

## *La falacia idealista de la práctica judicial y de la cárcel*

### *¿La hipocresía y un “neo retribucionismo”?*

*“Oh vosotros los que entráis, abandonad toda esperanza”*

*Dante Alighieri  
La Divina Comedia (Inferno III:9)*

*“Los muros de la cárcel representan una violenta  
barrera que separa la sociedad de una parte de sus  
propios problemas y conflictos.”*

*Alessandro Baratta*

#### **1. Introducción. Demarcación del campo de estudio.**

La transición de las formas bárbaras o crueles de castigo que caracterizaron la penalidad de la Edad Media hacia a las formas “civilizadas” de sancionar propiciaron, a principios del siglo XIX, el surgimiento de la prisión como emblema represivo.

El ejercicio del poder punitivo adoptó así técnicas de control más benignas y racionales, acompasado al pensamiento iluminista que permitió la aparición de los principios basales del derecho penal liberal.

Producto de ello se consideró inapropiado conservar las colosales ejecuciones públicas simbolizadas por el patíbulo y por las brutales torturas infligidas al reo. Se abandona así la

laceración corporal y se la sustituye por el tormento del “alma” del condenado<sup>1</sup>, propiciándose fines correctivos y renunciándose, al menos discursivamente, a propósitos retributivos.<sup>2</sup>

La expansión y creciente complejización del sistema represivo, magüer el ya irrefutable fracaso de la finalidad para la cual la prisión fue originalmente ideada, sobre el que se viene teorizando desde hace casi cincuenta años desde múltiples foros académicos a nivel planetario, ha revalidado y refrendado en cada década, sin embargo, el establecimiento de la prisión como principal forma de castigo oficial.

En este artículo se propone reflexionar, siquiera de manera tentativa, sobre dos cuestiones que de manera liminar restringen su campo de estudio: 1) el modo de interpretación y aplicación, por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos (penitenciarios), de las herramientas normativas que permiten al individuo procesado o condenado en el marco de un proceso penal recobrar –total o parcialmente- su libertad ambulatoria<sup>3</sup> y su lógica, 2) interrogarse, de acuerdo al análisis empírico o aplicado, acerca de cuáles son las verdaderas motivaciones que condicionan esa interpretación (a mi juicio, subyacentes y encubiertas) y que permiten comprender y justificar las decisiones de quienes detentan el derecho de punición y 3) La incidencia –y, a su vez, la incumbencia- de la opinión pública en la traza de la política criminal (en cuanto a los dispositivos privativos de la libertad, tanto cautelares como en la faz de la ejecución de la pena).

---

<sup>1</sup> David Garland, en “*Castigo y Sociedad Moderna*”, Siglo Veintiuno Editores, traducción de Berta Ruiz de la Concha, Edición castellana de 1999, analizando la célebre obra “*Vigilar y Castigar*” de Michael Foucault, expresa “*El propósito del castigo se modifica, por lo que ahora las medidas están destinadas a afectar el "alma" del trasgresor más que a torturar su cuerpo*”, y en la nota al pie afirma “*Como veremos, el castigo sigue dirigiéndose al cuerpo, pero como un instrumento para transformar el alma mas que como una superficie sobre la cual infligir dolor De Tocqueville desarrolla un contraste similar en Democracy in America pp 255-256: “Bajo el gobierno absoluto de un solo hombre, el despotismo, alcanzar el alma, golpeando el cuerpo [...] pero en las republicas democráticas la tiranía no se comporta de esta manera, deja el cuerpo en paz y se va directo al alma. Citado en Dunn, Democracy and punishment” p. 134.*”, pág. 165.

<sup>2</sup> Esta nada rigurosa y harto breve reseña no se propone centrar este trabajo en el repaso secuencial de las escuelas criminológicas (lo que se da por conocido), sino contextualizar la idea que se propone a continuación.

<sup>3</sup> El tópico alude a la prisión preventiva y los institutos antagónicos (excarcelación, morigeración a la prisión preventiva, libertad condicional, salidas transitorias, regímenes de semilibertad, semidetención, etcétera).

En esencia, me propongo discernir, subordinado a los datos de la realidad, cuáles son los factores dirimentes del juicio que lleva a inclinarse por el encierro del infractor penal, mas desde una visión ontológica.<sup>4</sup>

No obstante, en razón de lo vasta, heterogénea y hasta quizás inasequible que pueda resultar tal indagación, me limitaré a consignar los datos que a mi entender evidencian la supina y endémica irracionalidad que, confrontando el fin “resocializador” preconizado legislativamente<sup>5</sup> con la realidad carcelaria, presenta nuestro sistema penal y que, por las razones que esbozaré desde una estimación personal (que no resulta novedosa, desde luego, pero que comparto), el Poder Judicial y el Servicio Penitenciario se encarga de sostener y reproducir.

Finalmente, trataré de inferir, en coherencia con -y a partir de- los datos relevados, cuál es el verdadero fin que la pena de prisión persigue en nuestro margen.

## **2. Hipótesis sostenidas.**

Tras el análisis del funcionamiento práctico de los institutos procesales mencionados, la interpretación judicial y penitenciaria de los extremos de procedencia de los mismos, la selectividad arbitraria de determinados argumentos en detrimento de aquellos favorables al enjuiciado, a la sistemática práctica -mayormente impune- de torturas y vejámenes infligidos a los internos al amparo del aval judicial y a la amplia discrecionalidad –arbitrariedad- de la autoridad penitenciaria, se intentará concluir que:

---

<sup>4</sup> De ahí que se recurra a los indicadores estadísticos mas relevantes, a pesar del desánimo que genera la densidad de los estudios de campo.

<sup>5</sup> V.gr. arts. 1 ley 24.660, 4 de la ley 12.256, y tratados internacionales con jerarquía constitucional (Art. 10.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*”. Concordantemente el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos del Hombre: “*Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados*”. Entre los instrumentos que no ostentan categoría constitucional, encontramos, v.gr., la Declaración sobre la Protección de Todas las personas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, los principios y Buenas practicas sobre la protección de las personas privadas de Libertad en las Américas, etc.).

