

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL

MIGUEL Á. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)
CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)
LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)
LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)
DAVID BAIGÚN (ARGENTINA 1926-2015)
NILO BATISTA (BRASIL)
ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)
JORGE DE LA RUA (ARGENTINA 1942-2015)
EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)
LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)
JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)
SERGIO MOCCIA (ITALIA)
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)
ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)
GLADYS ROMERO (ARGENTINA 1933-2014)
NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)
JUAREZ TAVARES (BRASIL)
JOHN VERVAELE (HOLANDA)
JOSÉ SAEZ CAPEL (ESPAÑA)

THOMSON REUTERS

LA LEY

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE
RODRIGO CODINO

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEO
RICARDO BASÍLICO
VERÓNICA BILCZYK
MARÍA LAURA BÖHM
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
LEONARDO BROND
CARLOS CARAMUTI
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CHIARA DÍAZ
MELINA DE BAIROS MOURA
JAVIER DE LUCA
HORACIO DIAS
MATÍAS EIDEM
DANIEL ERBETTA
NADIA ESPINA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
MARIANO GUTIÉRREZ

JUAN MANUEL LEZCANO
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
LORENA PADOVAN
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
MARCELA PAURA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
JONATHAN POLANSKY
PABLO QUALINA
RODRIGO M. RASKOVSKY
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
PABLO TELLO
VALERIA VEGH WEIS
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
JONATAN WAJSWAJN
VERÓNICA YAMAMOTO
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com
Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

Suspensión del juicio a prueba. El escribano ¿es funcionario público?
Por **Carlos Llera**..... 3

Ius absurdus. La hipertrofia del Derecho penal y su especial incidencia en los delitos contra la seguridad vial
Por **Ignacio Esteban Fernández**..... 8

El resurgimiento de los viejos estigmas en la moderna codificación. A propósito del artículo 39 del Código Civil y Comercial
Por **Yanina Di Blasio**..... 22

Juicio por jurados al genocidio argentino
Por **Camilo J. Curi Antun**..... 27

NOTA A FALLO

La reparación integral del perjuicio (art. 59, inc. 6, Cód. Penal) ¿alcanza a los delitos tributarios en la provincia de Buenos Aires?
Por **Marcelo A. Riquert**..... 50

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / Sobreseimiento. Reparación del perjuicio. Aplicabilidad del art. 59 del Cód. Penal. Interpretación de la ley. Delitos tributarios (CGarantías en lo Penal, La Plata)..... 50

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

- Genocidio, jurisdicción universal y criminología cautelar
Por **Matías Bailone**..... 63

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

DOCTRINA

- Reflexiones superficiales sobre las profundas restricciones a la autonomía por lo lícito-ilícito: colisión de deberes, espacio libre de derecho, Estado, tolerancia
Por **Matheus Almeida Caetano**..... 73
- Traición a la patria y corrupción. Garantía constitucional y la necesidad de su instrumentación
Por **Armando Rafael Aquino Britos**..... 89
- Derecho penal y orden público
Por **Guillermo J. Yacobucci**..... 107

EJECUCIÓN DE LA PENA

DOCTRINA

- La pena según Zygmunt Bauman
Por **Raúl F. Elhart**..... 117
- Hacer vivir. Una reflexión acerca de la evolución del antiguo derecho de espada
Por **Nicolás Laino y Leandro Fernández**..... 127
- Mediación penitenciaria, una alternativa para la reducción de la violencia intramuros. Proyecciones en la Argentina
Por **María Cecilia Toro**..... 133

POLÍTICA CRIMINAL

DOCTRINA

- Entre Junios: de las protestas urbanas hasta los mega-eventos. El crecimiento de la represión policial
Por **Luiza Lacava y Eduardo Diniz**..... 143
- Sobre las ideologías actuales en las reformas penales
Por **Mariano H. Gutiérrez**..... 154

DERECHO COMPARADO

DOCTRINA

- Procesos de reforma penal en Chile. Aproximaciones desde el campo del Derecho Penal Político
Por **Myrna Villegas Díaz** 169
- El agente encubierto en la investigación de delitos de pornografía infantil. Su inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España. Necesidad de legislarlo en nuestro país
Por **Hugo A. Vaninetti** 191

ACTUALIDAD

DOCTRINA

- Consideraciones sobre la operación "lava jato". Régimen legal del arrepentido, prisión preventiva e "impeachment" en el Brasil
Por **Gabriel González Da Silva** 201
- Manifiesto por una nueva política criminal en materia de espacio y orden públicos
Grupo de Estudio en Política Criminal (España) 214

PÁGINAS CLÁSICAS

DOCTRINA

- Delito imposible y putativo (su determinación conceptual)
Por **Blasco Fernández De Moreda** 219

BIBLIOGRAFÍA

- Revisión de la cosa juzgada (írrita y fraudulenta), por **Oswaldo A. Gozaíni**. Comentado por **Guido Croxatto** 249

Sobre las ideologías actuales en las reformas penales

POR MARIANO H. GUTIÉRREZ (*)

Sumario: I. Blanco o negro, norte o sur. — II. Emociones *versus* racionalidad. — III. El desdoblamiento de las lógicas de la modernidad. — IV. Aclaraciones finales.

I. Blanco o negro, norte o sur

En el mundo jurídico es frecuente analizar las tendencias del sistema penal —o en rigor, del derecho penal— en sólo dos grandes direcciones posibles. Por un lado, todo lo que está a favor de la libertad (individual) del imputado, lo que reduce el sistema penal, lo que otorga derechos individuales al imputado o condenado —se supone— es garantista. Por el otro, todo lo que supondría endurecer, aumentar o intensificar el sistema penal, el “poder punitivo”, el poder simplemente o “el Estado” (o toda una serie de construcciones de sujetos muy difusos, difícilmente identificables en concreto) o, en rigor, empeorar, de cualquier forma, la situación del imputado (cualquier imputado) o condenado, es autoritario o antigarantista. Esta división binaria y dicotómica es producto de una gran simplificación que construye la cultura jurídica liberal y formalista desde las facultades de derecho. Así, un autor tan experimentado e incluso complejo en sus análisis políticos como Zaffaroni, hasta entrados los primeros años del siglo XXI, resumía su propia postura en estos pares dicotómicos. Para este autor el poder de policía o “Estado de Policía”, resume todo lo autoritario y represivo, a lo cual opone el “Estado de Derecho” —en una acepción muy particular, pues no incluye las potestades punitivas estatales, sino solamente las garantías individuales—. El Estado de derecho contiene, controla, reduce, así al poder de policía, y en ambas categorías políticas se resume: garantismo o autoritarismo (Zaffaroni, 2001 (1)). Zaffaroni (o podríamos decir “el segundo” Zaffa-

