

La decadencia de la inocencia

Breve análisis de la incongruencia existente entre la praxis jurisdiccional y el discurso académico-garantista en torno a la imposición del encierro cautelar

Por Alejandro Martín Fillia

Sumario: I.- Introducción. II.- Encierro y exclusión en la sociedad contemporánea. III.- Exclusión y castigo del inocente. El aporte de los medios de comunicación, las campañas políticas y las exigencias de un "derecho penal eficiente". IV.- El docto y el funcionario. V.- Conclusiones. VI.- Bibliografía.-

I.- Introducción.-

En 1784, Immanuel Kant publicó un texto intitulado "Contestación a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?". Allí, definió dicho momento histórico como "el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo. Esta minoría de edad significa la incapacidad para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro"[1].- Con el fin de alcanzar la mayoría de edad, el filósofo prusiano enfatiza en la necesidad de permitir el uso libre de la razón pública, en oposición a su uso privado que debe ser restringido.- Así, Kant entenderá por uso público de la razón "aquél que cualquiera puede hacer, como alguien docto, ante todo ese público que configura el universo de lectores"[2]. En contraposición a ello, definirá uso privado "al que cabe hacer de la propia razón en una determinada función o puesto civil, que se le haya confiado"[3].- De este modo, escindirá los roles del docto y del funcionario, entiendo por el primero el desempeñado por aquella persona que puede utilizar su propia razón frente al público en general, sin estar sujeto a ningún factor externo que pueda condicionar su discurso; allí, radica la libertad del docto. En cambio, convencido de la necesidad de cierto automatismo para encaminar los intereses de la comunidad, concentra en la figura del funcionario un accionar pasivo y orientado por el gobierno hacia el cumplimiento de dichos fines sociales o comunitarios. En otras palabras: el docto razona, el funcionario obedece.- Sin bien dichas categorías no estaban dirigidas específicamente a la actividad de los profesionales del derecho, años más tarde –en 1795- el propio Kant sostendrá que "el jurista, que ha adoptado como símbolo la balanza del derecho y también la espada de la justicia, se sirve comúnmente de la espada no sólo para apartar de la balanza toda influencia extraña sino para ponerla en la balanza cuando no quiere que se hunda un platillo [...]": el jurista, que no es al mismo tiempo filósofo (tampoco según la moralidad), siente la enorme tentación de hacer esto porque es propio de su oficio aplicar las leyes existentes sin investigar si necesitan una mejora [...] "[4].- Más allá de este relato sintético y superficial de la filosofía kantiana, lo relevante de estas categorizaciones resulta de la posibilidad de reunir ambos roles en una misma persona. De allí, la máxima kantiana: "razonad cuanto queráis y sobre todo lo que gustéis, mas no dejéis de obedecer"[5].- Pues bien, esa ambivalencia de roles constituye el objeto de este ensayo que, lejos de consentir una suerte de Ilustración tardía en la época actual, pretende delinear –al menos de un modo aproximado- los motivos de una patología de tinte esquizofrénico[6] enquistada en la actividad de los profesionales del derecho; esto es, la diferencia existente entre el discurso académico-garantista y la praxis jurisdiccional en torno a la imposición del encierro cautelar.- Sin duda, la excepcionalidad de la prisión preventiva es uno de los temas más trillados en el ámbito académico. En ese espacio de discusión, resulta prácticamente irrefutable el reiterado baremo de la peligrosidad procesal como única pauta de procedencia –constitucionalmente válida- de la medida cautelar. Dicho baremo, se afirma en dos elementos primordiales: el riesgo de elusión y el peligro de entorpecimiento de la investigación penal. Obviamente, tal como se sostiene en el foro, resulta