a) Los jueces y demás operadores del sistema penal resuelven pedidos de morigeración a la prisión preventiva, excarcelaciones, exenciones de prisión, libertad condicional, libertad asistida, salidas transitorias, pedidos de semidetención, superación de fases y períodos en el sistema progresivo, etcétera, en función de parámetros con pretendida objetividad (antecedentes penales, pena en expectativa para el delito enrostrado, aún sin tener certeza sobre la calificación legal), que son potenciados al extremo para fundar peligros procesales inexistentes o, al menos, tenuemente avizorados, respaldándose de manera esquemática e infundada en los informes elaborados por los organismos técnicos criminológicos del Servicio Penitenciario, a pesar de no resultar ellos vinculantes ni la única métrica que debe emplearse para elaborar un juicio convictivo. Esta falta de motivación suficiente, que obedece, a nuestro criterio, a especulaciones y concepciones ideológicas inoculizantes, concurre en todos los supuestos en que a más de los recaudos temporales se requiere contar con información acerca de la conducta y el concepto carcelarios (arts. 17, 27, 28, 33, 54, capítulo IV (Disciplina) y V (Conducta y Concepto), de la ley 24.660, y concordantes de igual cuerpo normativo que regulan las instituciones que habilitan medidas progresivas para la inserción al medio libre del procesado o condenado.

b) Esta solapada forma de cristalizar situaciones de vulnerabilidad e injusticia se sirve de dos mecanismos: 1) el legal, a través del abuso injustificable de las figuras procesales mencionadas en el punto “a” y 2) el ilegal, aún más eficaz que el anterior, representado por la violencia institucional (muertes violentas y despiadadas torturas en establecimientos carcelarios, alcaidías y comisarías).

Esta última premisa espeja con total contundencia la falacia idealista que socava los cimientos de la prevención especial resocializadora y delata los inefables estados de negación<sup>6</sup> en los que se guarecen la sociedad y la clase política.

### **3. Las variables estudiadas.**

#### **3.1. La utilización excesiva y corrompida de la prisión preventiva y de los demás institutos.<sup>7</sup>**

---

<sup>6</sup> Esta terminología es tomada en el sentido empleado por Stanley Cohen en “*Estados de Negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento.*” Versión final de la traducción de Florencia N. Archer Lanzillota, Mary Beloff y Eduardo Raíces, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 25.

<sup>7</sup> Este apartado no persigue tratar un estudio dogmático del instituto del encierro cautelar, sino resaltar las irregularidades que en mi opinión por no responder –en la gran mayoría de los casos- a la falta de

El día 1 de noviembre de 2012, en el marco de del 146º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC) presentó el informe intitulado *"El uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas"*, en cuyo punto 317 la Comisión, luego de en un minucioso trabajo de investigación sobre el estado de la cuestión en la región concluyó que *"El uso no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la OEA en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad. El uso excesivo o abusivo de esta medida es uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia, y es una situación inadmisibles en una sociedad democrática, en la que se respete el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia."*

Líneas mas adelante, se consigna que *"La prisión preventiva tiene un carácter estrictamente excepcional, y su aplicación se debe adecuar a los principios de legalidad, presunción de inocencia, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad."* (punto 319).<sup>8</sup>

Todos y cada uno de estos principios son diezmados por la práctica judicial argentina mayoritaria.<sup>9</sup>

En el informe de igual género pero publicado en diciembre del año 2013<sup>10</sup>, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) revalidó el crítico diagnóstico, congruente con la intensa tarea en materia de seguimiento del encierro institucional y de sus condiciones que viene desarrollando desde hace quince años.

En relación a nuestro país, remarcó que *"En el caso de Argentina, a nivel nacional, las estadísticas más recientes con las que se cuenta datan del 2010, según las cuales de un total de 59,227 personas privadas de libertad, 31,142 (53%) estaban en prisión preventiva<sup>71</sup>. De igual forma, y dado que el Estado argentino no envió respuesta al cuestionario publicado con motivo del presente informe, la información oficial más reciente con la que cuenta la CIDH*

---

conocimientos técnicos por parte de los operadores judiciales, exigen interrogarnos sobre los verdaderos fines que el sistema judicial persigue o consolida conscientemente.

<sup>8</sup> Por coincidir con la idea central de este trabajo, creo importante destacar que la Comisión, en el punto 323 del citado informe, reconoce que el uso no excepcional de la prisión preventiva es una *"estrategia de de política criminal."*

<sup>9</sup> Sobre la proyección de las consecuencias que la prisión preventiva sobre los principios de legalidad y culpabilidad se efectuarán algunas consideraciones particulares por separado.

<sup>10</sup> OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30 diciembre 2013.

*respecto de la provincia de Buenos Aires es aquella recibida directamente en la visita de la Relatoría, en la que verificó que del total de 30,132 personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires a marzo de 2010, el 61%, no tenían sentencia firme de acuerdo con cifras oficiales, las organizaciones de la sociedad civil señalaron que este índice era del 70%”<sup>11</sup>*

Las cifras relevadas por el Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (en adelante SNEEP)<sup>12</sup>, las que integraran la base de datos empleadas en este trabajo, ratifican esta problemática. El mencionado organismo registró no solo el mayor número de detenidos bajo prisión preventiva por sobre los condenados por sentencia firme, sino también el significativo alza de los índices indicadores de personas privadas de libertad.

Tomando los datos de los últimos cuatro años, se observa comparativamente que a nivel internacional, según censo realizado penitenciario del 31/12/2010, existían en Argentina 59.227 personas privadas de libertad en establecimientos de ejecución penal<sup>13</sup>, equivalente a una tasa de encarcelamiento de 146 personas cada 100.000 habitantes, en tanto el relevamiento del año siguiente (31/12/2011) se registró un incremento que alcanzó a 62.263 personas en prisión, equivalente a una tasa de 150,82 personas por cada 100.000 habitantes.

---

<sup>11</sup> La carencia de información que alega la CIDH puede ser complementada con la suministrada en el presente, la que alcanza a la publicación del SEEP del año 2012, citado. En dicho informe, en el punto 44, puede advertirse cómo la CIDH entre sus variadas recomendaciones exhorta a **“implementar el uso de otras medidas cautelares distintas del encarcelamiento previo al juicio”**, las que en nuestro ordenamiento interno encuentra correlato en las medidas alternativas, cuya procedencia es sistemáticamente dificultada por los estamentos judiciales, tal como se hace notar en este trabajo. Asimismo, en lo pertinente para nuestro cometido, debe repararse en la recomendación de la Comisión de **“garantizar que las autoridades judiciales apliquen la medida cautelar de la detención preventiva motivadamente”**, déficit local que se muestra en nuestro medio como uno de los más alarmantes como presupuesto de la vigencia del Estado de Derecho.

<sup>12</sup> Perteneciente a la Subsecretaría de Política Criminal, Subsecretaría de Justicia, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el que tiene como objetivo no solamente la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino también la ejecución de las medidas de seguridad y de las sanciones contravencionales que consisten en la privación de la libertad.

<sup>13</sup> Este dato no incluye a detenidos en comisarías y destacamentos de fuerzas de seguridad. Este universo, según censo al 30 de junio de 2010 y de acuerdo a lo aportado por estas reparticiones (aunque no todas informaron) consistía en 5.868 personas. En consecuencia, el número total sería de 65.095 (161 cada 100.000)

El informe correspondiente al año 2013, refleja un incremento en el colectivo de detenidos en prisión (64.288).