roni —que va de mediados de los ochenta hasta los primeros años del siglo XXI—, que nutre su crítica con ideas humanistas, de izquierda, abolicionistas, y del campo popular, llegado el caso a su propuesta penal, simplemente la anuncia como “derecho penal liberal”, lo cual implica un reduccionismo de sus análisis (véase la crítica en Gutiérrez, 2011b). Así, otros autores que siguieron marcadamente su camino suelen reducir las posibilidades de política penal también a esta dicotomía afirmando que hay únicamente dos “paradigmas” en la cuestión penal (Sueiro, 2011). Y, llamativamente, esta dicotomía atraviesa a otros autores cuyas lecturas sobre algunas políticas penales concretas son claramente opuestas. Así, por ejemplo Pastor, eliminando toda referencia a la selectividad y condiciones fácticas de aplicación del sistema penal, puede entender que el énfasis en perseguir a militares por delitos de lesa humanidad o policías acusados de torturar y matar a un joven es una afrenta a las garantías individuales, fruto de un “neopunitivismo” (Pastor, 2005). Así, Pastor (o cualquier otro) puede acusar a quienes señala como sus opuestos de “punitivistas” —y al mismo tiempo ser acusado por ellos de lo mismo—. El juicio por jurados, en tanto re-legitimador de la persecución penal, es señalado como una herramienta del punitivismo (Dal Bianco, 2014), pero es defendido como un producto democrático y garantista (Petrán et al., 2014). Binder (2007b) acusa de ser cómplice del punitivismo al formalismo de la cultura jurídica, formalismo usualmente entendido como el núcleo del razonamiento garantista. Y otros varios equívocos más permitidos por la borradura política que este tipo de lectura permite. Creemos que es propio de la forma de argumentación del liberalismo individualista, impreso a fuego en nuestro saber jurídico, desconectar estas argumentaciones de sus contextos históricos, sus construcciones políticas, sus significados sociales. El discurso liberal siempre se construye en

(*) Agradezco a Fernando Gauna Alsina la atenta revisión del borrador y sus observaciones.

(1) Sería justo adelantar, en virtud del rumbo que tomará este ensayo, que esta postura refleja al Zaffaroni de entre los años 90 y los primeros años del siglo XXI. Se notan ya las primeras diferencias en Zaffaroni, 2005.

oposición a una supuesta tendencia autoritaria o totalitaria que estaría presente en todas las otras formas de pensamiento, y por tanto es capaz de meter en la misma bolsa a posturas tan disímiles como la izquierda, a cualquier forma de pensamiento pro Estado, al funcionalismo y al nazismo (2).

Frente a este problema sostendremos que bajo el paraguas de derecho penal liberal moderno hay distintas tendencias ideológicas. Distintos problemas señalados, distintas formas de pensar las intervenciones sobre el sistema penal que pretenden coherencia propia, que tienen distintos supuestos implícitos y hablan un vocabulario también parcialmente distintivo. Estas variadas formas de pensar lo penal ostentan marcadas diferencias entre sí, aún más cuando se traducen en recetas prácticas. Pretendemos primero sintetizarlas y luego señalar su presencia en las tendencias más importantes en las reformas penales hoy.

II. Emociones versus racionalidad

Foucault nos ha enseñado que la crítica al “antiguo régimen” penal como algo puramente cruel o emocional resulta insuficiente. Tras esa aparente irracionalidad funciona una racionalidad muy precisa, que incitaba a las emociones punitivas a través del espectáculo, y aplicaba el dolor en medidas precisas en función de imprimir en el público las marcas de una autoridad desobedecida o violentada, para restituirla (Foucault, 1997, caps. 1 y 2). Esa forma de aplicar el dolor del castigo como una forma de (re)construcción de la autoridad ha quedado así asignada a lo “pre-moderno” (Foucault, 1997; Pratt, 2006, Hallsworth, 2006). La técnica de gobierno político que Foucault identifica como “soberanía”, propia del absolutismo (pero no exclusivo de él) apela, principalmente a la necesidad moral de la justicia como retribución para ejercer su operación simbólica de autoafirmación. El merecimiento del castigo, el llamamiento a la justicia como valor moral, es entonces, clave en la legitimación de esta forma de construcción política. Aunque podemos ver aquí la utilidad política de

este tipo de castigos, su efecto no es enunciado en términos utilitarios. La acumulación de poder que permite la vindicta privada o la pena pública es un efecto acompañado de un discurso de justificación predominantemente retributivo y moral: se hace porque se debe hacer; porque es lo justo; porque así lo merece (3).

Como su opuesto y remedio, como marca del pensamiento penal de la modernidad encontramos al mismo tiempo una operación crítica política, una propuesta jurídica limitante y una mirada utilitarista y pragmática de defensa social. Quien mejor resume y condensa todos los matices del discurso moderno es Beccaria (nos referiremos, claro, a *Del Delito y de la Pena*). En él —y en la mayoría de los autores de la Ilustración— pensar el castigo en clave de espectáculo punitivo es ilegítimo, porque implica un despliegue de violencia que no cumple ninguna función útil para “la salud pública”, el cuerpo social o la vigencia del pacto social: “Toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica” (Cap. II “Derecho a Castigar”). El castigo del antiguo régimen deviene ilegítimo porque es cruel, y deviene cruel porque es inútil para el conjunto social. Así Beccaria y el derecho penal moderno en general, se proponen en primer lugar, como una crítica al poder de castigar: lo primero que se debe decir de la pena es que es cruel (4). Y por tanto sostener la pena es algo problemático, no es moralmente evidente: debe ser justificada en su utilidad. Lo segundo es que se aplica arbitrariamente, y esto debe ser erradicado. En tanto el poder concentrado —agregamos nosotros— nunca cesa por completo de autoafirmarse me-

(3) Esto no quiere decir, por supuesto, que sólo aquí y bajo esta forma aparezca el discurso retributivo; más bien, nadie podrá deshacerse de por completo de la noción de justicia punitiva por merecimiento, y los únicos que lo han intentado hacer a fondo han sido los criminólogos de la *Scuola Positiva*. La retribución como una operación social compleja y en ocasiones de poderoso efecto político y cultural está tratada en Gutiérrez, 2006.

(4) “[M]ientras sostengo los derechos del género humano y de la invencible verdad, si pudiese contribuir asaltar de una muerte horrenda, algunas de las desgraciadas víctimas de la tiranía, o de la ignorancia que es igualmente funesta, las bendiciones y las lágrimas de un solo inocente, vuelto a las sensaciones de alegría y de felicidad, me consolarían de! desprecio del resto de los hombres” (Introducción). “Ningún magistrado que es parte de ella puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad” (capítulo III).