legítimo acudir a diversos parámetros para dilucidar si en el caso concreto se advierten dichos indicadores de peligro, pero siempre a la luz de los mismos y precedidos de una adecuada fundamentación que oblitere cualquier indicio de arbitrariedad.- Asimismo, el discurso académico-garantista se ha visto enriquecido en su desarrollo teórico en virtud del lugar preponderante que las restricciones al encierro cautelar han ocupado en la agenda de los Organismos Internacionales y del poder jurisdiccional local, quienes –en consonancia con aquel discurso- se han encargado de brindarle al instituto pautas de procedencia claras[7]. Por ello, insisto, el objeto de este trabajo no se detendrá en dichos puntos puesto que –en principio- la discusión académica se encuentra zanjada.- Por el contrario, el objeto de estudio será la aplicación práctica de estos conceptos. Es decir, si bien el impulso garantista señalado constituye la piedra fundacional de la consagración local e internacional de las limitaciones teóricas a la imposición de la prisión preventiva, en la praxis se desconoce su aplicación real.- De este modo, se pretende hallar una respuesta para la preocupante incoherencia existente entre el mencionado discurso y la praxis jurisdiccional, aún más preocupante desde que la incoherencia se subsume –en la generalidad de los casos- en la misma persona física que desempeña ambos roles: docto y funcionario.- Al efecto, se relevará el arraigo sociológico no sólo de la pena privativa de la libertad, sino también de la medida de encierro cautelar, extremos que se cristalizan en la opinión pública –enraizada en un contexto de temor y de inseguridad- y, a su vez, que se canalizan por los medios masivos de comunicación.- En definitiva, se pretende demostrar el modo en que la figura del docto es neutralizada y absorbida por el rol de funcionario, siendo –por ende- desplazado completamente el uso de la razón pública.-

II.- Encierro y exclusión en la sociedad contemporánea.-

Pues bien, en primer lugar, es preciso destacar que el encierro –desde una perspectiva historicista- fue originariamente una forma de custodia. Así, "La función primordial de la cárcel hasta el siglo XIX fue la de guarda, custodia, depósito o 'embargo de libertad' de las personas acusadas de la comisión de un delito, mientras duraba el proceso judicial. Era el lugar donde se padecía la prisión preventiva"[8].- Luego, ya sea a través del afamado proceso de humanización del castigo, ya sea mediante la instrumentación de un dispositivo de control que permita convertir a los individuos descarriados en sujetos dóciles y socio-económicamente útiles[9]; se acudió a la privación de la libertad como una forma de sanción.- Esta modalidad del castigo, con el transcurso del tiempo, asumió un papel preponderante –prácticamente excluyente-, convirtiéndose en la pena por antonomasia. Ello, incluso, sin conocerse efectivamente la finalidad del encierro ni los motivos que derivaron en la instrumentación de esta institución total[10].- Sobre el punto, se ha sostenido una abrumante diversidad de teorías que pretenden legitimar el castigo, pero ninguna de ellas ha logrado sortear con éxito las críticas de su sucesora o de la propia realidad.- Ante ello, han surgido posturas deslegitimantes del encierro que –a grandes rasgos- indican que la pena privativa de la libertad no contiene ningún fin positivo en sí mismo. Desde esta perspectiva, se estima que la pena de prisión "es la asignación a un lugar que se encuentra fuera del espacio social. [...] es la exclusión del espacio social. Esta es la finalidad primordial de la prisión: la exclusión"[11].- Bajo esta concepción de la exclusión, Zygmunt Bauman señala que en la década del '70 del siglo pasado operó una "Gran Transformación" a través de la cual el Estado abandonó su faceta asistencialista. En sus propias palabras, se advierte "el paso de un modelo de 'Estado social' y comunidad inclusiva a un Estado excluyente 'de justicia criminal', 'penal', o 'de control del crimen'"[12].- De este modo, afirma también la existencia de un derecho soberano a la excepción que permite la concesión selectiva de los derechos sociales. Siendo ello así, aquellos derechos "deben ser concedidos si, y solo si, quienes los otorgan deciden que su concesión será acorde a sus propios intereses, pero no por la fuerza de la condición humana de sus destinatarios"[13]. Bajo este estándar, surge una nueva categorización de un sector de la humanidad –por cierto, de amplias dimensiones-, a saber: el

