

# *Las formas democráticas del castigo penal*

*A Amelia R. Boscacci*

## **a. Introducción.**

Este artículo ensaya un comentario al trabajado publicado por el Doctor Roberto GARGARELLA intitulado “*Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad(II)*.”<sup>1</sup>

Como señala el autor, dicho escrito es un “*primer producto*” de una extensa investigación referida “*a la filosofía del castigo.*”

Dada la asaz complejidad, densidad y multiplicidad de perspectivas y abordajes desde los cuales se puede ingresar en el estudio de la cuestión punitiva (el castigo estatal en este caso), corresponde fijar el marco conceptual y analítico sobre el que se sitúa la posición que aquí se presenta.

El enfoque, por su parte, que incardina esta exposición está determinado por dos de los aspectos que el profesor GARGARELLA estudia: 1) la creación democrática de las normas de derecho criminal y su carácter inclusivo y 2) su correlato en las formas de castigo instauradas por el sistema penal resultante.

La idea aquí predicada propone, a partir de la integradora visión de David Garland, una respuesta acuñada desde la teoría social defendida por el autor, “*centrado en las instituciones del castigo*”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Puede consultarse en [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica07.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica07.pdf). Preliminarmente hay que aclarar que, tal como lo consigna el propio documento, “*Este artículo es la continuación de Roberto Gargarella, “Mano dura sobre el Castigo. Igualdad y Comunidad (I)”*”, publicado en “*Nueva Doctrina Penal*” 2007/B, del Puerto, Buenos Aires, pp. 91-112.”

Respondiendo a tal premisa nos proponemos, con pie en datos estadísticos, desde el plano ontológico de la penalidad y de la cultura, manifestar el disenso con el insigne GARGARELLA en punto a la siguiente afirmación del profesor: *“Desde una perspectiva como la presentada<sup>3</sup>, según creo, no es difícil concluir que el derecho en general, y el derecho penal en particular, sufren de un déficit democrático serio.”*

Intentará controvertirse tal afirmación por cuanto, adelantando nuestra conclusión, la falencia del sistema penal argentino no se afinca en tal “déficit” sino en la corrompida *“efectivización”* del castigo, es decir, en su ejercicio concreto.

Para así opinar hemos de asumir, como variable dirimente y condicionante, la dúctil noción de *cultura* reconstruida por GARLAND<sup>4</sup>, toda vez que *“estas sensibilidades y mentalidades (socialmente construidas) tienen implicaciones importantes en las maneras de castigar a los delincuentes... La intensidad de los castigos, los medios para infligir dolor y las formas de sufrimiento permitidas en las instituciones penales están determinadas no sólo por consideraciones de conveniencia, sino también por referencia a los usos y costumbres y sensibilidades del momento.”*

## **b. El “status democrático” de las normas penales.**

---

<sup>2</sup> *“Castigo y Sociedad Moderna. Un estudio de teoría social”*, DAVID GARLAND, Ed. Siglo Veintiuno, edición en español de 1999, pág. 321. En lo esencial se sigue las ideas plasmadas por GARLAND en esta obra, sin perjuicio de citas de trabajos anteriores. Tal como aclara GARLAND, *“el presente estudio no pretende definir una tesis específica ni seguir una sola línea de interpretación. Mas bien explora la penalidad desde diversos ángulos en un esfuerzo por construir una imagen completa del fenómeno.”* (íbid., pág. 322).

<sup>3</sup> Se refiere a la necesidad de que la democracia deliberativa, la idea rouseauniana de la “voluntad general”, para no corromperse por la parcialidad, incluya en el proceso de toma de decisiones una amplia discusión colectiva y la misma *“esté organizada bajo condiciones de igualdad”*.

<sup>4</sup> *En este análisis pretendo usar una definición amplia que abarque esos fenómenos de conocimiento denominados “mentalidades” así como aquellos relacionados con el afecto o la emoción, que reciben el nombre de “sensibilidades”.* En su aspecto cognitivo la cultura se refiere a todos aquellos valores, categorías y distinciones, marcos de ideas y sistemas de creencias que los humanos usan para construir su mundo y representarlo de manera ordenada y significativa.” (GARLAND, ob. cit., pág. 229). Este concepto amplio se integra con todos los fenómenos mentales que permiten la configuración de filosofías, ciencias y teologías, los prejuicios populares y el “sentido común”, los gustos, las modas, los buenos modales y las etiquetas, la ética, la justicia y la moralidad.

**b.1.** El contenido que a nuestro juicio disuena, parcialmente como se verá, con el pragmatismo de la tradición legislativa argentina, es el del primer epígrafe del artículo.

Tras evocar a GARLAND y su concepto de “*penal welfarism*”<sup>5</sup>o, como GARGARELLA lo adjectiva, *elitismo tecnocrático*, en alusión a la creación del Derecho Penal por parte de “*expertos gubernamentales y profesionales litigantes –el producto de conocimiento experto e investigación empírica*”, el autor discrepa en parte con el autor británico en su apreciación –a criterio del doctor GARGARELLA- sobre la calidad democrática del orden represivo.

Acusa que, en definitiva, las corrientes que inspirarían las políticas criminales presuntamente democráticas serían falaces productos del fenómeno del *populismo penal*: “*Sintéticamente, son el resultado de la creación –nuevamente- de una élite política, que actúa o reclama actuar en el nombre de la mayoría*” y que las normas serían creadas “*en ausencia de –o descuidando la importancia de- una discusión colectiva equitativa... Entonces, aún si las encuestas de opinión fueran verdaderas, indicando una convergencia entre las políticas criminales “duras” y la voluntad mayoritaria, todavía tendríamos frente a nosotros un largo camino a transitar antes de poder decir, razonablemente, que dichas normas son expresión de la voluntad democrática.*”

Estimo que esta interpretación se apoya en una presunción equívoca.

En primer lugar, el fenómeno del populismo penal (el cual, concordamos, condiciona el direccionamiento de las políticas criminales nacionales), no empece al carácter *formalmente* democrático de la legislación penal.

---

<sup>5</sup> “*Los puntos centrales de esta agenda de reformas –condenas individualizadas, condenas indeterminadas, clasificación, programas, de tratamiento –nunca alcanzaban a ser plenamente implementados y sus partidario se veían a sí mismos como reformistas modernos enfrentados a las estructuras sólidas de un sistema anticuado, legalista y retributivo. Pero en los inicios de la década de 1970 estos reformadores correccionalistas eran el establishment y la y la mayoría de las políticas y prácticas oficiales de control del delito estaban orientadas hacia –o influidas por- sus objetivos y conocimientos expertos.*” Garland, “La cultura del control”, Ed. Gedisa, traducción de Máximo Sozzo, 2005, pág. 72). El extracto ideológico era eminentemente correccionalista y, a su vez, elitista: “*en el mundo del welfarismo penal, en cambio, se instaló, no hay trataiento sin diagnóstico y no hay sanción penal sin asesoramiento de los expertos.*” (*ibid.*, pág. 84).

Háblase del carácter formal pues la formación y sanción de las leyes dictadas con apego al procedimiento constitucional (Segunda Parte del Capítulo Quinto de la Constitución Nacional), son dotadas desde su génesis con valor republicano presunto<sup>6</sup>.