(2) M. Foucault señala como el liberalismo del siglo XX se construye alrededor de la “Fobia al Estado”, siendo la experiencia nazi clave en fomentar ese temor, y por lo tanto funcional a la expansión del liberalismo (FOUCAULT, 2008, clase del 10/3/1979).

diante la exhibición de su poder de hacer doler, y ese poder de castigar nunca se aplica de forma equitativa y desinteresada, el liberalismo crítico fundará así lo que podríamos llamar una desconfianza radical y permanente sobre la pena, que llevará a principios de reducción permanente (*ultima ratio*, fragmentariedad, subsidiariedad).

Pero también encontramos en Beccaria y en todo el pensamiento ilustrado que la corriente liberal rescata los principios de humanidad que deben estar formalizados en la ley. Dicho de otra forma, las garantías como condición de legitimidad (5) (la vertiente que luego rescatará Ferrajoli, 2001). Y aquí se abre otro camino interpretativo. La pena será legítima en tanto y en cuanto respete su función de utilidad y también respete determinadas garantías de racionalidad (humanidad, previsibilidad, mesura, equidad) en su funcionamiento (6). Los principios son justamente la garantía de la utilidad social que debe existir en la pena (de aquí emergen nuestros principios constitucionales del derecho penal: legalidad, culpabilidad, reserva, etc.). En tanto el sistema penal se exceda, y esto significa, que viole estos principios, empezará a ser dañino, no útil y, por tanto, ilegítimo. Finalmente, para que su utilidad como herramienta de control del delito y de reforma social, se cumpla, sea “eficaz”, el poder penal debe ser continuo, infalible, eficiente. Castigar humanamente, pero castigar siempre. El principio de la eficacia es central en Beccaria, pero resulta mucho más importante aun en el pensamiento de Bentham y la vertiente más utilitarista (7). Si Beccaria representa una “axiomática

(5) “[E]l fin a que se dirige esta obra: fin que conseguido, bien lejos de disminuir la legítima autoridad, serviría de aumentarla...” (Prologo).

(6) “El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo. El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo” (capítulo XII).

(7) “La felicidad mayor colocada en el mayor número”. Este principio, enunciado por Beccaria en su Introduc-

“revolucionaria” de los derechos humanos (limitante del poder soberano), hay otra tendencia de “utilitarismo radical” (Foucault, 2008; clase del 17/1/1979) que personifica Bentham y que sintetiza con mayor claridad tendencia “maximalista” y que piensa a través del objetivo de la eficiencia en el control y modificación de las conductas (la que sabemos, articulará mejor con el desarrollo de las instituciones penitenciarias y el saber disciplinario), que por lo tanto implica toda una nueva organización del poder, y precisamente, del poder penal. En síntesis, para los modernos, uno de los problemas del antiguo régimen era que además de cruel y excesivo en su intensidad, era discontinuo, excepcional, de aplicación arbitraria, por lo tanto, al mismo tiempo inequitativo e ineficiente para cualquier función social legítima, para cumplir la utilidad de la defensa social. La pena útil no es sólo la que no es cruel o excesiva, sino la que se aplica siempre que se quiebra la ley (o se rompe el pacto): no debe dejar lagunas, debe aplicarse siempre y siempre en la medida justa (Foucault, 1997: 83-84; 97-102).

Es decir que hay al menos tres problemas que pueden desanudarse del pensamiento penal moderno, cuyas soluciones pueden entrar en conflicto o plantearse directamente como contradictorias. Si castigar no resulta en sí mismo legítimo por algún principio moral y debe estar justificado en alguna utilidad, y si para ello la pena no debe ser cruel, ni excesiva, ni innecesaria (siendo todos supuestos que se incluyen mutuamente): 1) el derecho penal debe tender a la reducción del poder penal, o sea, de la aplicación efectiva de la pena en tanto esta es un dolor (problema sustantivo); 2) al sistema penal lo que debe preocuparle es el respeto a las garantías jurídicas. En tanto cumpla las garantías de racionalidad, la aplicación de la pena será legítima (problema de la forma del proceso y el castigo). Y (8) el sistema penal debe ser no solamente hu-

ción, y central en el pensamiento de Bentham, permite entender hasta qué punto existe un punto de encuentro común en ambos autores a partir del utilitarismo.

(8) Esto no quiere decir, por supuesto, que sólo aquí y bajo esta forma aparezca el discurso retributivo; más bien, nadie podrá deshacerse de por completo de la noción de justicia punitiva por merecimiento, y los únicos que lo han intentado hacer a fondo han sido los criminólogos de la Scuola Positiva. La retribución como una operación social compleja y en ocasiones de poderoso efecto político y cultural está tratada en Gutiérrez, 2006.

mano sino eficaz, rápido, y no debe dejar lagunas de impunidad (9).

El pensamiento penal moderno que se despliega en oposición a lo “premoderno”, a medida que avanza en su despliegue, admite estas tendencias diferenciadas y a veces contrapuestas en sus formulaciones. Posturas cuya diferencia hoy se aprecian con claridad cuando la reducimos a propuestas de intervención sobre el sistema penal.

III. El desdoblamiento de las lógicas de la modernidad

El señalamiento de tendencia “premodernas” en la actualidad hoy aparece como forma de categorizar una fuerte reaparición de la lógica de los castigos públicos y ostentosos, que despliegan visiblemente la aplicación de dolor. Para decirlo con palabras de John Pratt (2007) la vuelta de los castigos “ostentosos y emotivos”. Aunque, repetimos, esta lógica simbólica del castigo (muy vinculada a los discursos que presentan al castigo como mandato moral) nunca ha dejado de estar en funcionamiento, los análisis señalan que cobra nueva fuerza con la aparición del neoconservadurismo en el mundo anglosajón desde los años 70. El neoconservadurismo logra hacer del reclamo moral de la justicia vindicativa (la pena como revancha de la sociedad o de la víctima) un programa de propuestas de endurecimiento de los castigos y de mayores poderes para las fuerzas de seguridad. Aquí deberíamos incluir la “criminología del otro” que señala David Garland, que opera en el miedo y la emocionalidad para crear figuras de un enemigo amenazante, y que se resuelve en respuestas estatales autoritarias (Garland, 2006, caps. VI y VII) y entenderlo como manifestaciones de la “economía del exceso” que señala Hallsworth (2006). En EE.UU. “el realismo de derecha” se propone como el movimiento que

representa a cabalidad esta forma de pensar y proponer el castigo (Pegoraro, 2001; Wacquant, 2000; Di Iulio et al., 2001). Apelaciones morales como “el que mata debe morir”, o apelaciones públicas a las emociones de venganza colectiva como forma de sustentar una propuesta de política criminal, debemos entenderlas como parte de esta lógica: se trata de apelar al dolor, y al mandato moral de reaccionar negativamente a ese dolor, pero al mismo tiempo se trata de capitalizar esas emociones victimales como forma de construir o reconstruir una autoridad política personal o estatal. Si para algo debe salvarse la categoría “punitivismo” en los análisis sociológicos y criminológicos, debe ser para poder designar de forma común a este tipo de iniciativas. La respuesta política a la que se suele asociar este reclamo es la del “endurecimiento” penal (aunque esto puede querer decir muchas cosas distintas: Gutiérrez, 2010).