"residuo humano"[14].- Siguiendo con su análisis, Bauman entiende que luego de esa "Gran Transformación" se requieren contenedores que permitan depositar el excedente humano. Claramente, el sistema penal proporciona un lugar ideal a dicho efecto: "la principal y, quizás, única finalidad explícita de las prisiones es la eliminación de los seres humanos residuales: una eliminación final y definitiva. Una vez desechados, son ya desechados para siempre"[15].- Por su parte, David Garland sostiene que en el actual período "tardomoderno" se supone que "la 'prisión funciona', ya no como un mecanismo de reforma o rehabilitación, sino como medio de incapacitación y castigo que satisface la demanda política popular de retribución y seguridad pública"[16]; agregando que la institución carcelaria "en el curso de unas pocas décadas ha pasado de ser una institución correccional desacreditada y decadente, a constituirse en un pilar macizo y aparentemente indispensable del orden social contemporáneo"[17].- Esta apariencia de inexorabilidad, desde una visión socio-cultural, logra asignarle a la prisión un carácter ontológico que, en pureza, no tiene. En efecto, tan arraigada se encuentra la idea de encierro como castigo que desempeña un papel preponderante desde el ámbito familiar hasta el carcelario; desde el aislamiento penitente en el seno de la educación familiar, hasta el aislamiento en una celda individual dentro de la misma institución carcelaria.- En definitiva, lo expuesto hasta aquí permite avizorar –tal como se adelantara- que la pena de encierro en sí misma no tiene finalidad alguna[18] y que sus pretendidas funciones de prevención ya no alcanzan para su justificación.- En cambio, se hace ostensible la finalidad de pura función de contención, exclusión y eliminación del elemento socialmente "conflictivo". Bajo esta premisa, el respeto de la dignidad humana –lamentablemente- no es un estándar al que todos podamos acceder, lo que se traduce en la despersonalización, cosificación y demonización del sujeto bajo los mote de "peligroso" y, en la terminología actual, de "enemigo"[19].- Dicho en otros términos, en la actualidad el castigo es sinónimo el encierro[20] y el encierro, por su parte, significa exclusión: "residuo humano". Lo preocupante, entonces, es que la prisión preventiva al constituir una forma de encierro –discursivamente no punitiva- es también exclusión.- En efecto, la identidad fáctica existente entre la medida de cautela y la pena de prisión, devino –aparentemente- en la imposibilidad de escisión de aquellos institutos. Es decir, siendo que la pena adquirió la forma de la medida preventiva, las particularidades de la primera se trasladaron a la segunda, perdiendo ésta su esencia.- De este modo, se explica –en principio- la dificultad social de aceptar que un sujeto sometido a proceso pueda resguardar su derecho de libertad ambulatoria durante la sustanciación del mismo; concepción –obviamente- enmarcada en uno de los más elementales principios constitucionales: el principio de inocencia.- En un contexto social donde resulta imperioso –como se adujo- apartar al sujeto peligroso, parecía no existir impedimento alguno para adelantar el momento de la exclusión sin siquiera importar la culpabilidad o inocencia del sujeto excluible; ello, claro está, desde una visión netamente utilitarista, ajena a la dogmática constitucional.-

III.- Exclusión y castigo del inocente.

El aporte de los medios de comunicación, las campañas políticas y las exigencias de un "derecho penal eficiente".- El modelo penal liberal se enfrenta, entonces, a esta asimilación pena-encierro cautelar, proponiendo la formulación dialéctica de los mismos elementos. Desde esta óptica, la prisión preventiva y la pena de prisión en sí misma no pueden -pese a su identidad fáctica- ser equiparadas.- Sin embargo, en oposición, nos encontramos con una demanda social fuertemente mediatizada que exige –tal vez, sin advertirlo- la vulneración de la presunción constitucional de inocencia y, en definitiva, el adelantamiento de la exclusión por una mera sospecha. He aquí el quid de la cuestión.- En el año 1957, Carnelutti ya afirmaba que "un poco en todos los tiempos, pero en la época actual cada vez más, interesa el proceso penal a la opinión pública. Los diarios ocupan una buena parte de sus páginas con la crónica de los delitos y los procesos. Quien los lee, tiene incluso la impresión de que, en este mundo, se produzcan muchos más delitos