Con todo, mas allá de las variaciones apuntadas, la tasa coloca a nuestro país en una posición intermedia en la región, pero con valores más altos que la mayor parte de los países europeos y asiáticos.<sup>14</sup>

Los valores mutaron desde una población carcelaria de 24.233 personas en el año 1972 a 62.263 en el año 2012.

En lo que más interesa a nuestro cometido, se observa que a diciembre de 2012 el total de procesados representaba el 50% de la población de detenidos, 48% de condenados y el restante 2% se trataba de inimputables, menores o individuos sin discriminar. El 94% eran de nacionalidad argentina, siendo de nacionalidades foráneas limítrofes y de Perú el 5% y otras el 1%. Estos valores se mantuvieron en 2013, con la salvedad de una pequeña modificación en el número de condenados (49%) y de procesados, la que quedó equivalente (49%), siendo el 2% restante inimputables, contraventores y otros.

Otro dato que reputamos altamente significativo es el que ilustra que el 51,8% de los detenidos tuvieron como última provincia de residencia a la Provincia de Buenos Aires y el

---

<sup>14</sup> Según la última publicación producida a la fecha de este artículo, la Argentina arroja una tasa de encarcelamiento de 152,33 personas por cada 100.000 habitantes. Es posible recurrir a información estadística diversa, elaborada por diferentes organizaciones no gubernamentales. Sin embargo, no aspiramos aquí a realizar un exhaustivo examen numérico, sino que empleamos el material censal a fin de despojar especulaciones infundadas. Mas allá de eso, la totalidad de los informes que puedan consultarse coinciden en lo medular: mas de la mitad de la población penitenciaria se compone de procesados, oscilando los valores entre el 52% y el 70%, según la fuente (ver, v.gr., los datos suministrados por el Instituto de Estudios Comparados en ciencias Penales y Sociales, cuya labora ha sido plasmada en el libro titulado “El estado de la prisión preventiva en la Argentina. Situación actual y propuestas de cambio”; puede consultarse en <http://www.inecip.org>). Asimismo, según un informe proveniente de la Procuraduría General de la Nación elaborado en el año 2013, se confirma fuertemente esta tendencia, imponiéndose la prisión preventiva *ispo facto* como regla (consultar en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/excarcelaciones-la-teoria-de-la-puerta-giratoria-no-se-refleja-en-las-cifras-3719.html>). En dicho artículo se cita la opinión de Eduardo Barcesat, quien sentenció que “*a menos que haya una peligrosidad me parece que la prisión preventiva es una condena anticipatoria.*”

4,6% correspondiente a la Ciudad de Buenos Aires.<sup>15</sup> En 2013 los residentes de la Provincia de Buenos Aires registraron una baja insignificante al 50,9%.

En lo que llega a la etapa de la ejecución de la pena, la uniforme tendencia porcentual hacia niveles ínfimos en el otorgamiento e incorporación del penado a diferentes programas o regímenes constituye otro de los segmentos que sostienen la tesis que propiciamos.

Según el informe 2012 de la SNEEP AL 87,9% de los sujetos relevados no le fueron otorgadas salidas transitorias, gozando únicamente de tal derecho el 10,9% de los penados. En 2013, el índice de negativas a las salidas transitorias se incrementó a 89,1%.

La falta de incorporación al régimen de semilibertad y de prelibertad alcanza métricas elevadísimas (95% y 92% respectivamente en 2012, 93,3% y 92% en 2013, respectivamente), mientras que la ausencia de integración a la modalidad de prisión discontinua o semidetención es prácticamente total (99,3% y 98,11%, respectivamente en 2012 y 99,33% y 9,58%, respectivamente en 2013).

**Los referidos valores, desmitifican el enunciado que se pregona desde las usinas mediáticas y discursivas y que pretende afincar la idea de una baja tasa de encarcelamiento.**

La automatización de la imposición de la detención cautelar se profundiza en los casos de delitos contra la propiedad los que resultan, seguido por los homicidios dolosos (7.978 en 2012, poco mas de un tercio de la tasa de robos y 9.291 en 2013) y por aquellos consistentes en la infracción a la ley de estupefacientes (6.620 menciones en 2012 y 7.250 en 2013), los hechos que con un inmenso margen mayor conducen a prisión (24.566 menciones en 2012 y 25.199 en 2013).

La procaz “desvinculación de los sistemas punitivos de las formas jurídicas”<sup>16</sup> (referenciando con ello Bombini, citando a Rivera Beiras, a la cárcel como una “zona de no derecho” en el marco de nuestro sistema penitenciario), se extiende sin dudas la cuestión que aquí se analiza, en tanto las agencias punitivas establecen una automaticidad fordista en la imposición de encierros cautelares.

---

<sup>15</sup> En cuanto a las jurisdicciones: Provincial: 83%; Nacional 10% y Federal 7%.

<sup>16</sup> Gabriel Bombini en “*Balance y perspectivas de la ejecución de la pena privativa de la libertad en la Provincia de Buenos Aires*”, citando a Otto Kirchheimer y George Rusche



Esto se infiere, a más de los extremos ya expuestos, ponderando que uno de los elementos que con mayor intensidad es utilizado por los tribunales para inferir el peligro de fuga o entorpecimiento procesal: **la presencia de antecedentes del encausado**. Según la información expedida por el SNEEP el 72% de los detenidos son primarios (no reincidentes ni reiterantes, habiendo decrecido tal porcentaje al 69% según informe de 2013), vale decir, la falta de sentencias condenatorias sobre la persona del procesado (ya sea por inoperancia estatal o por ausencia de responsabilidad penal), no puede ser el elemento de mayor gravitación a la hora de valorar la necesidad de decretar la prisión preventiva.

Complementariamente, el argumento al que por antonomasia se acude como bálsamo para sanear las groseras arbitrariedades judiciales, resulta ser el **monto de pena que castiga el delito en juzgamiento**.