En el contexto argentino resulta difícil encontrar referentes profesionales o “expertos” que se enrolen abiertamente en esta corriente. Los principales exponentes han sido políticos profesionales, que han utilizado la promesa represiva como estrategia electoral: la campaña de Carlos Ruckauf a la gobernación de la provincia de Buenos Aires en el año 1999 (Favarotto, 2015); la campaña de Sergio Massa contra el gobierno nacional en el año 2013 (Martínez y Sgaminni, 2015), o referentes sociales de movimientos de reclamos de castigo (J. C. Blumberg en el año 2004 o las “Madres del Dolor” desde el año 2005). Sin embargo, desde el año 2013, existe también una progresiva organización de este discurso a partir de actores profesionales del campo penal, que pueden articularlo en términos técnicos, que demuestran cierta expertise propia de la discusión criminológica (no casualmente ligada a uno de los partidos en disputa electoral desde el año 2013). Es decir, en los últimos años comienza a “profesionalizarse” la presentación pública de esta propuesta, que entre los años 90 y la primera década del siglo XXI aparecía únicamente como un reclamo moral (10). Comienza a aparecer como una corriente ya no “contra” el campo penal sino dentro de él, organizando un discurso en los términos en que ese campo penal lo quiere (véase como ejemplo de esto: Sáenz, 2015). El

(9) “En general el peso de la pena y la consecuencia de un delito debe ser la más eficaz para los otros, y la menos dura que fuese posible para quien la sufre; porque no puede llamarse sociedad legítima aquella en donde no sea principio infalible que los hombres han querido sujetarse a los menores males posibles. He dicho que la prontitud de las penas es más útil porque cuanto es menor la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de estas dos ideas delito y pena; de tal modo, que se consideran el uno como causa, y la otra como efecto consiguiente y necesario”.

(10) Véase el sitio de la ONG Usina de Justicia: www.usinajusticia.com.ar.

eslogan que mejor resume el punitivismo hoy es: “el Estado debe recuperar su poder punitivo”, suponiendo, por supuesto, que lo ha perdido, y refiriéndose específicamente a los delitos comunes, que causan la “inseguridad”, constituyendo como su campo de adversidad a las tendencias “abolicionistas”.

En segundo lugar, y ya dentro del pensamiento propiamente “moderno” debemos comenzar por reconocer que aquellos que están parados dentro del sistema de pensamiento que podríamos calificar de “garantismo formalista”, tenderán a discutir su categorización como una ideología o un sistema de pensamiento diferenciado. Sus planteos no se presentan hoy como claramente políticos sino como un punto de partida a la vez axiológico y técnico, universal; condición de validez de cualquiera de las otras ideologías o propuestas. Podríamos definir su pensamiento como constitucionalista, legalista y juricista, en el sentido de que en el cruce de esas dimensiones se agota la posible reforma o intervención sobre las instituciones penales. Este discurso, muy propio de la racionalidad liberal, se construye en oposición a cualquier ideología alternativa como un “autoritarismo” inaceptable. Binder señala sobre la cultura jurídica dominante que sus rasgos son “conceptualismo”, (falsa) “neutralidad”, “formalismo” jurídico y ritualismo en las prácticas (Binder, 2004) (11). Pero a diferencia de lo que su propio discurso supone, no es suficiente pensarla únicamente como una filosofía de las limitaciones, o careciendo de un programa de reformas e intervención. Una de las grandes reformas propuestas entre los años 80 y 90 fue el de cambiar los sistemas procesales inquisitivos a sistemas acusatorios, compatibles con el modelo constitucional y respetuosos de las libertades individuales (Langer, 2001; 2009). Hoy, uno de sus principales planteos es introducir los juicios por jurados como forma de “democratizar” los procesos, asegurando la participación ciudadana en el derecho de castigar (Petrán et al., 2014).

(11) Pero el mismo autor cae a veces en sus supuestos cuando da por hecho afirmaciones incluso carentes de sentido como “La historia de la legalidad en América Latina es la historia de la debilidad de la ley” (Binder 2004: 229), es decir, por momentos piensa lo político y lo social a partir de la referencia a la ley, y no a la inversa, lo cual es un rasgo de este tipo de pensamiento liberal formalista.

Como solución de las violencias estatales sobre la población menor de edad entre los años 80 y 90 se ha propuesto “la perspectiva de derechos”, con una consecuente bifurcación entre responsabilidad penal juvenil y sistemas de protección (García Méndez, 1992; 1996). Máximo Sozzo (2012) detalla cómo en el proceso político de reconstrucción del Estado de Derecho democrático en los años 80: “el modo de construcción de la política penal fue entonces, claramente formalista (...) al confiar centralmente en la creación de la ley penal y procesal penal como eje de la producción de iniciativas, desplazando la importancia de los procesos de su aplicación, dando por sentado que los mismos se desarrollarían automáticamente como se prescribía en el plano del ‘deber ser’... generando una especie de disyunción ampliada entre el ‘derecho en los libros’ y el ‘derecho en los hechos’ en un grado extremo que se ha mantenido en lo sucesivo como un rasgo dominante de la política penal”. El plan político es, entonces, constitucionalizar el derecho (a partir de una interpretación fuerte de las libertades individuales) y “juridizar” la sociedad. Carlos Nino, su principal referente en los años ochenta, supone, por ejemplo, que el problema de la sociedad argentina es que debería ser más “juricista”: “La tendencia a la ajuricidad, tiende a retroalimentarse. Una dinámica de interacción autofrustrante se podría superar alcanzándose formas de cooperación si se pudieran establecer normas jurídicas que modificaran las preferencias y expectativas de los participantes” (Nino, 1992: 273). Y llega a la conclusión de que la sociedad argentina padece de “anomia”, que califica directamente de “boba”). Aunque algunos representantes de esta corriente hoy hagan una distinción tajante entre republicanismo y liberalismo (Gargarella, 2008), lo cierto es que la forma de pensar su postura únicamente a partir de un debate de ideas del “deber ser”, su marcado “conceptualismo” y “formalismo”, su posicionamiento como un pensamiento jurídico universal, que se pretende no situado o condicionado (y su —negada pero fácilmente visible— “fobia al estado”), permiten encontrar en esta matriz de pensamiento rasgos comunes al liberalismo y al formalismo juricista que ya hemos señalado, o aún más, parece colocarlo como una variante dentro de él. Estas apelaciones a concepciones tan abstractas permite a sus exponentes exhibir una “apoliticidad” —o en algunos casos

una enorme flexibilidad política (12)— que les permite tomar distancia de los problemas institucionales concretos de sus propuestas. Como hemos dicho, el recurso al conceptualismo y a las discusiones formales produce, una borradura histórica (por ejemplo, suponiendo que antes de estos reclamamos las garantías formales sí eran respetadas a cabalidad o que alguna vez las ideas de la república fueron cumplidas o posibles) y también una borradura política, lo que lo distingue de las posturas críticas, por lo general muy conscientemente políticas (13).