que buenas acciones"[21].- De este modo, resulta fácil entender cómo los medios de comunicación transmiten sensaciones de temor e inseguridad. No es extraño, en nuestra actualidad, que dichos medios dediquen gran parte de su esfuerzo a difundir la violencia que engloba los actos delictivos.- La criminalidad, entonces, deja de ser materia exclusiva de los estudios del derecho y se convierte en objeto de análisis de cada uno de los miembros de la sociedad. Con esta aseveración no quiero dejar entrever siquiera un mínimo sesgo de elitismo profesional. Muy por el contrario, creo conveniente que aspectos relevantes de la vida en sociedad sean debatidos en la sociedad misma; la falla se encuentra en la información a la que la comunidad accede, llevándola a sostener conclusiones, o incluso sensaciones, no del todo verdaderas.- Sobre el punto, Elías Carranza afirma que la sensación de inseguridad disminuye –frecuentemente- con posterioridad al decrecimiento del delito. En efecto, de este modo explica "el hecho de que en Argentina, luego de una prolongada tendencia en ascenso de los delitos de homicidio y contra la propiedad (desde 1980 hasta 2002), pero habiendo habido una notable y sostenida reducción de ambos delitos durante los cuatro últimos años (la tasa de homicidio por cada cien mil habitantes se redujo paulatinamente pasado de 9,2 en el 2002 a 5,3 en el 2006) la población –que tiene alta exposición a lo diseminado por los medios de comunicaciones de masa pero poco acceso a información rigurosa- continúe expresado que el delito va en aumento"[22].- Esta información, que de seguro despertaría el más intenso sentimiento de desconfianza en los miembros de nuestra sociedad, no tiene el mismo nivel de divulgación que su opositora. Ello, en principio, en virtud de su trascendencia política y económica.- En efecto, el temor es uno de los principales puntos de la agenda política[23]. Así, se ha considerado que "las amenazas deben pintarse con el más oscuro de los colores, de modo que lo que pueda presentarse posteriormente al asustado público en general como extraordinario no sea el advenimiento de la catástrofe augurada, sino la no materialización de las amenazas: todo un golpe de suerte por el que la población estará en deuda con las habilidades, la vigilancia, la atención y la buena voluntad excepcionales de los órganos del Estado. [...] con ello se obtiene un efecto espectacular"[24].- Por su parte, la inseguridad se ha transformado en una de las más sustentables ventas en la guerra de audiencia. Sin embargo, esta situación no responde al arbitrario deseo de quienes manejan los canales de información.- Por el contrario, existe una arraigada demanda por parte de la sociedad que exige nutrirse de aquellos sucesos que permitan ratificar lo que siente: temor. Claramente, si los miembros del conjunto social no se interesaran en los conflictos penales, si no pretendieran estar informados de cada uno de los sucesos delictivos mediatizados al extremo, si no se quisieran debatir sobre ellos en cada uno de los ámbitos en los cuales se desenvuelven (familiar, laboral, etc.), los medios de comunicación difundirían otro tipo de sucesos que despertaran un interés antológico y económicamente redituable.- En otros términos, los medios de comunicación –en gran medida- reproducen el discurso social y se rigen por un criterio utilitarista. Bajo esta premisa, es difícil aseverar la existencia de un dispositivo exclusivo que permita instalar cursos de pensamiento en los receptores del mensaje mediático[25]. En este sentido, "si los diarios se ocupan con tanta asiduidad de los delitos y de los procesos penales, es porque la gente se interesa mucho por ellos; sobre los procesos penales llamados célebres, se lanza ávidamente la curiosidad del público"[26].- Con lo expuesto, vale aclarar, no pretendo descalificar a la prensa en general que históricamente ha desempeñado un papel relevante y lo sigue desempeñando, sino antes bien describir un proceso de reproducción de ideas. La sociedad no sólo tiene una sensación de inseguridad y temor, sino que además reproduce ese mismo discurso de la violencia a punto tal que se transforma en una verdad irrefutable que, por su parte, los medios se encargan de transmitir satisfaciendo las aclamaciones públicas.- Bajo este contexto, "la sociedad, amenazada por la violencia y el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción, ella no se puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, como 'Carta Magna del delincuente', lo necesita como 'Carta Magna del ciudadano', como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. El delincuente se convierte tendencialmente en enemigo, y el derecho penal en 'derecho penal del

enemigo"[27].- Así, se aclama por un "derecho penal eficiente" que permita sustraer el componente violento de la sociedad, utilizando –entre otras armas- la prisión preventiva[28]. Desde esta óptica, no resulta difícil comprender cómo la medida de encierro cautelar opera como una verdadera pena anticipada –vulnerando los más altos principios constitucionales- que enmascara una ficción jurídica: "la verdadera sentencia es el auto que dispone la prisión preventiva"[29].-