Estas circunstancias (antecedentes y pena en expectativa), vistas desde un ángulo ascético, “objetivizan” el juicio de peligrosidad, pues la tabulación de los máximos de pena establecidos en el Código Penal no requiere una valoración por parte del magistrado, como tampoco el informe producido por el Registro de Reincidencia.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Algunas reformas legislativas actuales parecen fomentar, con algún disimulo que no ha llegado a triunfar, el mayor empoderamiento de los jueces para legitimar una práctica supuestamente objetiva de encierro. Muestra de ello son, en primer lugar, la modificación del artículo 171 del CPPPBA, el que tras una denodada crítica de su original redacción que prácticamente automatizaba la detención cautelar para los casos de portación ilegítima de armas de fuego de cualquier calibre y en especial la declaración de inconstitucionalidad por parte de la SCJBA, quedó redactado de la siguiente manera: *“En ningún caso se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. La eventual existencia de estos peligros procesales podrá inferirse de las circunstancias previstas en el artículo 148. El juez podrá considerar que concurren esos extremos cuando en los supuestos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento. A fin de garantizar la correcta aplicación de las disposiciones precedentes y de lo normado en el artículo 189 bis apartado 2º párrafo octavo del Código Penal, a partir de la aprehensión la autoridad policial o judicial requerirá en forma inmediata los antecedentes del imputado.”* (El resaltado nos pertenece); lo propio acontece con la frase “conmoción social” que pretendió encumbrarse como presupuesto discrecional habilitante de la detención preventiva en el proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación, el que ha sido excluido en la reciente sanción legislativa y que no

Sin embargo, a mi criterio son los elementos que, precisamente por exhibir un ropaje de objetividad, son empleados deliberadamente para ocultar la selectividad punitiva que el sistema gerencia a través de los operadores judiciales.

**El razonamiento judicial podría enunciarse así:** el decidir privar cautelarmente de su libertad ambulatoria a una persona sometida a un proceso judicial bajo parámetros mensurativos de peligrosidad que resultan objetivos (léase, neutrales), implica la mera aplicación de la ley procesal penal, y no una alteración de la naturaleza del instituto preventivo, tal como defendemos aquí.

Esta formulación bien puede asumírsela como una justificación legítima.

Sin embargo, no pasa de ser un enunciado que debemos inferir tras la revisión del contenido de las resoluciones judiciales, pues no es una *política judicial* que haya sido regulada por ley alguna ni se manifieste en comunicados oficiales la de computar la clase y cantidad de argumentos que los jueces emplean para fundar el dictado de una prisión preventiva ni, acaso, para denegar alguna de las alternativas que el sistema progresivo ofrece al recluso.

Este *anonimato argumental* es, a mi criterio, el eficaz instrumento de que se sirve el sistema judicial para encubrir el verdadero espíritu que imbuye a las medidas restrictivas de la libertad en la práctica judicial argentina en mayor medida.

Se publican estadísticas (aún oficiales) de porcentajes y características de presos, pero **no de los argumentos –aún jurídicos- por los cuales se los priva de la libertad.** Contra este argumento se podría argüir que, no obstante, el trámite procesal específico al que se ve sujeto el imputado goza de todos aquellos remedios procesales y amplitud de discusión que le permita cuestionar la medida que se le impone. Esta objeción no disipa la crítica que promovemos, pues al analizar la cuestión que aquí interesa, la que decidimos focalizarla desde la práctica judicial, poco interesa la demagógica proclama legislativa frente a las inocultables realidades carcelarias

---

respondía mas que a la “justicia mediática” que recalitra hoy día, tal como lo dejó ver Alberto Binder, vicepresidente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), en el marco del plenario de las comisiones de Justicia, Asuntos Penales y Presupuesto del Congreso de la Nación, quien definió al factor de “conmoción social” como “*un injerto que es violatorio de la Constitución*” y como una “*una idea odiosa e inútil*”

y judiciales que se han ilustrado en este punto lo que en último término nos muestra un sistema atrofiado en todos sus estratos o, al menos, en las dos primeras instancias judiciales.<sup>18</sup>

**Accesoriamente, la harto renombrada y cuestionada mora judicial concurre a profundizar la arbitrariedad que caracteriza a las decisiones judiciales de encierro.**

Es posible afirmar esto, nuevamente, desde un enfoque material de la cuestión.

Las estadísticas de sentencias elaboradas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>19</sup> concluyen en cuanto a la relación entre causas ingresadas y la cantidad de sentencias dictadas que *“El sistema exhibe una tendencia global decreciente (acentuada desde 2007): del 58% en 2001 al 41% en 2012 (máximo y mínimo del período, respectivamente, un 49% promedio para el período). Se dictan tantas sentencias como en 1999, pero ingresa un 43% más de causas”*. Asimismo, que *“en términos relativos, las sentencias pasaron del 61% al 45% (desde 2009 son menos de la mitad) de todas las salidas, con la contracara de la alternativa creciente aplicada a la resolución de causas penales: las otras salidas, que crecieron del 39% al 55%”*.

Con esto queremos expresar que el decrecimiento de finalización de procesos penales por la vía de juicios orales señala la mengua o abandono de la exhaustividad del estudio de las causas, recurriéndose a suspensiones de juicio a prueba o procedimientos abreviados como método de resolución, sistemas que ofrecen un muy bajo nivel de análisis institucional de los casos judicializados.

---

<sup>18</sup> Es necesario contraponer a esta inclinación punitivista un devenir jurisprudencial reparador que se vino conformando en paralelo con la ilegal conducta que los jueces de grado y de los tribunales orales consolidan mediante el yugo de la prisión preventiva cuyo coronamiento puede situarse en el plenario de la CNCP “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/rec. de casación” del 30/10/2008 publicado en LL 2008-F, p. 420. Sin embargo, tal línea jurisprudencial, acodada en la provincia de Buenos Aires en fallos análogos y de especial trascendencia (v.gr., el caso Vertbisky de la SCJBA) no ha logrado revertir la intensificación punitiva de las agencias judiciales, cuya explicación intentaremos esbozarla a modo de conclusión.

<sup>19</sup> Tomamos como fuente el minucioso, metódico y completo informe y sus varios anexos publicado por la CSJN con motivo del cumplimiento de los 20 años del Sistema Penal Oral Nacional. Puede consultarse [http://www.pjn.gov.ar/07\\_estadisticas/Trabajos\\_Especiales/Justicia\\_Penal\\_Oral\\_2001\\_2012/Informe%20Tribunales%20Orales%202001-2012.pdf](http://www.pjn.gov.ar/07_estadisticas/Trabajos_Especiales/Justicia_Penal_Oral_2001_2012/Informe%20Tribunales%20Orales%202001-2012.pdf)

### 3.2. Las torturas y malos tratos como herramienta de aseguramiento del sistema. La adulteración del instituto preventivo mediante la delegación de competencias en los organismos criminológicos y su aplicación mecánica.

**La despiadada violencia institucional** que preside el ecosistema carcelario se entronca en la idea que venimos sosteniendo debido dos razones: 1) se encuentra naturalizada de forma tal que, al igual que la regla judicial de encarcelamiento preventivo o la flexibilización de sus presupuestos, “pareciera que existen sólidos argumentos jurídicos para sostenerla, cuando en realidad nadie los ha enunciado ni explicitado y lo curioso es que su supuesta evidencia, cuando la tocamos suavemente con criterio jurídico, se nos desmorona estrepitosamente mostrando su inconsistencia.”<sup>20</sup> Y 2) opera como aval *de facto* de la voluntad judicial.