Como segunda corriente moderna, el tipo de pensamiento economicista sobre la cuestión penal encuentra su antecedente más claro en Bentham (14). Hoy pretende sustituir la cultura jurídica formalista y juricista por una idea tecnocrática de la administración correcta y eficiente, que suele incluirse en categorías tales como el “actuarialismo” (Feeley y Simon, 1995; Feeley, 2008) “gerencialismo” (Brandariz, 2014) o “eficientismo” (Aponte, 2001). Este tipo de pensamiento está ligado a las recetas políticas neoliberales y el New Public Management (Brandariz, 2014). En sus versiones más radicales, el llamado “análisis económico del derecho” (o “Law and Economics”) supone llegar no sólo a los procesos de “gestión” judicial, sino reemplazar la forma de argumentación jurídica por una forma de pensamiento económico (Roemer, 1998; Boullard González, 2016). En los contextos centrales este

(12) Así, Gargarella puede definirse en ocasiones como “republicano” (2008) y en otras ocasiones como de izquierda o marxista lo que, en la tradición de la izquierda supone una imposibilidad, en tanto el carácter insalvablemente burgués de las repúblicas modernas (véase debate entre GARGARELLA, R. - MAIELLO, Matías, en Revista Ideas de Izquierda, 8, abril de 2014, 9 mayo de 2014 y 10, junio de 2014). Daniel Pastor (2004), como ya señalamos, imputa a los movimientos de derechos humanos de autoritarios.

(13) Dejando de lado, por ejemplo, en su indignación por la vulneración de garantías jurídicas, el problema de la selectividad penal, que implica no solamente que el sistema penal persigue selectivamente “a los de abajo” sino que por supuesto tiene estándares de garantías mucho más laxos para con ese tipo de clientela que para con los casos importantes. Esta omisión lo distingue, radicalmente, del pensamiento crítico.

(14) Más allá del panóptico, por el que es conocido en el mundo penal, Bentham es un filósofo liberal, individualista (no contractualista) y profundamente utilitarista, precursor del liberalismo económico, entre otras cosas.

tipo de racionalidad ha avanzado alrededor del objetivo principal de “gestionar riesgos” (Sparks, 2007), y en la región latinoamericana de hacer los procesos penales más “eficientes”: más rápidos, menos burocráticos, con más resultados a menor esfuerzo, incorporando las técnicas y formas de organización y evaluación de resultados del mundo empresarial (15). En nuestro contexto regional, este tipo de pensamiento se introduce fuertemente en los años 90 del siglo XX fomentado en las distintas áreas del derecho y del sistema judicial por el Banco Mundial (Lista, 2008). Pero quien representa de forma más cabal el pensamiento economicista en materia penal, a partir de su insistencia en la productividad, en la eficiencia y velocidad de los procesos penales —es decir, específicamente en lo penal y en nuestra región— es el CEJA (Centro de Estudios Judiciales para las Américas), un organismo de la OEA radicado en Chile de fuerte influencia en la región (Gutiérrez, 2014). Por su insistencia en la retórica de la “eficiencia” y “eficacia” de los procesos del sistema penal, por lo general sin definir con claridad objetivos sustantivos de política criminal, llamaremos a esta versión del pensamiento economicista “eficientismo” penal. Esta postura en “estado puro” —es decir, en sus formulaciones retóricas más precisas— se aleja tanto del formalismo, como del reduccionismo crítico y del punitivismo, proponiéndose así como una nueva escuela. Alberto Binder define su postura actual (del siglo XXI) de la siguiente manera “Las doctrinas de ‘mano dura’ corresponden claramente al paradigma del orden y nosotros respondemos a otra escuela (Esta escuela) tiene mucho que ver con la eficacia del sistema y no solamente con las libertades públicas (...). Por eso no es del todo adecuado denominar como ‘garantismo’ a esa visión, ya que no solo se preocupa de las garantías sino de construir una nueva visión sobre la eficiencia del sistema” (Binder, 2015, 24) (16). La tendencia es visible

(15) Hallsworth (2006) resume así que tanto los análisis que hacen pie en la lógica maquina burocrática de la estatalidad en el siglo XX, como aquellos que ponen el foco en el mercado de la seguridad y su lógica de crecimiento, en el actuarialismo penal o en la gestión de riesgos, están así pensando en una clave no antimoderna si no ultra moderna, un giro acelerado de la modernidad, en tanto estas tendencias son propias de ella desde siempre.

(16) Binder se distancia así de sus propias posturas entre los años 80 y 90. Por otro lado, que su teoría se distan-

en el cambio de sentido de las reformas de los sistemas procesales en el siglo XXI: los objetivos de los reformistas hoy son la productividad y la velocidad (Kostenwein, 2014). Se proponen procesos de flagrancia para los casos sencillos, se crean “oficinas de gestión”, valorando que el proceso llegue a juicio en pocos días (Errandonea, R. 2006), evaluando la productividad de juzgados y fiscalías en términos cuantitativos (cuántos procesos, cuantas condenas, cuanto personal) (Riego, C. y Santefelices, R. 2005), proponiendo reformas a las unidades judiciales de acuerdo a la norma del análisis económico del derecho (Huerta, 2008) y aplicando a los juzgados y fiscalías normas de certificación de procesos empresarios (Quiroga Lavié, H. y Miró, R. 2002). En definitiva, introduciendo “criterios económicos y administrativos” (Valdivia y Vargas B., 2005). Se trata de un discurso tecnocrático, de una racionalidad de “gestión” que en parte pretende suplantar la del “juicio” (en el sentido específico de “juzgar”). (17) Así como no se trata de la pena como mandato moral para provocar sufrimiento (punitivismo), tampoco se trata de priorizar las garantías formales del proceso (incluso estas a veces deben ceder ante el objetivo de la eficiencia), y ciertamente no se trata de desarmar o reducir la lógica penal, sino al contrario dotar a la persecución “de eficacia y eficiencia”, lo que supone, aumentar su productividad, y por lo tanto, implica en principio su expansión.

Finalmente, lo que llamamos pensamiento crítico, conoce su auge en el siglo XX, desde los años 70, como efecto y acompañado de los movimientos críticos y contraculturales iniciados en

cie del punitivismo no quiere decir nada sobre sus efectos prácticos. Tal como se ha sostenido, el eficientismo en América Latina aparece en su despliegue efectivo ligado y asociado al punitivismo, por exigencias políticas que sus propulsores aceptan y por la coyuntura histórica que comparten (GUTIÉRREZ, 2014).