IV.- El docto y el funcionario.-

Pues bien, hasta aquí hemos descripto someramente la finalidad de exclusión social que tiene la pena de encierro, cómo esa finalidad se transmite a la medida de prisión cautelar y cómo la sensación de temor e inseguridad coadyuva al adelantamiento de la exclusión a sujetos inocentes, de la mano de los medios masivos de comunicación, de la preponderancia que las agendas políticas le han asignado a esta temática y de la demanda de un "derecho penal eficiente".- Todo ello, claro está, mientras el discurso académico-garantista se esfuerza por demostrar la naturaleza cautelar de la prisión preventiva y por difundir un criterio de aplicación excepcional basado en pautas de procedencia concretas.- Bajo esta dicotomía, ¿por qué el académico abdica en su esfuerzo cuando se sumerge en el poder jurisdiccional?, ¿por qué el docto se ve superado por su propia actividad de funcionario de la que emana un irrefrenable torrente de exclusión social?, ¿por qué elige el discurso mediático antes que sus propias convicciones jurídico-penales producto del uso de su razón? En primer lugar, es preciso aclarar que brindar una respuesta certera a estos interrogantes es una tarea extremadamente compleja, puesto que implicaría conocer la subjetividad de cada uno de los miembros del poder jurisdiccional. Sin perjuicio de esta salvedad, se delineará la respuesta.- Básicamente, el contexto socio-cultural al que se hizo referencia en los puntos anteriores determina el accionar del poder jurisdiccional. El funcionario, como tal, debe limitarse a obedecer los designios de su entorno.- El encierro como forma de castigo y la necesidad de imponer dicho castigo con anterioridad a que recaiga una sentencia desfavorable, constituyen hechos sociales. Siguiendo la definición de Durkheim, "un hecho social es toda manera de hacer, establecida o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coacción exterior; o también, el que es general en la extensión de una sociedad determinada teniendo al mismo tiempo una existencia propia, independientemente de sus manifestaciones individuales"[30].- En efecto, la necesidad inexorable de la prisión preventiva, socialmente ontológica, determina la existencia de la denominada "coacción social". Al respecto, el autor señalado sostuvo que "como hoy día es indiscutible que la mayoría de nuestras ideas y de nuestras tendencias no son elaboradas por nosotros sino que nos llegan de fuera, sólo pueden penetrar en nosotros imponiéndose [...]"[31].- Ello, nos reconduce a la eterna problemática del libre albedrío y el determinismo. Lejos de este último –que incluye necesariamente todos los fenómenos en un curso causal ineludible y aniquila la operatividad de la voluntad-, entiendo que nuestro libre albedrío está condicionado, precisamente, por factores sociales y culturales; esto hace que nuestro ámbito de libertad no sea el que creemos tener.- Así, resulta pertinente destacar que "todas las ideas que el hombre encuentra al nacer encarnadas en las cosas y en todos los demás hombres, y que gracias a la educación y a la instrucción que recibe se imprimen en su propio espíritu aun antes de haber llegado al conocimiento de sí mismo, vuelve a hallarlas más tarde consagradas, explicadas y comentadas por las teorías que expresan la conciencia universal o el prejuicio colectivo, y por todas las instituciones religiosas, políticas y económicas de la sociedad de la que él forma parte. Y tanto se impregna de ellas, que así esté o no personalmente interesado en defenderlas es, involuntariamente y debido a todos sus hábitos materiales, intelectuales y morales, su cómplice"[32].- Sin duda, el juez, antes de magistrado es miembro de una sociedad contextualizada. Resulta fácil aseverar que el sujeto que se desarrolla como funcionario carga con los mismos prejuicios o sensaciones socialmente impuestos.- Por otro lado, vemos que la prisión preventiva o la necesidad de excluir del ámbito social a sujetos inocentes, viene dada por la presión ejercida por la

opinión pública. Dicha presión, nubla la razón del docto y lo reduce a un mero funcionario presa del automatismo.- Frente a estas dos formas de coacción, una inconciente y otra conciente, resulta prácticamente inevitable que el funcionario venza al docto en la batalla por la coherencia.- La lucha por ser docto es muy ardua: no sólo debe enfrentarse en su entorno académico a discursos no garantistas, sino que debe luchar contra las sensaciones de su comunidad que le son fatalmente propias y contra la exteriorización de aquéllas que la sociedad, por cierto, se encarga de pregonar como modo de impugnar su actividad de funcionario[33].- En definitiva, el docto no sólo debe cargar sobre sus espaldas el peso que la coacción social ejerce sobre él, sino que también debe esforzarse por no dimitir en su lucha ante el clamor del pueblo que, paradójicamente, se ha olvidado que su Carta Magna exige "asegurar los beneficios de la libertad".-