Son abundantes los informes producidos por diferentes organismos de Derechos Humanos que pusieron de relieve las feroces condiciones carcelarias argentinas, siendo representativo a los fines de este trabajo el informe realizado en 2013 y dado a conocer en forma reciente por el Subcomité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, basado en 24 visitas sorpresivas a cárceles de Buenos Aires y CABA. Se alerta sobre el hacinamiento, paupérrimo nivel de higiene y alimentación, agresiones a menores y embarazadas. Se reportaron sospechas de torturas.<sup>21</sup>

Las torturas y vejámenes sufridos por los internos alcanzan tal extremo que incluso conducen en algunos casos al suicidio o a homicidios entre reclusos. Según el Comité contra la Tortura (creado en 2003 en el marco del Comité de la Memoria), en 2009 murieron 117 personas en las cárceles bonaerenses. En 2010 fueron 133 y desde enero a octubre de 2011, las muertes ya eran 90. En el mismo sentido, el Banco de Torturas de la Defensoría de Casación

---

<sup>20</sup> “Las penas crueles y la doble imputación”, en “La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales”, Eugenio Raúl Zaffaroni, Director, Pablo Andrés Vacani, Coordinador, Ed. Ediar, 2012, pág. 356)

<sup>21</sup> En lo que a esta nota interesa se ha consignado que los edificios se hayan deteriorados y varios sin calefacción en invierno. No puede obviarse mencionar que el informe ha señalado que a nivel provincial imperan los olores nauseabundos, la suciedad, cucarachas por doquier, falta de ventilación, escasa calefacción, electricidad, y agua caliente. Hay celdas clausuradas por su lamentable estado que, sin embargo se continúan usando. En las de aislamiento emergen en cantidades pijoas y excrementos. En una de ellas a lo largo y ancho de aproximadamente 25 m2 solo se cuenta con un solo servicio sanitario y una ducha y la ocupan –según contaron los miembros de la delegación- 60 detenidos. Puede igualmente consultarse el Comunicado de Prensa 64/10 – Relatoría de la CIDH constata graves condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires. Washington, D.C., del 21 de junio de 2010.

bonaerense, informó que en 2011 se formularon 223 denuncias de torturas o tratamientos crueles en cárceles y comisarías de la provincia, 67 de ellas contra menores de edad. A pesar de los avances legislativos y el retorno de la democracia, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la tortura se sigue implementando.<sup>22</sup>

En octubre de 2012, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU expresó su preocupación sobre lo que calificó como la “grave situación de las personas privadas de libertad en Argentina, en particular la falta de investigación y sanción de las prácticas de tortura y malos tratos, así como las deficiencias estructurales en materia de condiciones de detención.” Ya en 2005 Amnistía Internacional publicó un informe en el que se detallan las recomendaciones efectuadas a la Argentina por el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura. Argentina es, desde 1987, Estado parte de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

A pesar de los citados informes y las copiosas recomendaciones de los organismos de Derechos Humanos, capitaneadas por la labor de la CIDH, los avances en la materia fueron nulos.

Así, el Equipo de Fallecimientos en Prisión del Observatorio de Cárceles Federales de la Procuración Penitenciaria de la Nación (cuya actuación se encuentra regulada por un protocolo específico, entrado en vigor práctico a partir de 2009 por medio de la Resolución N°169/PPN/08 que instaura el Procedimiento para la Investigación y Documentación de Fallecimientos en Prisión), en su informe de julio de 2014 expone cifras alarmantes.<sup>23</sup>

El Registro Nacional de Casos de Torturas y/o Malos Tratos nutre sus bases de datos (años 2011 y 2012) de las informaciones provistas por la Procuración Penitenciaria de la Nación (cárceles federales) y de la Comisión por la Memoria (cárceles bonaerenses e institutos de menores). En el informe del año 2012 se inauguraba su exposición expresando que “La tortura

---

<sup>22</sup> Roberto Cipriano García, director del Comité contra la Tortura de la provincia de Buenos Aires, señaló que la tortura “es una práctica sistemática en el Servicio Penitenciario Bonaerense y también de la policía bonaerense. Existen patrones estructurales de violación a los derechos humanos en personas privadas de su libertad. Esto se agrava por la ineficacia de la Justicia para controlar y sancionar a los responsables y la insuficiencia de mecanismos de prevención” (Miradas al Sur, 5/2/2012).

<sup>23</sup> Según el informe de 2013 producido por el Centro de Estudios Legales y Sociales, el incremento de muertes violentas para el período 2011-2012 fue del 4,3%, un poco mayor al del Observatorio mencionado.

*sólo existe en la medida en que el poder judicial la avala y/o tolera y el poder penitenciario la ejerce, promueve y encubre, en todas sus instancias y en particular, desde los espacios jerárquicos de gestión política-administrativa de la fuerza.*"<sup>24</sup> En otra banda, el registro de Casos de Torturas y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la Defensoría de Casación de la Provincia de Buenos Aires computó para el período comprendido entre el 11 de marzo y el 10 de julio de 2014 un total de 515 hechos de torturas u otros tratos inhumanos, siendo 9.702 los casos acumulados desde mayo del 2000.<sup>25</sup>

La extendida, sistemática y persistente práctica de la tortura carcelaria es consolidada por la connivencia judicial, que en mi opinión puede calificarse como: 1) explícita (inoperancia o inacción investigativa frente a la formulación de denuncias) y 2) implícita, mediante el establecimiento de la prisión preventiva como regla de principio y la injusta rigidez en la concesión de alternativas a la prisión, salidas transitorias, libertades condicionales, etcétera, manifestándose así la complicidad judicial.

Entre las causas que los organismos precitados señalan como generadoras o favorecedoras del mantenimiento de la tortura y maltrato oficial, sobre las que no resulta necesario detenerse por ser ajeno a este trabajo el estudio etiológico del crimen institucional, se consignan el temor de represalias de los reclusos al denunciar, el ámbito de privacidad y complicidad en que se infligen, la instalación de dichas prácticas como cotidianas y, en lo que mas interesa aquí, a la complicidad o complacencia judicial con dicha realidad.

