3. La crisis de lo penitenciario: hacer de una función un derecho

Como vimos, tanto en el caso de adultos como en el de menores de edad, los efectos contraproducentes que produjo el régimen disciplinario-positivista en el sistema penal y a través del positivismo criminológico y el correccionalismo, están tratando de ser evitados recuperando formulaciones clásicas de la ilustración y de un orden jurídico que tenga al hombre (como sujeto de derechos universales) en su centro y su objetivo, y no al sistema (y a las necesidades de orden y control).

Sintetizando las críticas al sistema disciplinario, podríamos decir que se comporta paradójicamente, funcionado con una lógica distinta de la que hace explícita y generando efectos “perversos”. Hace décadas que se cuestiona que la prisión pueda funcionar como cura coercitiva, es decir como tratamiento impuesto. Aún más, la misma idea de cura, y sobretodo la confianza infundada en que una operación “terapéutica” sobre el sujeto pueda ser exitosa siendo forzosa (y en el contexto penitenciario siempre es forzosa, al menos cuando directa o indirectamente pueda afectar el tiempo de cumplimiento efectivo de la condena) (Morris, 2001). En el tratamiento penitenciario hay una insalvable contradicción entre tiempo de sanción y necesidades del tratamiento. Frente a la caída del ideal de la resocialización, el pensamiento crítico actual plantea la imposibilidad, o en todo caso la inconveniencia, de volver a reflotar el mismo tipo de sistema disciplinario-correccionalista totalizante que fundó la prisión moderna.

Pero por otro lado, se debe buscar una respuesta al “nada sirve” que ha acompañado a la expansión del sistema carcelario y que, sin objetivo resocializador, se tiende a convertir en un mero depósito de prácticas y límites difíciles de controlar. Por ello, la salida humanista-garantista tiende a rescatar a la resocialización y el tratamiento, pero ya no como objetivos del régimen disciplinario, sino como una posibilidad que le debe ser brindada al preso, como parte un derecho que puede ser ejercitado, y que forma parte de los derechos que el Estado debe garantizar activamente a todos los habitantes (como la educación y el trabajo), estén presos o no. Y este ejercicio de derechos tendrá seguramente valiosos consecuencias en su subjetividad, pero en todo caso la prioridad es el derecho, y en segundo lugar el efecto transformador sobre el sujeto (a la inversa que la lógica disciplinaria, que somete el ejercicio del derecho a la necesidad disciplinaria). Aún más, se dirá, el efecto transformador positivo se frustra si se lo somete a la lógica del tratamiento, por lo que se propone pasar de la terapia obligatoria a lo que algunos autores llaman “cambio facilitado” (Morris, 2001).

Dicho de otra manera, para encontrar una funcionalidad positiva real, y para salvar la legitimidad del "tratamiento" en la ejecución de la pena (la pena como tratamiento educativo, psicológico, de capacitación laboral, etc.), es necesario eliminarlo como "objetivo" de la acción penitenciaria, y en cambio, es necesario colocar a la educación, la asistencia psicológica, y el trabajo (que suelen ser parte de ese "tratamiento") en la grilla de los derechos universales y necesarios que el Estado debe garantizar tanto dentro como fuera de la cárcel. Derechos amplios y extendidos que no se pueden ver afectados por la pena de privación de libertad, que sólo apunta a la privación de libertad ambulatoria. Derechos cuyo ejercicio necesita de la conformidad del titular de ese derecho y depende de su libre voluntad, y no pueden ni deben ser impuestos coactivamente. Y finalmente, derechos cuyo ejercicio garantizado trae indudables efectos provechosos (tanto para el individuo como para la sociedad), pero que no dependen de estos efectos ni para justificarse, ni para legitimarse, ni para ponerse en marcha.

La educación como función de la prisión está en el centro de esta discusión.

2.4. Tensiones, contradicciones y disputas en las prácticas educativas en contextos de encierro

En nuestro país, la educación inicial (preescolar), primaria y secundaria es un servicio obligatorio que debe prestar o garantizar el Estado. Tan obligatorio que a nivel básico en nuestros países la educación suele ser un deber tanto para el Estado que lo debe asegurar, como para los ciudadanos que deben educarse, y un derecho irrenunciable. Pero lo cierto es que en el mundo fuera de la cárcel nadie está obligado por la fuerza pública a acudir a la escuela. A nadie se le ocurriría buscar a los alumnos desertores con la policía, ni castigar con penas a los que no vayan a la escuela. Simplemente sería un absurdo, porque la educación depende necesariamente del consentimiento del alumno que acude a ella (un consentimiento fuertemente estimulado y buscado en el caso de los menores de edad, pero aún así, se depende de que mantengan una actitud de asentimiento en el ámbito escolar). Es más bien una obligación moral, cuya fuerza pública no es la policía (ni siquiera en el caso de los adultos), ni la amenaza de pena, sino la persuasión pública. Y para esto debe haber una prestación y una facilitación de ese servicio por parte del Estado. El Estado debe asegurarse que cumplir con ese deber-derecho sea posible para todas y cada una de las personas.

Actualmente, a nadie se le ocurriría penar a quien no se educa o llevarlos hasta la escuela por la fuerza pública, no sólo porque es exagerado, sino porque a los fines educativos sería un absurdo.⁴

Sin embargo, paradójicamente, la educación en las cárceles sí es obligatoria, o forzosamente, pues se hace bajo amenaza (más o menos velada). Esto es, en tanto acudir a la escuela está ligado al régimen disciplinario, al programa de "tratamiento" o a la nota de concepto o de conducta del preso, estará ligada a las posibilidades del preso de obtener o no su libertad anticipada. En los sistemas disciplinarios el tiempo efectivo de prisión depende (de entre muchas otras cosas, como solicitar un trabajo) de acudir a la escuela. Para quien está preso y desea la libertad este derecho o "beneficio" que surge del mismo sistema del tratamiento se reduce a la fórmula "si voy a la escuela sumo puntos y puedo salir antes, si no voy me puedo quedar más tiempo". A la inversa, el no ir a la escuela, entonces, funcionará como un plus de pena frente a las posibilidades de la libertad condicional, y por ello será necesariamente "forzoso". Desde la lectura del preso, el no anotarse para recibir educación en la cárcel (cuando esto es posible, porque en muchas unidades carcelarias no lo es), está penado (pues le impide sumar puntos de concepto, mejorar en su informe criminológico, etc.). El que, en la visión del preso, de alguna manera la educación esté "forzada" le resta su carácter de derecho (y le resta valor al compromiso voluntario que le aporta fuerza y sentido a la educación). En otros casos no hay escuela o no es posible anotarse: esto resta a su carácter de derecho por la imposibilidad de acceder. Pero en definitiva, mientras la oferta no sea universal, siempre será un "premio" a nivel de la ejecución de la pena (en vocabulario penitenciario, un premio es un "beneficio").⁵ Debe

⁴ Esto no implica que los adultos puedan evitar su responsabilidad frente a los derechos de los niños y adolescentes a su cargo. Incluso, la certificación de escolaridad es requisito para el acceso a ciertos servicios sociales (planes sociales, ingreso universal por hijo, etc.).

⁵ El vocabulario en este punto resulta muy gráfico. Cuando se habla de ciertos derechos del preso como "beneficios" del "interno" claramente se está reduciendo al derecho a una función del tratamiento correccionalista, pues el "beneficio" es justamente la forma que adquiere en la cárcel el "premio", la recompensa positiva por una buena conducta o un "avance" en las etapas de transformación en la lógica disciplinaria correccionalista. Es posible observar este vocabulario del "beneficio" en muchos casos, incluso en la jurisprudencia. Por ejemplo, muchos jueces con una fuerte impronta correccionalista hablan del "beneficio" de la libertad condicional. Pero la libertad condicional está regulada en el artículo 13 del Código Penal, en el que se establece que procede para los condenados con cierta porcentaje de la condena cumplida y bajo ciertas condiciones. Si es un "derecho" todos aquellos que cumplan con esas condiciones pueden ejercerlo. Si es un "beneficio" dependerá de lo que considere la autoridad penitenciaria, los responsables del "tratamiento" o el juez de ejecución, que pueden asignar conforme le parezcan que ese beneficio es un premio merecido o no. Aunque está perdiendo fuerza, gran parte de la jurisprudencia aún cae en la lógica del "beneficio" penitenciario.

entenderse que para el preso solo hay dos estados: preso o en libertad; y dentro del estado "preso" sólo se trata de más tiempo o menos tiempo. En tanto ir a la escuela está indirectamente premiado, desde la óptica inversa, no ir está castigado. Es decir, si se está preso más tiempo del que se puede estar por no inscribirse a la escuela (en realidad esto está evaluado junto con muchas otras actividades que hacen al concepto, como inscribirse para un trabajo), la asistencia –o la inscripción– es forzosa. Muchos se inscriben sólo para sumar concepto. Y si se suma puntos de conceptos ¿por qué no inscribirse? Lo cual, repetimos, es un absurdo para el objetivo educativo si el preso sólo va al aula para cumplir con una obligación.

¿Qué transformación se espera del proceso educativo? ¿Que a pesar de ser refractario a la enseñanza, de acudir a ella como una formalidad, un efecto mágico de los "manuales de grado" lo convenza de seguir con ella? Y, aún si esto ocurriera y comprometido y convencido el preso comienza su propia educación, ¿qué valor tendrá para él cuando ésta se interrumpa por cuestiones disciplinarias del tratamiento penitenciario, o por un castigo? ¿Qué valor tendrá cuando un traslado a otra unidad le impida continuar?

Extractos del Documento Presentación de la Coordinación de la Modalidad de Educación en Contextos de Encierro (Ministerio de Educación de la Nación, 2008)

El mundo de la educación no puede permanecer ajeno a la problemática de los adolescentes y jóvenes privados de libertad. Cuando el encierro y los dispositivos de institucionalización bloquean el acceso a la educación y la cultura, y se convierten en un obstáculo para acceder a un desarrollo integral, se nos plantea la exigencia de reinstalar un derecho que ha sido vulnerado. [...]

Según los datos elaborados desde la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, en el año 2005 había en nuestro país 19.579 chicos menores de 21 años privados de libertad; 17.063 (87 %) por motivos sociales o asistenciales (intervención judicial no penal), y 2377 (13 %) lo estaba por la comisión de algún delito (causa penal), en un total de 757 instituciones.

Según un estudio⁶ realizado conjuntamente por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación), UNICEF y la Universidad Nacional de Tres de Febrero, se estima que son 6.658 los niños/as, adolescentes y jóvenes

⁶ *Adolescentes en el Sistema Penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación*, Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, Universidad Nacional de Tres de Febrero y UNICEF, septiembre de 2008.

(menores de 18 años) considerados autores o presuntos autores de actos delictivos, incluidos en dispositivos para el cumplimiento de medidas judiciales.⁷ Aproximadamente el 68 % (4527) de los mismos se encontraba incluido en programas (medidas de acompañamiento y supervisión) y el 32 % (2.163) estaba alojado en establecimientos destinados a la atención de esta población al momento de realizado el relevamiento.

Según este mismo estudio, los niños/as, adolescentes y jóvenes alojados en establecimientos acceden a la educación primaria brindada intramuros con un promedio que oscila entre 11 y 19 horas por semana, es decir, entre dos y cuatro horas diarias (sin considerar el receso del fin de semana). Para el nivel de secundario, el promedio es entre 12 y 25 horas por semana (entre 2 y 5 horas diarias). [...]

Instalar una nueva mirada sobre la problemática implica concebir al joven que ha cometido un delito o que sufre una intervención judicial por una causa social, fundamentalmente como sujeto de derechos: a la educación, a la salud y al desarrollo en un medio familiar digno. La institucionalización y el encierro colocan a nuestros jóvenes frente a una situación de dificultad personal y social, generando efectos nocivos sobre su subjetividad, fenómeno que se agudiza en esta población por la etapa evolutiva que da cuenta de una personalidad en construcción.

La apertura de dispositivos educativos en estos contextos se presenta como una oportunidad privilegiada para que los adolescentes transiten un espacio de libertad y aprendizaje que a través del vínculo pedagógico habilite el proceso de filiación simbólica necesario para que cualquier individuo tenga acceso a la cultura y al lazo con los "otros sociales", promoviendo así una relación con la norma que no sea solamente objeto de transgresión. El educador tiene la potencialidad de ofrecer una mirada diferente sobre el joven que circunstancialmente se encuentra privado de libertad, cuestionando aquellas identidades naturalizadas que lo conciben como "peligroso", "violento" o "delincuente"; y alojando al alumno como sujeto singular, con intereses y motivaciones propios que es necesario ir descubriendo.

Una posibilidad es insistir en el tratamiento correccionalista. Pero verificado su fracaso una y otra vez, seguiremos empujando al objetivo penitenciario "resocializador" y junto con él al objetivo educativo al mismo barranco.

⁷ Esta información resulta del relevamiento realizado entre los meses de agosto y diciembre de 2007, correspondientes a todo el territorio nacional, e incluyendo una estimación de aquellos jóvenes que se encontraban cumpliendo condena en establecimientos para adultos dependientes de los Servicios Penitenciarios provinciales. Se trata de un relevamiento de "tipo sincrónico", como si fuera "la foto del día". Si se considerara la cantidad de jóvenes que ingresan al sistema penal (más allá de su tiempo de permanencia) a lo largo de un año la cifra se incrementaría enormemente.

La salida del dilema en el que ha caído el régimen correccionalista de tratamiento (ineficiencia crónica y falta de sentido en el contexto social actual) que tienden a intentar las grandes burocracias penitenciarias es la "securitización", el encierro como pura exclusión y confinamiento, administrado de la manera más eficiente posible. En nuestra materia, esto implica abandonar la idea de prestar educación en las cárceles, sometiendo el objetivo educativo de la Constitución, los tratados y las leyes a las necesidades de la vigilancia-control de los nuevos grandes calabozos. Abandonar la educación como salida posible, y, en consecuencia, abandonar también al sujeto detenido a las miserias de su situación. En los términos que definimos antes, podríamos llamarlo una vuelta a la premodernidad.

La otra salida es un cambio de percepción y de agenda en la cuestión penitenciaria-educativa, puesto que nos va a llevar a cambiar el objetivo. Siguiendo aquello que Morris (2001) proponía para el "tratamiento", el objetivo entonces, debería ser, no educar para disciplinar, sino educar porque es necesario educar. Ello implica asegurar:

- Que se cumpla un derecho universal y necesario, y facilitar al ciudadano a que cumpla su deber y a que ejerza su derecho.
- Que la educación no esté sometida a las necesidades disciplinarias y de "tratamiento", sino que sea un derecho y un deber que se presta al margen de él.
- Que así como ocurre afuera, el Estado esté obligado a prestar educación en todos los niveles y modalidades a quien esté dispuesto a recibirla, a quien lo asuma como la opción de su derecho-deber.
- Que no forme parte así de los "efectos paradójicos" o perversos de la prisión; que funcione de forma paradójica, sí, pero en el sentido de ser un "espacio de libertad" dentro del encierro.
- Que la educación, aunque se preste entre muros, obedezca a un objetivo propio, autorreferido, que sea su propio fin y no el medio para el objetivo penitenciario.