V.- Conclusiones.-

En definitiva, la praxis de la prisión preventiva se encuentra gobernada por un baremo ortodoxo propio de nuestra idiosincrasia, cuyo discurso se reproduce fácilmente en los medios de comunicación y que ocupa un lugar trascendente en la agenda política.- Es alarmante advertir que la tesis jurídica es desalojada de su lugar natural por una enfática aclamación dirigida al paroxismo punitivo que, en la generalidad de los casos, nubla la visión especializada de quienes detentan el poder jurisdiccional, reduciéndolos a meros funcionarios.- La prisión preventiva constituye una herramienta –propia del modelo inquisitivo[34]- tan arraigada en el conglomerado social, que difícilmente se pueda prescindir de ella; más aún, en aquellos casos donde la suerte determina que un suceso resulta mediáticamente relevante.- Las voces de la sociedad que se unen en un grito de temor e inseguridad, exigen el encierro de los sospechosos; temen por su seguridad frente a sus pares. Sin embargo, paradójicamente, se están entregando sin resistencia a otro tipo de inseguridad. En efecto, "la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa 'seguridad' específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica 'defensa' que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo"[35].- Los postulados irracionales de la sociedad, enraizados en la exacerbación punitiva y en el desecho de los principios constitucionales básicos, ponen en jaque los derechos de los propios voceros de la comunidad, permitiendo que la maquinaria penal eluda con facilidad los límites que el modelo liberal supo construir.- Por ello, sabiendo que el discurso garantista se encuentra encapsulado en el contexto académico, no es suficiente –aún- para generar un cambio socio-cultural que permita la cristalización de esos parámetros a nivel fáctico. Su opositor, la praxis del encierro, es el producto de nuestra idiosincrasia y ofrece una resistencia casi implacable.- En esas condiciones, el discurso académico-garantista es un mero placebo que nos reconforta al oírlo, pero que en verdad no genera cambio alguno en el organismo social.- Sin embargo, la labor doctrinaria de los estudiosos del derecho se erige como una de las herramientas más adecuadas para garantizar la consagración fáctica del Estado constitucional de Derecho. Pero para ello, debe romper la cápsula académica que lo contiene y atacar el verdadero núcleo del problema: la concepción socio-cultural del encierro.- El título de este ensayo, no sólo pretende hacer alusión a la debilidad que el principio constitucional de inocencia presenta en la actualidad, sino también a la decadencia de la inocencia entendida en términos de ingenuidad: el discurso académico debe abandonar su ingenuidad y, si realmente pretende un cambio en la sociedad, debe dirigirse a ella.- De este modo, las funciones del docto y del funcionario se reconciliarán y la coherencia volverá a ser una característica de aquellas personas que detentan el poder jurisdiccional.-

VI.- Bibliografía.- BAKUNIN, Mikhail, "La libertad", Editorial Agebe, Buenos Aires, 2005.- BALESTENA, Eduardo, "La fabrica penal. Visión interdisciplinaria del sistema penal", Editorial BdeF, Buenos Aires, 2006.-

BAUMAN, Zygmunt, "Archipiélago de excepciones", Katz Editores – Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona, Capellades, 2008.- CARNELUTTI, Francesco, "Las Miserias del Proceso Penal", Editorial José M. Cajica, Jr., Ciudad de México, 1965.- DURKHEIM, Émile, "Las reglas del método sociológico", Editorial Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, Buenos Aires, 2002.- FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", Editorial Trotta, octava edición, Madrid, 2006.- FOUCAULT, Michel, "La verdad y las formas jurídicas", Editorial Gedisa, Barcelona, 2003.- FOUCAULT, Michel, "Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión", Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2006.- GARLAND, David, "La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea", Editorial Gedisa, Barcelona, 2005.- HASSEMER, Winfried, "Crítica al derecho penal de hoy", Editorial Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1998.- KAMINSKY, Gregorio, GALEANO, Diego, KOSOVSKY, Darío, KESSLER, Gabriel, "El delito en la Argentina post-crisis. Aportes para la comprensión de las estadísticas públicas y el desarrollo institucional", Fundación Friedrich Ebert, Buenos Aires, 2007.- KANT, Immanuel, "¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia", Editorial Alianza, Madrid, 2004.- KANT, Immanuel, "Sobre la paz perpetua", Editorial Tecnos, sexta edición, Madrid, 1998.- LEVAGGI, Abelardo, "Las cárceles argentinas de antaño (Siglos XVIII y XIX). Teoría y realidad", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.- MASSUH, Víctor, "La libertad y la violencia", Editorial Sudamericana, 2º Edición, Buenos Aires, 1969.- MESSUTI, Ana, "El tiempo como pena", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal. Parte General", Editorial Ediar, 2º Edición, Buenos Aires, 2003.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "El enemigo en el derecho penal", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006.-