De ahí que la faena interpretativa deba preeminentemente inclinarse por principio hacia la confirmación de la constitucionalidad de las leyes, salvo que se reputen irrazonables, manifiestamente inicuas o repugnantes a los derechos y garantías tutelados, siendo la declaración de inconstitucionalidad un acto de suma gravedad institucional y de carácter excepcional.<sup>7</sup>

Por ende, pretender deslegitimar congénitamente la axiología del acto legislativo sería, quizás, apresurado desde lo institucional y, con mayor seguridad, desde lo formal, pues para así pensar habría que partir de la premisa del carácter arbitrario o sectario de la actividad legislativa, al tiempo que suponer que la reglamentación legislativa no solo es refractaria a los intereses de la sociedad sino además, en ciertos casos, contraria. Esto, indudablemente, atenta contra la coherencia del Derecho<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Sobre la presunción de legitimidad de la que gozan las leyes dictadas con ajuste al mecanismo constitucional ver doctrina emergente de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 314:424, 1:300, 304:794, 307:518, entre otros, así como lo expresado por J. F. LINARES en “Razonabilidad de las Leyes”, Ed. Astrea, 2ª Edición, 1ª reimpresión, 1989, pág. 218).

<sup>7</sup> CSJN, Fallos 294:51; 264:364; 302:457 y 484; 303:625; 304:849, 892 y 1069; 307:531 y 1656; 311:394; 312:122, 345:1437 y 1681; 314:407; 316:842; 324:920, 249:252, 263:460; 304:972, entre otros; SCBA en Acuerdos L. 45.654 del 28-V-1991, 50.900 del 15-XI-1994, 60.887 del 24-III-1998, L. 62.704 del 29-IX-1998, entre otros). En igual sentido, J. V. SOLA, “Control Judicial de Constitucionalidad”, págs.. 547-548, Abeledo Perrot, 2001), G. BIDART CAMPOS, “La Corte Suprema. El Tribunal de las garantías constitucionales”, Ed. Ediar, 1984, págs.. 108-109 y 116). En lo que llega a la tutela de los valores cimeros de nuestro ordenamiento jurídico y de los derechos humanos en el acto interpretativo, ver Enrique BACIGALUPO, “Sobre la vinculación del Juez Penal a la Ley” en Cuadernos del Departamento de derecho penal y Criminología, edición homenaje a Ricardo C. NÚÑEZ, Nueva Serie N° 1, Universidad Nacional de Córdoba) y R. L. VIGO, “Problemas y teorías actuales de la Interpretación Jurídica”, en “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba” Tomo XXXII, págs.. 213-214, Año Académico 1993, Ed. El Copista, 1994), respectivamente.

<sup>8</sup> Sobre la teoría coherentista del Derecho, consultar las ideas de NEIL MACCORMICK, pioneras de esta corriente de pensamiento (N. MacCormick, “Coherence in Legal Justification”, *op. cit.* ; NEIL MACCORMICK, “Argumentation and Interpretation in Law.”, *Ratio Iuris* 6 (1993); NEIL MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1994; N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005). Por su parte, para RONALD DWORKIN, quien sostiene una teoría coherentista de la justificación, una decisión jurídica está justificada si es coherente con el conjunto de principios que mejor explica y justifica la práctica jurídica, a la luz de una teoría de la moralidad política. (DWORKIN, *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press,

Es por ello que, según entendemos, a fin de conservar su abolengo republicano (arg. art. 1 Constitución Nacional), el mecanismo de gestación a ley ha de presumirse, por principio y como se vio hace instantes, respetuosa de las mandas constitucionales<sup>9</sup>. Con todo, esta pauta interpretativa (la presunción de legitimidad), responde a la necesidad de sostener la validez y cohesión del ordenamiento jurídico.

**b.2.** Ahora bien. Cabe preguntarse, allende lo dicho hasta aquí y como análisis alternativo a la hipótesis anterior, si Gargarella, al denunciar y reprobar los efectos del populismo penal, podría en su caso estar en definitiva delatando la presencia de fallas en la misma *aplicación*, en la puesta en práctica de una ley que desde su origen, sin embargo, ostenta carácter democrático.<sup>10</sup>

En su comentario al pensamiento de Pettit<sup>11</sup>, Gargarella conviene en que “*el problema impuesto por el populismo es grave, pero el mismo no debe enfrentarse socavando aún más la voluntad popular*” y que tal postura “*representa una seria violación de los principios republicanos, ya que se trata de una movida que vuelve, en definitiva, al elitismo jurídico.*”

Seguidamente, identifica como factor distorsivo la arenga mediática sensacionalista y atribuye efectos fuertemente perniciosos a la falta de información de la

---

1985 y “No Right Answer? En *Law, Morality, and Society*, editado por P. M. S. Hacker y J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 1972)

<sup>9</sup> Debe recordarse que, desde luego, el espectro de principios y derechos fundamentales que enunciamos deben comprender a los contemplaos en los instrumentos internacionales que ostentan igual –o, en todo caso, superior- jerarquía (art. 75.22 C.N.). En lo que aquí interesa, los derechos a la integración y respeto por los principios democráticos a los que alude Gargarella se encuentran sobreentendidos en dichos tratados y convenciones, por lo que mal podría presuponerse que la creación de las leyes penales escaparían a tales directrices.

<sup>10</sup> No creo ser este el sentido en que se pronuncia el autor, pues según interpreto alude al proceso de creación legislativa. No obstante, se estudia esta variable para expresar una opinión personal más abarcativa.

<sup>11</sup> Quien repele el populismo penal, reprocha “*las presiones inmediatas de la indignación popular*”, esa indignación que forzaría “*al gobierno a la adopción de nuevas y más represivas medidas penales*”. En consecuencia, PETTIT resuelve que debe impedirse “*que la voluntad popular, cualquiera sea el modo en que ella sea determinada, gobierne el proceso de toma de decisiones del día a día.*”

ciudadanía, falta de foros adecuados, de discusiones públicas, y todo una serie de agentes que restringirían la capacidad y libertad de pensamiento del “*pueblo*”.

La óptica de análisis alternativa que aquí se propone pretende, siguiendo la tesis de Garland, mediatizar la concepción del castigo a través del concepto de cultura prohiado por el autor, buscando interpretar la dimensión significativa de las características sociales que orbitan la cuestión del castigo, pues “*las leyes e instituciones penales, siempre se proponen, analizan, legislan y funcionan dentro de códigos culturales definidos. Están enmarcadas en lenguajes, discursos y sistemas de signos que encarnan significados culturales determinados, distinciones y sentimientos que es preciso interpretar y entender si queremos comprender el significado social y los motivos del castigo.*”<sup>12</sup> (El resaltado no pertenece al original).

En este sentido, atribuir la responsabilidad del endurecimiento del castigo o de la supuesta captación y subordinación del contenido de las leyes penales y de la orientación de la política criminal a causas externas y a veces abstractas (las nombradas, “sensacionalismos mediático”, desinformación, lagunas en los foros de debate, etcétera) que, hay que decir, estarían *impuestas* a la comunidad<sup>13</sup>, aparece como un reduccionismo.

Este análisis conlleva la suspicacia de considerar a la sociedad puramente ingenua y dócil, subordinada y vacía de contenido frente a la incondicionada voluntad de una elite que dirigiría los vaivenes de la política criminal.