Separar los objetivos del sistema penitenciario y del sistema educativo, colocando al derecho a la educación fuera tanto de la lógica del castigo-exclusión puro como del tratamiento, al menos se puede salvar a éste de la crisis permanente de lo penitenciario.

¿Qué requisitos implicaría en la práctica un régimen así para funcionar? Básicamente que la educación debe tener las mismas características que afuera de la cárcel. **Implica sacar a la educación de la cárcel**, aunque geográficamente se preste dentro de ella.

- Para funcionar, no puede estar atada al tratamiento. La calificación del preso y su progreso, ni las posibilidades de obtener su libertad pueden estar relacionadas. Una cosa es la libreta de calificaciones y otra el legajo del interno. Una cosa es la libertad condicional y otra el diploma.

- Como es un derecho universal y no una condición de tratamiento, no puede estar ligada al tipo de delito que ha cometido el preso. Todos los que estén interesados deben tener acceso a la educación.
- Nuevamente, como es un derecho y no un instrumento de tratamiento, no puede estar afectada por sanciones disciplinarias del interno por comportamientos en su vida carcelaria. Las sanciones en la cárcel son para el preso. Y las de la escuela para el alumno. Las primeras sólo afectan a su vida como interno, y las segundas sólo lo alcanzan en calidad de alumno.
- La organización del personal docente, la estructura de las clases, su contenido y la lógica arquitectónica del espacio donde se desarrollan no pueden sino estar pensadas en función del objetivo educativo (que sean aulas, como en la escuela) y no del objetivo punitivo (no celdas, como en la cárcel). Hay que trabajar sobre la ficción de que cuando se trasciende la puerta, se entra en una burbuja donde las reglas y los roles son otros.
- 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 (si es posible, no debe haber guardias dentro del aula). En definitiva, dejar en la puerta del aula la relación interno-guardia, y comenzar en el aula la relación alumno-profesor.

Para que esto funcione, no solamente hay que replantearse cómo el servicio penitenciario educa, sino sobre todo, quién debe ser el actor público encargado de la prestación del servicio. Tiene una gran carga simbólica que la educación en cárceles dependa del Servicio Penitenciario o del Ministerio de Educación. Pero además de esta carga simbólica, la formación penitenciaria siempre colocará las necesidades disciplinarias y de seguridad por encima de las otras, por más noble que sean sus sentimientos, porque simplemente, el preso (y esto implica "delincuente" y "peligroso") es el sujeto que articula el accionar del penitenciario, es su razón de ser, y para ello están formados, para contenerlos o vigilarlos. La escuela, por el contrario, está pensada en función del alumno, y los docentes que allí trabajan atravesados por una racionalidad que encuentra en él su razón de ser.

2.4.1. Comprender la heterogeneidad: las formas de lo escolar en contextos de encierro

Durante los años 2006 y 2007 se realizaron en la órbita de la Dirección Nacional de Educación en Contextos de Encierro talleres de formación para docentes. Uno de ellos coordinado por los profesores Juan S. Pegoraro y Mariano Gutiérrez (autor de este módulo).

Al comenzar los talleres interrogábamos a los docentes asistentes con las preguntas de su procedencia, dónde desarrollaban su actividad y los principales conflictos que veían entre su tarea y las limitaciones propias del régimen de encierro.

El primer descubrimiento de las respuestas fue la gran heterogeneidad que existía en el país a este respecto. En muchos casos los docentes se enfrentaban con estructuras burocráticas muy rígidas y con frecuencia sentidas como autoritarias (este era el caso de varias cárceles administradas por el Servicio Penitenciario Federal, por ejemplo). En otros casos, no existían grandes burocracias penitenciarias, los presos permanecían en alcaidías policiales (por ejemplo, en muchas ciudades chicas del sur del país), y los problemas no provenían de conflictos o diferencias con el personal de custodia, sino que eran las propias de una estructura tan pequeña y en principio no pensada para la educación. En otros casos las áreas de gobierno que tenían a su cargo la cuestión penitenciaria se mostraban flexibles y abiertas a proveer y facilitar el acceso a la educación, y en algunos, irremisiblemente cerradas.

De los posibles tipos de relaciones que se dan entre los educadores y el personal penitenciario o policial de custodia se pueden sintetizar tres tipos generales.

- **El tipo disciplinario puro:** la educación depende de la misma administración penitenciaria, que desarrolla estructuras propias encargadas de proveer educación. Para ello contrata a docentes y los integra al plantel penitenciario. Entiende que la educación es una de las funciones de la cárcel y que hace a la "resocialización" del interno. Forma parte de un único sistema de tratamiento donde también se evalúa su participación en talleres de trabajo y comportamiento general. Niega la diferencia entre funciones. Niega la pertinencia de que la educación sea un derecho "por separado" de la función resocializadora. Toda sanción disciplinaria afecta a los "beneficios" del interno en todas las áreas indistintamente y a su concepto.
- **El tipo "securitario" puro:** mantener el control de la seguridad interna es el objetivo principal de toda la acción penitenciaria. El lugar y la predisposición del personal se mantiene cerrado a la lógica educativa. Cuando se "presta" lugar para dar educación, se lo vive como una concesión, una muestra de flexibilidad. Cuando la seguridad está en crisis, se limita o elimina el "permiso", y por lo tanto

se suspende la prestación educativa. En los casos más extremos se intenta impedir incluso el acceso a los niveles educativos más elementales. La insistencia de docentes, educadores y voluntarios alfabetizadores para acceder a los presos (o que los presos accedan a ellos) es vivida como un enfrentamiento, por lo que se los mantiene en estricta vigilancia y tienden a ser requisados y a sufrir otros rituales degradantes.

- **El tipo "de derechos" puro.** La educación tiene su propio lugar dentro del espacio penitenciario, no se ve afectada por sanciones disciplinarias, y sólo por medidas de seguridad extremas (al menos de los casos escuchados, el castigo del preso "en buzón" seguía siendo impedimento para asistir a clases). No hay vigilancia penitenciaria dentro del aula, sino sólo exterior. En los casos más emblemáticos, la escuela tiene un edificio propio dentro del perímetro de la cárcel con características propias de un establecimiento escolar y no de uno penitenciario.

Estos tipos de racionalidades suelen ser ideales, pero en la práctica es posible observar tendencias dominantes en uno u otro sentido en ciertas cárceles y en las burocracias penitenciarias. Por ejemplo, resultaba esperable encontrar el tipo "securitario" puro en las cárceles más famosas por la violencia interna y por la brutalidad de sus operadores penitenciarios. En una de ellas, los educadores apenas si podían a costa de mucha lucha personal y en ocasiones arriesgándose, brindar educación. Y esto requería gran sacrificio de su parte. Rituales penitenciarios como la requisa al docente, con un claro sentido vejatorio y de humillación servían para que el personal penitenciario demostrara su autoridad frente al docente. Pero en otra cárcel de la misma provincia la relación con lo educativo podía ser mucho más simbiótica, e incluso hasta amigable.

El Sistema Penitenciario Federal, en este sentido, también mostraba gran heterogeneidad entre los tres tipos posibles, pero en cambio, parecía ser el más rígido. Cualquiera fuera su postura, ésta se imponía por decisión de su autoridad, y sin posibilidades de flexibilizarla o transformarla.

Lo curioso es que aún los docentes-penitenciarios (es decir, los del primer tipo) rescataban la relación con sus alumnos como una distinta a la que tenían como personal de seguridad (reivindicaban, por ejemplo, que se dirigieran a ellos como "profe" y no como "guardia" u "oficial"). También mencionaban al espacio educativo como un "espacio de libertad" (a pesar de que en su caso estaba atravesado por la lógica penitenciaria-disciplinaria), desde donde era posible pensar a la persona como alumno y no como "interno", y como objetivo ideal mencionaban que no hubiera diferencia entre los presos en función de

su jerarquía en el mundo de los internos o el delito que hayan cometido (típico producto de la racionalidad carcelaria totalizante). Como advertimos al comienzo, discursos y prácticas, en estas cuestiones, pueden ir por carriles separados y apuntar en direcciones distintas. No podemos resolver con esta información cuán cierta era esa vocación libertaria o si era una impostura aprendida e internalizada. Por otro lado, particularmente los oficiales jerárquicamente superiores (con formación penitenciaria previa a la formación docente) se mostraban extrañados ante la posibilidad de separar al espacio educativo de la lógica y del espacio penitenciario y no concebían que no se integrara la función educativa al resto de la lógica correccional.

3. La garantía de la educación en contextos de encierro en acción

En marzo del año 2009, la docente Marisa Bermejo, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata presenta ante la justicia un “escrito de Habeas Corpus Correctivo y Colectivo” en favor de estudiantes de la Universidad que se encontraban presos, a quienes se privó de continuar con sus estudios en la modalidad presencial en la sede de la universidad, en virtud de una circular del Servicio Penitenciario.

El fallo del Juez de Ejecución Penal N° 2 de La Plata, José Nicolás Villafañe (causa N° 467 “Privados de libertad cárcel N° 26 –Derecho a la Educación s/Habeas Corpus”), en marzo de ese año, nos sirve para poner en juego todos los conceptos jurídicos que aquí hemos señalado, y entender cómo pueden cobrar relevancia en un caso concreto y traducirse en acciones políticas específicas:

- El hábeas corpus como forma de corregir el cercenamiento de un derecho constitucional, agravando las condiciones de detención.
- El control de constitucionalidad de las normas y decisiones (del Ejecutivo, en este caso) que pueden ejercer los jueces.
- La primacía de un derecho constitucional por sobre la orden administrativa.
- El control de constitucionalidad no sólo a nivel federal, sino a nivel provincial, con la propia Constitución Provincial y la Nacional.

La circular dictada por el Jefe del Servicio Penitenciario Provincial (Circular N° 03/2009 de fecha 12/III/2009) establecía como condición para los internos, para cursar una cerrera universitaria, que:

- a) Cuenten con aval judicial que los autorice a concurrir sin custodia o tuición del personal penitenciario.
- b) Hayan aprobado el ochenta por ciento (80%) de las materias correspondientes al plan de estudios que corresponda, y cuenten con el aval judicial pertinente. Pero aun habiendo llenado este requisito la concurrencia quedará indefectiblemente supeitada a la disponibilidad de recursos humanos materiales –vehículos- con que cuente el establecimiento carcelario donde se encuentre alojado el privado de libertad estudiante en cuestión.
- c) No hallándose comprendidos o encuadrados en los puntos anteriores, sean designados por la dirección del establecimiento carcelario –en el cual se encuentra alojado- en la medida que existan razones que fundadamente justifiquen la propuesta; ello además de contar con el aval judicial y exista disponibilidad de los recursos necesarios a tal fin.

Por último se estipula que en todos los casos se deberá extremar las medidas para garantizar la concurrencia de los privados de libertad estudiantes a las mesas de examen, como así también adoptar –desde las áreas respectivas en cada establecimiento carcelario- el compromiso para gestionar los avales o autorizaciones judiciales y las inscripciones en las mesas examinadoras con la antelación necesaria.

Como algunos internos cursantes no alcanzaban el requisito del 80 % de materias aprobadas, a pesar de contar con autorización judicial, no pudieron ir a cursar esa semana, y no podrían ir más hasta rendir libre y alcanzar el 80 % del programa.

El juez resuelve la presentación de hábeas corpus de la siguiente manera.

Primero, entiende que la circular limita “el derecho de aprender; limitación que en el caso se da concretamente en el ámbito carcelario desde una medida administrativa e interna del organismo penitenciario”.

Para ello, el juez menciona todos los derechos en juego y las potestades legítimas del Servicio Penitenciario: “En este contexto es válido también recordar las potestades de dicho organismo –penitenciario-, a la vez de su competencia o de la competencia del organismo correspondiente para la reglamentación y posible limitación a este derecho constitucional –Artículos 14, 18, 28 de la Constitución de la Nación Argentina, Artículos 35, 56, 198 y 200 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires”. Y evalúa que

el derecho en juego y planteado en estas actuaciones resulta un derecho de rango constitucional que solo puede ser delimitado por las leyes que reglamenten su ejercicio. Ello es así toda vez que las normas que prescriben los artículos 14 y 28 de la Constitución de la Nación aluden expresamente a la ley como medio para estatuir su ejercicio, entre ellos el derecho de enseñar y aprender.

Que si bien la circular 03/2009 podría haber sido dictada dentro los objetivos propios del Servicio Penitenciario Bonaerense [...] no puede trasvasar los límites contenidos en la reserva de la ley -arts. 14 y 28 de la Constitución de la Nación- prescriptos constitucionalmente.

Razona que

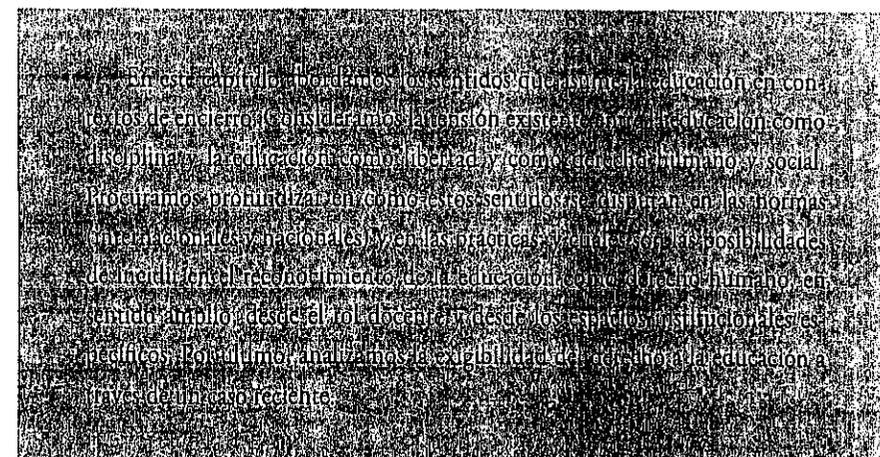
los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les han sido conferidas por la Constitución, ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente le están acordadas por ellas -Artículo 45 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-. En este sentido es claro y evidente que la Administración Provincial carece de potestades para reglamentar el derecho a la educación en sentido restrictivo.

Que la circular, en tanto alude a la posibilidad de acceder al derecho a la educación cuando resulta un derecho constitucionalmente otorgado y sin que la propia ley haya restringido este derecho respecto de las personas privadas de libertad, resulta una clara intromisión de un órgano de la Administración Pública respecto de las facultades y potestades que la Constitución (Provincial), tanto de la Nación como de la Provincia, tienen reservada al Legislador. Con lo cual esta disposición resulta inconstitucional y así habrá de declararse.

El juez, entonces, dispone "Declarar la inconstitucionalidad de la Circular 03/2009, disponiendo la inaplicabilidad de la misma a los estudiantes universitarios privados de libertad en la Cárcel Número Veintiséis de la Localidad de Lisandro Olmos" y comunicar "al Titular de la Subsecretaría de Política Penitenciaria de la Provincia de Buenos Aires a fin de que adopte los recaudos necesarios a efectos de garantizar el acceso y el derecho a la educación a los privados de libertad".