(17) En palabras de Aguirre, “Gramáticas fuertemente asociadas al eficientismo utilitarista y economicista, propio del Consenso de Washington y el sistema de creencias hegemónico durante la década pasada, se filtran en las gramáticas explicativas del nuevo sistema. En ese sentido, la sustitución de la noción de ciudadano o justiciable por la de ‘usuario’, y el énfasis colocado en el ‘modelo de gestión’ de la ‘administración’ de justicia, así como la apelación en apariencia neutra a ‘organizarlos (a los integrantes de la defensa pública) de forma eficiente, colocar estándares de calidad y evaluar constantemente el trabajo de sus integrantes” (AGUIRRE, 2010).

los años 60. En un artículo por demás ilustrativo, Zaitch y Zagarduy (1992) describen y califican al menos tres tendencias fuertes dentro de la criminología crítica de los años 80, que admiten diferencias sustanciales, pero que parten de una actitud crítica común contra el sistema penal de su época: garantismo minimalista —como el de L. Ferrajoli—; abolicionismo —como el de L. Hulsman—; y realismo de Izquierda —principalmente los ingleses: Young, Lea, etc.—. En nuestro contexto podemos agrupar todas estas corrientes divergentes en lo que llamamos “reduccionismo crítico”. Primero pueden ser agrupadas porque surgen y se nutren de lo que se ha dado en llamar “criminología crítica”. Segundo porque a pesar de tener supuestos y puntos de partida a veces muy diversos en su crítica al sistema penal, cuando se trata de establecer una reforma o una agenda común, sus propuestas suelen coincidir. Coinciden, en definitiva en la reducción del sistema penal tal como se manifiesta en concreto, sea como objetivo, o como estrategia para el objetivo de su abolición (Christie, 1988). La mirada que aquí englobamos con esa categoría supone partir de un punto de vista “negativo”, como dice Zaffaroni (2005), sobre el sistema penal y la pena, sea como idea filosófica, sea por su aplicación concreta. Luego, la crítica por la realidad de su aplicación, puede generar respuestas tanto de cuestionamiento estructural o radical (nada de este sistema puede rescatarse, pues está determinado a funcionar de manera injusta y cruel), como de corrección y reducción de sus males y perversidades. Todo ellos proponen su deconstrucción, minimización o inversión de su lógica de funcionamiento (a pesar de que aparezcan diferencias en qué rasgos principalmente, deben ser “invertidos” y cómo): la reducción de la cárcel y en general de la coerción estatal, la búsqueda de un orden social con menor violencia institucional e interpersonal, la introducción de criterios de justicia restaurativa como alternativa a la sanción represiva (y las formas alternativas de resolución de conflictos dentro y fuera del proceso penal), son manifestación de un programa común con el que, a nivel de objetivos, todas estas corrientes están de acuerdo (18). Los prin-

(18) Por supuesto, su manifestación más extrema es el abolicionismo radical de quien los autores de nuestro contexto se han nutrido mucho, pero al mismo tiempo, se han separado a nivel propositivo. Esto es, aunque los abolicionistas europeos han tenido mucha influencia en

cipales autores argentinos que se identifican con el plan de reducir el poder punitivo, y que, sin duda, son parte indiscutible de la corriente “crítica” han dedicado su carrera académica no sólo a cuestionar los supuestos de la criminalización de los pobres (Zaffaroni, 1992; 2005; Pegoraro, 2001; Bergalli, 2003), sino también a poner en foco a los delitos de los poderosos (Zaffaroni, 2010; Baigún, 2012; Pegoraro, 2015), lo que supone, por supuesto una apuesta por invertir la selectividad penal; dicho de otra forma, reducir sustancialmente la persecución penal de los delitos de los sectores populares o vulnerables, pero hacer efectiva la persecución penal para delitos “del poder” (genocidios y crímenes contra la humanidad en general, violencia institucional, delito económico organizado) (19). La reducción y la inversión de su lógica parece parte de un mismo plan, lo que los diferencia de los abolicionistas más radicales como Hulsman (1984), pero no así de otros como Christie que aceptan la agenda reduccionista o minimalista (Christie, 1988). En tanto el extremo abolicionista supone la reducción total o absoluta del poder punitivo sin distinguir casos, la corriente crítica latinoamericana hoy propone —principalmente— la reducción selectiva del poder punitivo: eliminarlo o reducirlo como herramienta de persecución de las clases bajas o vulnerables, y hacerlo efectivo como forma de control social (o control democrático) de los delitos de los poderosos. Es decir que, mientras que también proponen herramientas de despenalización como la justicia restaurativa, ponen en el foco de sus críticas y propuestas de intervención a la selectividad del sistema. Muy sintéticamente: “Privilegiar la persecución penal de los delitos económicos y no tanto la de los pobres es una opción progresista. Modificaría en parte el orden social bajo el que vivimos” (Pegoraro, 2016). Además de los autores y profesores ya mencionados, es necesario reconocer aquí el importante rol de traducir estas lecturas académicas en propuestas político criminales, primero del INECIP (Instituto de estudios en Ciencias Penales y Sociales: www.inecip.org, creado por David Baigún) hasta los primeros años del siglo XXI —pues luego decantaría por una agenda más “eficientista”— y del CELS desde los años 90 hasta ahora (www.cels.org.ar, dirigido por el periodista Horacio Verbitzky).

	Punitivismo	Garantismo formal	Eficientismo / economicismo	Reduccionismo crítico
Trasfondo filosófico	Retribucionismo moral	Constitucionalismo / Republicanismo	Utilitarismo / Tecnocracia	Pensamiento crítico
Pensamiento político asociado	Neoconservadurismo	Liberalismo “clásico”	Neoliberalismo	Izquierda
Principio axiológico	Merecimiento. La pena estatal debe ser <i>justa</i>	Protección del individuo (ciudadano) contra el poder estatal	Eficiencia y eficacia en la persecución	El sistema penal es ilegítimo / violento / desigual

nuestros propios autores y actores para sostener y fomentar la crítica radical al sistema penal, no han habido grandes referentes latinoamericanos con el mismo tipo de programa propositivo, salvo en versiones mucho más atenuadas, y por ello nos resulta más fácil englobar en una sola categoría a la mayoría de nuestros actores “críticos”.