---

<sup>24</sup> Según el informe de 2013 producido por el Centro de Estudios Legales y Sociales, *"en 2012 148 personas fallecieron por hechos de violencia con participación de funcionarios de seguridad en la Región Metropolitana de Buenos Aires (ciudad de Buenos Aires y 24 partidos del Gran Buenos Aires)"*, pág 135. En consonancia se señala que *"El alto índice de muertes violentas –por accionar directo o indirecto del SPF- coincide con el aumento de la cantidad de hechos de tortura o maltrato en los últimos años."* (pág. 287). El informe que aquí se cita realiza un minucioso análisis de las cifras emergentes de los SPF y SPB. Para este trabajo también se analizaron las estadísticas proporcionadas por el voluminoso Informe *"La situación de los Derechos Humanos en las Cárceles Federales Argentinas"*, de la Procuración Penitenciaria de la Nación, 2013.

<sup>25</sup> En coincidencia con el pavor que generan los restantes relevamientos citados, este informe declara que *"Lo hasta aquí descripto da cuenta de una dinámica de violencia institucional que se sostiene en el tiempo a lo largo y ancho de nuestra Provincia, en la que funcionarios estatales a quienes se le encomienda la prevención del delito y la custodia de ciudadanos, arremeten contra los más fundamentales derechos de los bonaerenses."* (punto IV).

La degeneración del Servicio Penitenciario tiene una genealogía múltiple, explicándose a través de factores sociales, culturales, políticos y económicos. Mas allá de tal situación, la estructura penitenciaria, precisamente a raíz de su pauperización estructural, se ha ido militarizando, estimulando el recrudecimiento del uso de la violencia.<sup>26</sup>

El cuerpo técnico criminológico, integrado por profesionales de distintas áreas, tampoco ofrece resultados halagüeños. La burocratización y el empobrecimiento analítico también hacen mella en el funcionamiento de los equipos de seguimiento y control, y las evaluaciones y pronósticos criminológicos (los que en definitiva protagonizan las decisiones judiciales, sacralizando los jueces estos dictámenes), los cuales se abastecen y regeneran doctrinas criminológicas de raigambre positivista.<sup>27</sup>

Este paradigma peligrosista es aquel que, en nuestra opinión, escolta el funcionamiento anómico del sistema judicial, coadyuvando la deformación de la prisión preventiva y los demás institutos mencionados, de acuerdo a las hipótesis consignadas en los punto 2.a y 2.b.

#### **4. Importancia de la cuestión analizada, propuesta de abordaje y metodologías de estudio.**

Para no deformar el objeto de este trabajo mediante la yuxtaposición de los dos principales planos fácticos que se han tomado (actividad judicial y penitenciaria y realidad carcelaria), vemos conveniente aclarar que el material estadístico que se ha revisado obedece exclusivamente al propósito de fundar, con el mayor grado de seriedad y fiabilidad posible, las hipótesis que inauguralmente expusiéramos.

En rigor, no nos proponemos sondear los orígenes y las causas de la violencia institucional, de la corrupción judicial, policial y administrativa de las agencias oficiales, de la

---

<sup>26</sup> Para un mayor estudio, ver artículo en [http://www.inecip.org/images/archivos/C%C3%A1rceles/Documentos\\_Propios/Salinas - Servicio Penitenciario Federal y modelo Militarizado.pdf](http://www.inecip.org/images/archivos/C%C3%A1rceles/Documentos_Propios/Salinas_-_Servicio_Penitenciario_Federal_y_modelo_Militarizado.pdf)

<sup>27</sup> Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, "Derecho Penal. Parte General", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000; MARTEAU, Juan, "Las palabras del orden", Del Puerto editores, Buenos Aires, 2003.

indiferencia y hasta el fomento de la sociedad frente a las atrocidades carcelarias argentinas que se mencionaron en el curso de este artículo, sino asumir y recortar dicha realidad e intentar interpretar la tésis latente en los operadores judiciales que los llevan a resolver el encierro de un individuo sujeto a un proceso penal y, paralelamente, a denegar, dificultar o postergar salidas alternativas (en sentido genérico, referido a todos los institutos que tienen como efecto excarcelar o morigerar la situación de cautiverio), a fin de despertar la lealtad a la verdad y, en definitiva, reconocer los genuinos intereses y metas perseguidas por *la práctica* del sistema penal en nuestro país, abandonando de una vez la cosmética y oprobiosa prosa discursiva oficial.

Lo paradójal de todo este asunto no lo representan los datos estadísticos provistos, los cuales en último término solo disipan un poco más la abyección moral de todos aquellos que integramos la sociedad argentina pero no nos abren las puertas hacia algo que hoy sea desconocido, sino la hipócrita práctica de sostener un relato que clama mayor punición (léase, mas cárcel, pero no mejoramiento carcelario, sino más encarcelamiento del actual, el deshumanizante y segregacionista), en el supuesto entendimiento de que los fines readaptativos y benefactores cumplen infaliblemente con el paradigma racional de la modernidad, de la inclusión y el recupero del sujeto desviado.

Esa impostura, cuyos emblemas los visten muchos de los jueces y fiscales, no es recibida en este trabajo como un crítica eticista, sino como un reclamo de sinceramiento, de transparencia (si se prefiere, de acatamiento normativo, en tanto imposición de las leyes de ética que regulan las prácticas de dichos actores).

Así, la importancia de la comprensión del funcionamiento del sistema penal en lo atingente al plano coercitivo se afinsa en nuestra posibilidad de resignificar la finalidad de la pena, enderezar el estudio hacia los factores que operan activamente para lograr dicha finalidad y, en consecuencia, poder asir las razones del fracaso de la prisión como castigo institucional, dotar de previsibilidad a las reacciones del sistema (si se quiere, hasta legislar en congruencia con ello, lo que a mi criterio hoy implica tener que derogar los principales derechos y garantías de género procesal y sustancial y desterrar por completo los instrumentos internacionales del Derechos Humanos que integran el bloque federal, a la par de la eliminación de las fundamentales garantías que consagra la Constitución Nacional, entre ellos el estado de inocencia, los principios de legalidad y culpabilidad, etcétera, así como suprimir los principios rectores en materia de ejecución penal: de legalidad ejecutiva, de judicialización, de progresividad, etcétera; el desdén por lo Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1990), retrotraer el avance



jurisprudencia y desconocer el carácter vinculante de las recomendaciones y decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana, y eliminar todo tipo de instrumento internacional que guarde coherencia con los principios esenciales de la persona privada de libertad. En suma, refundar nuestro sistema normativo criminal).

De allí que considere relevante responder a los interrogantes planteados al principio de la exposición, para lo cual intentaré ensayar un respuesta mas adelante.

En cuanto a la metodología a emplear, estimo que la actividad estatal en el relevamiento de datos desde luego es perfectible, pero no deja de ser encomiable y un conspicuo esmero.

Lo propio cabe decir de los informes y estudios realizados por organizaciones no gubernamentales y de derecho humanos, muchas de las cuales han sido tomadas como fuente de este trabajo y otras tantas que no lo han sido<sup>28</sup> (por ejemplo, las versiones literarias de las entrevistas y estudios sobre cárceles que ha publicados en las investigaciones de la Procuración Penitenciaria).