El efecto de la orden debía ser que durante las siguientes clases los estudiantes presos fueran llevados a la clase, tal como había sido hasta ese momento, sin perjuicio de que las cuestiones referidas a su custodia siguieran siendo decididas por la autoridad del Servicio Penitenciario. Las órdenes específicas de los jueces suelen ser cumplidas. De no serlo, son ejecutables con auxilio de la Fuerza Pública y pueden producir la persecución penal del incumplidor (en este caso, la autoridad penitenciaria).

Por supuesto que el caso no es exactamente de educación en contexto de encierro pues se trata de la educación de una persona privada de libertad legalmente que recibe educación fuera del contexto de encierro. Es, más bien, un caso de "educación de una persona en contexto de encierro". Pero resulta gráfico y esclarecedor de (1) cómo una persona puede hacer efectivo su derecho a la educación cuando éste se ve ilegítimamente afectado, a la vez de (2) cómo está cambiando la concepción ya no *jurídica* (en la ley y en el "derecho" como interpretación de legisladores y académicos) sino *judicial* (esto es, en la interpretación y en la acción concreta de proteger los derechos por parte del Poder Judicial) sobre la **supremacía del derecho a la educación por sobre la potestad del sistema penal** (en este caso de la administración penitenciaria) **para privar legítimamente a alguien de su libertad ambulatoria** (sea como medida cautelar o como pena de prisión).

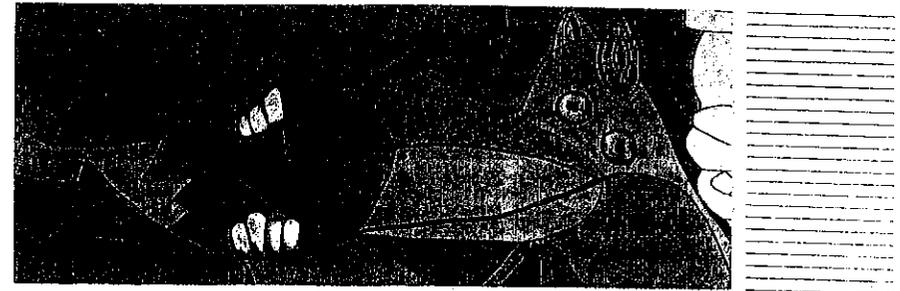


Referencias bibliográficas

- Filmas, D. (1996): "Educación y Derechos Humanos", conferencia dictada en el I Seminario de Derechos Humanos de la Región Nordeste y Litoral, 16 de junio de 1994, en A. Pierini, *Pensamiento crítico Sobre Derechos Humanos*, Buenos Aires, Eudeba.
- Foucault, M. (1999): *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Ministerio de Educación de la Nación (2008): *La educación de jóvenes y adolescentes con causas judiciales*, documento de presentación de la Modalidad "Educación en Contextos de Encierro", Dirección Nacional de Gestión Curricular y Formación Docente.
- Morris, N. (2001): *El futuro de las prisiones*, México, Siglo XXI.
- Riquelme, G. (2006): "La relación entre educación y trabajo: continuidad, rupturas y desafíos". *ABC*, a. 2, n° 5, Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: <http://abc.gov.ar/institucion/revistacomponents/revista/archivos/anales/numero05/archivosparadescargar/8.riquelme.pdf>

Bibliografía complementaria recomendada

- Gentili, P. (2009): "Marchas y contramarchas. El derecho a la educación y las dinámicas de exclusión 'incluyente' en América Latina. (A sesenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos)", *Revista Iberoamericana de Educación*, n° 49, OEI, pp 19-57 [en línea]. Disponible en: www.rieoei.org/rie49a01.pdf
- Torres, R. M. (2006): "Derecho a la educación es mucho más que acceso de niños y niñas a la escuela", ponencia. [En línea] Disponible en: <http://www.fronesis.org> (Fecha de consulta: marzo 2008)
- Tomasevski, K. (2002): "Contenido y vigencia del derecho a la educación" [en línea]. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Material_Educativo/Contenido-Vigencia.pdf (fecha de consulta: junio 2007)
- APDH - Comisión de Educación (2008): "¿Qué es esto de los Derechos Humanos? Apuntes para una reflexión crítica: historias, documentos, conceptos y actividades" [en línea]. Disponible en: <http://www.apdh-argentina.org.ar/biblioteca/2008/ddhh/index.asp>



Capítulo 6. Sugerencias para seguir trabajando

• En el módulo se realizó un breve recorrido sobre el reconocimiento constitucional e internacional de los diversos derechos humanos. Se citaron fragmentos de diversas declaraciones, convenciones y pactos, y de la Constitución Nacional. En el primer capítulo, y en el *Módulo 1. Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión*, se presentó el escenario actual a través de indicadores cuantitativos y de conceptos que dimensionan la situación socioeconómica desde una mirada cualitativa.

Teniendo en cuenta estos aportes, sugerimos problematizar y "releer" una situación que ustedes hayan vivenciado en su práctica cotidiana como educadores o bien un relato de la historia de vida de alguno/s de sus estudiantes desde una perspectiva de derechos humanos. Se espera que puedan reconocer los derechos vulnerados en esas situaciones, establecer relaciones con procesos sociales más generales, identificar tensiones y conflictos, etc.

• En la siguiente entrevista al Dr. Alejandro W. Slokar se hace referencia a diversos aspectos sobre el derecho y el sistema penal analizados en este módulo.

— **"Hay un aumento cuantitativo y cualitativo de la prisión", entrevista al Dr. Alejandro W. Slokar (Encrucijadas. La revista de la UBA, n° 43 "Cárceles. La sociedad intramuros", marzo de 2008)**

En esta entrevista, el doctor Slokar, Secretario de Política Criminal de la Nación y profesor en la Facultad de Derecho de nuestra universidad, realiza un detallado análisis de la situación actual del sistema penal argentino, poniendo de relieve las falencias del mismo:

Material de distribución gratuita

1

Pensar la educación en contextos de encierro

PENSAR Y HACER EDUCACIÓN EN CONTEXTOS DE ENCIERRO

PENSAR Y HACER EDUCACIÓN EN CONTEXTOS DE ENCIERRO

Pensar la educación en contextos de encierro

Aproximaciones a un campo en tensión

Herrera, Peloma

Pensar la educación en contextos de encierro: primeras aproximaciones a un campo en tensión
Peloma Herrera y Valeria Frejtman. - 1a ed. - Buenos Aires : Ministerio de Educación de la Nación, 2010.

144 p. ; 23x17 cm. - (Pensar y hacer educación en contextos de encierro; 1)

ISBN 978-950-00-0816-7

I. Frejtman, Valeria II. Título

CDD

© Ministerio de Educación, 2010

Pizzurno 935, CABA

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

1ª reimpresión, octubre de 2011

La imagen que ilustra la tapa y las aperturas de los capítulos pertenecen al mural Guernica: realización libre en color, realizado por el profesor Fabián Castillo y Juan (alumno de 4º año de la Escuela de Educación Media n° 2, Complejo Penitenciario Magdalena) con colaboración de otros alumnos, Escuela de Educación Media n° 2 (con sede en Unidad Penal n° 28), Complejo Penitenciario de Magdalena.

COLECCIÓN PENSAR Y HACER EDUCACIÓN EN CONTEXTOS DE ENCIERRO

COORDINACIÓN PEDAGÓGICA Y AUTORA *Paloma Herrera y Valeria Frejtman*

AUTORAS *Valeria Frejtman y Paloma Herrera*

PROCESADORA PEDAGÓGICA *Paula Topasso*

COORDINACIÓN DE MATERIALES EDUCATIVOS *Gustavo Bombini*

RESPONSABLE DE PUBLICACIONES *Gonzalo Blanco*

LECTURA CRÍTICA *Alicia Bas*

CORRECCIÓN *Esteban Bertola*

DISEÑO *Clara Batista*

DIAGRAMACIÓN *Jorge Ihlenfeld y Bettina Fertitta*

DOCUMENTACIÓN GRÁFICA *María Celeste Iglesias*

Palabras del Ministro

En la década 1997-2007, de acuerdo con los datos oficiales disponibles (SNEEP, 2007), la cantidad de personas privadas de libertad en cárceles se duplicó, pasando de 29.690 a 52.457 y la tasa de población detenida en establecimientos de ejecución penal ascendió hasta 134,61 personas cada 100 habitantes, lo que nos ubica entre Colombia y Australia. A esta población se agregan cerca de 2.000 adolescentes acusados de delito en institutos y un número poco preciso pero creciente de personas en centros de tratamiento de adicciones. El aumento de la población en contextos de privación de la libertad acompañó la crisis socioeconómica más importante de la que tengamos memoria, que produjo la exclusión de vastos sectores, muchos de los cuales aún no han logrado recomponer su situación.

Del análisis del perfil sociodemográfico de quienes habitan estos contextos surge con claridad que, a pesar de que el delito y la transgresión atraviesan todos los sectores sociales, las instituciones de encierro están destinadas a pobres y excluidos, individuos cuyas múltiples privaciones y conculcación de derechos se inició desde la misma cuna. Su bajo nivel educativo evidencia, entre otras cuestiones, que su paso por el sistema educativo fue fugaz y frustrante. Por ello, el Estado es responsable de garantizar condiciones propicias para la restitución del ejercicio de tales derechos. Todas las leyes y normativas existentes son coincidentes en este punto, pero necesitan ser aplicadas mediante políticas públicas concretas que tiendan a la construcción de una sociedad más justa. Por tal motivo, desde el Ministerio de Educación de la Nación apostamos decididamente al fortalecimiento del espacio institucional de la escuela en tanto ámbito de libertad que a través de sus propuestas educativas genera condiciones para una inclusión social posible, y reconocemos que directivos y docentes siguen siendo irremplazables para el logro de estas metas.

La colección de libros **Pensar y hacer educación en contextos de encierro** tiene como destinatarios a los actores de la labor educativa y han sido elaborados desde una posición política que apuesta a la formación docente continua. Esperamos que las propuestas para la reflexión y la acción que aportan estos materiales, contribuyan a visibilizar buenas prácticas educativas, vitalicen compromisos personales y consoliden buenas prácticas en la educación de jóvenes y adultos. Confiamos en que los docentes argentinos con su capacidad de reflexión, espíritu crítico y creatividad, trascenderán el individualismo que aún perdura en muchos ámbitos escolares para crear espacios de trabajo colaborativo en equipo.

apunta a la restitución de derechos vulnerados, se propone la revisión de nuestras prácticas institucionales y políticas de manera de alcanzar mayores niveles de inclusión social para la población que puedan quebrar largos procesos sociohistóricos de exclusión y marginación.

En el tercer capítulo se propone un recorrido histórico para visibilizar cómo se han ido construyendo instituciones que, nacidas conjuntamente, hoy conviven y configuran nuestro escenario de trabajo: la escuela y la cárcel. Fundamentalmente se recuperan los aportes de Michel Foucault en su análisis genealógico de estas instituciones, articulado con los dispositivos de poder de cada momento histórico.

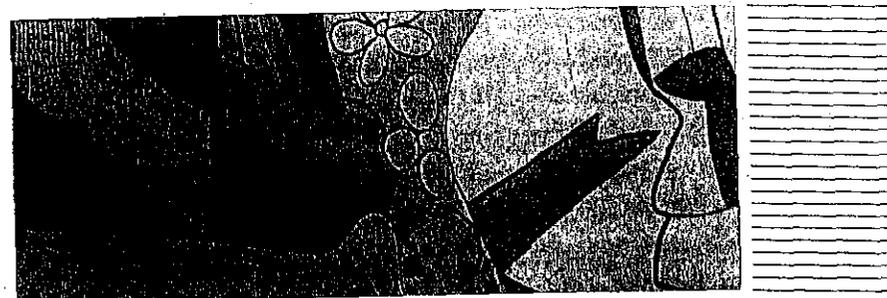
En el cuarto capítulo se realiza un recorrido por las principales teorías sociológicas del delito. La pregunta que guía este apartado es cómo se ha construido la noción de delito y de delincuente a lo largo de la historia, es decir, las definiciones que configura una identidad compleja que impregna nuestros modos de mirar la realidad social y los sujetos sociales. A partir de esto, el propósito consiste en poner en cuestión los sentidos naturalizados sobre esta problemática, los cuales configuran modos de mirar y comprender la realidad cotidiana y los sujetos concretos con los que se trabaja, desde cada uno de los actores institucionales implicados. De este modo, una mirada crítica de la cuestión permite analizar y deconstruir tanto las lógicas de una política de "tolerancia cero" o de intolerancia selectiva, como de aquellas intervenciones educativas que se proponen desde determinadas políticas.

El quinto capítulo, a modo de cierre, propone volver a mirar la educación en los contextos de encierro desde las diferentes tensiones y problemáticas trabajadas a lo largo del módulo. Ahora bien, no se trata de un abordaje específico de la enseñanza en estos contextos, lo cual será abordado en otros módulos¹, sino que se busca interpelar lo educativo en el atravesamiento de los debates políticos, de las desigualdades sociales, de las continuidades y discontinuidades históricas, así como de las variantes institucionales que se fueron desplegando a lo largo del tiempo.

Finalmente, en el último capítulo encontrarán sugerencias para seguir profundizando en los contenidos, interrogantes que se desprenden a partir de los temas planteados y propuestas de actividades para realizar de manera individual o colectiva.

De este modo, esperamos que este primer módulo, y así también toda la colección, se convierta en una apuesta educativa en contextos de encierro a través de una apuesta a la formación docente específica del área que fortalezca una mirada y una práctica educativa para la libertad.

¹ *La construcción de la institución escuela en contextos de encierro*, de Rafael Gagliano y *El trabajo del educador. Desafíos de una práctica crítica*, de María Eugenia Cabrera.



CAPÍTULO 1. La educación en contextos de encierro como política de Estado

La educación en contextos de encierro constituye un escenario altamente complejo para la política educativa. El desafío de construir y desarrollar una política universal para esta modalidad del sistema educativo, tal como actualmente establece la Ley Nacional de Educación, ha supuesto un recorrido de luchas, avances y retrocesos, dificultades y logros que han permitido legitimar la existencia de este contexto particular del sistema educativo a partir de la sanción de la Ley.

Esto nos impulsa a ampliar el horizonte cultural desde donde percibimos a la escuela, la gestión, a los docentes, los alumnos, de suerte de prever tiempos y espacios diversos destinados a recuperar y resignificar formas abiertas de comprender la realidad que permitan repensar la identidad de esta modalidad educativa. Solo desde ese lugar será posible construir colectivamente respuestas sustantivas a las demandas que plantea este contexto particular.

La complejidad mencionada radica entonces en varias cuestiones que es necesario comprender. En primer lugar, porque nos encontramos en un contexto específico para el desarrollo de las prácticas educativas, considerando que partimos de una lógica habitual del sistema educativo, históricamente endogámico en la gestión y en la formación.

Tanto desde las instituciones de formación docente como desde la propia práctica en las instituciones educativas, los docentes y profesores suelen responder todavía hoy al modelo fundacional de la escuela y de los sistemas educativos de la modernidad clásica. Un modelo que sabemos en crisis y que demanda revisiones y reconfiguraciones.