Esto es, a mi juicio, falso. En primer lugar, porque tal interpretación supone considerar a la sociedad una entidad inerte, maleable, lo que no es otra cosa que un juicio contrafáctico.

---

<sup>12</sup> GARLAND, “*Castigo y Sociedad Moderna*”, cit., pág. 233. En “*Punishment and welfare*” el autor explica la forma en que los intereses e ideologías se representan en los discursos penales y criminológicos.

<sup>13</sup> Circunstancias ante las cuales la comunidad se encontraría invalidada para oponer resistencia, descontento o contrariedad con las mismas e imposibilitada de alterar o rectificar ese entorno hostil.

De otro lado, la realidad penitenciaria argentina (sede material del castigo), es inconcebible e insostenible sin el consentimiento, tácito en la mayor parte de los casos, de los diferentes actores sociales. Esto así pues *“las prácticas instrumentales siempre se conciben dentro de un contexto de mentalidades y sensibilidades culturales, por lo que las formas instrumentales y culturales son una y la misma cosa”*<sup>14</sup>

El citado autor, líneas más adelante, explica que Sutherland y Cressey *“presentan su teoría de la afinidad cultura del castigo. Dicha teoría propone que las políticas penales que adopta una sociedad tienden a imitar o reflejar las formas culturales vigentes en ella.... las formas específicas de la penalidad se entienden como una expresión o incluso un efecto de las formas generales de la cultura”*<sup>15</sup>

Considero que el pensamiento de Garland y su polifacética perspectiva enlazan satisfactoriamente la realidad que se pretende aquí tomar como base de observación y las posibles causas que la fomentan, y que llevan a concluir que el estado penitenciario nacional y el ideario represivo es, en efecto, el fiel destello de la conciencia colectiva<sup>16</sup>: alegar el desconocimiento de las condiciones, al menos de manera recortada, precaria, difusa o indiciaria, es, en el siglo XXI y en la era de la globalización, absolutamente inexcusable, cuando no una actitud canalla.

En Argentina la prisión preventiva es aplica en forma abusiva y, bajo cierta casuística, automática.<sup>17</sup>La información estadística espeja una desmesurada tasa de encarcelamiento preventivo.

---

<sup>14</sup> GARLAND, *“Castigo y Sociedad Moderna”*, cit., pág. 234)

<sup>15</sup> *Íbid.*

<sup>16</sup> Conciencia en tanto acción (acto voluntario) y colectiva en tanto mayoritaria.

<sup>17</sup> 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”*. En el informe de 2013 la CIDH *“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. De*

Los múltiples estudios de campo sobre las condiciones de detención en el territorio nacional exhiben una sistemática violación a los derechos humanos, incurriendo el Estado, metódicamente, en tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La brutal dinámica de violencia institucional empleada en el entorno carcelario, denunciada por familiares de los internos, conocida y ejecutada deliberadamente por agentes penitenciarios, ha tomado, en los últimos años, estado público<sup>18</sup>, ha sido materia de tratamiento oficial en diversos foros especializados por medio de relevamientos y encuestas<sup>19</sup>, espasmódicamente trascienden hechos mediáticos resonantes, abogados

---

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 *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%*. 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. Con todo, más 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. 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.

<sup>18</sup> 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 Cruels, 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. Puede asimismo 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.

<sup>19</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 Cruels, Inhumanos o Degradantes.

alegan, el Estado solapa complaciente, el Poder Judicial lo sabe, se suceden muertes violentas en las unidades<sup>20</sup>, y la impunidad es el desenlace recurrente.<sup>21</sup>

En este marco, sostener que la población es simplemente víctima de “operaciones de prensa” (cualquiera sea su cabal significado) o de un adormecimiento o perturbación intencionales de su capacidad de comprensión y conocimiento de la realidad en derredor, es un burdo apotegma perfilado a vaciar nuestras conciencias de responsabilidad social sobre el fenómeno del castigo en tanto construcción social.

El eximio profesor clama por tomar a cada persona “*como un agente moral (y no sólo como un agente racional)*”, permitiendo a la comunidad “*expresar su reprobación hacia las acciones del ofensor –es decir, una respuesta que no es primariamente consecuencialista o retributiva, sino una inscripta en una concepción expresiva/comunicativa de la pena.*”

Creo que la postura en vista intuye acertadamente la única solución coherente, pero partiendo desde una hipótesis falsa: Gargarella propone “*pensar en formas alternativas*” al castigo; coloca tal reflexión en el ámbito democrático, pero desconoce que el sistema penal actual, es fruto de ese mismo pensar republicano y no de una imposición

---

<sup>20</sup> 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>21</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 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.*” 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 mal trato 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.

tiránica ni de un designio puramente elitista. La soberanía popular siempre conserva en democracia la facultad del veto popular, y ello es así desde distintas vías de expresión.

En consecuencia, acentuando la opinión popular es muy posible, que la respuesta punitiva no sea otra que la cárcel, y muy difícilmente –al menos en el estado actual e histórico de la tradición penal argentina- la “voluntad popular” se avenga a instaurar la “*justicia reparatoria*” sugerida.

Estimo que un pronóstico -a corto plazo- distinto de este, se basaría en un quebranto o un desmembramiento injustificados de la evolución histórica del castigo desde el siglo XIX, tal como la explica Michael Foucault en “*Vigilar y Castigar*”, al señalar al señalar el traspaso de las formas bárbaras de castigo hacia técnicas reguladoras mas suaves, mas benignas de control: la cárcel<sup>22</sup>.

La proposición de sanciones o fórmulas penales alternativas (v.gr. multas, *probation*, mediación, libertad condicional ,etcétera), si bien han ganado espacio en el debate penal democrático<sup>23</sup>, no se ha expresado, en cantidades representativas atendibles, voces que clamen por la supresión de la pena de encierro, ni siquiera en el anteproyecto citado.

La cárcel, a pesar de su manifiesto fracaso<sup>24</sup>, es, desde su surgimiento, la respuesta unívoca frente al conflicto penal. “*Incluso –dice Garland- cada vez que se reitera esta crítica la respuesta oficial es reafirmar la máxima de un buen sistema penitenciario en vez de desmembrar la institución.*”<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup>Sin embargo, como señala GARLAND, “*Este cambio en los estilos penales que, de acuerdo con Foucault, se dio en Europa y Estados Unidos entre 1750 y 1820, debe entenderse como un cambio cualitativo, más que como un mero decremento en la cantidad o intensidad del castigo.*” (GARLAND, “*Sociedad*”..., cit., pág. 165).

<sup>23</sup> Ver, v.gr., Anteproyecto de Código Penal Argentino (2013), artículos 30, 31 y 32). Para un comentario, consultar <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/10/doctrina40120.pdf>.

<sup>24</sup> Los fines readaptativos de la pena y los objetivos presuntamente benefactores que cumplen con el paradigma racional de la modernidad, de la inclusión y el recupero del sujeto desviado son incompatibles con la -estadísticamente probada- creación de la reincidencia, reproducción de la delincuencia y al naufragio de la posibilidad de resocializar “*desocializando*”.

<sup>25</sup> D. GARLAND, cit., pág. 180.