Sin embargo, observando un supino grado de automatización y falta de fundamentación suficiente en la mayor parte de los casos de que adolecen las resoluciones judiciales, la propuesta que quisiera introducir y que permitiría, quizás, coadyuvar al levantamiento de la “cortina de hierro que divide a las cárceles argentinas de la Constitución Nacional”<sup>29</sup>, resulta -no lo dudo- utópica, y es: realizar estadísticas o relevamientos, **de los argumentos** utilizados por los jueces para decretar prisiones preventivas y a su vez denegar excarcelaciones, morigeraciones a la prisión o cualquier otro instituto de los mencionados en este trabajo en los cuales deba el magistrado establecer la existencia de peligros procesales o alguna prognosis de acatamiento del interno que accede a salidas transitorias, libertad condicional, libertad asistida, etcétera.

---

<sup>28</sup> Por ejemplo, las ediciones literarias de las entrevistas y estudios sobre cárceles que ha publicados en las investigaciones de la Procuración Penitenciaria. Los libros pueden consultarse en <http://www.ppn.gov.ar/?q=investigaciones-y-producciones>.

<sup>29</sup> Expresión tomada de la cita de José Daniel Cesano del Juez de la Corte estadounidense Byron White en “*Derechos Fundamentales de los condenados a penas privativas de la libertad y restricciones legales y reglamentarias: en búsqueda de los límites del legislador y de la administración.*”, discurso de recepción como académico correspondiente en Neuquén, pronunciado el 3 de julio de 2007, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina).

Asimismo, refinar los censos de detenidos (durante tiempos prolongados) en comisarías y en alcaldías, pues la información suministrada no alcanza a ser suficientemente exacta.

En cuanto las entrevistas con internos a fin de recabar denuncias por violaciones a los derechos humanos, establecer sistemas de reserva de identidad y proporcionar sistemas adecuados de protección para los mismos. Podría recurrirse a las modalidades empleadas por las leyes de estupefacientes, de violencia de género y trata de personas. No se ignora que la dificultad práctica es la misma que padecen hoy los internos (represalias y connivencia penitenciaria y judicial).

## **5. Conclusión.**

Ñaki Rivera Beiras, prologando el libro “Cuerpos Castigados- Malos tratos físicos y torturas en cárceles federales”<sup>30</sup>, inauguraba la obra explicando que *“resulta indudable a estas alturas que las políticas de intolerancia (total o selectiva, según contexto distintos) se van imponiendo a escala planetaria”*<sup>31</sup> (Pág. 1)

Líneas mas adelante, citando un concepto acuñado por Massimo Pavarini, expresa que *“El gobierno de la penalidad ya está claramente unido al gobierno de otras facetas de la vida pública y el populismo punitivo se ha revelado como instrumento eficaz en las contiendas electorales y en el mantenimiento y reproducción del poder. Gobernar a través del miedo, mantener a las sociedades atemorizadas, ofrecerles (o venderles) “seguridad” y mantenerlas así cohesionadas en torno a la autoridad, son datos de la actualidad, también en la Argentina. La descomunal inflación punitiva de las sociedades occidentales se revela en toda su crudeza cuando se atiende al último contenedor del sistema penal: la cárcel. Por ello a nadie debe extrañar que en el interior de esos lugares, allá donde los ojos de la sociedad no penetran y donde se verifica la mayor de las abyecciones, corrupciones y obscenidades, la auténtica naturaleza corporal de la pena emerja sin los maquillajes con que algunas operaciones reformistas habían intentado ocultarla.”*<sup>32</sup>

El agudo autor rehúsa aceptar la pomposa exposición de un supuesto *“welfarismo penal propio de un modelo asistencial perenecente a la forma del Estado Social”*, desterrando así la idea de que el progreso normativo institucional y la racionalización del sistema penal (lo cual

---

<sup>30</sup> Editorial Del Puerto, 2009.

<sup>31</sup> Ob. cit., pág. 1

<sup>32</sup> Ob. cit. págs. 1 y 2.

puede apreciarse en el augusto avance en materia de legislación sobre derechos humanos) hayan protagonizado un mejoramiento de las condiciones infrahumanas y arcaicas que imperan en las cárceles. La impunidad de la tortura institucional se erige en el principal indicador.

Este sórdido escenario lleva a preguntarnos a qué se debe la pervivencia de pertinaces concepciones punitivistas, peligrasistas e inculcantes como principal dogma judicial.

El repaso de las cifras citadas en este trabajo y su cotejo con el marco normativo (cuyos lineamientos vertebrales también fueron apuntados), devela el recurrente empleo de la prisión preventiva y el mantenimiento del encierro como principio, en indisimulada contradicción con la regla de la libertad durante el proceso y la prohibición de infligir penas crueles, inhumanas o degradantes.

En mi opinión, este interrogante puede tratarse desde diferentes puntos de partida. Sin embargo, aquí se escogerá como enfoque para explicar la persistencia de esta práctica represiva una visión bipartita, que entendemos así: 1) la dirección de la política criminal en nuestro país obedece a un plexo de prejuicios alentados por una comunidad cada vez más encarnizada contra el delincuente, cuya opinión es tomada por el poder político con fines electoralistas (la electoralización del delito) y con un propósito incapacitador del individuo criminalizado<sup>33</sup>, proceso que se agudiza con la creciente participación de la ciudadanía y de los medios de comunicación en la definición de las estrategias contra el delito, en detrimento de la intervención de expertos<sup>34</sup> y 2) El sistema judicial es funcional a dicha voluntad, enmascarándola y legitimándola bajo la premisa de la racionalidad y la legalidad.

La supuesta incompatibilidad entre ideas de Foucault (éste con su meticuloso examen sobre el funcionamiento del aparato represivo y su condicionalidad frente al poder) y de Weber,

---

<sup>33</sup> Sobre neutralización y la ficción de la integración que el derecho penal posmoderno implanta puede consultarse la obra de Massimo Pavarini de 2006, la que precede a la tesis expuestas por Jock Young en *“La sociedad excluyente”*, 2003, Ed. Marcial Pons.