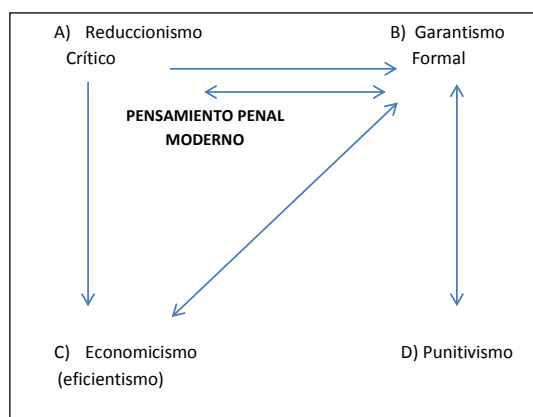
(19) Baratta, uno de los autores europeos más influyentes en nuestros pensadores críticos lo resume así: “De la crítica del derecho penal como derecho desigual derivan consecuencias susceptibles de analizarse en dos perfiles. Un primer perfil concierne al ensanchamiento y reforzamiento de la tutela penal en campos de interés esencial para la vida de los individuos y de la comunidad: la salud, la seguridad en el trabajo, la integridad ecológica, etc. Se trata de dirigir los mecanismos de la reacción institucional hacia la criminalidad económica, hacia las desviaciones criminales de los organismos y corporaciones del Estado y hacia la gran criminalidad organizada. Se trata, al mismo tiempo, de asegurar una mayor representación procesal en favor de los intereses colectivos” (2004: 215).

Propuesta	Representar el sentimiento vindicativo. No dejar delito sin pena. Penar los delitos tan gravemente como el daño causado	Principios jurídicos estrictos (garantías que se derivan de la concepción clásica de los derechos humanos)	Gerenciamiento de tipo empresarial. El sistema penal debe ser más rápido.	Despenalización de conflictos. Reducir la pena y sus manifestaciones. Invertir la selectividad penal
Auge	Formas premodernas del castigo. Desde los años 90 hasta hoy (neoliberalismo)	Años 80 en la Argentina	Siglo XXI en toda la región latinoamericana	Años 70 a 90 en Latinoamérica
Principales referencias en el país	C. Ruckauf (2000) J. C. Blumberg (2004) Madres del Dolor (S. XXI) S. Massa (2013)	Carlos Nino (década del 80) R. Gargarella / D. Pastor (S. XXI)	CEJA INECIP (S. XXI) A. Binder (S. XXI)	E. R. Zaffaroni INECIP (década del 90) CELS

IV. Desplazamientos y conexiones

Que los discursos penales se hayan organizado alrededor de estos polos de sentido fuerte no quiere decir que unos sean incompatibles con otros en sus manifestaciones históricas. De hecho, hemos reducido las diferentes posturas a su estado más puro, que difícilmente se manifieste así en la práctica. Primero porque muchos de estos discursos se conectan con otros en algún lugar de su análisis o propuesta —por ejemplo, tanto Garland (2005) como Hallsworth (2006) señalan sobre el caso anglosajón que el giro punitivo de las últimas décadas se explica por la combinación entre una racionalidad punitivista (premoderna) y la racionalidad economicista (moderna o hipermoderna)—. Y segundo, porque cuando deben enfrentarse con el problema práctico de cómo hacer efectivas las propuestas en una coyuntura política determinada, deben demostrar mayor flexibilidad y movilidad de la que parecería surgir de sus formulaciones teóricas.

Haciendo una síntesis gráfica de las cuatro posturas que antes hemos delineado podremos enumerarlas para sintetizar algunos de nuestros enunciados con algunos ejemplos (que como siempre, no implican pretender agotar la totalidad de los procesos históricos de los últimos años).



El pensamiento crítico tal como se ha dado en los contextos latinoamericanos, y específicamente en el argentino (A), tiene como uno de sus ejes centrales la crítica y deslegitimación del poder punitivo, pero asociada históricamente a la necesidad del respeto a las garantías jurídicas (B), algo de lo que el abolicionismo radical desconfiaría. La cercanía histórica con la traumática experiencia de las dictaduras de la región supuso la revaloración de las reglas del “estado de derecho” como límite a esas experiencias políticas extremadamente violentas (Sozzo, 2011). Por ejemplo, Zaffaroni, tras constatar la imposibilidad de que el poder penal sea justo o equitativo, y por tanto declararlo legítimo, afirma que lo que se debe hacer es una sistema de interpretación de garantías que lo limite (1992). Maier, tras ratificar también la crueldad del poder penal, propone ajustarlo al programa constitucional a través de las reformas de los sistemas penales desde su tradición colonial a una republicana y moderna (Maier et al., 2000). En similar sentido nos decía sobre su plan Binder en los años 90, que luchar por las garantías era ocuparse “de los límites del poder penal y esos límites son un anticipo de su desaparición” (Binder, 1993, Introducción). Es decir, que nuestras principales referencias en el pensamiento crítico en el campo jurídico penal, se apoyan en el (A) reduccionismo crítico, pero trabajan sus propuestas en clave de (B) garantías jurídicas. Y esto explica también la cercanía y familiaridad con autores europeos como Ferrajoli, Baratta o Pavarini, quienes también trabajan en el eje (B-A). Esta unión significó que los conceptos “garantista” y “crítico” (o pro-abolicionista) en muchos casos, fuera entendido como la manifestación de una única ideología. De allí también esa categoría, cínica, pero no imprecisa, que los sectores más conservadores han denominado desde hace algunos años “garanto-abolicionismo”, confundiendo —o haciendo una misma cosa de— garantismo y abolicionismo.

Por otro lado, se ha señalado, el empuje de las reformas procesales en América Latina hacia el acusatorio en las últimas tres décadas, verificó dos movimientos (Gutiérrez, 2014). Comenzó como una propuesta garantista y reductora del poder penal en los años 80 (B-A), con la propuesta del Código Procesal Penal Modelo de Maier (Maier et al., 2000) pero en los años 90, a medida que pretendía acceder a espacios políticos, en medio de las demandas por la inseguridad, estableció

lazos con el discurso punitivista (B-D) (Langer, 2009) en el sentido de que eligió presentarse como una solución ya no a la violencia estatal, sino a la inseguridad provocada por la impunidad (Binder, 2007a) (20). Por otro lado, pero vinculado con lo anterior, esa tensión la resolvió resignificándose como un camino intermedio entre las garantías y la necesidad de la pena (Binder, 2015), prometiendo la ventaja de la eficiencia, una maquinaria, rápida, aceptada y transparente (D-C).

Sin embargo, el “eficientismo” (C) tampoco aparece únicamente asociado a la maximización de la productividad penal como respuesta a la demanda represiva, sino que puede acompañar propuestas garantistas, reductoras o punitivistas. La eficiencia era parte de las promesas que los nuevos sistemas procesales acusatorios y garantistas traían en la primera oleada a fines de la década de los años 90, aunque subordinada a la necesidad de un sistema respetuoso de los principios constitucionales (Gutiérrez, 2014). Luego, en la provincia de Buenos Aires, vemos ese discurso vehiculizando un proyecto de reforma judicial, policial y penitenciaria en la provincia de Buenos Aires entre los años 2004 a 2007 (la “segunda gestión” del ministro Arslanián), que mezclaba gradientes garantistas y reductores (y fue, en términos de política real, tal vez la apuesta más firme contra la tendencia punitivista desatada por el caso “Blumberg”), es decir, un movimiento en el eje C-A, utilizando a la eficiencia como crítica a las propuestas de “mano dura” justamente su torpeza y falta de resultados (Gutiérrez y Vega, 2015).