Foucault, tras precisar que este supuesto fracaso quizás entrañe una forma encubierta de éxito, expone que la pervivencia de la cárcel responde a intereses de dominación.

Cualquiera sea, sin embargo, la verdadera razón del sostenimiento de la privación carcelaria de la libertad lo cierto es que no se observan, en principio y desde el plano estrictamente normativo, un agrietamiento de las bases democráticas a través de la imposición de la cárcel, sino que por el contrario esta es la expresión misma de la “voluntad popular”. Lo verdaderamente absurdo del sistema penal argentino, valorado articulando tanto la dogmática penal, sus principios y el ejercicio concreto, es la irreductible contradicción entre el plano teórico-normativo y las condiciones de su ejecución.

En consecuencia, sin pretender aquí revisar la genealogía de dicha paradoja ni explicar un fenómeno inabordable en este contexto, estimamos que la solución más coherente con el tenor y contenido humanitario de la legislación que integra nuestro bloque normativo federal se puede alcanzar en dos órdenes excluyentes: 1) la reestructuración del sistema penitenciario y su humanización, con apego a los estándares internacionales o 2) el hoy irrealizable, inviable reemplazo total de la pena de prisión.

**c. La incidencia de la sensibilidad en la percepción y en la estructuración del castigo y la flexibilización de los principios de la dogmática penal clásica.**

La realidad tampoco convalida decir que, tal como lo explica Gargarella, el derecho criminal se organice bajo estrategias estrictamente instrumentales racionales. El modelo *homo economicus*, desestimado por el autor, decae ante la percepción de respuestas emotivas del público ante el fenómeno delictivo, y en razón de la falta de una reacción racional como réplica al ofensor; esto es así por cuanto, de considerar que la mejor solución sería, como se explicita desde la solemnidad de la ley, readaptar al delincuente y reintegrarlo al sistema social, su exclusión mediante la reclusión en un medio sumamente

hostil y degenerante (la cárcel), *desocializarlo* en un ecosistema ocioso y carente de todo trato humano, evidentemente es la actitud más contradictoria que se puede presentar a un interlocutor racional. Por consiguiente, si nos presumimos sensatos, habrá que explicar este absurdo por otros medios.

Gargarella, desde luego, advierte el contrasentido, y se pregunta: *“Cuando (como en la Argentina) la respuesta habitual frente al crimen es la excluyente, luego, ¿cómo sorprenderse al descubrir altos niveles de reincidencia entre criminales? ¿Qué otra cosa podría esperarse? Finalmente, dirían los republicanos, estas respuestas excluyentes son las que alimentan día a día al delito; actuando de ese modo, el Estado no muestra buena fe sino furia, al tiempo que genera rencor ente aquellos a quienes necesita recuperar a su lado. Todo esto es para indicar que hay buenas razones para vincular el reproche social con respuestas inclusivas en lugar de excluyentes.”*

De nuevo, ¿el Estado actúa siempre sin el respaldo de la ciudadanía? ¿Es llanamente el Estado el que castiga con penas infamantes y no la población que lo compone? ¿La ciudadanía no carga con responsabilidad ninguna?

El expediente ficcional, la recurrencia a la entelequia del Estado como ser autónomo e ingobernable no puede ser el ingenuo bálsamo que nos redima de la realidad carcelaria.

**Las leyes penales, elaboradas en democracia, pensadas en entornos y épocas democráticas, reprimen delitos con cárcel, exigen cárcel, no prosternación ante figuras sagradas, no recitar salmos, y tampoco piden encierros en cárceles danesas, sino en cárceles argentinas. Es hipócrita pensar que en los recintos parlamentarios, en los círculos universitarios, en los hogares, y en cualquier foro de la vida cotidiana que se precie de sus valores ciudadanos y de un juicio fundado se asocie a la cárcel argentina con un redil de sanación.**

Como enseña Garland, “el crimen y el castigo son asuntos que provocan una respuesta emocional por parte del público y de los involucrados”<sup>26</sup>. Los castigos se determinan, dice Garland, “*en parte, por la estructura específica de nuestras sensibilidades y ... a su vez, están sujetas a cambios y evoluciones.*”

Es cierto, producto del “*proceso psíquico de civilización*” descrito por Norbert Elias, citado por Garland<sup>27</sup>, que la estructura de la personalidad de los individuos sufre cambios caracterizados por el autocontrol de “*constricciones introyectadas y de ansiedades inhibitorias*”, pero esto no implica el desvanecimiento de los instintos primarios del ser humano. En todo caso, como explica Foucault, el cambio del castigo es cuantitativo y no cualitativo.<sup>28</sup>

Es decir, el castigo se refina, ya hay formas de penar (v.gr., el patíbulo), que repugnan a la moralidad. Pero mutan su apariencia, no se suprimen.<sup>29</sup>

Las torturas modernas, como se vio en los informes citados, se retiran a la clandestinidad, se escudan tras los muros de la cárcel y la complicidad de los operadores del sistema las confinan al olvido. Ya se vio que el índice de judicialización de los apremios y vejámenes en cárceles es ínfimo<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> *Íbid.*, pág. 250.

<sup>27</sup> Págs. 253 y siguiente. s

<sup>28</sup> Explica GARLAND que “*La diferencia crucial entre los castigos corporales prohibidos y otras formas punitivas –como el confinamiento– que se usan de modo rutinario no es un asunto de niveles intrínsecos de dolor de y de brutalidad implícita; es una cuestión de forma que adopta esa violencia y el grado en que perturba la sensibilidad pública.*” (ob. cit, pág. 284).

<sup>29</sup> Ver GARLAND, ob. cit, pág. 262, tercer párrafo.

<sup>30</sup> El registro de Casos de Torturas y otros Tratos o Penas Crueles, 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. 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.

*“Se requiere que el individuo imponga más medidas de autocontrol sobre su propia conducta. La fuerza de la ley o la prudencia social prohíben cada vez más las demostraciones abiertas de agresión o de emociones espontáneas de cualquier naturaleza... los individuos desarrollan la capacidad para distanciarse de sus impulsos instintivos y emociones.”<sup>31</sup>*

Entonces, en materia ejecutiva penal, la realidad carcelaria no ha abandonado sus rasgos arcaicos y primitivos, solo se privatizaron.<sup>32</sup>

El argumento que se viene defendiendo hallaría resonancia en dos casos ligados a prolongadas demandas democráticas, el juicio por jurados y las cuestiones de género y trata de personas.

En lo que llega al juicio por jurados, el eminente carácter democrático abastece, podríase convenir, en una incuestionable afinidad con el derecho penal y la previsión constitucional sellada desde 1853, las condiciones republicanas e inclusivas que Gargarella reclama, al tiempo que posee un cariz más palpable y realista que la implantación en nuestro territorio de los principios y mecanismos de la justicia restaurativa.

Su implementación cuenta con precedentes locales: el sistema adoptado en Córdoba es el escabinado, donde un tribunal compuesto tanto por jueces profesionales como por ciudadanos legos enjuician y sentencian por mayoría. En cambio, el sistema adoptado en la provincia de Buenos Aires es el anglosajón, cuyos tribunales están integrados por un jurado de doce ciudadanos legos que declararán al acusado culpable o inocente, mientras que un solo juez técnico determinará o bien la escala penal -quince años o más- o bien la absolución, según fuere el veredicto emitido por el jurado de legos.