<sup>34</sup> Explicaba Alessandro Baratta hace casi 25 años atrás que ... *“la confianza de los expertos en la posibilidad de usar la cárcel como lugar y medio de resocialización, se ha perdido casi del todo. Esto es debido en parte a los resultados de investigaciones empíricas que han identificado las dificultades estructurales y los escasos resultados que la institución carcelaria presenta respecto a dicho objetivo, pero es debido también a transformaciones producidas en la misma institución carcelaria y en la sociedad en los años sucesivos a la reforma.”* Ponencia presentada en el seminario "Criminología crítica y sistema penal", organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de Septiembre de 1990

que parece inconciliable con la concepción de Emile Durkheim que sostiene que la penalidad consiste en una *“reacción pasional sustentada en motivaciones no rituales y no racionales”*<sup>35</sup>, puede articularse armoniosamente y entroncarse en las ideas que aquí se postulan. Así, la preocupación racional y normalizante de dirigir mediante el castigo, al menos según el parecer que en este corolario se expone, no antagoniza con la emotividad propia del populismo penal que aquí se asume como fenómeno influyente en la voluntad política y judicial. Lo primero opera a nivel instrumental y contornea la práctica judicial<sup>36</sup>, en tanto los comportamientos que son definidos como ilícitos y la significación social de los mismos es establecido a través de componentes emotivos: *“Los tribunales, tanto como amplios sectores del público y varios políticos, siguen abordando el tema del castigo en términos manifiestamente morales, declarando valores sustantivos que transmiten francas actitudes emotivas. El lenguaje punitivo suele denotar indignación, condena y la exigencia de un castigo retributivo, y estos valores expresados afectan inevitablemente a las instituciones penales como cárceles, instancias de libertad condicional y grupos comunitarios abocados a la rehabilitación, encargadas de llevar a la práctica estos sentimientos... El conflicto entre el deseo de castigar y las fuerzas de la eficacia y la administración permea todos los aspectos del sistema penal y refleja la preocupación y la profunda ambivalencia que evoca el castigo en la sociedad.”*<sup>37</sup>

Corolario de esta lógica, la cruenta, sectorizada y automatizada prisionalización decanta en una utilización retributiva de la pena carcelaria.

A su vez, la violencia institucional y su impunidad legitiman, normalizan y reproducen esta mecánica de funcionamiento. La mayor punitividad y el endurecimiento de las penas dócilmente evacuadas por el Estado frente a los reclamos de parte del público, aparece como el reflejo del poder soberano del Estado<sup>38</sup>, tratando de contrarrestar o al menos silenciar la ineficacia estatal en el combate contra la criminalidad.

---

<sup>35</sup> David Garland, *“Castigo y Sociedad Moderna”*, cit. pág. 212.

<sup>36</sup> Bajo el halo de la neutralidad: *“En vez de intentar transmitir la indignación moral, la pasión punitiva o los sentimientos de venganza, estas instituciones suelen neutralizar la afectividad en el proceso penal y realizar su trabajo de manera profesional, dejando el matiz de oprobio moral al tribunal y al público”*, (Garland, *“Castigo y Sociedad Moderna”*, cit., pág. 217)

<sup>37</sup> Garland, *“Castigo y Sociedad Moderna”*, cit., págs. 225 y 226.

<sup>38</sup> David Garland, *“La cultura del control”*, 2005, Ed. Gedisa, Barcelona y en *“Las contradicciones de la sociedad punitiva”* en *“Delito y Sociedad”*, UNL ediciones, N° 22

Garland<sup>39</sup>, expone que los saberes de los expertos lograron en cierta medida reducir los intereses expresivos y retributivos, a los que denostaron como irracionales o primitivos.

Sin embargo, y este es el eje del pensamiento que guía este trabajo, consideramos, junto a John Pratt<sup>40</sup> y Massimo Pavarini<sup>41</sup>, que la modernidad espeja una suerte de involución hacia formas de castigos bárbaras e irracionales, afianzándose corrientes neo-retribucionistas.

Esta afirmación es la única que cabe acoger como sensata frente a la implacable realidad carcelaria argentina. No aparece plausible otra forma de interpretar la esquizofrenia estatal que se diagnostica tras estudiar las leyes vigentes, la proclama oficial, y los –conocidos- resultados que se exhiben a la sociedad toda.

Siendo esto así, resta preguntarse cómo es posible que este absurdo sostenga su vigencia.

Quizás la respuesta pueda hallarse en la ascendente democratización de la política criminal. Volviendo a Garland, este fenómeno se explica como una liberación unívoca de tensiones sociales a través de la intensificación del castigo que, por contener una carga indudablemente vindicativa y pasional, renuncia a toda racionalidad y es presa del miedo, el pánico o el rencor sociales.<sup>42</sup>

Desde paneles televisivos y foros con mayor o menor grado de estructuración (y, mas preocupantemente, desde los propios ministerios estatales y estrados parlamentarios) se congregan víctimas y detractores de los derechos que la propia Constitución que los gobierna

---

<sup>39</sup> 2005, ob. Cit.

<sup>40</sup> “Castigos Ostentosos y emotivos”, 2006.

<sup>41</sup> “Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad.”, 2006.

<sup>42</sup> Otros autores remarcan el traspaso de las decisiones en materia de política criminal y seguridad del Estado hacia la sociedad -asunto que se vuelve plebiscitario- entre los que se encuentran A. Daroqui (“Las seguridades perdidas”, en Revista Electrónica Argumentos, Número 2) v. Rangugni y Máximo Sozzo. Éste último, en “Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión depósito en Argentina”, en Nueva Doctrina Penal, Ed. Del Puerto, 2007, destaca como hitos fundamentales para el populismo punitivo las campañas electorales de fines de los años 1990 y la “cruzada Blumberg” en el año 2004 y sus reformas legislativas que añaden penalidades más severas a algunos tipos penales.

consagra, vituperando cualquier “concesión” deferida al delincuente y exigiendo inmediata condena y destierro “magistral” del juez que se aventure a cumplir con la infame ley.<sup>43</sup>

En esencia, puede decirse que la mayor parte de los operadores judiciales (lo que cabe cuantificarse a la luz de la conformación de la realidad penitenciaria nacional ya analizada), son tributarios de la filosofía punitivista.

Esta afirmación no anhela alterar ideologías o funcionalidades, sino reclamar coherencia: si se pretende que los actos del Estado sean razonables y fundados (arg. art. 1 de la Constitución Nacional y su Preámbulo), debe el sistema judicial asumir un rol responsable y una práctica traslúcida de las verdaderas motivaciones prohijadas; de lo contrario, la impudicia hará pervivir la falacia idealista.

*Pedro Hernán Moyano*

---

<sup>43</sup> Al respecto señala Ziffer que “Fente a los delitos resonantes, la opinión pública reclama una justicia rápida e implacable -lo cual con frecuencia se entiende como lograr condenas, quienquiera que fuese el acusado-. En ese momento, automáticamente aparece el riesgo de que la prisión preventiva se convierta en la respuesta ilegítima a un reclamo social.” Ziffer, P. S. "Acerca de la invalidez del pronóstico de pena como fundamento del encarcelamiento preventivo" en La Ley 2000-C, 611.