La conexión entre el garantismo formal y el punitivismo (B-D) se da en el movimiento de “just dessert” (merecimiento justo), o “mano justa”. En nuestro contexto las intervenciones de este tipo de movimiento suelen comenzando afirmando la necesidad de salir del “falso dilema” entre garantismo (o “mano blanda”) y mano dura, proponiendo “severidad penal con garantías”. Emilio

(20) “Pensar en la eficacia del proceso penal significa, por una parte, pensar en la persecución penal, como actividad organizada del Estado para acabar con la impunidad, es decir, para volver real el programa punitivo y, por la otra, poner a disposición de las víctimas los instrumentos necesarios para que ellas sean gestoras eficientes de sus propios intereses” (BINDER, 1993, cap. 4).

García Méndez, quien en los años 70 y 80 formaba parte del movimiento de Criminología Crítica Latinoamericana (A), en los años 90 proponía una “perspectiva de derechos” (B), en el siglo XXI, propone la “mano justa”. En sus palabras, se propone asumir el “desafío de articular severidad con justicia. En otras palabras, a la instauración de una política criminal que permita escapar del falso dilema entre mano dura y mano blanda, para instaurar el racional principio de la mano justa” (García Méndez, 2008). Casi en exactos términos introducen su propuesta los autores Burzaco, Gorgal y Garavano (2004: Introducción), que vienen del trayecto opuesto, es decir del conservadurismo (puede verse en Burzaco et al., 2001).

Finalmente, los dos sistemas de ideas más contrapuestos políticamente son el reduccionismo crítico y el punitivismo. Sin embargo ello no quiere decir que no exista ninguna conexión lógica. Esta conexión aparece a través de su apelación a la moralidad del castigo, aun cuando esa apelación apunte a sentidos políticos opuestos (Gutiérrez, 2011). Las formas del castigo que corrientes del reduccionismo crítico sostiene como respuesta necesaria a los delitos y crímenes del poder (o de los “poderosos”), están en muchos casos relacionadas con la función expresiva de la pena y la función de restitución simbólica que merece la víctima a través del castigo (por ejemplo, en Gutiérrez, 2005). Y aunque eso no permita “confundirlos” políticamente (como hace Pastor) existen transferencias de legitimidad discursiva y simbólica que los movimientos antiimpunidad del siglo XXI (contra el delincuente común) toman de los movimientos antiimpunidad de los años 80 (contra los genocidios) y 90 (contra la violencia institucional) (Gutiérrez, 2005; 2011a). Similar tensión se puede observar en las diferentes tendencias del feminismo en materia penal. El feminismo ha participado activamente del movimiento crítico en materia penal, pero algunas corrientes dentro de él, relegitiman el valor simbólico del castigo como forma de compensación simbólica de la desigualdad de género (Censori, 2016). En ambos casos estas lógicas del castigo parten de la indignación moral por el crimen y la necesidad de reivindicación de la víctima. Pero diferencian políticamente hasta convertirse en antagonistas en tanto la corriente crítica propone invertir la lógica penal tal como se manifiesta, y el punitivismo, en cambio, intensificarla.

V. Aclaraciones finales

En este breve ensayo hemos procurado, apenas, clarificar un mapa para entender las formaciones discursivas e ideológicas que intervienen hoy, en general, sobre las reformas penales en general. Falta (y esta tarea está en proceso) distinguir sobre la especificidad de las razones en la producción legislativa, la judicial, la policial y la penitenciaria, que por supuesto, agregan intereses y racionalidades propias del hacer específico. También nos encontramos en proceso de discutir la relación de estas formaciones ideológicas con sus efectos prácticos, que resulta por cierto bastante compleja. En este ensayo sólo hemos intentado sintetizarlos a partir de sus argumentaciones, su forma de presentación, sus racionalizaciones, sus discursos tal y como ellos mismos se presentan y como sus críticos los definen.

No hemos procurado tampoco hacer una especie de genealogía histórica de estos discursos o ideologías penales. La referencia al discurso penal ilustrado o moderno es apenas para distinguir que entre las distintas posturas que se asumen actualmente, muchas de ellas puede presumir de ser herederas fieles de la modernidad, y no sirve tildarlas laxamente de punitivistas o autoritarias para comprenderlas —más allá de que aporten a la expansión penal en un contexto determinado, vínculo también complejo y variable—. Apenas hemos procurado, entonces, señalar los puntos cardinales de lo que pensamos debería una cartografía actual de las disputas en torno a las reformas del sistema penal.

También ha sido intención de este ensayo señalar cómo las ideologías penales no son constructos rígidos, y opuestos irreconciliables tal como se suelen pensar desde los análisis académicos para “impugnar” tal o cual proceso histórico desde la pureza de las ideas, sino que, en primer lugar, admiten flexibilidades, conexiones, puntos en común y articulaciones, aún entre aquellos opuestos políticamente. En palabras de Foucault: no se trata de “sistemas separados, ajenos, incompatibles, contradictorios, totalmente excluyentes entre sí... la heterogeneidad nunca es un principio de exclusión... jamás impide la coexistencia, ni la unión, ni la conexión. Digamos que es justamente ahí y en ese tipo de análisis donde se hace valer, bajo la pena de caer en el simplismo, una

lógica que no sea dialéctica... lo que llamaré una lógica de la estrategia” (Foucault, 2008, clase del 17/1/79) (21). Ello no implica, por supuesto, que no podamos intentar calcular, en cada contexto, en cada proceso político, un “saldo líquido” respecto de que si estas ideas, en un entorno determinado resulten funcionales —o disfuncionales— a la expansión —o a la reducción— penal, y de qué forma. Pero es útil, para comenzar, enten-

(21) “Una lógica de la estrategia no hace valer términos contradictorios en un elemento de lo homogéneo que promete su resolución en una unidad. La función de esa lógica de la estrategia es establecer las conexiones posibles entre términos dispares y que siguen dispares. La lógica de la estrategia es la lógica de la conexión de lo heterogéneo y no la lógica de la homogeneización de lo contradictorio”.

derlas en su propia lógica y sus posibilidades de articulación.

Parte de esa flexibilidad y movilidad se debe a que en la misma medida que estas ideologías intentan incidir en las prácticas son incididos por ellas, o mejor, por son condicionadas por los procesos políticos en los marcos de los cuales deben intervenir y pensarse. Son también modificadas por las experiencias personales y la trayectoria de los actores relevantes del campo. Y se adaptan y se alían para expresarse políticamente en un contexto determinado. Es por esta misma condición de movilidad y flexibilidad de las ideologías aplicadas que nos parece importante poder recordar siempre los puntos cardinales desde son pensadas y hacia los cuales pretenden dirigirse. ◆

.....