---

<sup>31</sup> GARLAND, “Castigo y Sociedad Moderna”, citado, pág. 257.

<sup>32</sup> Se alude a la realización de la violencia en ámbitos privados de la cárcel (“detrás del escenario” en palabras de ELIAS), fuera del conocimiento público.

Este sistema de enjuiciamiento, en especial el regulado en el ámbito bonaerense, se vio arrumbado durante varias décadas, probablemente a causa de sus numerosas falencias.

Desde la perspectiva que aquí interesa, este paradigmático emblema de la participación ciudadana en el juzgamiento de los hechos humanos que se consideran contrarios a los valores fundamentales de la sociedad, cobra especial relevancia para el enfoque cultural que se viene transitando en función de la obra de Garland.

Bajo el título *“Ambivalencia punitiva y el papel del inconciente”*,<sup>33</sup> Garland apunta que la represión (o sublimación) de los impulsos instintivos a los que el proceso de civilización constriñe, *“no conduce a la total desaparición de dichos impulsos...La civilización, por lo tanto, hace de todos nosotros hipócritas inconscientes”*. Sobre esta base, explica el autor que la hostilidad contenida y el *“temor al delito” puede revelar raíces irracionales y a menudo provocar exigencias desproporcionadas (o “contrafóbicas”) de castigo.”*

La conformación de un jurado, carente de conocimientos técnicos y de los más elementales principios del derecho penal liberal<sup>34</sup>, es más proclive, en razón de su ignorancia, al menos en términos profesionales, de las garantías constitucionales del derecho y de la dogmática penal. Desde luego el juez penal, supuestamente experto, puede ser cooptado también por una pulsión subjetiva, pero en tal caso las razones disuasivas (las

---

<sup>33</sup> *Íbid.*, pág. 278.

<sup>34</sup> *“El juicio por jurados no funciona en ningún lado, si por jurado entendemos el modelo tradicional. No funciona porque tiene un inconveniente técnico: no se puede distinguir del todo la cuestión de hecho de la cuestión de derecho. Nadie puede decidir si hubo o no una legítima defensa, un estado de necesidad, un error invencible de algún tipo o una incapacidad psíquica, si no sabe lo que es. Y eso no se explica en cinco minutos por el juez. No hay juez capaz de explicarle a un lego todo el derecho penal que enseñamos en dos o tres años de universidad en cinco minutos... En los Estados Unidos sólo un tres por ciento de los casos van al jurado, al resto los extorsionan con la ‘negociación’: si no acepta lo que el fiscal ofrece declarándose culpable, lo mandan al jurado, donde lo destruyen, salvo que lo defienda un abogado muy prestigioso, al que pocos pueden pagar”*. RAÚL EUGENIO ZAFFARONI, Ver la entrevista publicada en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/76068-24551-2006-11-12.htm>

garantías penales) dificultan tal desviación, al menos presumiendo la buena fe tanto en el juez como en el jurado lego.

El artículo 210 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires prescribe, apartándose del principio general, que en el caso del juicio por jurados rige el principio de las íntimas convicciones, subordinando aún más la decisión a inclinaciones subjetivas y menos permeables a valoraciones jurídicas y al mandato constitucional de fundar las sentencias; se arrima, con todo, a una decisión mas definida por motivaciones morales que jurídicas. Y la moral escapa a la impugnación jurídica. La falta de motivación suficiente, revela su carácter antirrepublicano.

La permanente adulteración mediática de las causas judiciales y la recepción mayormente acrítica por parte del público alienta que *“puede provocar una reacción desmedida de resentimiento y hostilidad con respecto al peliro real que representa”* el hecho.

En la Argentina las crónicas policiales televisivas y sus surtidos comentarios no contribuyen al conocimiento desprejuiciado y a la educación ciudadana.

Carmen Argibay, en el marco de una teleconferencia realizada en ocasión del XV Encuentro Nacional de Jueces de Cámara de Tribunales Orales Federales y Nacionales<sup>35</sup>, mencionó como eje del problema, a más de la interferencia de los medios de comunicación y la cuestión presupuestaria, que *“Mis objeciones actuales parten no de una cuestión de principios, sino de una cuestión empírica y de ver cuáles son las dificultades. Lo más grave para mí es la falta de educación. Si esto no se soluciona nunca vamos a tener a la ciudadanía para que colabore en la repartición de justicia”*.

Con preocupación, añadió que *“Otra falla de educación es que **poca gente entiende el principio de inocencia**, que para nosotros es fundamental. No solamente está ignorado sino que es **incomprendido por la ciudadanía.**”*

---

<sup>35</sup> Realizada en Villa la Angostura, provincia de Neuquen, el 05/09/2013.

Con total acierto, precisó que *“Hay periodistas que se creen detectives, investigadores y largan versiones. Cómo vamos a conseguir jurados que no hayan escuchado nunca una noticia sobre el hecho. Va a ser muy difícil escuchar jurados no contaminados, porque tenemos la cultura de estos medios de comunicación.”*

Esta cuestión, incontestablemente imbricada en la cultura nacional, es ineludible en el análisis de la propuesta de Gargarella.

Al proponer procesos alternativos, considero que es esencial evaluar los rasgos culturales en los que se insertan dichos mecanismos “integradores”, pues el análisis abstracto adolece por completo de comprensión de los efectos perjudiciales que y descabros sistemáticos que pueden provocar las expresiones sociales<sup>36</sup>.

Parafraseando la citada alocución de la doctora Argibay, es preciso reparar en que *“Hemos visto en numerosas ocasiones cuando alguien es considerado por la multitud culpable, la reacción es prenderle fuego a la casa del presunto perpetrador o darle una golpiza. Me preocupa el linchamiento público. Los jurados tienen que saber discernir y los jurados van a venir con la falta de dominio de las pasiones. Se debe hacer un juicio sereno y no en medio de las pasiones. Esa gente va a ser la que conforme los jurados. Esto me da mucho miedo, porque esto puede significar sentencias espantosas. Los jueces como son técnicos saben cuáles son los puntos que tienen que aclarar, la gente común no. Es una cosa notoria, la gente se transforma cuando le ponen una cámara adelante. Yo diría que no es momento para tener un juicio por jurado. No tenemos garantía que la gente comprenda cuál es la visión, no tenemos garantías de que sea un juicio sereno y que no esté contaminado por la mirada periodística, no tenemos garantía que no haya sido presionado por parte de la víctima o de los imputados.”*

---

<sup>36</sup> RIVERA BEIRAS, Iñaki prologando el libro “Cuerpos Castigados- Malos tratos físicos y torturas en cárceles federales”( Editorial Del Puerto, 2009, pág. 1), 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”*.

La convergencia con el pensamiento de la magistrada es la que se impone, a mi entender, desde el sitio de reflexión de Garland.

Mas aún, podría prevenirse que la cautela debiera ser aún mayor en tanto la política penal, como “agente de producción cultural” e “institución comunicadora”, al decir de GARLAND, genera, difunde y reproduce significados y valores.