Entre otras cosas, este modelo fundacional suponía la posibilidad de educar a través de escuelas idénticas en contextos diversos, y proponía la formación de maestros y profesores para trabajar en sistemas estructural y metodológicamente homogéneos durante toda su vida. De este modo se fue consolidando una cultura endogámica de las escuelas y las instituciones de formación que no favorecieron la interacción con otros ámbitos, ni la posibilidad de plantearse preguntas o ensayar respuestas del más allá espacial y temporal de las escuelas, tanto desde el ámbito de las prácticas docentes como de la gestión institucional y política de estas escuelas.

La educación era entendida como instrucción o traspaso de saberes, siguiendo las exigencias sociales y culturales. El foco estaba puesto en el contenido, siendo un contenido social y hegemónicamente establecido.¹

Hoy sabemos que el acto de educar se encuentra también más acá de los contenidos, de la currícula; se construye en los vínculos, en la posibilidad de generar espacios de confianza para un encuentro subjetivante,² tanto para el que aprende como para el que enseña. También, más allá de los contenidos establecidos, en el punto en que estos son puestos en tensión continuamente por la diversidad de saberes que traen nuestros estudiantes, adolescentes, jóvenes y adultos; así como por un mundo cambiante que nos desafia a pensar nuevamente viejos problemas, con nuevas herramientas o desde otros puntos de vista.

Entonces, el desafío reside aquí en construir una escuela que pueda dar respuesta a las necesidades educativas de los sujetos que se encuentran privados de la libertad, advertidos de los cruces, interacciones, diferencias y similitudes entre nuestras prácticas educativas y la lógica propia de las instituciones de encierro: sus presupuestos, finalidades, modos de funcionamiento.

Para esto es necesario conocer esa lógica y construir propuestas permeables que puedan ir acompañando la ejecución de la pena privativa de la libertad ofreciendo espacios y tiempos para el encuentro con el conocimiento, en el marco de una política basada en un enfoque integral de restitución de derechos sociales, económicos y culturales.³

¹ En el Módulo *El trabajo del educador. Desafíos desde una práctica crítica* encontrarán un capítulo dedicado particularmente al tema de la selección curricular como espacio de disputa de significaciones.

² Con "encuentro subjetivante" aludimos a la posibilidad de establecer relaciones pedagógicas que, sin abandonar las posiciones asimétricas, sean habilitantes para procesos de aprendizaje creativos y significativos en la vida de los sujetos, en el marco de una historia y un entramado particular.

³ Este último tema será abordado específicamente en el Módulo *Derechos y Sistema Penal. La dimensión jurídica de las prácticas educativas en contextos de encierro*.

En el nivel de las políticas públicas, un abordaje integral de restitución de derechos que reconoce situaciones de vulneración, fundamentalmente para algunos sectores, implica asumir un posicionamiento que trascienda una idea de "compensación" de carencias-deficiencias de esos mismos sectores a través de las políticas sociales y un no reconocimiento de la incidencia de procesos históricos, económicos y culturales en la configuración de las situaciones de vida de los sujetos.

Por otro lado, este posicionamiento nos coloca en un contrapunto con la lógica de la seguridad y el control de las cárceles y demás lugares de encierro, que prioriza el disciplinamiento de los sujetos basado en un ideal correctivo y normalizador suficientemente deconstruido a nivel teórico, pero que sigue impregnando fuertemente las prácticas institucionales.⁴

Por otra parte, la complejidad también radica en la tensión que implica un Estado que tiene la guarda de los detenidos y debe garantizar el ejercicio de sus derechos, al tiempo que asume una función punitiva reflejada en la Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad. Esta doble posición resulta particularmente significativa en el análisis de las prácticas cotidianas en las instituciones de encierro donde la lógica de la seguridad y el disciplinamiento prima por sobre otras posibilidades. Así, se impone sobre otros modos de pensar y hacer las cosas y coloca, a los docentes, frente al desafío de generar grietas para que la educación, desmarcada de una pedagogía normativa y disciplinaria, pueda hacer su trabajo.

Sin embargo, no se pretende aquí resolver teóricamente esta tensión, que entendemos intrínseca al campo en estudio, sino dar cuenta de la complejidad inherente al escenario donde nos toca actuar, ahondando en la necesidad de construir marcos para una mayor y más profunda comprensión de las problemáticas planteadas, a salvo de la ingenuidad que muchas veces provoca la naturalización de la realidad cotidiana con la que trabajamos.

A partir de aquí, consideramos que una mirada crítica y más abarcadora nos llevará a reafirmar lo ineludible de una tarea de efectivización del derecho a la educación en estos contextos, más aún si pensamos en un sistema educativo que, atendiendo a su deuda social histórica, se posicione como promotor de políticas de justicia social que posibiliten procesos de inclusión para todos.⁵

⁴ Estos temas han sido abordados específicamente en el capítulo "Genealogía de las instituciones modernas. Historia de la cárcel y la escuela" de este mismo Módulo.

⁵ Muchas de las cuestiones que corresponden a los procesos histórico-sociales que llevaron a la instalación y desarrollo de la escuela en instituciones de encierro serán retomadas en el Módulo *Construcción de la institución escuela en contextos de encierro*.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con jerarquía constitucional en la Argentina, y otros documentos internacionales ratificados como el Protocolo de San Salvador a la Convención Americana de Derechos Humanos, establecen las obligaciones contraídas por el Estado argentino en materia del derecho humano a la educación. Sientan un compromiso de los gobiernos nacionales de velar por el cumplimiento de derechos y reducir el número de jóvenes y adultos analfabetos y/o que no finalizaron la educación básica obligatoria que establece cada país.

Durante los últimos años, muchos de los países de América Latina han sufrido una serie de cambios que han conducido a una reconfiguración del papel del Estado, de la sociedad civil y del sector privado, redefiniendo las responsabilidades que le caben a

cada sector. La profunda crisis de representatividad que atravesamos requiere de un fuerte reposicionamiento por parte del Estado para ocupar el lugar de garante de los derechos de todos los ciudadanos y ciudadanas. Todo esto, en el marco de un contexto de crisis global que expone las dificultades que ha traído un modelo de acumulación que ha funcionado siguiendo una lógica

En el Módulo 2 se profundizarán las referencias normativas y su presencia en la Constitución nacional, su alcance y desafíos.

social que produce sectores empobrecidos junto con procesos de marginalización y exclusión como parte de la propia lógica de acumulación.

En el marco de este modelo nos hemos encontrado con un mercado de trabajo altamente excluyente, un sistema educativo que muchas veces expulsa a parte de sus alumnos, y con políticas sociales que no han logrado garantizar los derechos mínimos para toda la población.

En este contexto, es necesario reposicionar y fortalecer el lugar de las instituciones del Estado para la transformación de prácticas que se traduzcan en una mayor distribución de las riquezas simbólicas y económicas.

Entre estas instituciones se encuentra la escuela, y se destaca la escuela en contextos de privación de la libertad.

En este sentido, los avances a nivel normativo han sido altamente significativos en los últimos años; al reconocimiento de la responsabilidad primaria del Estado en el cumplimiento del precepto constitucional de proveer educación, se suma la sanción de la Ley Nacional de Educación, el 26 de diciembre de 2006, marcando un hito en la visibilización del espacio educativo y constituyéndolo como modalidad del sistema educativo común. De este modo, la obligación del Estado queda interpelada en su accionar cotidiano.

¿Cómo universalizar la efectivización del ejercicio del derecho a la educación para todas las personas privadas de la libertad? Si bien el avance de la política educativa es altamente significativo e innovador en términos discursivos, en relación a las políticas de la región aun las estrategias, mecanismos de reglamentación y puesta en acto de esta Ley requieren de enormes esfuerzos de gestión para que su cumplimiento se haga efectivo.

De este modo se establecen objetivos tendientes a garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la educación de todas las personas privadas de la libertad como eje para avanzar en procesos de construcción de mayores niveles de equidad y calidad del sistema educativo, promoviendo valores, políticas y prácticas que superen la desigualdad y la exclusión educativa.

Al mismo tiempo, la Argentina no ha sido ajena a la situación mundial de crisis de violencia de Estado y de mercado, que ha asumido aquí características particulares de acuerdo a los atravesamientos históricos y sociales. Así, se ha ido configurando un escenario complejo, con aumento de la pobreza y profundización de los procesos de exclusión, que ha llevado al incremento de los índices que miden los hechos delictivos y su reincidencia.

Estos temas se desarrollan con mayor profundidad en otros capítulos de este módulo: "El escenario actual: contextos de violencias y análisis socioeconómicos: marginalidad, delito y pobreza" y "La construcción social del delito".

Abordar esta problemática requiere, en primera instancia, una redefinición de la función social de algunas de las instituciones de Estado, como la justicia, la cárcel y la escuela. Esto supone revisiones profundas tanto en el ámbito jurídico, como en el pedagógico en tanto ambos operan a la hora de constituir los dispositivos que regulan lo cotidiano de la educación en las instituciones de encierro.

La discusión y definición de políticas públicas para el abordaje del fenómeno del delito en la sociedad debería dialogar permanentemente con las investigaciones y los estudios que se realizan acerca de esta problemática. En este punto, se ha señalado que el encarcelamiento no resuelve el fenómeno de la delincuencia ni representa una respuesta significativa de la sociedad para su solución (Kessler, 2004, entre otros). Por otra parte, la disminución del índice de delincuencia a escala mundial depende, entre otros factores, de una mejora en las condiciones sociales y económicas de los pueblos. Sin embargo "un sistema de justicia penal más humano y eficaz puede constituir un instrumento de equidad, cambio social constructivo y justicia social que proteja los valores fundamentales y los derechos inalienables de los pueblos" (Cossman, 2000: 71).

En este marco, el abordaje educativo que se realice durante el tiempo de privación de la libertad es una clave estratégica en la configuración de mejores condiciones de inclusión y/o integración social y laboral posterior.

En el plano institucional, es necesario tener presente que la educación en estos contextos de encierro se desarrolla en medio de un “campo de tensiones” por el contrapunto que ella debería establecer con la lógica del disciplinamiento y castigo, y el carácter restrictivo de la prisión, donde priman sistemas que apuntan centralmente a la seguridad, y que se presentan como impenetrables en su funcionamiento, así como con la tendencia a impregnar cualquier otra práctica dentro de la institución.

He ahí cómo las restricciones de la vida en prisión, impuestas por razones de seguridad, supervisión y control, configuran un territorio de intervención que necesariamente implica una tensión y puja constante al convivir y reflejarse —en el nivel de las prácticas— concepciones contradictorias o divergentes acerca de la función de los establecimientos penitenciarios y de la educación dentro de ellos.

El desafío se da en múltiples dimensiones: por un lado, hay una disputa en el campo teórico, una lucha por el sentido de educar en contextos de encierro: ¿para la recuperación?, ¿para la resocialización?, ¿para la efectivización de un derecho?

Todo esto se vuelve concreto y claro al momento de la interacción, discusión y acuerdo de criterios entre los diversos actores que participan en la educación en instituciones de privación de la libertad (agentes penitenciarios, docentes, detenidos, funcionarios, familiares, etc.), quienes generalmente portan experiencias diversas, formaciones diferentes, tanto como enfoques, posicionamientos y valores acerca de qué significa educar en estos ámbitos.

Por otro, hay una lucha más cotidiana, a nivel de las prácticas, para unos y otros actores, en unas y otras instituciones. En este plano el trabajo es arduo, pues sabemos que las prácticas tienden a rutinizarse y automatizarse; y muchas veces es difícil detener las prácticas, el accionar cotidiano, y observar, con cierta distancia, los hábitos que nos habitan, al decir de Tomás Abraham. Pero sólo de esa manera quizás podamos volver a conectar el hacer cotidiano con aquellos propósitos, ideas y fundamentos que guían nuestra tarea.

Finalmente, el desafío también es de orden político, consolidando acciones, sosteniendo proyectos y políticas que respalden, acompañen y consoliden el trabajo de todos los actores involucrados, permitiéndoles asimismo la construcción de nuevos sentidos, la proyección de ideas novedosas, de manera de poder reinventar un rol y una tarea que nunca será acabada en la medida en que la inclusión socioeducativa de todos nuestros niños, adolescentes y adultos se encuentre pendiente.

1. El proceso de construcción de una política educativa federal para los contextos de privación de la libertad

Fue en los primeros años de este nuevo siglo, en el contexto de una Argentina en crisis, cuando desde el Estado se tomó la decisión política de adoptar una perspectiva distinta en relación con el tema y actuar.

¿Cómo fue posible generar políticas públicas orientadas a la restitución del derecho a la educación de niños/as, adolescentes, jóvenes, adultos, mujeres y hombres en situación de encierro?

En aquel escenario político nacional, comenzó un proceso de construcción complejo que empezó a poner el foco sobre aquellos espacios del ámbito educativo que habían quedado sistemáticamente negados en las políticas educativas del país hasta ese entonces.

El comienzo de este camino se remonta al año 2000, cuando funcionarios del Ministerio de Justicia de la Nación tomaron contacto con la Unidad de Educación de Jóvenes y Adultos del Ministerio de Educación de la Nación, a fin de considerar las posibilidades y maneras de transformar la educación que se estaba ofreciendo en las cárceles federales.⁶ Hasta ese momento, la educación en las Unidades Penitenciarias Federales era brindada por agentes penitenciarios, quienes sólo se encargaban de la educación primaria.

Parecía mentira enterarnos de que no eran los docentes de cada una de las provincias quienes estaban en las aulas de las cárceles, sino que el oficio de educar estaba a cargo del personal de seguridad (que además tenía título docente), con todas las implicancias que esto conlleva.

Quedaba en evidencia una omisión significativa de los años noventa: las escuelas en contextos de encierro no habían sido consideradas en las actas correspondientes a la transferencia de los servicios educativos de adultos a las provincias.⁷

Por ello, dado que la educación que se ofrecía en las unidades penitenciarias federales no pertenecía a los sistemas educativos provinciales, hacia el fin de cada año lectivo debían constituirse mesas de examen para que los alumnos de nivel primario pudieran rendir en calidad de “libres” y de este modo certificar los estudios realizados. La paradoja la ofrecen las mismas palabras.

⁶ En nuestro país existen cárceles federales y cárceles provinciales, diferenciándose en función del tipo de delito cometido y de la jurisdicción judicial correspondiente. Así, los secuestros, estafas, narcotráfico, robo de automotores, son delitos federales, mientras que los demás son de incumbencia provincial, con excepción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que se incluye en el ámbito federal por su historia política y por carecer de un sistema judicial y penitenciario propio.

⁷ Ley 24.079/92 o Ley de Transferencia de servicios educativos a las provincias.

2.2. Pensar la educación en contextos de encierro. Primeras aproximaciones a un campo en tensión

Al mismo tiempo, pudimos comprobar que eran muy pocas las personas detenidas que podían acceder a la educación, ya que desde el ámbito penitenciario era considerada como un beneficio para algunos y no un derecho para todos, en el marco del tratamiento penitenciario y el sistema de progresividad de la pena.

La lógica pedagógica quedaba subsumida a la lógica de la seguridad y del disciplinamiento punitivo.

En cuanto a los aprendizajes realizados y evaluados por los docentes de los sistemas educativos que tomaban los exámenes, se advertía que eran poco satisfactorios, razón por la cual la mayoría de los alumnos eran reprobados.

Por otro lado, la dependencia de la oferta educativa a cargo del servicio penitenciario era institucionalmente inaceptable: generaba un conflicto de roles en la medida en que la formación, la mirada y la tarea de los agentes penitenciarios se centra en el resguardo de la seguridad.

La Ley 24.660, que regula hasta hoy la ejecución de las penas privativas de la libertad, otorga al Servicio Penitenciario Federal la responsabilidad de que en las unidades penitenciarias de su dependencia se ofrezca educación, pero no le otorga la tarea del desarrollo de tales acciones, dado que existen ámbitos estatales específicos en los ministerios de educación, únicos habilitados para certificar los estudios cursados.

Hubo que dialogar, persuadir, discutir, pelear, convencer y acordar, en vías de diferenciar roles y tareas: el agente, el docente, la tarea de la seguridad, la función de educar. A pesar de que se trabaje con las mismas personas, y juntos en el contexto de la cárcel, hemos visto cómo la mirada que cada uno ofrece, constituye sujetos diferentes, en un caso serán internos, en el otro alumnos o estudiantes.

¿En qué situaciones de su práctica cotidiana se han encontrado en la necesidad de diferenciar roles, funciones, objetivos? ¿Cuáles han sido los resultados?

Desde nuestra perspectiva, el desempeño simultáneo de estos dos roles es incompatible con los fines, prácticas y resultados a los que aspira un proceso educativo. Este fue un camino difícil de recorrer; quienes se sentían despojados de sus tareas educativas no dejaron de ofrecer resistencia a los cambios que se iban planteando, y aún hoy es una práctica en tensión.

A través de reuniones con los funcionarios del Ministerio de Justicia, del Servicio Penitenciario Federal y del Ministerio de Educación nacional, así como con los actores institucionales involucrados, paulatinamente se fueron creando las condiciones necesarias para generar los cambios estructurales que se necesitaban.

Toda esta tarea fue localizada en la Unidad de Educación de Jóvenes y Adultos del Ministerio de Educación de la Nación, a través de la cual se firmó finalmente el primer Convenio de Cooperación Educativa entre el Ministerio de Educación y el Ministerio de Justicia en el año 2000,⁹ luego actualizado en el año 2006.

CONVENIO DE COOPERACIÓN EDUCATIVA - MECyT N° 375/06 que actualiza el primer convenio ME N° 13 de 2000 Fragmento

PRIMERA: Las partes formalizan el presente Convenio con el objetivo de desarrollar acciones sistemáticas en el ámbito educativo de los establecimientos de ejecución de la pena dependientes del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL. A tal efecto, se comprometen a realizar el diseño, la organización y el desarrollo de un conjunto de propuestas educativas sistemáticas con distintas modalidades de implementación destinadas al personal penitenciario que se desempeña en el área de educación de los establecimientos de ejecución de la pena y de los internos allí alojados.

SEGUNDA: EDUCACIÓN se compromete a contribuir al desarrollo de las acciones mencionadas en la cláusula PRIMERA a través, entre otros medios, de la provisión de equipamiento, la realización de asistencias técnicas, al trabajo bilateral con los equipos técnicos provinciales, la capacitación específica de directivos y docentes a cargo de las ofertas educativas en sus distintos niveles y modalidades.

TERCERA: EDUCACIÓN se compromete a contribuir en la articulación con la cartera educativa de cada jurisdicción para promover la cobertura creciente de la oferta educativa en todos sus niveles y a arbitrar los mecanismos necesarios para:

- Favorecer el ingreso, permanencia y terminación de los trayectos educativos de educación general básica, media y de formación profesional de los internos.
- Promover los acuerdos necesarios entre los distintos niveles del sistema educativo, tanto a nivel intra-jurisdiccional como inter-jurisdiccional, con el objeto de garantizar la continuidad de los trayectos educativos y estudios de los internos ante las situaciones de ingreso, traslado y egreso de los establecimientos de ejecución de la pena dependientes del Servicio Penitenciario Federal.

CUARTA: EDUCACIÓN se compromete a brindar la actualización pedagógica necesaria para el personal penitenciario que se desempeña en el ámbito educativo y la capacitación en sus funciones de apoyo, tutoría y biblioteca, entre otras, que complementen la tarea docente y a proveer los materiales didácticos necesarios.

QUINTA: JUSTICIA tendrá a su cargo los gastos operativos relacionados con la infraestructura y la administración que garanticen las condiciones para la implementación de las ofertas educativas de los distintos niveles, posibilitando tanto la matriculación de todos los alumnos potenciales como la asistencia sostenida a clase de los internos en los distintos niveles y ofertas existentes.

Buenos Aires, 11 de julio de 2006

Este convenio fue profundamente transformador y ayudó a mostrar que la educación en las cárceles podía considerarse de otra manera, a partir de decisiones políticas que promovieran marcos legales que ampararan y habilitaran nuevas posibilidades de acción educativa. En función de esto sentaron las bases para sustituir la dependencia de la oferta educativa de las cárceles hasta entonces a cargo de los agentes de seguridad, por la de los sistemas educativos provinciales. Así se comenzaban a generar condiciones de igualdad entre los adultos que recibían educación dentro y fuera del encierro.

Asimismo, el mencionado Convenio comprometía al Ministerio de Justicia a habilitar el ingreso de los docentes del sistema educativo, disponer las aulas y trasladar a los alumnos para asistir a clase dentro de las unidades penales, así como a asumir los gastos operativos relacionados con la infraestructura y la administración. El Ministerio de Educación se comprometió a asumir la responsabilidad de la capacitación de directivos y docentes, la provisión del equipamiento tecnológico inicial, así como de los materiales de apoyo a las actividades educativas. A partir de ese momento, cada una de las provincias debería firmar convenios de adhesión con vías a operativizar las acciones en las cárceles situadas en su territorio.

En el pasaje de la letra formal del convenio a las prácticas cotidianas era necesario consensuar diversas cuestiones: ¿En qué horarios se darían las clases?, ¿en qué espacios?, ¿cómo se conformarían los grupos de alumnos?, ¿qué tareas le correspondían a cada uno de los organismos participantes?, ¿cómo se haría la transición?, ¿cómo se seleccionarían los docentes provinciales?, ¿cómo se dispondría de los materiales necesarios para el trabajo escolar?, entre otras. Esta etapa constituyó también un momento de aprendizaje para todos los actores involucrados. Comenzaba un diálogo entre lógicas, prácticas y discursos que hasta el momento estaban escindidas.

Todo esto que comenzó de un modo muy acotado sirvió de base para que más adelante se continuara y fortaleciera a partir de la creación de un programa específico dentro del Ministerio de Educación Nacional, con el diseño y desarrollo de políticas educativas destinadas a los contextos de encierro. Poco a poco se fue conformando un equipo de trabajo con la integración de perfiles profesionales complementarios dada

la complejidad de los problemas abordados, la diversidad de miradas provenientes de distintas disciplinas, la sociología, la psicología, la psicopedagogía, las ciencias de la educación, el trabajo social, la gestión cultural, entre los diversos antecedentes de formación de sus miembros.

En el año 2003, la línea de trabajo específica en el área de Educación de Adultos pasó a constituirse en un programa nacional, que desde entonces recibió varios cambios de nombre. Como sostiene Alejandra Birgin, "no es menor la elección del nombre [...], ya que en todo nombre hay inscripto un sentido. Cuando se nombra se construyen patrones, modos de problematizar y de pensar. Un nombre abre caminos" (Birgin, 2004: 8).

Así, los cambios de nombre que tuvo el programa nacional reflejan también el avance de los compromisos que el Ministerio de Educación de la Nación estuvo dispuesto a asumir para abordar con complejidad creciente la atención educativa de quienes viven en diversas situaciones de privación de libertad. El primer nombre fue Programa Nacional "Educación en Establecimientos Penitenciarios".

El cambio siguiente de denominación –Programa Nacional de Educación en Establecimientos Penitenciarios y de Minoridad– se relacionó con la decisión política de ampliar la población destinataria del Programa, extendiendo la atención educativa hacia un nuevo grupo: el de los adolescentes y jóvenes acusados de la comisión de delito alojados en institutos de régimen cerrado.⁹ Sin embargo, esta denominación nunca satisfizo el espíritu de trabajo del equipo dado que el término "minoridad" reenviaba a una concepción ideológica relacionada con la Ley de Patronato,¹⁰ la cual no compartíamos. Fue hacia fines de 2005 que propusimos el nombre actual, "Educación en contextos de encierro", superador de las dificultades señaladas y habilitador de nuevos espacios invisibilizados aún para el sistema educativo.

La decisión implícita en la nueva denominación dio lugar a la inclusión de otros que habitan el encierro y que, por tal motivo, están imposibilitados de asistir a la escuela común, por lo cual la escuela debe ir hacia ellos.

⁹ Se denomina así a las instituciones a las que ingresan los adolescentes y jóvenes menores de 18 años en conflicto con la ley penal; se caracterizan por admitir su salida sólo por orden de los jueces, razón por la cual no pueden asistir a la escuela externa.

¹⁰ El Paradigma de la Situación Irregular también identificado con el Patronato es una doctrina que plantea dos infancias: los niños y los menores. Concibe al niño o adolescente como un objeto; para el carente o pobre se debe dar protección y, para el peligroso, la vigilancia y represión. El nuevo Paradigma de la Protección Integral pone su enfoque en los derechos y concibe al niño y adolescente como un sujeto de derechos, en sentido integral, por el hecho de ser persona. No se protege al niño, sino a sus derechos, y el Estado está obligado a intervenir en caso de ser vulnerados.

A partir de 2007, los grupos destinatarios de nuestro trabajo son: los jóvenes y adultos, tanto varones como mujeres, alojados en cárceles federales y provinciales; los adolescentes y jóvenes menores de 18 años alojados en institutos cerrados; los niños y niñas hasta los 4 años de edad, nacidos y/o criados en estos contextos, que viven con sus madres presas; los niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos en centros de rehabilitación de adicciones. Un signo de crecimiento.

Para comenzar a trabajar con cada uno de estos grupos y sus problemas específicos, fuimos dando respuesta a preguntas decisivas para la definición de políticas y dispositivos de acción: ¿Quiénes habitan los espacios de encierro?, ¿cuáles son sus principales problemas educativos?, ¿cómo hacer visible lo oculto?, ¿cómo obtener información en circunstancias en que esta no era de acceso público?, ¿cuáles serían los temas urgentes y cuáles los importantes?

Dado que se carecía de todo diagnóstico, uno de los primeros pasos fue el desarrollo de un Seminario Virtual¹¹ en el que participaron referentes de todas las jurisdicciones y a partir del cual se pudo consensuar un documento federal que identificaba algunos de los problemas centrales que orientaron la proyección de la tarea¹² y que describiremos brevemente a continuación.

1.1. La gestión Intersectorial e Intraministerial

El diagnóstico que se fue configurando daba cuenta de una importante fragmentación de la gestión educativa en las cárceles, a raíz de las diversas dependencias a nivel educativo (Educación de Jóvenes y Adultos, Formación Profesional, Educación Básica o Primaria, Educación de Nivel Medio, Nivel Inicial, Educación Especial), así como órganos de gobierno involucrados (Desarrollo Social, Justicia, Salud, Cultura, en el nivel nacional y provincial).

¹¹ Un Seminario Virtual es una forma de trabajo colaborativo cuyo soporte es la constitución de una red virtual de correos electrónicos de los referentes del sector de las veinticuatro jurisdicciones del país, todos trabajando sobre un texto inicial o de base. A los miembros de la red virtual se les envió el documento de trabajo que fue comentado, ampliado u objetado, considerando cada uno de los párrafos del mismo. A través de esta metodología y a partir del aporte realizado por las provincias en el Encuentro Nacional, logró construir un texto consensuado federalmente, el documento "Problemas significativos de la Educación en establecimientos penitenciarios". Este documento fue de gran utilidad en adelante en tanto ofreció elementos cercanos a un diagnóstico para la toma de decisiones.

¹² Documento "Problemas significativos de la educación en contextos de encierro", en http://www.mec.gov.ar/cuiform/politica/ed_pen/pen_sv.pdf

Esta suerte de "desmembramiento" a la hora de atender una problemática específica y concreta, pero altamente compleja, se traducía en las dificultades para mejorar la cobertura educativa en un contexto donde los alumnos registraban trayectorias educativas breves e inconclusas. Asimismo se visibilizaba la falta de atención puesta en la formación de docentes, supervisores y directivos que se desempeñaban en estos ámbitos, lo que había generado una desactualización, desánimo, y sensación de falta de reconocimiento, indiferencia y desinterés hacia su trabajo.

En todos los espacios de encierro se constataba también la carencia de elementos materiales mínimos para el desarrollo de la tarea educativa. Los ambientes destinados a la escuela eran pequeños, por un lado debido a la "sobrepoblación de las cárceles" y, por el otro, a una infraestructura edilicia que no había previsto en su diseño aulas y otros lugares específicos para el desarrollo de las actividades escolares. La cantidad de aulas no permitía, y aún hoy sigue dificultando, la universalización de la educación, excusa muy frecuente para no ampliar la oferta educativa.

Una cuestión específica, pero no menor a la hora de abordar esta problemática fue encontramos, no sin estupor, que la educación primaria en las cárceles, en algunas jurisdicciones, estaba a cargo del área de Educación Especial. Esta ubicación no era casual ni ingenua, sino que constituía —y sigue siéndolo aún hoy en algunas provincias— el resabio de una concepción que identificaba a la persona privada de libertad como discapacitado, lo que llevó a que durante dictadura militar se incorporara en los profesados de Educación Especial la especialización en "Irregulares sociales y mentales".¹³

Este enfoque sustrae a quien ha perdido temporal y circunstancialmente su libertad, de su condición de adulto o joven, y lo ubica en la de discapacitado. Parafraseando a Jesús Valverde Molina,¹⁴ los presos, en su mayoría, ni están locos ni son personas con discapacidad, son sujetos que han transgredido la ley y merecen ser considerados como adultos responsables de sus actos. "Tampoco están enfermos", por lo cual no ha de dárseles "tratamiento", como establece la ley de ejecución de la pena. Esta idea se refuerza al proponer que "no es el preso el anormal, ni su persona ni su conducta; lo que está gravemente enfermo es el ambiente al que la conducta, adaptativamente, ha de responder". De aquí que la consideración de estos sujetos como discapacitados obedeció a una

¹³ Ver entre otros: resolución 1.727/1969, Dirección General de Escuelas, Entre Ríos.

¹⁴ Caldrático de la Universidad Complutense de Madrid y Doctor en Psicología especializado en estos temas, que ha sido invitado desde nuestro Ministerio para brindar su aporte en diversos eventos del Programa Nacional durante 2006 y 2007. Las citas han sido tomadas de la Conferencia a su cargo en las Jornadas Nacionales del Programa en 2006.

visualización del diferente como peligroso, anormal, enfermo o loco, sobre la base de un paradigma jurídico o médico jurídico, que autorizó que este fuera separado del resto y abordado de manera “especial”.

Desde el comienzo del recorrido en esta temática, el Ministerio de Educación Nacional se propuso trabajar desde otro enfoque, sostenido en un paradigma de protección de derechos. Desde esta perspectiva se acompañó y se sigue acompañando a las provincias que aún sostienen en sus estructuras aquella posición para que pudieran producir los cambios necesarios en vías de reconocer a sus alumnos privados de libertad como sujetos de derechos, jóvenes, adultos, hombres y mujeres, a quienes es prioritario ofrecer espacios educativos donde sea posible la construcción-reconstrucción de su proyecto de vida. Este posicionamiento queda reflejado en el capítulo específico de la Ley Nacional de Educación, donde se constituye esta modalidad como parte de la educación común.

En este sentido, nuestro trabajo, junto con el de cada una de las provincias que asume el tema, se sostiene en el convencimiento de que “será la oferta que se le plantee al sujeto la que puede producir una demanda de su parte. Una oferta con posibilidades de futuro y reconocimiento abrirá la posibilidad de realizar un nuevo pacto con lo social que, a su vez, opere un cierto cambio de posición en el sujeto” (Medel, 2000).

1.2. Las estrategias de trabajo

A partir del punto anterior se definió una estrategia de trabajo que se centraba en la necesidad de articular el trabajo de todos los actores, al interior de los Ministerios de Educación, con otros organismos de gobierno, entre la Nación y las provincias, una vez identificados los problemas y en vías de definir objetivos y acciones con el horizonte puesto en garantizar el derecho a la educación de todas las personas en contextos de privación de la libertad, promoviendo su formación integral y desarrollo pleno.

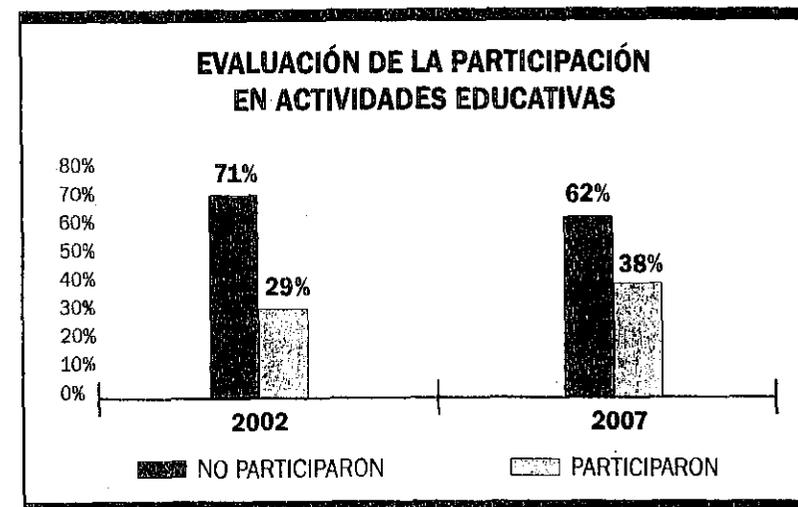
Para tal propósito se implementaron algunas estrategias específicas que apuntan a promover la institucionalización de relaciones intersectoriales, a través de la firma de convenios: sostener los espacios de encuentro para el intercambio y la toma de decisiones en el ámbito federal, desarrollar acciones que contribuyeran a mejorar las condiciones educativas y proveer recursos didácticos y tecnológicos desde distintos ámbitos del Estado nacional, revalorizar y profesionalizar al docente en su rol a través de la capacitación permanente, propiciar el avance de las propuestas de formación profesional y laboral en sus distintos niveles y modalidades, impulsar la implementación de acciones relacionadas

con el ámbito cultural y artístico, favorecer la visibilidad de la problemática y promover su inclusión en las agendas de las políticas públicas.

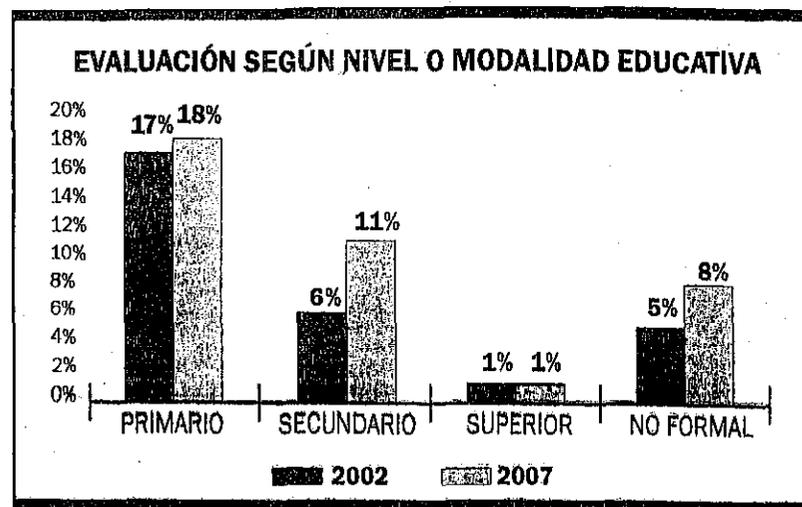
En los encuentros nacionales, regionales y provinciales realizados, se fueron delineando acuerdos que sentaron criterios para la organización e implementación de más y mejor educación para todos. En las segundas jornadas nacionales realizadas en el año 2004, se estableció como acuerdo la necesidad de desarrollar acciones destinadas a los docentes y a los agentes, tanto en relación con su desarrollo profesional permanente como hacia el cuidado de su salud psicofísica, y la necesidad de ampliar la oferta educativa, entre otros aspectos discutidos.

Luego de estos años de trabajo podemos decir que la meta general del área está más cerca: se han creado condiciones para poder avanzar y, aunque lentamente en lo cuantitativo, gradualmente y con dificultades verificamos la incorporación de experiencias interesantes y buenas prácticas que se han ido implementando progresivamente en diferentes provincias.

En este sentido es interesante observar la progresión de la participación en actividades educativas de las personas detenidas en unidades penitenciarias.



Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Dirección Nacional de Política Criminal, Secretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios, SNEEP.



Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Dirección Nacional de Política Criminal, Secretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios, SNEEP.

Al mismo tiempo resultó relevante analizar la evolución de la matrícula en los diferentes niveles del sistema educativo en relación con la de la población alojada en las unidades penitenciarias. Si en el año 2002 había 46.288 personas detenidas en todo el país, en el 2007 ese dato llegó a un valor de 52.457. Vale decir, se produjo un aumento en la población total de casi el 9 %, mientras que el aumento en la oferta de nivel primario lo hizo sólo en un 1 % y la de nivel secundario, en un 5 %.

Resulta evidente que obtener información actualizada y fidedigna es difícil, más aún en estos contextos, tan poco permeables a la mirada externa. Esto se agrava cuando se trata de los institutos que alojan a menores de 18 años acusados de la comisión de delito, ya que no se cuenta con información oficial y pública sobre la situación educativa y necesidades específicas de los adolescentes y jóvenes. Sin embargo, a través de indicadores menos formales es posible percibir que la atención educativa es aún más escasa que en las cárceles, que el problema es cuantitativamente mayor y al mismo tiempo más complejo, fundamentalmente por los períodos breves e impredecibles que dura su institucionalización. El hecho de que se trate de una población fluctuante vuelve más dificultosa la implementación de dispositivos que permitan aprovechar el momento del encierro para una inclusión educativa efectiva que tenga continuidad una vez que se recupera la libertad. Algo similar ocurre con los centros de tratamiento de adicciones.

1.3. El entretejido necesario

Como fuimos mostrando, fue durante los primeros pasos de esta gestión que se tuvo que hallar una estrategia que nos permitiera acercarnos a las metas propuestas. El camino era claro: dado que los espacios de encierro están atravesados por temas y problemas sumamente diversos, que dependen de diferentes organismos y jurisdicciones del Estado, el desafío era aprender a trabajar de modo articulado intersectorial, interministerial, interjurisdiccional e intraministerialmente en forma continua y sistemática. Con los Ministerios de Educación de las jurisdicciones, con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y otros ministerios nacionales, así como con distintas áreas y dependencias de nuestro propio Ministerio de Educación.

El trabajo con las distintas áreas al interior del Ministerio de Educación apuntaba a transversalizar las propuestas de manera que las ofertas que se diseñan e implementan en escuelas extra muros, también se lleven adelante en contextos de encierro, con las adaptaciones necesarias y dispositivos específicos, atendiendo a los objetivos de la Ley de Educación.

Se realizaron mesas de articulación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Desarrollo Social, su Secretaría Nacional de Niños, Adolescentes y Familias (SENNAF), el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la Secretaría de Cultura.

Así como hemos identificado la ruptura del tejido social como factor fundamental en la constitución del problema del delito en la sociedad y el encarcelamiento, fuimos construyendo una estrategia de abordaje que se basaba en el tejido y el fortalecimiento de redes entre sectores y áreas diversas dentro del Estado nacional.

El trabajo intersectorial se ha revelado como una estrategia eficaz y una condición necesaria para producir los cambios buscados y que la realidad pueda ser otra. Este trabajo de entretejido, tan necesario para abordar y actuar en estos ámbitos, con estas problemáticas, se fue desarrollando asimismo a través de reuniones organizadas a nivel nacional, regional y provincial. En ellas se discutían posicionamientos, se intercambiaban experiencias, se consensuaban criterios, se realizaban propuestas y se planificaban acciones.

Al tiempo que se trabajaba para optimizar la gestión de la educación en estos contextos, fue necesario ir produciendo, colectivamente, conocimiento sobre la problemática. Para este propósito, y sobre la definición del problema como altamente complejo y atravesado por variables diversas, se convocó a personas reconocidas por su trayectoria,

tanto del ámbito nacional como del internacional,¹⁵ proveniente de diferentes disciplinas, quienes hicieron sus aportes en la reflexión y discusión, indispensables para el enriquecimiento de los equipos de trabajo y muy potentes para generar nuevas miradas sobre los problemas que nos toca abordar.

A lo largo de estos años hemos realizado de modo ininterrumpido siete Jornadas Nacionales que trataron los siguientes temas: "Problemas de la educación en establecimientos penitenciarios" (2003); "La articulación como estrategia de gestión" (2004); "La educación en contextos de encierro en el marco de los Objetivos del Bicentenario" (2005); "Las consecuencias del encierro en la subjetividad. Cultura y educación en el proceso de inclusión" (2006); "El desafío de construir la modalidad de la educación en contextos de encierro" (2007); Ejes políticos y consensos para un planeamiento federal compartido (2008); "Lineamientos políticos y estratégicos de la modalidad educación en contextos de privación de la libertad".

Durante el período 2003-2007 también organizamos una serie de encuentros que convocaron a las provincias de diferentes regiones del país. Estas reuniones nos ayudaron a consolidar las líneas de acción en común, a identificar problemáticas y a consensuar estrategias y metas que, junto con las propuestas del Programa Nacional, fueron constituyendo una construcción federal. En estos encuentros también se fortalecieron los lazos personales y se consolidó la red de referentes, funcionarios y equipos técnicos con una mística compartida.

Asimismo resultó sumamente importante compartir nuestra experiencia con representantes de otros países, a través de lo que se configuró como la Red Latinoamericana de Educación en Contextos de Encierro en el marco del MERCOSUR Educativo.¹⁶

¹⁵ Nos han acompañado, aportando sus valiosos conocimientos, los siguientes especialistas extranjeros: Dra. Isabella Fortunato, funcionaria de Educación de Jóvenes y Adultos de la Región Central de Italia en 2003; Lic. Antonio Viedma Rojas, Universidad de Barcelona en 2005; Dr. Jesús Valverde Molina, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid en 2006 y 2007; y Dr. Marc De Macey, a cargo de Educación en Prisiones en UNESCO en 2007. Y también los siguientes especialistas argentinos: Dra. Alcira Daroqui, Dr. Juan Pegoraro, Dr. Gabriel Kessler, Dr. Esteban Mizrali, Dra. Stella Maris Martínez, Dr. Mariano Gutiérrez, Dr. Gabriel Lerner, Dr. Francisco Mugnolo, Lic. Rafael Gagliano, Dr. Norberto Liwsky, Dra. Silvia Oyhamburú, Lic. Graciela Lombardi, Lic. Federico Lorenz, Lic. Mario Goldemberg, Lic. Carina Rattero, Lic. Thomas Louvat, Lic. María Eugenia Cabrera, Lic. Gabriel Paz, Lic. Lidia Castiñeiras, Lic. Gabriela Saslavsky, Lic. Mario Goldemberg, Lic. Mariam Tártalo, Lic. Gustavo Varela, Lic. Raquel Robles, Lic. Mario Zerbino, Lic. Gabriela Touzé, Lic. Sebastián García, Lic. Carlos Caputo y el equipo del Programa de Derechos de la Niñez y la Adolescencia.

¹⁶ Esta Red cuenta con el apoyo de la Organización de Estados Iberoamericanos (OEI), de EUROsociAL, de UNESCO y de EPEA. EUROsociAL es un organismo de la Unión Europea destinado a la promoción y

El intercambio con personas que trabajan en estos temas en otros países redundan en un enriquecimiento recíproco y en la concertación de acuerdos para orientar las políticas públicas para el sector en la región.

A pesar de la convicción de nuestro posicionamiento y del arduo trabajo realizado en esa dirección, las dificultades encontradas no han sido pocas.

Así como en un nivel específicamente pedagógico la confianza es una piedra fundamental para que el proceso de enseñanza-aprendizaje tenga lugar, en el nivel de la gestión también fue necesario recorrer un camino de trabajo con otros basado en la confianza, el respeto y el cuidado. Y a partir de ahí insistir en la formalización de las voluntades mediante la suscripción de convenios u otro tipo de documentos que institucionalicen los acuerdos.

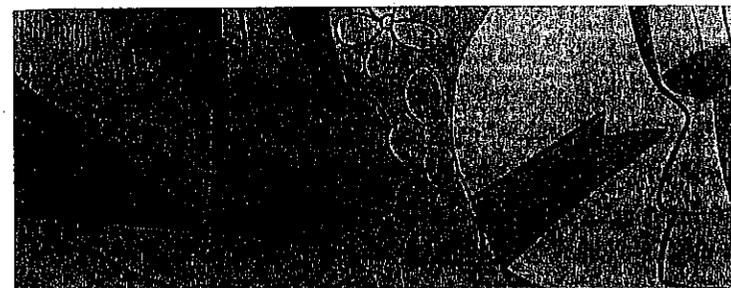
De este modo, más allá de que generalmente los tiempos políticos y administrativos no se adecuan a los deseos y necesidades de la gestión, y los cambios frecuentes nos colocan frente a la necesidad de recomenzar algunos trayectos, se va constatando un avance y un territorio ganado que es necesario defender en el trabajo cotidiano.

Estos encuentros lograron tejer lenta y consensuadamente una política educativa federal para el sector, signada por la participación y el acuerdo. Por otra parte, el avance en el logro de las metas propuestas por el Área es, en gran medida, fruto de la continuidad de este tipo de acciones. Asimismo, entre los ámbitos de educación y de seguridad se continúa avanzando en la construcción de un sentido de corresponsabilidad para que el derecho a la educación se efectivice en estos contextos de encierro, y alcance mayores niveles de democratización.

el financiamiento de acciones tendientes a la inclusión social; EPEA es una asociación de la sociedad civil que conforma la Red Europea de Educación en Cárcelas.

Bibliografía de referencia

- Cossman, Bill, (2000): *La educación básica en los servicios penitenciarios*, Instituto de Educación de la UNESCO 2000.
- Kessler, G. (2004): *Sociología del delito amateur*, Buenos Aires, Paidós.
- Medel Encarna (2000): "Experiencias: trabajo educativo con adolescentes", en H. Tizio (comp.), *Reinventar el vínculo educativo. Aportaciones de la pedagogía social y el psicoanálisis*, Buenos Aires, Gedisa.
- Birgin, A., E. Antelo, G. Laguzzi, D. Sticotti (comps.) (2004): *Contra lo inexorable*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, Escuela de Capacitación, CePA.
- Ley Nacional de Educación 26.206.
- Ley Nacional de Ejecución Privativa de la Libertad 24.660.
- SNEEP (2007): *Sistema Nacional de Estadística Penitenciaria*, Dirección Nacional de Política Criminal, Secretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.



CAPÍTULO 2. Marginalidad, delito y pobreza: contextos de violencias y desigualdades

Al mirar por esa ventana se vislumbran cosas que suelen ser invisibles, cosas de la mayor importancia no sólo para los autores, las víctimas y los testigos del crimen, sino para todos los que estamos vivos hoy y esperamos estarlo mañana. Lo que vi por esa ventana no me gustó nada en absoluto. Sin embargo, cuanto más deprimente era la visión más convencido me sentía que si nos negábamos a asomarnos todos estaríamos en peligro.

(Z. Bauman, 1997)

Las cárceles hablan, dicen cosas. Nos interpelan en varios sentidos. Y en primer lugar nos deben interpelar en el sentido de lo social, de la justicia; en el sentido en que un orden social, político, económico y cultural vive como naturales la desigualdad y la injusticia condenando a muchos y muchas habitantes del territorio que constituye un país, un Estado, a ocupar determinados espacios y lugares, asignándoles derechos y posibilidades de vida altamente restrictivas e injustas.

Zygmunt Bauman, sociólogo polaco contemporáneo que hace ya varios años viene reflexionando sobre el mundo social, ha definido de modo contundente y dramático cómo la sociedad moderna actual necesita producir "desperdicios humanos" para su propia manutención y crecimiento. En su libro *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias* (2005), Bauman desarrolla los procesos de producción de "residuos humanos" —más concretamente de las poblaciones "superfluas" de emigrantes, refugiados y demás parias— como una consecuencia inevitable de los procesos de modernización. Aunque sor-

- Herrera, Paloma (2008): "La construcción de identidad en los adolescentes que cometen delito. La educación en el encierro: un campo de tensiones", IX Jornadas Regionales de Investigación en Humanidades y Ciencias Sociales. Facultad de Humanidades. Universidad Nacional de Jujuy, mayo 2008.
- Hirschi, Travis (1969): *Las causas de la Delincuencia*, Berkeley, Universidad de California, USA.
- Kessler, G. (2004): *Sociología del delito amateur*, Buenos Aires, Paidós.
- (2006): "Las teorías sobre el Delito: Propuestas y Críticas", Conferencia dictada en Trayecto Formativo: Educación en contextos de Encierro. Desafíos, problemas y perspectivas", Ministerio de Educación, 27 de junio, INET.
- Pegoraro, J. (2008): "Introducción", en *Hablando desde las cárceles*, boletín bimestral publicado por Proyecto Ave Fénix-Facultad de Ciencias Sociales-UBA. Buenos Aires (Comps. Paola Calcagno, Liliana Cucut, Laura Grandoso).
- Sampson R y Groves. W. B. (1989): "Community Structure and Crime: Testing Social disorganization Theory", en *American Journal of Sociology*, vol. 94,
- Segato, R. L. (2007): "El color de la cárcel en América Latina", *Nueva Sociedad*. N° 208, marzo-abril.
- Serra, M. Silvia (2007): "Pedagogía y metamorfosis", en G. Frigerio y R. Baquero (comps.): *Las formas de lo escolar*, Del estante/UNQ.
- Shaw, C. y H. McKay (1942): *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Sutherland, E. (1999): *El delito de cuello blanco*. Madrid, La piqueta.
- (1924): *Principios de Criminología*, Chicago, University of Chicago Press.
- Wacquant, L. (2001): *Parias urbanos: Marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*, Buenos Aires, Manantial.
- (2000): *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial.
- Zaffaroni, E. R. (1998) *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar.
- (2001): "La lógica del carnicero", en *Derecho Penal*. Disponible en <http://www.derechopenalonline.com>.
- (2006): *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar.
- Zaffaroni, E. R., A. Slokar y A. Alogia (2000): *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar.



CAPÍTULO 5. Entre encrucijadas. Los sentidos de la educación en contextos de encierro

Al comenzar este módulo señalábamos que la educación en contextos de encierro constituye un escenario altamente complejo para la política y la práctica educativas. Las preguntas iniciales invitaron a realizar una profundización del escenario social y político actual, adentrarnos en la genealogía de instituciones tan antiguas vigentes como la cárcel y la escuela, situar al delito como construcción social al mismo tiempo que conocer diferentes perspectivas para entender el significado de este fenómeno.

La complejidad inherente al escenario donde nos encontramos fundamenta la necesidad de construir marcos para una mayor y más profunda comprensión de las problemáticas planteadas, a salvo de la ingenuidad que muchas veces provoca la naturalización de la realidad cotidiana con la que trabajamos.

A través de los diferentes capítulos de este módulo, nos propusimos contribuir a una mirada crítica desde un sistema educativo que, atendiendo a su deuda social histórica, se posiciona como garante del derecho a la educación para todos y cada uno.

Decíamos que el desafío reside en construir una escuela que pueda dar respuesta a las necesidades educativas de los sujetos que se encuentran privados de la libertad, advertidos de los cruces, interacciones, diferencias y similitudes entre nuestras prácticas educativas y la lógica propia de las instituciones de encierro: sus presupuestos, finalidades, modos de funcionamiento.

Desde estas nuevas y múltiples miradas, proponemos ahora volver a centrarnos en nuestra práctica educativa, en medio de tensiones y sentidos diversos.

1. El sentido de una política educativa para estos contextos

En este punto es imperioso preguntarse desde qué lugar se piensa y diseña una política educativa para los contextos de privación de libertad.

Retomemos algunos aspectos de la situación actual.

Los medios de comunicación han asumido un lugar de poder que parece incuestionable, y muchas veces aquello que vemos por la televisión o leemos en los periódicos se nos presenta como “la realidad” —la única—; como si fuera posible reflejar la realidad tal cual, como una foto que siempre muestra lo mismo (violencia, jóvenes perdidos y sin futuro que se vuelven delincuentes de la noche a la mañana, y vecinos y vecinas de diferentes barrios y ciudades que diariamente son arrebatados por estas olas de violencia mientras estaban trabajando tranquilamente, cada uno en lo suyo). Por otro lado, y en consonancia con esta descripción, se observa un impulso de las políticas disuasivas de “mano dura” que pretenden resolver “la situación” a través del aislamiento y encarcelamiento de aquellos sujetos identificados como peligrosos.

Desde nuestro enfoque, no podemos ser indiferentes a los múltiples factores que entran en juego cuando analizamos la complejidad de la situación de millones de jóvenes “perdidos y sin futuro”; o cuando reconstruimos aquellas nominaciones (“delincuentes”, “peligrosos”) que se les asignan como resultado de un proceso de construcción de representaciones sociales que poco tiene que ver con enfrentar la problemática de manera integral. Todo esto, vinculado a una tendencia actual que refuerza el individualismo y la preservación del sí mismo frente a todo. Parafraseando a Bauman (2000) lo que se derrite en esta época actual son los vínculos y conexiones entre los proyectos individuales, y las acciones y proyectos colectivos. La “tranquilidad” del “cada uno en lo suyo” no podrá sobrevivir a esta ni a ninguna sociedad, porque desde el vamos rechaza la pregunta que habilita la construcción de un *socius* o cuerpo social: ¿cómo vivir juntos?, ¿qué es lo que tenemos en común más allá de las diversidades?, y ¿qué es entonces eso que podemos hacer juntos?

Mal que le duela a alguno, mal que nos duela a todos, las personas que habitan las cárceles e instituciones de encierro no están “fuera” de la sociedad sino que son tan parte de ella como cualquier “nosotros” que intentemos construir.

Entonces es válido cuestionarse: ¿hasta qué punto una política educativa para estos contextos debería responder automáticamente a las demandas de un discurso social dominante que tiende a leer una realidad diversa y llena de elementos heterogéneos de manera unificadora y homogénea? O, también, ¿cómo instalar una demora frente a la

supuesta necesidad de una respuesta inmediata y efectiva, para abrir a la posibilidad de un proceso de construcción de una respuesta integral que considere los múltiples factores en juego?

Numerosas políticas educativas que atienden estas problemáticas de tipo social suelen plantearse desde la perspectiva de “lo compensatorio”, es decir, de dar a esos sujetos “deficientes”, aquello que les falta o que necesitan para adecuarse a la norma social. Este tipo de políticas definen a sus beneficiarios a partir de sus carencias o de sus diferencias-deficiencias.

Esto es lo que también suele ocurrir, por citar otro ejemplo, con algunas de las políticas destinadas a las personas que pertenecen a pueblos originarios que, posicionadas desde una supuesta superioridad de la cultura dominante, ven la necesidad de compensar las carencias de esos “otros culturales”.

En este sentido, es importante resaltar la perspectiva de la política educativa para contextos de encierro que se sostiene desde el Ministerio de Educación de la Nación. La misma intenta construir una mirada federal sobre la problemática haciendo foco en el contexto y no en supuestas características “especiales” del sujeto, que finalmente siempre lo colocan en un lugar de inferioridad y deficiencia.

La Ley de Educación Nacional (2006) crea una modalidad educativa que, dentro de la educación común, se desarrolla en un ámbito específico, teniendo en cuenta que se trata de una situación circunstancial.

Esta política se opone a aquellas otras que basadas en concepciones que sostienen una identidad inamovible e inmutable, así como específica para estos sujetos, plantean la necesidad de un tratamiento particular desde lo educativo.

Contrariamente, esta nueva modalidad de la educación intenta sostener la tensión entre lo común y lo diferente, reconociendo la necesidad de dispositivos heterogéneos y específicos en estos espacios, con el fin de alcanzar resultados homogéneos.

Es importante tener presente que el modo en que las políticas estatales visualizan una problemática tiene gran impacto en los sujetos involucrados, ya que el Estado en sociedades como la nuestra resulta ser un legitimador decisivo de las identidades de las personas.

En este caso, como ya se ha mencionado en otros apartados de este mismo módulo, la política educativa apunta a un proceso de restitución de derechos que han sido vulnerados y, por consiguiente, incidido en las trayectorias de vida y configuración de las identidades de las personas con las que trabajamos. Todo esto implica considerarlos sujetos de derechos, con capacidad de participación en la medida en que sus derechos sean protegidos y garantizados.

Del otro lado queda entonces el ya en crisis ideal de la re-habilitación, la re-educación y la re-inserción social, el cual no pudo dar verdaderas respuestas a esta problemática compleja, considerando a las personas objetos destinatarias de medidas de intervención y curación. De ahí que la pregunta que antes se dirigía al sujeto que se había “desviado” de la norma, y a quien se le administraba el tratamiento correspondiente, comience a trasladarse a otros lugares del escenario. Por ejemplo: ¿reinserción a qué tipo de sociedad?, ¿cómo pensar en una inclusión social cuando nos enfrentamos a la transformación de una organización productiva que da lugar a la predominancia de un sistema basado en la circulación financiera, que poco precisa de más individuos para su funcionamiento? A partir de esto se impone la pregunta sobre la función predominantemente de castigo que tiene y sigue teniendo la cárcel. Y ¿cuál es entonces el sentido de educar en el encierro?

Ante todo, debemos tener en cuenta que el trabajo que se desarrolla desde el Estado en términos de educación con personas privadas de libertad siempre pone en juego una dimensión ético-política.

De acuerdo con la postura que se asuma, el desarrollo de actividades educativas en estos ámbitos puede intentar cambiar los sistemas de exclusión y explotación que durante largos años se ejercieron sobre determinados sectores de la sociedad; o resultar una herramienta más para la dominación de los mismos con la promesa de otorgarles aquello de lo que carecen.

Educar, y más aún educar en estos contextos, no es una tarea “neutral”. Puede convertirse en una acción para la liberación —incluso en el encierro— o una pieza más del aparato disciplinador y moralizador de aquellos “violentos”, “peligrosos”, “inmorales” (Herrera, 2008).

Lo educativo instala un campo de tensiones en los espacios-tiempos carcelarios: tensión entre una lógica de la seguridad, el control y el disciplinamiento, y la posibilidad de construir una lógica educativa desmarcada del ideal correctivo haciendo foco en el carácter emancipatorio del acto de educar. Tensión entre vínculos jerárquicos, autoritarios y despersonalizadores, y la posibilidad de instaurar relaciones de cuidado, protección y transmisión: de afectos y saberes.

Cuando decimos “la escuela” nos referimos a todos los espacios educativos que allí se ofrecen, desde la primaria, la secundaria, la formación profesional, los espacios de educación no formal, la universidad. Estos espacios son distintos pero conservan cierta identidad, o apuestan a construirla y conservarla. Todos ellos han crecido desde múltiples luchas: por el espacio físico propio dentro de la institución de encierro, por el acceso de los alumnos —tantas veces bloqueado por guardias y personal de seguridad que ponen

diversas trabas que impiden “bajar” a la escuela—, por los cargos docentes que tardan en llegar, entre otras.

La escuela en estos ámbitos porta la posibilidad de un futuro, de la efectivización concreta y cotidiana de los derechos humanos, de la recuperación de la palabra y de la historia (propia y colectiva). La posibilidad de producir nuevos sentidos que permitan nuevos modos de subjetivación.

Dice José, alumno del Centro de Educación Básica N° 33 de la unidad N° 4 del Penal de Menores en Santiago del Estero:

Llegué a este penal sin saber nada, aquí algo estoy aprendiendo... llegué con las manos duras, sin poder agarrar el lápiz. Fui a la escuela estando en libertad, pero no le daba importancia, me juntaba con mis amigos y nos escapábamos de la escuela a hacer travesuras, a portarnos mal. Me corrieron muchas veces y de distintas escuelas. Aquí en el penal aprendí a sumar, restar, multiplicar y dividir, pero me cuesta mucho aprender a leer y escribir, espero poder. En la escuela me tratan bien, me saben comprender, me tienen paciencia, conversamos y me dicen que me porte bien, por el bien mío, que ponga voluntad un poquito y que deje de macanear.

Son muchos los José, o Marías; tantos nombres, rostros, manos.

De ahí que se plantee la necesidad de diseñar y desarrollar unas acciones educativas con personas privadas de libertad que se desmarquen de cualquier intención correctiva o normalizadora, donde los educadores asuman la tarea de reinstalar un derecho que ha sido vulnerado, dispuestos a intercambiar y hacer circular conocimiento que será apropiado de manera diferente en cada uno, cada vez. El docente realiza una apuesta al ofrecer herramientas, despertar inquietudes y encender algún deseo. Siempre consciente de que no se puede forzar al otro a que aprenda, sino que es él, como sujeto activo, quien tiene la decisión sobre lo que aprende o no aprende.

Sólo así se logra un corrimiento del lugar disciplinador y controlador que degrada al sujeto al lugar de objeto y se incide en el proceso de su restitución como sujeto de derechos: a la educación, a la salud, al desarrollo en un medio familiar, etc.

Sólo así será posible habilitar el proceso de filiación simbólica necesario para cualquier lazo social, promoviendo en estos jóvenes una relación con la norma que no sea solamente objeto de transgresión.

De esta manera se observa toda la potencia de la educación en estos contextos. Por un lado, como herramienta de inclusión social y de distribución más equitativa de las riquezas, tanto económicas como simbólicas. Por otro lado, y específicamente para estos ámbitos, como oportunidad de fisurar la lógica totalizante de la seguridad y el control que domina estas instituciones; habilitando en el sujeto la posibilidad de escribir otras versiones de sí mismo (diferentes de las ya conocidas y ratificadas tanto por los otros como por él mismo: violento, delincuente, peligroso).

La educación puede en estos contextos cumplir una tarea de reducción de daños, frente al efecto desubjetivante que tiene el encierro para jóvenes, hombres y mujeres privados de libertad. Y los educadores son aquellos que tienen la posibilidad y responsabilidad de ofrecer una mirada diferente sobre el sujeto, de imprimir una duda con respecto a la certeza que tienen los otros sociales y ellos respecto a sí mismos.

Es decir, se espera que los educadores puedan trabajar con las personas privadas de la libertad desde otra suposición, otra expectativa: lejos de concebirlas como "peligrosas", alojar al alumno asumiendo un no saber sobre lo que ese sujeto singular pueda traer entre sus intereses, sus deseos, motivaciones.

1.1. Una reflexión sobre las "políticas re"

Proponemos volver a pensar la función de las "políticas re", su lugar en las instituciones actuales, sus límites y la posibilidad de encontrar nuevas respuestas, aunque no necesariamente se arribe a conclusiones acabadas sobre lo que debería hacerse de ahora en más en esta materia.

Para estas discusiones se considerarán los aportes que realizan los autores como Raúl Salinas y Alcira Daroqui en sus textos *El trabajo y el estudio como elementos de reintegración social* (2002) y *De la resocialización a la neutralización e incapacitación* (2008).

Salinas se pregunta por el rol del Estado en relación con las instituciones que él mismo crea, sostiene y reproduce para el ejercicio de la función social del castigo; y plantea abiertamente la paradoja de una sociedad que se propone integrar a todos sus integrantes mediante el encierro y el aislamiento de alguno de ellos. Pone en cuestión el ideal resocializador, hijo de la ideología correccional del tratamiento, tema que ha sido trabajado fundamentalmente en el capítulo 3. Como ya hemos mencionado en dicho capítulo, así como con anterioridad en este mismo, la crisis del modelo correccional y del paradigma resocializador ha puesto en evidencia situaciones altamente paradójicas

que nos fuerzan a pensar respuestas novedosas e integrales que contemplen los diferentes factores que entran en juego en la configuración de la problemática del delito y el encierro en nuestra sociedad actual.

He aquí algunos de los interrogantes que pueden surgir: ¿Es la cárcel y el tratamiento penitenciario la expresión de aquella concepción que considera que existe una parte de la sociedad, "los otros", brutos, delincuentes, inmorales, retrasados, a quienes hay que imponer un orden moral de manera asistencialista y paternalista?

¿Cómo hablar de re-socialización en instituciones carcelarias donde predomina la lógica del aislamiento de los detenidos, el trabajo a destajo, la permanencia en celdas individuales, y donde toda acción colectiva suele ser vista como sospechosa y peligrosa?

¿Cómo desarrollar capacidades para el ejercicio de la libertad y la ciudadanía en condiciones de total aislamiento teniendo en cuenta la impermeabilidad que intentan sostener las instituciones de encierro en nuestro país?

¿Se puede seguir pensando el delito como una violación del pacto social cuando los índices de exclusión y marginación son tan altos?

¿Cómo se concilia la idea de la re-integración con las condiciones de vida dentro de las cárceles y otras instituciones de encierro?

¿Cómo se compatibiliza la idea de la re-integración con la sumisión bajo la lógica de premios y castigos, beneficios y privilegios, aquello que constituye un derecho para todas las personas (educación, salud, trabajo)?

A pesar de que a primera vista estos interrogantes parecen mostrar una realidad sin salida y un problema sin posibilidad de respuestas, son las mismas paradojas y contradicciones las que nos colocan frente al desafío de construir una mirada renovada y una lectura crítica del fenómeno.

Desde el interés particular que convoca este módulo vale preguntarse cómo pensar la educación en el encierro a partir de la mirada problematizadora que el autor hace de las "políticas re".

Con esta orientación, es necesario detenerse en uno de los puntos fundamentales a la hora de pensar tanto la educación como la salud y el trabajo en estos ámbitos. Es decir, reconceptualizar la reintegración a partir del trazado efectivo de puentes entre el afuera y el adentro, de suerte que la vida dentro de las instituciones de encierro no sea diametralmente diferente a la vida en el medio social a la que se apunta.

Resulta interesante asimismo la crítica que realiza Daroqui (2008) al modelo correccional y la lectura que hace de su vigencia en la actualidad, cuando no sólo se encuentra al servicio de la construcción de un otro, por fuera de nosotros mismos, enemigo, cul-

pable, a quien encerrar para castigar y corregir; sino también sosteniendo un modelo mercantilista que degrada los derechos a la categoría de beneficios, haciéndolos ingresar en la lógica de compra-venta intracarcelaria.

2. El desafío de la extensión de la red social. Alternativas a las políticas de endurecimiento del sistema penal

Diferentes estudios e investigaciones muestran que el encarcelamiento no resuelve el problema ni representa una respuesta comprometida del conjunto de la sociedad frente a un fenómeno que involucra a todos sus sectores.

En su investigación sobre jóvenes que han cometido delito en la zona del Gran Buenos Aires, Gabriel Kessler (2004) retoma distintas estadísticas¹ que han abonado la hipótesis de la ineficacia de las políticas disuasivas de “mano dura”, basadas en el supuesto de que los actores que delinquen siguen una lógica racional y utilizan el cálculo costo-beneficio y, por lo tanto, serán disuadidos con el aumento de las penas y de la probabilidad de ser aprehendidos. Por el contrario, la mayoría de ellos opera bajo una lógica de satisfacción inmediata de las necesidades, la cual no contempla cálculos racionales, ni evalúa potenciales penas. Así, en aquellos países donde los índices de delincuencia infanto-juvenil son bajos, se debe a una transformación real de las condiciones de vida de los sujetos, con alta inversión educativa y una distribución más equitativa de la riqueza, más que al endurecimiento de la ley penal.

Asimismo, trabajos de distinto tipo señalan que el mejoramiento de las condiciones sociales y económicas de las personas, debería ir de la mano de la construcción de un sistema de justicia penal más humano y eficaz que pueda constituir un instrumento de equidad, a través de la protección de los derechos sociales, culturales y económicos de todos los integrantes de la sociedad (Cossman, 2000).

Como se señaló anteriormente, a pesar del crecimiento económico que se viene mani-

¹ En la década de 1990, en la agudeza de la crisis, los hechos delictivos se duplicaron, contando un 70% de delitos contra la propiedad. Por otro lado, se señala que si en 1997 el 5% de los agresores tenían entre 15 y 17 años, en 1998 dicho porcentaje asciende al 15%. Esto coincide con aquellos datos sobre la situación laboral y educativa de muchos de nuestros jóvenes, y vuelve a colocar a esta franja de la población en una situación de alta vulnerabilidad al delito a partir de las dificultades para la configuración de un proyecto de vida.

festando en los últimos años, los sectores más desfavorecidos siguen sufriendo altos niveles de desprotección social, desempleo y dificultades para el acceso y tránsito por el sistema educativo. Esto mismo es lo que queda expresado en los datos que hablan de una distribución con tendencia regresiva en el acceso a los bienes por parte de diferentes sectores sociales que ha aumentado la polaridad social que se aceleró en la década de los '90.

Específicamente en lo que concierne a la educación, se observa que esta funciona relativamente bien como “puerta de entrada”, pero muy mal como puerta de salida. Es decir, al inicio de los ciclos se logra incorporar un porcentaje bastante alto de niños, niñas y adolescentes—sobre todo en zonas urbanas—pero sin embargo la prosecución de los estudios es muy baja.

Volviendo sobre el análisis de los múltiples factores que intervienen en la construcción social del delito, se ha planteado que a nivel de América Latina, existe correlación entre el incremento de la tasa de delito y la desocupación, especialmente entre los jóvenes. Así como entre el deterioro y precarización de la instancia familiar y el incremento de la tasa de delitos. (Klikberg, 2003)

Finalmente, vemos cómo el acceso, tránsito y terminalidad educativa funcionan en muchos casos como factores protectores frente a la vulnerabilidad de las personas a situaciones delictivas. Un ejemplo concreto se observa en la tasa de reincidencia del 2,5% (Laferriere, 2008) entre aquellas personas que han accedido a la enseñanza universitaria en el Penal de Devoto (Centro Universitario de Devoto, UBA), frente al casi 50% de la cifra nacional. ¿Se podría pensar que una sociedad que aumenta su nivel educativo descende en sus índices delictivos?

En síntesis, a partir del análisis desarrollado, la sociedad en su conjunto se enfrenta a opciones políticas e ideológicas bien diferentes para abordar esta problemática. Por un lado, aquella de la vía punitiva, con énfasis en el aumento del número de efectivos policiales, en dar mayor discrecionalidad a la policía, bajar la edad de imputabilidad, aumentar el gasto en seguridad en general; y por el otro, aquella de la vía preventiva con énfasis en las medidas de seguridad comunitaria, al demostrarse que los efectos de la opción punitiva son dudosos y cortoplacistas.

En aquellas ciudades y países donde se han realizado intervenciones en este sentido se demuestra que a mediano y largo plazo los índices delictivos siguen subiendo.²

² Loïc Wacquant, en su libro *Las cárceles de la miseria* expone ampliamente el fracaso de la vía punitiva con vasta evidencia empírica, demostrando cómo en estos regímenes crece la población carcelaria rápidamente y sin embargo los delitos no disminuyen. Por el contrario las ciudades exitosas en reducción de la

Como afirma B. Kliksberg en su estudio sobre criminalidad juvenil, “atacar los factores estratégicos requiere que las sociedades inviertan fuertemente en aumentar las oportunidades ocupacionales para los jóvenes, en desarrollar políticas sistemáticas de protección a la familia y en fortalecer la educación pública” (Kliksberg, 2007).

Despejando los espejismos de las soluciones mágicas, la opción pareciera dirimirse entre “la criminalización de la pobreza” o “la inclusión social”. En vías de construir una sociedad con mayores grados de democracia, corresponde a todo su conjunto profundizar este debate y al Estado garantizar el acceso a los derechos para todas las personas, ya sea que estén privados de su libertad o no.

3. La educación en el intento de quebrar los circuitos de exclusión. Aportes desde la pedagogía social

La pedagoga Violeta Núñez (1999) ha planteado cómo una cadena de efectos perversos tiende a generar una suerte de “resto” poblacional (Bauman, 2005) que se encarna en sujetos con arduas condiciones de existencia y niveles extremos de supervivencia en los bordes de lo social. En el caso del encierro y el castigo este proceso se agudiza al conformarse los circuitos cerrados “exclusión-institucionalización-exclusión” sostenidos en la asociación ya analizada, marginalidad-pobreza-delito.

Esto se encarna en la vida de personas, hombres, mujeres y jóvenes, que cargan con condenas y profecías de exclusión y fracaso; en quienes el encierro aparece cada vez más como una etapa obligada de un circuito prefigurado. De ahí que se compruebe que las instituciones de encierro están habitadas en su mayoría por los sectores más vulnerables de la sociedad. Así como la cárcel o el instituto de menores tienden a reforzar esa situación de marginalización a través de una nueva situación de desprotección y vulneración de sus derechos.

En este punto, en la medida en que la educación en contextos de encierro sea entendida como la posibilidad de ejercer un derecho que ha sido obstaculizado, se abre la posibilidad de que se constituya en una herramienta para interrumpir un destino que se decreta como inexorable (Frigerio, 2004). La escuela dentro de las cárceles se construye como la institución del Estado con posibilidades de reconfigurar el escenario de desigualdades sociales garantizando la igualdad de posibilidades en el acceso a una educación de

calidad teniendo en cuenta competencias, saberes y valores; de manera de generar mejores condiciones para la inclusión social, cultural y laboral de los sujetos. A su vez, este proceso que puede configurarse en el encierro requiere tender puentes con el momento de la salida. De este modo la escuela, a través de la construcción de redes sociales en los territorios, puede aportar significativamente a la construcción de un proceso que permita al sujeto transitar otros caminos posibles en su regreso al medio libre.

Hoy en día esto está lejos de ser una tarea cumplida, pero la oportunidad está al alcance de quienes quieran asumir el desafío.

Bibliografía de referencia

- Bauman, Z. (2005): *Vidas desperdiciadas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica — (1999): *Modernidad líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Cossmán, Bill (2000): *La educación en los Servicios Penitenciarios*, Consejo Internacional para la Educación de Adultos.
- Daroqui, A. (2008): “De la resocialización a la neutralización e incapacitación”, *Revista Encrucijadas*, N° 43, “Cárceles. La sociedad intramuros”, Buenos Aires, UBA.
- Frigerio G. (comp.) (2004): *Contra lo inexorable*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2004.
- Herrera, P. (2008): “La construcción de identidad en adolescentes que cometen delito. La educación en el encierro: un campo de tensiones”, ponencia IX Jornadas Regionales de Investigación en Humanidades y Ciencias Sociales, Facultad de Humanidades, Universidad Nacional de Jujuy.
- Kessler, G. (2004): *Sociología del delito amateur*, Buenos Aires, Paidós.
- Kliksberg Bernardo/Grupo REFORMA (2003): “Castigo o prevención”, documento de la Biblioteca Digital de la Iniciativa Interamericana de Capital social, Ética y Desarrollo, México.
- Laferriere, M. (2008): “Un desafío con más de 20 años de historia”, *Encrucijadas*, N° 43 “Cárceles, La sociedad intramuros”, Buenos Aires, UBA.
- Núñez, Violeta (1999): *Pedagogía social. Cartas para navegar en el Nuevo Milenio*, Buenos Aires, Santillana.
- Salinas, R. (2002): “El trabajo y el estudio como elementos de reintegración social”, documento en el marco de la Conferencia Latinoamericana sobre reforma penal y alternativas a la prisión, San José, Costa Rica.