[1] KANT, Immanuel, "¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia", Editorial Alianza, Madrid, 2004, pág. 83. [2] Idem, pág. 86. [3] *Ibidem*. [4] KANT, Immanuel, "Sobre la paz perpetua", Editorial Tecnos, sexta edición, Madrid, 1998, pág. 43. Sin perjuicio de ello, Kant ya había sostenido que "incluso con respecto a su legislación, tampoco entraña peligro alguno el consentir a sus súbditos que hagan un uso público de su propia razón y expongan públicamente al mundo sus pensamientos sobre una mejor concepción de dicha legislación, aun cuando critiquen con toda franqueza la que ya ha sido promulgada" (en KANT, Immanuel, "¿Qué es la Ilustración? ...", op. cit., pág. 92). Claramente, en este último pasaje se refiere a la crítica de la legislación mediante el uso de la razón pública (docto), mientras que el primero –transcrito en el texto principal– se dirige a la actividad del jurista mediante el uso de la razón privada (funcionario). [5] KANT, Immanuel, "¿Qué es la Ilustración? ...", op. cit., pág. 85. [6] Este calificativo es utilizado por MAIER, Julio B. J. en "La esquizofrenia del derecho penal", en AAVV, "Contornos y pliegues del derecho, Libro Homenaje a Roberto Bergalli", Editorial Anthropos, Barcelona, 2006. [7] A modo de guisa, pueden citarse: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nro. 35/2007, caso nro. 12.553, "Jorge, José y Dante Peirano Basso", del 1º de mayo de 2007; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Bayarri vs. Argentina", sentencia del 30 de octubre de 2008; Cámara Nacional de Casación Penal, Acuerdo Nro. 1/2008, Plenario Nro. 13, del 30 de octubre de 2008. [8] LEVAGGI, Abelardo, "Las cárceles argentinas de antaño (Siglos XVIII y XIX). Teoría y realidad", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 22. [9] En este sentido, FOUCAULT, Michel, "Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión", Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2006. [10] Al respecto, se ha afirmado que "la prisión no pertenece al proyecto teórico de la reforma de la penalidad del siglo XVIII, surge a comienzos del siglo XIX, como una institución, de hecho, casi sin justificación teórica" (FOUCAULT, Michel, "La verdad y las formas jurídicas", Editorial Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 100). [11] MESSUTI, Ana, "El tiempo como pena", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, pág. 58. En otros términos, al infractor de la ley penal "se le excluye solamente del único tiempo del que en realidad se le pretende excluir: el tiempo que transcurre en el espacio social" (*idem*, pág. 48). Incluso, este elemento de