En ese sentido si, como actualmente se fomenta inopinada e irresponsablemente desde los medios de prensa, se declaman versiones e hipótesis pasionales más que técnicas (y, aún siendo técnicas u objetivas, casi nunca despojadas de una subsiguiente apostilla editorialista), ¿cómo se revertirá tal “desvinculación de los sistemas punitivos de las formas jurídicas”<sup>37</sup> cuando sean ciudadanos (jurados) los que las exclamen, siendo que en tal caso sus decisiones se verán dotadas de legitimidad republicana?<sup>38</sup>

El arraigo a intuiciones emotivas, atavismos, ambos inmotivados, sustraídas al control revisor recursivo en algunos casos<sup>39</sup>, dictados por jueces legos, no encuentra inspiración en el modelo republicano.

La vertiente jurídica del derecho “de género”, de relativamente reciente ultimación legislativa en nuestro país<sup>40</sup>, representa otro fenómeno que en paralelo bien

---

<sup>37</sup> Expresión tomada de Gabriel BOMBINI.

<sup>38</sup> Habiendo revisado el artículo del doctor Edmundo HENDLER titulado “*Sensatez y conocimientos. El jurado en la provincia de Córdoba*”, publicado en [http://www.catedrahendler.org/material\\_in.php?id=135](http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=135), y sin perjuicio del criterio del jurista, sostengo que las experiencias foráneas (el autor cita estudios de los investigadores KALVEN y ZEISEL y Valerie HANS y Neil VIDMAR, entre otros), no son pasibles de transmutarse a nuestra tradición jurídica. La práctica cordobesa, la embrionaria experiencia neuquina y la bonaerense (ni siquiera implementada aún), no permite contar con trayectoria suficiente como para evaluar los comportamientos de los jurados legos nacionales en términos generales.

<sup>39</sup> La prohibición de recurrir en casación la sentencia de jurados en la provincia de Buenos Aires sólo rige para el Ministerio Público Fiscal y para el particular damnificado (arts. 452 y 453 del CPPPBA).

<sup>40</sup> Los antecedentes, a nivel internacional, se sondan tras la Segunda Guerra Mundial. Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer se reunió por primera vez en Lake Success, Nueva York, en febrero de 1947, poco después de la creación de las Naciones Unidas. Ello despuntó el continuado desarrollo de éste área del Derecho. En América Latina el debate inició en la década de 1980 y en Argentina se aprecia el avance significativo a partir del año 1994 con la incorporación de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la sanción de la Ley N° 24.417 sobre Protección de la Violencia Familiar, el Decreto Reglamentario N° 235/96, la reforma del Título

puede describir la amplitud democrática que en los últimos años tuvo lugar fue caracterizando la producción legislativa en nuestro país<sup>41</sup>, espectro legal que amplió de manera casi irrestricta el acceso a la Justicia a favor de las víctimas (mediante la gratuidad, la asistencia multidisciplinaria, el informalismo, etcétera).

La participación de diversos sectores y actores sociales en el debate que precedió la sanción de la legislación específica ha sido satisfecho mediante un procedimiento democrático.

Empero, las presiones y deformaciones que, en virtud de las circunstancias vistas, sufren los operadores judiciales a causa de un discurso demagógico, producen una flexibilización de los principales caracteres del derecho penal y procesal penal clásicos.<sup>42</sup>

La automatización de las medidas cautelares, la escasa prueba requerida para determinar la materialidad ilícita<sup>43</sup>, la inversión de la carga probatoria, la superficial mentalidad y liviandad de los informes “expertos” (básicamente peritajes psicológicos, los que convalidan los dichos siempre incriminantes de la víctima) y a pesar de que no es dable

---

III del Libro Segundo del Código Penal "Delitos contra la Honestidad", y la sanción de la Ley N° 25.087 que la modifica por "Delitos contra la integridad sexual". En el año 2009 se dicta la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (promulgada en 2010). Un antecedente relevante había sido la promulgación de (entre otras) la Ley 26364, de Prevención de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas, pero es de reciente aparición (2008).

<sup>41</sup> El informe de la CEPAL “*¡Ni una Más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe. Octubre de 2007*”. Unidad Mujer y Desarrollo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), muestra la influencia en las autoridades legislativas que han tenido las voces representativas del género, las que fueron paulatinamente eliminando los obstáculos legales que impedían la sanción de leyes específicas, al mismo tiempo que han adoptado normas inspiradas en la Convención de Belem do Pará, lo que convierte a América Latina en la región dotada de una de las legislaciones más avanzadas del planeta en esta materia.

<sup>42</sup> Sustancialmente el estado de inocencia, el principio de culpabilidad y el debido proceso adjetivo.

<sup>43</sup> Lo verdaderamente asombroso es que el reblandecimiento de las reglas que gobiernan el proceso penal emana de políticas generales del Ministerio Público Fiscal. En el Programa de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal (documento de 2014) se resaltó que el testimonio de la víctima "como única prueba de cargo es suficiente, incluso, para fundar una condena" e instó a que "no recaiga sobre ella la responsabilidad exclusiva de acreditar los hechos, en cumplimiento de los estándares de debida diligencia que surge del sistema interamericano de derechos humanos en la investigación de la violencia contra las mujeres".

determinar científicamente aún la veracidad de los dichos de la víctima<sup>44</sup>, obliga a establecer, de manera disyuntiva, si ha de prevalecer el fin perseguido (castigo), o la vigencia de los principios constitucionales garantidos en materia procesal penal a favor del procesado<sup>45</sup> y la manera en que se inserta el reclamo de un segmento de la sociedad, en este caso las mujeres y su condición de dominación.

En otra banda, debe admitirse que pavorosos hechos de trascendencia pública han propalado la temática, lo que sin duda han azuzado el endurecimiento de políticas estatales destinadas a combatir la violencia de género.<sup>46</sup> En febrero de 2003 se divulgó el caso de la bailarina Lorena Paranyez, quemada con ácido muriático el día que cumplía 27 años. Más recientemente, el caso de "Wanda Taddei" en 2010, cuyo crimen derivó en una condena "ejemplar" de prisión perpetua para su esposo, Eduardo Vázquez, de parte de la Cámara Federal de Casación Penal después de varias apelaciones por parte de la familia de la víctima. A partir de ese homicidio fueron registrados más de 50 casos similares, bajo la modalidad de violencia de género incendiaria.

Estos episodios, los sendos reclamos ciudadanos y sucesos análogos han desembocado, en concordancia con los tratados internacionales en la materia suscriptos por nuestro país, en la sanción de la ley 26.485 de marzo del 2009 y en la creación el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres y el Consejo Nacional de la Mujer.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Sin dejar de reconocer que los hechos en comentario generalmente suceden en un ámbito de privacidad o intra familiaridad, *"Es preciso reconocer que en la actualidad no existen instrumentos psicológicos que nos permitan valorar la credibilidad del testimonio de los adultos de una manera indubitada. Es por ello que consideramos que la información sobre credibilidad del testimonio debe considerarse como un instrumento de apoyo y nunca como una herramienta única sobre la cual se base la toma de decisiones judiciales. (Godoy, Higuera, 2005)"* en *"La Prueba Pericial Psicológica en Asuntos de Violencia de Género"*, LAURA FÁTIMA ASENSI PÉREZ, en Revista Internauta de Práctica Jurídica Núm. 21, año enero-junio 2008, págs. 15-29).

<sup>45</sup> Al respecto, ver el artículo de Mario JULIANO y Gustavo VITALE con motivo del dictado del fallo caso "Newbery", del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En <http://www.testigofalso.com/una-vuelta-la-inquisici%C3%B3n-condena-sin-pruebas-por-violencia-de-g%C3%A9nero> y el artículo de Marcelo SANCINETTI, *"Testimonio único y principio de la duda"*, InDrinet, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2013.

<sup>46</sup> Esta circunstancia histórica solo es tomada en sentido descriptivo, sin merecer aquí ningún tipo de valoración moral.

<sup>47</sup> En Argentina aumentó un 200% la cantidad de denuncias sobre actos de violencia de género. En España, por su parte, el 80% de las sentencias de violencia de género dictadas por las audiencias provinciales y los

La *difusión* de los linchamientos que se sucedieron en los meses de marzo y abril de 2014 (una docena como mínimo en pocas semanas), incentivados por los intentos de acometimiento en la vía pública contra asaltantes en la ciudad de Buenos Aires y en General Roca y el homicidio de un dos personas en Rosario (David Moreira, de dieciocho años y Mario Rodríguez, de veintidós)<sup>48</sup> por parte de vecinos autocalificados como “justicieros”, denota, en contextos que favorecen la descarga de descontentos sociales, expresiones que descomprimen reacciones talionales inadmisibles.

Las ejecuciones tumultuarias no resultan escasas aunque, también es necesario decirlo, no son masivas ni sistemáticas.

Roberto Gargarella, en una nota publicada en el diario La Nación el 19/04/2014,<sup>49</sup> explicó, de manera preclara y mediante un meridiano llamado a la reflexión, cuál es la única vía compasiva, humana y racional de enfrentar el dilema: *“La presencia de estos casos trágicos (en referencia a los linchamientos), que incluyen tal vez a vecinos y conocidos nuestros (a quienes no consideramos asesinos, y que de repente vemos involucrados en acciones de violencia inesperada, extrema), puede ayudarnos a pensar en la tosquedad e impertinencia de la única respuesta que venimos reservando para quien comete una falta grave: la privación de la libertad. Por lo demás, estos casos trágicos (que tal vez culminan con nuestros "vecinos asustados" en la cárcel), pueden ayudarnos a enfrentar una verdad que conocemos, pero que escondemos bajo la alfombra: hace cientos de años que en nuestras cárceles se tortura y se veja, y ése es un destino que no merece nadie; una afrenta imperdonable a cualquier sentido ético o religioso. No podemos seguir*

---

juzgados especializados en esta materia condena al agresor (dato suministrado por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género

<sup>48</sup> La salvaje golpiza que habitantes de Garupá, Misiones, le propinaron al presunto homicida de Cristian Omar Mendoza, también alcanzó el escenario mediático. Estos violentos episodios no son privativos del interior del país, ni todos tampoco trascienden mediáticamente. El 14/04/2014 se reportó una tentativa de robo y un linchamiento producido en la misma puerta del Cabildo porteño, frente a la Plaza de Mayo. El 08/04/2014 se informó un hecho de igual naturaleza perpetrado en el barrio de La Recoleta, en la intersección de las calles Posadas y Callao.

<sup>49</sup> Puede leerse en <http://www.lanacion.com.ar/1683265-un-ejercicio-de-empatia-a-partir-de-los-linchamientos>.

*conviviendo con eso, ciegos frente a lo que allí ocurre, o mirando tales situaciones con un solo ojo, como solemos hacerlo.”*

Concurrentemente, sin embargo, allí se está reconociendo la vileza que desaconseja, al menos sin limitaciones o sin tomar recaudos instrumentales previos, la apertura e implementación absoluta al juzgamiento a través de la deliberación ciudadana: “*conocemos, pero ... escondemos bajo la alfombra.*” El alerta despertada por los linchamientos obedece a que los mismos existen de manera tangible, aún en forma minoritaria. Los temores tanto de Argibay como de Zaffaroni respecto del funcionamiento del juicio por jurados, después de todo, previenen sobre una posibilidad cierta.

#### **d. La situación argentina.**

Las valores relevados por el Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (en adelante SNEEP), registran 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.<sup>50</sup>

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.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> 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. El informe correspondiente al año 2013, refleja un incremento en el colectivo de detenidos en prisión (64.288).

<sup>51</sup> 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).

La mediación penal, en la provincia de Buenos Aires, solo procede en los casos de causas correccionales, por lo cual el espectro es bastante reducido<sup>52</sup>, si bien reporta en paulatino buen avance y crecimiento en las restantes jurisdicciones.<sup>53</sup>

Fuera de estos datos, ya en el plano legislativo, el símbolo que por antonomasia ha patrocinado al populismo punitivo en Argentina en la última década ha sido la profunda inflación punitiva promovida por Juan Carlos Blumberg, quien encauzó las demandas de endurecimiento penal por medio de la Fundación “Axel”.<sup>54</sup>

Otro de los hitos que cita el doctor Diego Zysman Quirós<sup>55</sup> son la denominada “Tragedia de Cromagnón” y la “Tragedia Ferroviaria de Once”; si bien estos luctuosos sucesos no conmocionaron, como en el caso recién visto, el esquema legislativo penal, sí propulsaron una movilización popular de raigambre punitivista.

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, ha debido ser reformado.

Lo propio aconteció 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

---

<sup>52</sup> Artículo 6 de la Ley 13.433.

<sup>53</sup> Durante el primer semestre de 2007 fueron solicitadas 265 mediaciones, de las que fueron realizadas y cerradas el 92 por ciento. Mientras que en el 2006 se solicitaron un total de 187 con un 67 por ciento de causas cerradas.

<sup>54</sup> Máximo Sozzo, 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.

<sup>55</sup> “*Democracia, castigo y populismo penal. Notas del caso argentino para una proyección latinoamericana*”, en “*Justicia Criminal y Democracia*”, vol. II, edición bilingüe, Marcial Pons, Madrid-San Pablo, 2014.

reciente sanción legislativa y que no respondía mas que a la “justicia mediática” que recalitra hoy día, tal como lo dejó ver Alberto Binder, 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.*”

Al historiar estos espasmos sociales y políticos, se advierte que son ante todo impulsos irreflexivos de algunos segmentos de la sociedad más que tributarios de formas esquemáticas de afrontar el delito, amorfas aún frente a los pensamientos *actuarialistas*, habida cuenta que las reformas procesales citadas no respondieron en absoluto a estudios de grupos poblacionales, a la clasificación, a la determinación de peligrosidad, etcétera.

Si bien esta consideración podría mostrarse discutible, lo cierto es que la distinción se apoya esencialmente en que la alternativa actuarialista, surgida como variante y aún como contestación al correccionalismo<sup>56</sup>, no se ajusta a los programas punitivos implantados en Argentina como respuesta al incremento de ciertos delitos.

Esto es así, a mi entender, por dos razones. En primer lugar, el discurso oficial no abandona, si bien es más refinado que el popular y quizás se materializa tácitamente, el paradigma de la resocialización. Esto implica, en cualquiera de las variantes preventivas, imponer en alguna medida la reforma moral.

En segundo lugar y de forma más manifiesta aún, la inclinación legislativa hacia el incremento de la punición se muestra incongruente con los resultados estadísticos.

Tras el agravamiento de los delitos que agreden a la propiedad (en especial el robo con armas), no se verificó un decrecimiento de la tasa, sino por el contrario, su exponencial aumento<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Ver ZYSMAN QUIRÓS, artículo citado, pág. 12, en comentario a las ideas de FEELEY y SIMON.

<sup>57</sup> Según datos proporcionados por el Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena, los robos y/o tentativa de robo en 2013 se registraron en 25.199, seguidos por los homicidios dolosos, con un valor de 9.291.

### **e. Conclusión.**

El argumento que subyace a esta breve exposición es, desestimada la inferencia de un ordenamiento antirrepublicano, la idea de severas falencias en dos planos que se describen así: 1) uno sustancial, referido a la centralidad que la privación de la libertad tiene en la forma de castigar en nuestro sistema represivo y y 2) otro formal que, superada la faz deliberativa, se decide por la imposición de ese tipo de castigo, bajo el conocimiento (expreso o presunto de las mayorías) de la manera en que se administra; esto es, la entidad práctica que en la Argentina toma la sanción.

Gargarella explicita su preferencia por modelos inclusivos, inspirados por *“un enfoque comunicativo sobre la justicia penal... Lo que estos abordajes pretenden es entablar un diálogo moral con el ofensor... el sistema penal no debería buscar que las personas “obedezcan sus demandas, sino que entiendan y acepten lo que se requiere de ellos como ciudadanos. Mi objetivo debería ser que la persona hiciese lo que es correcto porque a ella le parece correcto... el derecho penal volvería a conectarse explícitamente con una cierta concepción –deliberativa- de la democracia”...*

Esto se traduce, buscando categorizar y sistematizar la postura, en la concepción *restaurativa* de la Justicia<sup>58</sup>, anhelando *“la reconciliación entre las partes involucradas en el delito, y la reparación del daño provocado por el ofensor.”*

Cita, promoviendo la conveniencia de adoptar ésta nueva óptica de resolución del conflicto penal, estadísticas positivas relevadas en Singapur, Estados Unidos y Sudáfrica.

Ninguna de las culturas donde esta corriente que se empieza a instalar (de imprecisos contornos teóricos), se emparenta genéricamente con nuestros comportamientos

---

<sup>58</sup> El iusfilósofo alienta esta práctica en función de los estudios y propuestas de PETTIT, MARSHALL Y BRAITHWAITE.

frente al delito; no contamos con estudios profundos de campo como para implantar modelos deliberativos de justicia restaurativa, con excepción los que sí poseen expresa recepción legislativa en nuestro Derecho Penal, como la *probation*, la multa, mencionada mediación penal, libertad asistida, condicional etcétera, institutos que sí pueden ser pasibles de un análisis empírico.

Sin embargo, su aplicación concreta no se inscribe en una concepción receptiva por parte de los operadores judiciales, pues las cifras marcan, como se vio, una dinámica poco adyacente a estas formas alternativas al encierro, con la salvedad de la suspensión de juicio a prueba y la mediación penal, figuras que ya llevan un proceso de ensayo y de rectificaciones.

La objetiva perspectiva tratada en las líneas anteriores permite visualizar la propensión de la tradición nacional hacia políticas criminales sobre las cuales no solo no se insinúa siquiera la posibilidad de sustitución de la pena carcelaria, sino que además se brega por su acentuación.

Esta es, a mi entender, una dificultad cultural que no puede soslayarse.

A ello se añade el carácter foráneo de las experiencias en materia de justicia restaurativa que se asumen como base empírica para juzgar su mérito o eficacia.<sup>59</sup> Las investigaciones locales, entre las que se encuentra la citada por el Dr. Zysman en el trabajo mencionado,<sup>60</sup> se analizan las cifras registradas en razón del desempeño del juicio por

---

<sup>59</sup> El Dr. ZYSMAN, en el trabajo citado, menciona diversos estudios e investigaciones que abordan la temática, de cuya encontrada exposición se puede colegir una ambivalencia de dichas prácticas. En cualquier caso, las opiniones de los autores allí nombrados no son homogéneas (v.gr. ROWAN, quien califica la existencia del punitivismo como directa consecuencia “de la democracia estadounidense, KALVEN, y ZEIL y HANS y VIDMAR, para quienes “*no se perciben diferencias sensibles entre las actitudes al castigo de jueces profesionales y de jueces legos o tribunales compuestos por jurados*”, MATTHEWS, HUTTON, BARKER, LOADER y SPARKS, quienes cuestionan la asociación entre opinión pública y punitivismo y desalientan el elitismo, o DZUR y MIRCHANDANI, quienes “reconocen mayor medida las inclinaciones punitivas de la opinión pública, o la necesidad del papel moderador de los expertos”, págs. 27 a 29). En definitiva, no existe uniformidad sobre el impacto de la apertura deliberativa analizada en este trabajo. Además, las experiencias que se pretenden traspolar provienen de culturas disímiles (Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, África, etcétera).

<sup>60</sup> Realizado en la provincia de Córdoba por BERGOGLIO y AMIETTA (ZYSMAN, pág. 28).

jurados en la provincia argentina de Córdoba en el período 2005-2011, de doscientas quince (215) sentencias ciento ochenta y dos (182) resultaron condenatorias y treinta y tres (33) absoluciones. Añade el profesor que *“se ha concluido que los jurados populares, en general, tienden a coincidir en sus juicios con los jueces profesionales y, en los casos que no lo hacen, se han inclinado, incluso, hacia decisiones menos punitivas.”*<sup>61</sup>

Estos datos, sin embargo, no revierten los argumentos que se vienen sustentando. El hecho de que exista un número mas de cinco veces superior de condenas a las absoluciones no implica el soterramiento del punitivismo (en todo caso lo opuesto), pero sí deja incólume el cuestionamiento, en rigor, de que el vicio se encuentra en la *forma* en que el jurado emite su dictamen, es decir, en la falta de motivación.

En puridad, la falencia primordial a mi criterio se detecta en la falta de instrucción específica de la que padecen los ciudadanos y la ausencia de un genuino interés por acceder a tales conocimientos. En este punto parece coincidir el sociólogo al decir que los *“países como el nuestro”, “no se caracterizan por una gran producción de información empírica sobre distintos temas”*.<sup>62</sup> De hecho, el estudio que el mismo autor cita (Otamendi, 2013), explica que a medida que el fenómeno delictivo se acerca, en términos de experiencia sufrida (una “presencia cotidiana”), a la clase social propia, dichos segmentos se vuelven más punitivos.

En consecuencia, la propuesta del profesor Gargarella, en condiciones hipotéticas, sin duda proclama la solución más democrática, deseable y probablemente la más eficaz en cuanto a sus efectos y proyecciones “psicosociales”, más al tiempo que requiere para su cabal implementación del montaje de inquebrantables canales de diálogo y de un acervo informativo del que hoy carecemos, el programa restaurativo parece aún irrealizable en nuestro país, debiéndose fomentar y enraizar, previamente, concepciones judiciales y sociales que hoy no cuentan con la dimensión necesaria.

---

<sup>61</sup> Ob., cit., pág. 28.

<sup>62</sup> *Ibid.*, pág. 27.

*Pedro Hernán Moyano*

*DNI 30.629.534*