exclusión o de "negación del otro", permite equiparar la pena de prisión con la pena de muerte. En efecto, en ambas modalidades del castigo "se niega al sujeto apartándolo. Porque se desea que no siga existiendo en el presente de todos" (idem, pág. 45). [12] BAUMAN, Zygmunt, "Archipiélago de excepciones", Katz Editores – Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona, Capellades, 2008, pág. 13. [13] Idem, pág. 19. [14] Cfrme. BAUMAN, Zygmunt, op. cit., pág. 39. [15] BAUMAN, Zygmunt, op. cit., pág. 64. Siendo ello así, "la intención anterior de 'rehabilitar', 'reformular', 'reeducar' y devolver las ovejas descarriadas al redil es hoy objeto, a lo sumo, de alguna que otra mención retórica que suele ser replicada de inmediato por un coro airado y deseoso de sangre dirigido por los principales tabloides y acompañado —en labores de cantantes solistas— por los políticos más destacados" (ibídem). [16] GARLAND, David, "La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea", Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, pág. 51. [17] Idem. [18] En el mismo sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal. Parte General", Editorial Ediar, 2° Edición, Buenos Aires, 2003, págs. 44/55. [19] Sobre el punto, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "El enemigo en el derecho penal", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006. [20] Lo dicho se confirma al detenernos en el papel secundario y accesorio de las penas de inhabilitación y multa, tristemente olvidadas en nuestro devenir. [21] CARNELUTTI, Francesco, "Las Miserias del Proceso Penal", Editorial José M. Cajica, Jr., Ciudad de México, 1965, págs. 12/13. [22] CARRANZA, Elías, de su prólogo en KAMINSKY, Gregorio, GALEANO, Diego, KOSOVSKY, Darío, KESSLER, Gabriel, "El delito en la Argentina post-crisis. Aportes para la comprensión de las estadísticas públicas y el desarrollo institucional", Fundación Friedrich Ebert, Buenos Aires, 2007, pág. 6. [23] En este sentido, se ha sostenido que "el ejercicio del poder político se ha vuelto parcialmente dependiente del Otro "desviacionista" (que se aparta de la norma) y de la movilización de los sentimientos de seguridad. El poder político y su instauración, así como su preservación, dependen actualmente de la cuidadosa selección de los temas por los que se hace campaña, y, entre ellos, la protección (y la sensación de inseguridad) es de primordial importancia" (en BAUMAN, Zygmunt, op. cit., pág. 73). [24] BAUMAN, Zygmunt, op. cit., págs. 80/81. [25] Si bien ello podría ocurrir, lo cierto es que el criterio de utilidad de los medios masivos de comunicación impone que el mensaje transmitido sea receptado felizmente a los fines de mantener vigentes las vías de comunicación. [26] CARNELUTTI, Francesco, op. cit., págs. 12/13. [27] HASSEMER, Winfried, "Crítica al derecho penal de hoy", Editorial Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 48/49. En sentido similar, "existe una cierta laxitud respecto de las libertades civiles de los sospechosos y los derechos de los presos y un nuevo énfasis en la custodia y el control efectivo. La demanda de protección del Estado ha sido desplazada en forma creciente por la exigencia de protección por el Estado" (GARLAND, David, op. cit., pág. 48). [28] Sobre el punto, vale destacar las palabras de Elías Carranza al sostener que "si hubiéramos de medir la eficacia de los sistemas por el número de personas que encierran, la realidad es que entre 1992 y 2006 las tasas de presos y presas tuvieron un enorme aumento en la región, muchos países duplicaron sus tasas, y algunos van en vía de triplicarlas, caso de Argentina, que pasó de 63 personas presas por cada cien mil habitantes en 1992 a 152 en 2006, y en números absolutos pasó de 21.016 personas presas a la increíble cifra de 59.210" (de su prólogo en KAMINSKY, Gregorio, GALEANO, Diego, KOSOVSKY, Darío, KESSLER, Gabriel, op. cit. pág. 7). [29] Palabras del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni en el I Congreso Nacional de Criminología, llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 5, 6 y 7 de septiembre de 2007. Sobre el punto, resulta pertinente recordar el apartado 8 del voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ya citado caso "Bayarri": "El temor que ésta [la delincuencia] impone a la sociedad, ante la impotencia de los instrumentos formales e informales del control social —ineficacia, insuficiencia, indiferencia, colusión—, sugiere al legislador una vía sencilla y expedita, aunque cuestionable y regularmente ineficaz: imponer la prisión preventiva en un creciente número de hipótesis, casi siempre en condiciones que igualan o empeoran las que rigen —constantemente denunciadas

en las resoluciones de la Corte Interamericana— en un elevado número de reclusorios, que no hacen honor a su designio como planteles de readaptación, rehabilitación, reeducación, reinserción, etcétera". [30] DURKHEIM, Émile, "Las reglas del método sociológico", Editorial Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, Buenos Aires, 2002, pág. 51. [31] Idem, pág. 40. [32] BAKUNIN, Mikhail, "La libertad", Editorial Agebe, Buenos Aires, 2005, pág. 17. Asimismo, Massuh nos brinda la siguiente definición provisional de la libertad: "un hombre es libre cuando resiste tanto la coacción interna, que proviene de su subjetividad anárquica, como la coacción externa que emerge de una voluntad extraña o de una determinación de las circunstancias objetivas. Libertad es resistencia a la coacción, pero no falta de ella. Para que la libertad pueda afirmarse es preciso la oposición y el rechazo de algo" (MASSUH, Víctor, "La libertad y la violencia", Editorial Sudamericana, 2° Edición, Buenos Aires, 1969, pág. 202). [33] Esto, a su vez, se ve acompañado de otro factor relevante: el apartamiento del especialista del derecho de los ámbitos en donde se toman decisiones a nivel macro. Al respecto, señala Garland que una de las consecuencias más profundas de la "crisis de la modernidad" es que "ha tendido a desacreditar los conocimientos expertos de los grupos profesionales que trabajan en el sistema penal, tanto frente a terceros como frente a los miembros de estos mismos grupos"; de este modo, agrega, "el público ha perdido cada vez más la confianza en la justicia penal y los políticos están cada vez menos dispuestos a dar poder de decisión a los expertos en criminología o al personal de la justicia penal" (GARLAND, David, op. cit., pág. 61). [34] En este sentido, se dijo que "en la Edad Media, con el desarrollo del proceso inquisitivo, [la prisión preventiva] se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente sobre la disponibilidad del cuerpo acusado como medio para obtener la confesión per tormenta" (FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", Editorial Trotta, octava edición, Madrid, 2006, pág. 551). [35] FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pág. 549.

Citar: elDial.com - DC1661

Publicado el 19/07/2011

Copyright 2011 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina