

Acusatorio y punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas (Parte 1)

POR MARIANO H. GUTIÉRREZ

Parte 1

Punitivismo, humanismo y liberalismo

Comencemos por una profecía apolítica: *“el derecho punitivo ha sido elevado a la categoría de octava maravilla del mundo (...) una lluvia de interpretaciones judiciales que extienden el ámbito de la responsabilidad penal más allá de lo razonable en el caso de tipos abiertos (característico: el delito imprudente, pero también los delitos dolosos de funcionarios). Hemos alcanzado el relajamiento de todos los límites y de todos los controles jurídicos en favor de la persecución y el castigo de los crímenes considerados más graves (derechos humanos, corrupción, terrorismo, drogas) y a una euforia de “lo penal” como “sanalotodo” social que no tiene precedentes (...) La actual situación del sistema punitivo se deja clasificar bajo la noción de neopunitivismo, entendido ello como corriente político-criminal que se caracteriza por la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social, hasta el punto de confundir por completo, como se verá más abajo, la protección civil y el amparo constitucional con el derecho penal mismo (...) el derecho penal actual (o “moderno” como suele denominárselo) constituye un nuevo derecho penal, contrailustrado, cuyas características deben ser estudiadas bajo la designación de neopunitivismo, en tanto que el rasgo distintivo de este estilo de derecho penal, que engloba todos sus componentes, es su marcada deshumanización y un recrudecimiento sancionador creciente.”*

Dos curiosidades sobre estas líneas. Fueron escritas, no como respuesta a la inflación penal y la expansión carcelaria, al aumento de las condiciones inhumanas de detención, sino como respuesta a la discusión sobre la interpretación de ciertas garantías procesales en un juicio seguido a policías por detener ilegalmente -en una razzia, sin haber cometido delito alguno- y torturar a un joven que finalmente murió (el caso Bulacio) y

por casos de militares autores de delitos de lesa humanidad. En efecto, se trata del muy conocido artículo de Daniel Pastor “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos” (2005). Como veremos, no hay un resurgimiento antiilustrado o antihumanista, como supone Pastor, al contrario, los expertos que hoy son las figuras más relevantes en el campo de la política criminal, provienen de la tradición humanista, progresista y crítica del sistema penal, y esto tal vez sea un momento excepcional (pero en el sentido contrario al que él denuncia). Por otro lado, las mismas tendencias expansionistas del sistema penal hoy (que no son justamente las que Pastor denuncia) están inscriptas en el origen del saber penal liberal “ilustrado”, desde Beccaria en adelante (más garantías jurídicas, más humanidad en la pena, pero mucha más extensión y eficacia penal: todas las conductas deben ser vigiladas, todo delito debe ser castigado. Véase por ejemplo, los capítulos que a esto dedica Foucault, 2001), y no, en un movimiento “en contrario”.

En los últimos veinte años hay una tasa creciente de encarcelamiento, pero en el mismo período hubo un progresivo avance en el control judicial sobre las manifestaciones y prácticas del sistema penitenciario: las últimas décadas han mostrado un lento y errático, pero progresivo, avance de la figura de los Jueces de Ejecución por sobre las posturas penitenciarias-correccionalistas. Es decir, no en todas las dimensiones hay una pérdida de la lógica de las garantías, o de un presunto sentido “humanista” o del ideal correccional propio de la época anterior, y un avance de la crueldad y de los rasgos propios de la premodernidad penal. En algunas hay un avance o recuperación de ese discurso experto liberal-humanista, y en otras una relación de tensión. Aún en las instituciones que parecer ir hacia un lugar cada vez más “duro” -como la cárcel o la policía-, hay una complejidad de variables y de interrelaciones entre los actores

de esos procesos que deben ser analizadas para comprender si realmente ese proceso puede ser analizado dentro de un proceso generalizado de “punitivismo” o explicado como un “giro punitivo” de todo el sistema penal. Como diferencia fundamental con el mundo anglosajón, “mientras en nuestro continente se lucha para ajustar el derecho penal y procesal penal a los lineamientos constitucionales y al derecho internacional de los derechos humanos, en países que han ejercido influencia desde hace años en nuestras naciones, se experimenta con sistemas autoritarios”. (Aponte Cardona, 2007, p. 75).

La discusión nos obliga a centrarnos en datos concretos y en pensar en relaciones paradójicas entre el discurso liberal (o humanista o ilustrado, si se prefiere) y el contexto de encarcelamiento desde los años ochenta hasta la actualidad. Es decir, la pregunta para nosotros no debe ser por qué ha decaído el discurso penal liberal, sino cómo puede ser que su resurgimiento coincida con la expansión carcelaria, como ya veremos.

Encontraremos tres fenómenos comprobables que, estudiados en conjunto, nos advierten de diferencias cualitativas importantes tanto con la vulgata generalizada del “neopunitivismo” que antes criticamos, como con las lecturas anglosajonas del problema: 1) Aumento de las tasas de encarcelamiento e inflación legislativa penal, pero como dos fenómenos distintos y que no necesariamente se determinan mutuamente. 2) Desplazamientos en las representaciones, sensibilidades y discursos colectivos sobre el sentido del castigo-como-justicia al castigo-como-seguridad: desde la reivindicación de los derechos humanos contra la represión estatal, hasta la reivindicación de “la gente” contra “los delincuentes”. Dicho de otra manera, la emergencia de un discurso político de *la impunidad*, y luego, uno de *la inseguridad*, dos discursos en principio opuestos que luego se combinan y colusionan. 3) La reconstrucción de un campo “experto” que comienza en los años 80 (principalmente dominado por abogados críticos, demócratas y de izquierda liberal) que se encargará de los problemas de la justicia penal -aunque a través del saber técnico y formalista de la “ciencia” jurídica- cuya preocupación inaugural sobre la reducción del poder penal se verá complementada y desplazada, desde comienzos del siglo XXI, por el

problema de la eficiencia en la persecución penal y criterios economicistas de la eficacia penal. Dos discursos en apariencia también opuestos que, sin embargo, también se combinan y refuerzan.

La (no tanta) influencia de la ley

Para comenzar a discutir sobre la inflación penal, entendida esta como la producción acelerada de legislación penal y procesal penal, y sus posibles efectos, debemos comenzar a distinguir distintas clases de leyes y tipos penales represivos, según su objetivo y aplicación político criminal. Hay leyes penales que sólo son sancionadas para cumplir una amenaza general ante el incumplimiento de una ley específica, por ejemplo, las cláusulas penales de una ley que regulan una cuestión administrativa, que escasamente se apliquen a la hora de llegar a un juzgado penal, salvo que exista un querellante muy activo e interesado. Otras leyes están dictadas para aplicarse, pero no cotidianamente, sino sólo en casos excepcionales, por ejemplo en casos en que políticamente una autoridad lo “necesite” (como la ley antiterrorista, o las penas a la sedición), como un reaseguro que sólo entrará en acción en casos muy puntuales, y muy ligadas a una coyuntura política. Otro tipo de leyes penales sirve para que dos partes en pugna refuercen el enfrentamiento jurídico o puedan conseguir soluciones más fuertes, más eficaces o más rápidas en una materia que en principio debería ser de otro fuero -principalmente civil- pero que no están destinadas a producir ni condenas ni encarcelamientos, si no a forzar una decisión en un conflicto (por ejemplo, los tipos penales de impedir el contacto de un niño con el otro padre, o de no pasar alimentos al padre que tiene la guarda, los tipos de calumnias o injurias, y muchos de defraudación). La suspensión del juicio a prueba abre esta función en muchos casos de delitos en que la disputa entre dos partes es más importante que la voluntad persecutoria del estado, y el conflicto puede resolverse mejor mediante algún tipo de compensación material o simbólica. Esta otra función del proceso penal funciona como una vía civil paralela, agravada o expedita. Finalmente hay muchos tipos penales que si generan procesos penales, con voluntad persecutoria, y que sí generan condenas, pero inciden poco en el encarcelamiento, por la levedad de los delitos (por ejemplo, lesiones culposas y, en general, homicidios culposos).

Así, hay una amplia gama de funciones que se requieren al sistema penal que tienen que ver con representar una amenaza general hasta gestionar conflictos entre partes, que no se derivan necesariamente en encarcelamiento. Y aunque nos olvidemos de estas funciones, cuantitativamente los casos en las que se aplican, no son en absoluto despreciables. Es decir, de la mera productividad legislativa no puede adivinarse el mayor encarcelamiento. El sistema penal, a través del tiempo, también puede experimentar desplazamientos y refuerzos entre estas otras lógicas y de estas funciones. Por ejemplo, que en un determinado momento histórico la función de resolver un conflicto privado adquiera, en términos relativos, mayor importancia que en épocas anteriores (típicamente, lo ocurre en las disputas alimentarias y de visitas entre padres separados). Podríamos cuestionarnos si a medida que las partes adquieren más relevancia y poder en la arquitectura procesal penal, aumenta el uso y la importancia de las funciones “paraciviles” que se le da al sistema penal. O si en casos de conflictos particulares se acude o se demanda más la intervención del sistema penal, sea por acción de las partes, sea por acción legislativa; porque está en crisis la justicia civil, por su lentitud, ineficiencia, etc.

Las distintas funciones de la intervención penal (como amenaza simbólica generalizada, la de *resolver* el conflicto entre partes y la función simbólica del castigo), se mezclan y a veces se potencian. Ignorar esta multiplicidad de funciones para suponer sin más que la creciente legislación penal represiva produce directamente privación de libertad, es, cuando menos, errado. Es cierto que, al menos desde los años 80 y hasta la fecha, la producción de normas penales registra una tendencia creciente. (1) Es decir que pareciera que sí, que cada vez se dictan más modificaciones a la

(1) En una investigación publicada en 2011 (“Trazos para delinear el populismo punitivo en el caso argentino”), y estableciendo un cierto filtro de relevancia mínima, encontramos desde 1983 hasta el 2011 un total de 106 modificaciones o complementos legislativos. Doce de estas reformas legislativas de las que han quedado registradas corresponden al período 1983-1989, por lo que la frecuencia de modificación legislativa fue de 2 por año. Y luego de él (desde 1990 hasta hoy) va aumentando entre 3,8 (1990) y 6,6 (2009) indicando una tendencia creciente, con alguna fluctuación.

ley penal. Sin embargo, no todas estas reformas legales han sido en dirección represiva.

Primero, siguiendo las advertencias anteriores, debemos identificar al menos tres categorías de estas reformas legislativas: 1) aquellas que operan apenas como amenaza simbólica: de prácticamente nula injerencia en el comportamiento del sistema penal; 2) aquellas que derivan el conflicto al sistema penal y provocan su intervención, en forma de condenas o no, pero que aún en el caso de resultar en condenas no provocan condenas de prisión estadísticamente relevantes (lesiones leves, hechos culposos, violencia intrafamiliar, etc.); 3) Finalmente, aquellas que provocan la intervención del sistema penal y esto puede traducirse en alguna medida en prisionización medible en términos estadísticos.

Durante el menemismo comenzó la nueva retórica bélica contra el delito y también emergió el concepto de “inseguridad”, sin embargo, en 1994 se introdujo la suspensión del juicio a prueba -ley 24.316-, la famosa “ley 2x1” -24.390- que establece el plazo razonable de dos años para la prisión preventiva, y la reforma constitucional, que dio nuevos bríos a los argumentos garantistas y reduccionistas. Salvo las mencionadas, las leyes durante la presidencia Carlos Menem son casi todas agravantes, pero de mera amenaza, de poca aplicación efectiva o de derivación de conflictos al Poder Judicial penal. (2)

(2) Sólo a modo de ejemplo, en los primeros 5 años se sancionaron leyes penales sobre: delitos ambientales, fraude con facturas conformadas, régimen penal y contractual deportivo, trasplante de órganos y tejidos, delitos contra la integración de fondos al sistema de jubilaciones y pensiones, impedimento de contacto con el padre no conviviente, abandono de personas y omisión de auxilio; crea nuevas figuras delictivas en lo atinente a delitos contra el estado civil; establece la pena para la sustracción, retención y ocultación de menores; amplía delitos de falsificación; sobre protección contra la violencia familiar, defraudaciones en la financiación de la vivienda y la construcción, régimen referido al pago con cheques sin provisión de fondos, violación de secretos y las multas por delitos contra la libertad de trabajo y asociación, usurpación, violación de patentes, transferencia de arma de fuego sin poseer la condición de legítimo usuario, usurpación de títulos u honores, delitos cometidos por empleadores autoasegurados y ART; e infracción a la ley de alcoholes. Una investigación detallada al respecto se encuentra en curso, coordinada por quien suscribe, en el Programa de Estudios de Control Social del Instituto de Investigaciones Gino Germani.

Pero, a pesar de que la ley y las funciones secundarias que se demandan al sistema penal puedan cambiar, tanto hace veinte, como hace diez años, como en la actualidad, los porcentajes de los encarcelados por delito son más o menos estables, y casi en su totalidad se reparten entre pocos tipos de conductas/tipificaciones. El robo y el hurto siempre están presentes en las causas de entre el 50% y el 60% de las menciones en las causas de los encarcelados. El homicidio está presente entre el 10 y el 15% de las causas de los encarcelados (y entre un 2% y 3% de tentativas de homicidio). Los otros delitos contra las personas juntos (incluidos homicidios culposos y lesiones), están presentes en el 10% de las causas. Los delitos contra la integridad sexual suman un 8 a 9% de menciones. Mismo porcentaje que los delitos relacionados con estupefacientes. (SNEEP, 2001, 2012). Una suba en la escala penal de estos delitos sí puede provocar subas visibles en el encarcelamiento general. La creación de un tipo penal para el padre egoísta con su hijo (delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, ley 13.944) difícilmente tenga que ver con el aumento de la tasa de encarcelamiento, aunque probablemente ayude a varias madres a presionar a varios padres (con justicia o no, es otra cuestión).

Pero aun relevando modificaciones en los tipos penales que generan encarcelamiento, muchos otros factores también deberían investigarse para entender el aumento de la tasa de encarcelamiento en un contexto determinado. Factores, con nuestras herramientas estadísticas, casi inabordables: cambios en el comportamiento delictivo (más conductas, más reprochables, o más visibles); cambios en las fuerzas de seguridad (más cantidad, o más dotadas, o con un enfoque más duro en ciertos casos); cambios en la política de persecución policial y judicial de delitos (campana de persecución al robo de automóviles, por ejemplo); cambios el criterio judicial (sobre los criterios evaluadores de la gravedad del hecho). Y a su vez, todos estos cambios posibles, pueden estar acompañados de un cambio en el clima político-cultural, con la relación de las fuerzas de seguridad, relaciones entre las distintas agencias penales con prensa y la opinión pública, etc. Se pueden encontrar correlaciones temporales entre el aumento de tiempo de condenas y otras

variables. La explicación, sin embargo, de esa correlación, es materia más compleja.

A nivel penitenciario, podemos observar que desde el inicio de la democracia viene aumentando la tasa de prisionización, con una curva más acentuada entre los años 1998 a 2004, y estabilizándose del 2004 en adelante. En consonancia con la mayor parte del continente (véase Carranza, 2011).

Pero también debemos tomar en cuenta que desde el año 1991 hasta el año 2002 se ha registrado un aumento constante de los delitos conocidos oficialmente. Y esta curva se da de forma similar en casi toda la región latinoamericana. Un argumento contra la idea de la existencia del “giro punitivo” bien podría ser que simplemente han aumentado los presos porque ha aumentado el delito registrado oficialmente, sea porque está más dura la calle, sea porque se persigue más. Así, un aumento del delito registrado y conocido oficialmente tendería a provocar un aumento en el número de detenidos y de condenados.

Sin embargo estos datos también pueden llevar a engaño. Como se sabe, todos los otros delitos tienen una cifra negra fluctuante en la que pueden intervenir varios factores (la confianza en la policía, la especial sensibilidad del público a un cierto tipo de delitos en un determinado período, la necesidad o no de hacer la denuncia, frente a la incomodidad de hacerla, la decisión de dirigir a las agencias policiales contra un cierto tipo de delitos, el carácter manufacturado de las estadísticas que se presta a manipulaciones, etc., él único delito más o menos fiable para hacer comparaciones a lo largo del tiempo es el homicidio, porque es el que registra menos variabilidad en la recolección de datos ya no sobre conductas tipificadas como delictivas, sino sobre violencia interpersonal (y aún así es problemático, véase Sozzo, 2002; Mouzo, 2005).

El homicidio doloso permite hacer algunas comparaciones entre un posible aumento de la violencia interpersonal (cuestión directamente relacionada con la de la “inseguridad” tal como se presenta en los discursos mediáticos y legislativos) y la tasa de encarcelamiento. Según las estadísticas oficiales, el homicidio doloso no creció sino que se mantuvo levemente fluctuante. Las tasas de

condenas por homicidios dolosos denunciados o conocidos oficialmente es la más alta, rondando establemente el 48% o levemente menos durante todo el período (SNIC, 2001, 2008). En síntesis, a pesar de que la tasa de condena por homicidio se mantuvo constante y los homicidios no crecieron significativamente, sin embargo la tasa de encarcelamiento sí. (3)

Por otro lado, frente al incremento de denuncias y actuaciones policiales (y por tanto, de “causas” penales) ha bajado entre 1990 y 2004 su tasa de condenas, pero ha subido la de presos (SNIC 2004), lo que implica necesariamente más presos sin condena o que los nuevos presos se superponen con los más viejos, es decir, condenas a prisión más largas (como afirmaba el CELS, 2008).

En definitiva, la tasa de violencia letal interpersonal es estable, pero el sistema legislativo se encuentra en aceleración constante de la inflación penal. El sistema policial produce mayores cifras de criminalidad, pero esto no nos dice mucho de por sí sobre el delito. El sistema judicial penal ha bajado su tasa de condenas, pero aumentado el encarcelamiento. La población penal sí ha au-

(3) Esto sí puede ser interpretado como una prueba de que el sistema penal se ha “endurecido”, en el sentido de que la sociedad no se ha vuelto más conflictiva a nivel de enfrentamientos mortales (a nivel de los “crímenes”), sino menos o igual. En cambio el sistema penal sí se ha expandido en su faz penitenciaria. Su crecimiento desde 1990 no se condice con la tasa más o menos estable (y baja) de violencia interpersonal letal (homicidios registrados). Por otro lado, según el CELS para argumentar que las reformas legales represivas han tenido un efecto en el producto de la justicia penal: “Las estadísticas judiciales muestran que en los últimos años aumentó el número de condenas penales por mayor tiempo y que éstas son cada vez más de cumplimiento efectivo y menos de ejecución condicional. En 1998, se registraron 4.311 sentencias condenatorias en la provincia, mientras que en 2006 fueron 13.249. En estas sentencias, es cada vez mayor la proporción de condenas a prisión o reclusión por más de cinco años, que pasaron del 10,6% en 1998 al 18,1% en 2006. Como contrapartida, las sentencias a prisión o reclusión por menos tiempo (hasta tres años) se redujeron del 80% al 62,2% en el mismo período. Adicionalmente, las sentencias son, cada vez en mayor proporción, condenas de cumplimiento efectivo: en 1998 era el 40,2% del total de las condenas, mientras que en 2006 llegó al 63,4%.” (CELS, 2008, Cap. III, con datos de SNIC, 2006, y del SNEEP, 2006).

mentado, en su porcentaje, desde los años ochenta hasta la actualidad, pero sobre todo desde fines de la década del noventa.

Lo paradójico para las tomas de posición política en nuestra materia es que no podemos encontrar una correlación ideológica entre el discurso manifiesto de un gobierno y sus efectos en la legislación. Como hemos dicho, desde mediados de los años noventa, con la emergencia del discurso sobre la inseguridad y la promesa de mano dura, se acelera el dictado de leyes punitivas respecto del período que va desde los años 80 hasta el comienzo de los 90, y en general con dirección represiva, pero casi todas ellas de mínima incidencia a los efectos de la prisión.

Por otro lado, en la primera presidencia de Kirchner, régimen que hizo mucho hincapié en rescatar a nivel discursivo la vigencia de los derechos humanos (4), se producen en el año 2004 las reformas punitivas más relevantes a los efectos de prisionización: restringiendo la libertad condicional, agravando los delitos contra la integridad sexual y elevando el máximo de la pena por concurso de delitos (varios delitos evaluados en el mismo juicio) a 50 años (cuando la interpretación jurisprudencial de la ley anterior lo había establecido en 25 años). Todas estas reformas sin embargo, fueron provocadas o posibilitadas por el “efecto Blumberg”, capitalizado principalmente por sectores de derecha y opuestos al gobierno

(4) Y aunque a nivel de políticas criminales se ha mostrado algo ambigüo, los niveles directivos del Poder Ejecutivo y los niveles medios profesionales han sido predominantemente ocupados por profesionales progresistas y/o militantes populares con una orientación más bien garantista o antirrepresiva. Así, no sólo gran parte del Ministerio de Justicia (donde permanecen también muchas áreas a manos de conservadores), sino también a nivel del Ministerio de Educación (que ha avanzado con solidez desde el año 2006 en intervenir en la cuestión educativa en cárceles y contextos de encierro en general, formando profesionales, disputando la función educativa a los servicios penitenciarios, etc.), o del Ministerio de Desarrollo Social (trabajando junto con UNICEF en el ordenar y observar la normativa penal juvenil de todo el país, también formando profesionales, articulando y apoyado reformas a favor de la protección integral y por la derogación de los regímenes tutelares, etc.).

(nos remitimos al análisis de Calzado y Van den Dooren, 2009). (5) (6)

Como sea, hasta ahora parece que no podemos afirmar una correlación entre oleadas punitivas en gobiernos conservadores y estabilidad penal o leyes reductivas de la represión en gobiernos progresistas. (7)

(5) La conmoción pública por el secuestro y muerte de Axel Blumberg fue intentada capitalizar por distintas fuerzas políticas, incluido el gobierno. Finalmente, Juan Carlos Blumberg, padre del joven muerto y líder del movimiento de reacción, optó por rodearse de políticos ultraconservadores de la oposición y aliarse con los ideólogos con orientación claramente represiva sobre el sistema penal. El magnífico caudal de apoyo popular que logró se volcó en presión sobre el Congreso, quien finalmente aprobó las leyes ideadas (o rescatadas del olvido) por estos, también con aquiescencia o apoyo de muchos legisladores oficialistas, quienes cedieron ante la presión pública y mediática (o quisieron participar de la legitimidad social conseguida por el movimiento).

(6) Tanto en el caso de la reforma constitucional de 1994 como en el de la oleada represiva de 2004, la corriente garantista o punitivista parecía ir en contra de la dirección ideológica elegida en sus presentaciones públicas los gobiernos de turno, que además, mantenían el control partidario sobre el Congreso, la fábrica de leyes. Pero ocurre que tampoco hay épocas o años que podamos llamar simplemente “punitivos”. A fines del mismo año en que se dio la oleada represiva post-Blumberg, se aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes (Ley 25.923), el instrumento jurídico de mayor fuerza para controlar el uso de la fuerza por parte de la policía y el servicio penitenciario (aunque su aplicación efectiva sigue siendo una deuda). Y al año siguiente se sanciona la ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (Ley 26.061), que si bien no está directamente dirigida al sistema penal de adultos modifica o afecta la interpretación de muchos institutos del régimen penal juvenil, a favor de la protección de las garantías de los menores de edad, y ha servido como base para apoyar o provocar reformas legislativas en la mitad de las provincias del país con la misma orientación (véase SENNAF, 2008), hasta ahora en un sentido que se entiende más garantista que la ley anterior (y en un sentido inverso a muchos de los reclamos posteriores al de Blumberg). Sin contar las “reformas Blumberg”, el período de gobierno de Kirchner hubiera tenido una cantidad de reformas penales similar a la de los períodos precedentes.

(7) Por otro lado, hay varias leyes en los últimos dos períodos presidenciales que aunque resultan represivas en cuanto a su naturaleza penal, tienen una orientación “progresista” respecto de sus fundamentos o los actores que las promovieron, como la sanción de tipos penales específicos contra la trata de personas en 2009, pedido por varias organizaciones sociales y de género; o la de extracción compulsiva de ADN también de 2009, requerida especialmente por organizaciones de derechos humanos para

Sin embargo, la inflación penal, la inestabilidad de la legislación penal, la heterogeneidad de contenidos y mensajes políticos presentes en las leyes, y la permeabilidad del comportamiento legislativo-penal a las presiones “del público” (que detallaremos a continuación) atrás de muchas de estas reformas se tratan de fenómenos sostenidos que aparecen a partir de 1989/1990 (Gutiérrez, 2006; Calzado y Van den Dooren, 2009) (8), a diferencia de los años 80, en los que la materia era dominada por actores “expertos” con orientación reduccionista o de control del poder punitivo (Sozzo, 2011).

El auge de reclamos de castigo en nuestro país y su presión legislativa tienen más que ver con el reclamo de una lógica de “protección simbólica” (de la ley en general y del castigo en concreto, a favor de la víctima y los grupos reclamantes) y su recepción en (o *uso por*) las estructuras políticas (Gutiérrez, 2006, 2007; Calzado y Van den Dooren, 2009; Galar, 2011), que con la vuelta de los castigos premodernos ostensiblemente crueles o su exhibición pública (tal como indican sobre

facilitar la identificación de hijos de desaparecidos. Que el gobierno sea de izquierda o progresista en su discurso de los derechos humanos, no quiere decir que no eche mano, en una determinada dirección, de la herramienta represiva, aunque sea de la amenaza penal.

(8) En ambos casos, no podemos decir que en el Congreso haya habido una ideología dominante (garantista/minimalista, o represiva/punitiva) que se manifestara coherentemente en su producción legislativa, más allá de las manifestaciones públicas de sus cabezas visibles. Incluso los mismos legisladores pueden mostrarse con un discurso hiperrepresivo en el debate de una ley, y con discursos progresistas o minimalistas pocos meses después (o a la inversa). Esto se explica porque la ley penal, de alto valor simbólico, es usada como carta de cambio y negociación con la oposición en distintas coyunturas políticas o porque el gobierno hecha mano de la amenaza penal simbólica para “dar un mensaje” en un sentido u otro. En otros casos, habiendo una fuerte presión mediática y repercusión social, representantes de un gobierno progresista pueden tratar de capitalizar el apoyo público mostrándose “duros con el delito”, o un gobierno conservador tomar una iniciativa con resultados antirrepresivos porque presupuestariamente es necesaria (por ejemplo descomprimiendo la superpoblación carcelaria), porque permite ordenar el comportamiento del Poder Judicial penal, o descomprimir la presión de trabajo judicial-penitenciaria (así las reformas de 1994 para la probation, o el 2x1), apoyadas en un discurso de racionalidad técnica y buena administración. Esto hace que la legislación penal “populista” sea un fenómeno transversal: los actores de distintos partidos enfrentados suelen asociarse en su sanción.

el mundo anglosajón los autores que hablan de “punitivismo”, y como parece sugerir, por ejemplo, Pastor, al utilizar este vocabulario).

Finalmente, tomando en cuenta la estabilidad del perfil delictivo perseguido efectivamente, la profusión de leyes penales simbólicas y de derivación de conflictos que no producen prisionización, debemos pasar al reverso de la pregunta y preguntarnos si gran parte de la prisionización que pueda producir la inflación legislativa, no lo es, en realidad, por la inflación legislativa procesal.

Un caso paradigmático y central en el porcentaje de encarcelados del país es la Provincia de Buenos Aires. Dictó su nuevo Código Procesal en 1998 (Ley 11.922). Desde entonces ha sido modificado por más de treinta leyes. Las primeras modificaciones fuertes las introdujo el Gobernador Carlos Ruckauf, fiel exponente de un discurso demagógico y belicista sobre la guerra al delito, a partir del año 2000. Gran parte de estas modificaciones, fueron de tendencia represiva, por ejemplo limitando las posibilidades de las medidas alternativas a la prisión preventiva, o negando imperativamente la excarcelación en determinadas imputaciones (modificación que, sin embargo se ha vuelto cíclica y que reaparece en la propuesta legislativa con periodicidad en los gobiernos posteriores). Otras, más recientes, de tendencia “eficientista”, aceleran los tiempos procesales, introduciendo, por ejemplo, una vía rápida y expeditiva de proceso para los casos de flagrancia (ley 13.943). Muchos códigos procesales desde los años noventa hasta la fecha han recibido numerosas reformas, pero el caso de la Provincia de Buenos Aires es llamativo (un promedio de dos modificaciones por años), comparado, por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Nación, desde su sanción en el año 1991, recibió aproximadamente “apenas” veinte reformas. Es que, como veremos, en los códigos reformados, la demanda incesante de los actores expertos por seguir “acusatorizando” los procesos nunca cesa. Más bien comienza con la primera reforma, y luego sumerge a los sistemas normativos en la inestabilidad permanente entre contrarreformas (adjudicadas a otros) y reformas de “profundización” (propias), que curiosamente terminan por coexistir y coincidir en sus resultados, aunque parezcan opuestas en sus presentaciones jurídicas.

La inestabilidad normativa constante de los sistemas procesales reformados tampoco nos explica el aumento de la tasa de encarcelamiento si no analizamos cómo fue aplicado, y la posible influencia de otros factores (la recepción jurisprudencial de las reformas en cada sistema, el cambio en el perfil de los magistrados que se gestó desde 2001, por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires, los intentos de cambio, intervención y ampliación de la policía -y de su labor persecutoria-, y los aumentos de la tasa de delitos registrados). El dato, sin embargo, nos habla de de la poca estabilidad legal, la flexibilidad que adquiere en estas épocas y en algunos casos, el instrumento normativo judicial, en contraste con los “viejos” sistemas procesales que no intentaron una reforma de paradigma definitiva hacia el acusatorio. Y sobre este fenómeno se pueden arrojar muchas hipótesis, que merecen otro tratamiento. Aun así, el dato nos sirve para contextualizar las intenciones del legislador, y entender un cierto “clima” institucional o gubernamental de hiperactividad, conflictos, propuestas y múltiples intervenciones a gran escala, a media y a pequeña escala, que desde al año 2000 gobierna la cuestión procesal y judicial penal en la Provincia de Buenos Aires, y que va a ser característico de muchos de estos sistemas “reformados”. (9)

La anti-impunidad: por los derechos humanos o contra ellos

No es cierto tampoco, que el punitivismo, la demanda social represiva y su uso político, sea una característica exclusiva de nuestro tiempo. Así lo advierte Matthews (Op. cit.) sobre el contexto anglosajón, y basta con bucear un poco en la historia para encontrarla presente en varias coyunturas históricas (por ejemplo, véase Caimari, 2007). Sin embargo, en el caso argentino, numerosos análisis coinciden en que la cuestión de la “seguridad/ inseguridad” como forma de conceptualizar la victimización frente al delito callejero comenzó a posicionarse en la disputa electoral y en el centro de los discursos políticos a mediados de los años

(9) Y entre otras cosas, esta inestabilidad probablemente esté relacionada con la inestabilidad política de los magistrados, en tanto han sido puestos en la escena política en distintas coyunturas de “crisis de la seguridad” como forma de desplazar a ellos la demanda pública por seguridad (DPLF-CELS, 2012, “Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú”).

noventa, coincidiendo además, en este y en otros contextos, con el desembarco finalmente exitoso del neoliberalismo (Ranguigni, 2010; Martínez, 2010; Sozzo, 2007).

Por otro lado, en paralelo, el uso del binomio conceptual impunidad/antiimpunidad en nuestro contexto tiene su origen en un uso muy preciso y muy distinto al actual: la lucha de las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo contra la impunidad de los actores del régimen militar, de gran visibilidad y convocatoria en los años 80. El sentido que en ese discurso asume el castigo radica, principalmente en su función simbólica colectiva, y de allí, en una función política: el castigo de los represores y genocidas implica la aplicación de una etiqueta moralmente degradatoria homologada por el sello oficial, no sólo a los individuos, sino a lo que ellos representan: al sector social que representan, a la ideología política que representan, a su plan político de exterminio, etc. A la inversa, representan la reivindicación de la entidad, identidad y existencia de los muertos y, sobre todo, de los desaparecidos: son la reconstrucción simbólica del cuerpo ausente del desaparecido. (10) Luego de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, la necesidad de degradar el mensaje, el proyecto y el significado de la dictadura militar, y por tanto de reivindicar y reconstruir la subjetividad política opuesta, se expresará en otros casos, ya propios de la época democrática. Por ejemplo, en la “masacre de Ingeniero Budge” del año 1987, que analiza con detalle Gingold (1997), el movimiento barrial al que da lugar la masacre y que se manifiesta como un reclamo contra la complicidad de los Tribunales en el caso hay una búsqueda de los sectores empobrecidos y sometidos de construir visibilidad, de lograr reconocimiento de ciudadanía, subjetividad política y jurídica, una afirmación de entidad.

En esta época el discurso “antiimpunidad”, asociado a la presión comunitaria tienen un sentido decididamente democrático y de protección de derechos humanos en contra de una estructura burocrática estatal con prácticas oscuras, clasista y autoritaria. La “justicia” (punitiva) entonces, era defendida y reclamada en un sentido político muy específico, como la condición de la democracia y

(10) Sobre cómo la degradación simbólica del otro mediante el castigo es un mecanismo social de reivindicación propia: Gutiérrez, 2006.

los derechos humanos, representaba la oposición a la dictadura militar pero también, indirectamente, a los actores sociales identificados con ella, a la policía cómplice, a la oligarquía, a la cultura autoritaria, etc.

Durante los noventa, se acentúa el discurso que denuncia *la impunidad* como un privilegio del poder (es decir, sigue presentándose como un reclamo de abajo hacia arriba, del sometido contra el privilegiado), pero a la vez comienza a coincidir en la escena pública con el del reclamo por “seguridad”, que se dirige a la victimización delictiva callejera y violenta. Un bombardeo mediático alterna el discurso contra “la impunidad del poder” con la creciente alarma frente al delito. Los protagonistas del reclamo penal en los años 90 son movimientos de víctimas que se caracterizan como *víctimas del poder*, e incluían a víctimas de gatillo fácil y a víctimas de “hijos del poder”. (11) Las víctimas simbolizaban los buenos valores de la gente humilde y honesta, “laburantes” victimizados por las redes oscuras del poder y los privilegios. El discurso antiimpunidad “contra el poder” se extiende políticamente: contra mismo grupo gobernante de la época menemista y al giro cultural que motoriza y representa: el exitismo, el individualismo, la “apolítica”, la tecnocracia, la antisolidaridad, la competencia feroz, la destrucción del estado paternalista, de la cultura del trabajo, de los relatos de vida arraigados en certezas institucionales y laborales, etc. Aquí el uso de la palabra impunidad como denuncia, y la “antiimpunidad” como programa, tenía también un sentido muy específico, un contenido político muy claro.

Sobre el cambio de siglo, dejan de tener tanta relevancia pública este tipo de reclamos, y aparecen cada vez con mayor impacto público otros, que, al comienzo emparentándose con ellos, y tomando préstamos de su lenguaje y de su estrategia comienzan a combinar los reclamos de los años anteriores por *justicia* (antiimpunidad) con el de *seguridad* (contra el delito). Estos movimientos *convierten la lucha contra la impuni-*

(11) María Soledad Morales (1990) y José Luis Cabezas (1997), pero entre ellos también están Walter Bulacio (1991), Miguel Bru (1993); Sebastián Cabello (en este caso el nombre es el del autor, no el de la víctima: 1999); Mariano Witis (2000) y ya sobre el final del proceso, Natalia Melmann (2001), pero entre ellos muchos más.

dad en una lucha por seguridad, y desdibujan el antagonista colectivo en el delincuente común, y con él, primero a la “clase política”, luego a los jueces acusados de “garantistas”, suponiéndolos cómplices de la delincuencia. El cántico de “Justicia”, en las manifestaciones públicas, se mezcla y luego deja su lugar al de “Seguridad”. (12) Los más característicos de este desplazamiento son el caso Blumberg y el movimiento de las Madres del Dolor. En los primeros años del siglo XXI vemos desaparecer paulatinamente de la atención pública y a convocar cada vez menos apoyos los casos de “víctimas de poder” y del gatillo fácil (que, por supuesto, siguieron ocurriendo) y emerger con mayor peso político los casos de “víctimas de la inseguridad” y con él la extendida presencia de la promesa de la “seguridad” entre los actores de la política profesional. (13)

Ambos movimientos suponen ser un reclamo antiimpunidad, y muchas veces esto logra ciertos préstamos de legitimidad lingüística de unos a otros, sin embargo su contenido, su orientación ideológica y lo que reclaman de la policía y la justicia es totalmente distinto, incluso a veces, lo contrario. El movimiento antiimpunidad de las víctimas del poder reclamaba sobre la policía

(12) Sobre la continuidad y los desplazamientos ideológicos y discursivos entre los casos de “víctimas del poder” y “víctimas de la inseguridad”, Gutiérrez, 2011.

(13) En la primera década de este siglo en que la “inseguridad” comienza a ser la principal razón esgrimida en varios debates legislativos de reformas penales importantes, dejando en un segundo plano otros tipos de razonamientos. A mediados del año 2001 la “inseguridad” se instaló en la agenda mediática y política, las noticias y opiniones en la televisión arreciaban contra la llamada ley del 2x1 (24.390), afirmando que la ola delictiva obedecía a condenados o procesados que habían salido en libertad prematuramente. Así, en mayo de ese año (por ley 25.430) se deroga ese sistema (originalmente pensado para presionar a los jueces a ser más expeditivos). En agosto de 2002 se sanciona un aumento general de las penas de todos los delitos con armas (ley 25.297), invocando a la inseguridad. El 5 de abril del año 2002, en pleno colapso institucional del país, fue muerto en un robo el custodio personal del canciller Carlos Ruckauf (justamente aquel que había llegado a la gobernación de la Provincia de Buenos Aires en 1999 con la promesa de “meter bala a los delincuentes”, y se rodeó de los policías más cuestionados y los asesores más represivos en la cuestión), y en respuesta los legisladores agravaron con prisión perpetua el homicidio de personal de fuerzas de seguridad, retomando el problema de los reincidentes como forma de justificar la necesidad de aplicar la pena perpetua (ley 25.601).

más control, sobre los jueces la aceptación de que hay un contenido político en cada sentencia, y que ese contenido político debe revisarse para no dejar desprotegido a los menos poderosos, y para no encubrir a los poderosos. El movimiento antiimpunidad del siglo XXI desdibuja su politicidad, la oculta, el tanto se dice “apolítico”, se afirma como un reclamo moral universal. Todo victimario es el enemigo, pero a la hora de definirlo y de reaccionar, el victimario termina por constituirse siempre, en el delincuente común (el “pibe chorro” en sus distintas reconstrucciones: motochorro, menores asesinos, paqueros, “robarruedas”, etc.). Constituido el delincuente común como el antagonista del reclamo antiimpunidad, y el causante de la inseguridad, el reclamante se posiciona como representante de una clase sana y buena “laborante” y siempre honesta, siempre víctima y nunca victimaria, que reclama más fuerza para la policía (14) y a los jueces más dureza en sus condenas por delitos comunes.

El cambio de siglo, es, como veremos, el mismo período en que ya hay un campo experto bien constituido sobre las políticas criminales, que se gestó en los años ochenta con pretensiones democráticas y de “derechos humanos”, y cuyos representantes hoy ocupan posiciones reconocidas y han creado escuela. Sin embargo, los debates parlamentarios de las leyes más relevantes (por sus efectos) del período, nos revela una muy notoria permeabilidad de la lógica legislativa a los hechos coyunturales y a las campañas de alarma (no importa si tienen su origen en una reacción popular espontánea o mediática), y la reproducción de impresiones de sentido común o de verdades mediáticas presentadas como “datos” científicos son un comportamiento legislativo constatable en este período de inflación penal, incluso ya antes del fenómeno Blumberg en el año 2004 (véase, por ejemplo Gutiérrez, 2006, 2009; Calzado y Van den Dooren, 2009).

(14) Aunque en algunos discursos sí hay una crítica a las fuerzas policiales, por inacción o por complicidad con la delincuencia, tratamos de definir aquí, no las declamaciones originales de sus protagonistas (por ejemplo, Juan Carlos Blumberg), sino como son reconstituidos esos discursos desde la política, cómo son traducidos desde el discurso mediático y la acción de gobierno, en qué se transforman una vez que se constituyen en representantes de una demanda colectiva más amplia.

Una porción central de ese campo de expertos en el siglo XXI, de origen garantista, buscará influenciar sobre la política criminal. Para ello, terminará por aceptar el avasallante impulso de los reclamos antiimpunidad, tal como se manifiestan en cada período, y los terminará aceptando como propios, sin advertir (al menos explícitamente) que con ellos compra también el discurso de la seguridad/inseguridad y todas sus concepciones implícitas.

Como veremos, los promotores de reformas “expertos” se sumarán a las voces que dirán que, en efecto *la impunidad es inseguridad*, y la inseguridad es un problema, y aportarán su saber para prometer un sistema penal más eficiente, que persiga mejor y a menos costo, como la solución a ese problema.

Los revolucionarios y los vendedores de guillotinas

Como adelantamos, en el caso argentino, y conectado íntimamente con él, en la región latinoamericana en general, desde los años ochenta hemos vivido no la caída del discurso experto, sino, al contrario, su refundación. Esta refundación en el plano estrictamente jurídico tuvo tres temas centrales y un apoyo ideológico “extrajurídico” de la mano de la criminología crítica, emparentada con la sociología y el pensamiento político democrático o de izquierda. Los tres temas jurídicos colocados en el centro de las intervenciones académicas, que aún hoy persisten son:

1) Una dogmática penal que se suponía, debía renovar y entraba en colisión con las tradiciones anteriores, tildadas de causalistas. Nueva dogmática que se presentaba como más garantista por respetar en principio de “ontología de la acción” en tanto la anterior lo violentaba. En el centro de la escena de esta discusión académica, E. R. Zaffaroni. Si quisiésemos nombrar a sus continuadores, la lista sería demasiado extensa de reproducir, pero hoy encontramos numerosos titulares de cátedra en Buenos Aires y en todo el país (A. Alagia, A. Slokar, B. Sal Lluagués, L. Niño).

2) Un sistema procesal modelo, aplicable a todos los países de la región, basado en la estructura y lógica acusatoria o adversarial, que suponía ser más democrático y más respetuoso de los derechos humanos, y particularmente, romper con

los vínculos entre la norma procesal y el uso de la violencia policial, que, se presentaba como una característica del modelo inquisitivo. En el centro de la escena, y en el centro de toda la red de los reformista, J.B. Maier (y luego, como continuadores, en gran parte Alberto Binder, Alberto Bovino, entre muchos otros). Pero también en torno al mismo tema, E. Hendler, sólo por mencionar caprichosamente algunos.

3) Un sistema de protección integral de la niñez y la juventud, que implicaba desterrar el viejo régimen peligrorista de “menores” y en su fase sancionatoria reemplazarlo por un sistema penal juvenil, que también, suponía ser más justo y garantista. En el centro de esta campaña, casi como su fundador, Emilio García Méndez. Una joven continuadora de su pensamiento, por ejemplo, Mary Beloff.

En el espacio de la criminología crítica, los años ochenta ven un joven pero ya afamado e influyente E.R. Zaffaroni comenzar a participar de él, y llevar su influencia a sus propuestas jurídicas. Por otro lado, regresa del exilio un abogado de presos políticos, reconvertido en sociólogo crítico que pronto es nombrado titular de la carrera de sociología, Juan S. Pegoraro. Y paulatinamente Roberto Bergalli comienza a convertirse en el centro de un foco generador de criminólogos argentinos, desde la Universidad de Barcelona, donde se formarán decenas de penalistas y criminólogos críticos argentinos. Todos ellos formaban parte de una red que se reconocía a sí misma, como parte de un mismo grupo, junto con otros actores fundadores de la criminología crítica latinoamericana, como Lolita Aniyar de Castro. Todos ellos introdujeron y provocaron una fluente influencia en el campo jurídico de autores como Alessandro Baratta, o los abolicionistas Louk Hulsman y Nils Christie. (15)

En definitiva, constituyeron un campo de actores que se reconocían como valiosos entre sí, y cuyas discusiones giraban en torno a la unión de dos temas centrales: los límites legales o jurídicos al poder punitivo estatal (garantismo) y la deslegitimación, reducción o abolición de las

(15) Algunas de las figuras conocidas del campo hoy fueron sus alumnos o discípulos, por ejemplo, G.I. Anitua se formó con Bergalli, Pegoraro y Maier. Y un joven Luis Niño trabajaba en los primeros años ochenta con Zaffaroni. Alberto Binder con J.B. Maier. Máximo Sozzo con Pegoraro y Melossi.

formas estatales de violencia, particularmente la que se hallaba en el castigo (abolicionismo y pensamiento crítico).

Particularmente los juristas de este “campo crítico” tuvieron una incidencia política determinante más tarde o más temprano. Es innecesario enumerar la proyección regional e internacional de Zaffaroni y finalmente su llegada a la Corte Suprema del país. Maier y Binder lucharon por difundir el Código Procesal Modelo por todo el continente, finalmente, con enorme éxito como veremos. Emilio García Méndez se convirtió en asesor estable de UNICEF para toda la región, dirige una influyente fundación sobre políticas de la niñez (Fundación SUR), y fue diputado electo, desde todos estos espacios difunde su idea de un sistema penal juvenil que fue adoptado por varios países de América Latina y por muchas provincias argentinas. El campo de expertos que para esta misma época había caído en los contextos centrales, entonces, se encontraba aquí en plena refundación. Y ésta se producía alrededor de la preocupación por los derechos humanos y la crítica y contención de la violencia estatal. (16) De los juristas que conformaban este nuevo campo experto crítico, que había formulado estas tres banderas de reforma legal como claves -con apoyo ideológico de la criminología crítica-, nos centraremos en el procesal para este artículo, puesto que es, tal vez, el que encuentro más curioso y relevante para intentar comprender su paradójico devenir. Sobre los otros (la dogmática y la propuesta de sistema penal juvenil) ya he esbozado hipótesis (Gutiérrez 2005, 2009, 2011) que, espero, pronto serán desarrolladas.

Según Sozzo (2011) en los años 80 comenzó “un modo de construcción de la política penal que colocaban en el centro de la escena la voz del experto”.

(16) Pero el que haya emergido un campo de expertos progresistas y democráticos con mucha fuerza, no significa que hayan influenciado de la misma manera a las estructuras judiciales, que aún hoy permanecen profundamente conservadoras, tanto en su pensamiento como en sus prácticas. “La inexistencia de una formulación explícita de estrategias de aplicación de la ley penal en el dialogo entre políticos y expertos, no implicaba que las mismas no se desarrollaran en la práctica, siguiendo modos tradicionales de pensamiento y acción que eran reproducidos cotidianamente en las instituciones del sistema penal, con un fuerte legado del autoritarismo que las había atravesado a lo largo de su historia, especialmente enfatizado por las “colonizaciones” experimentadas por parte de las Fuerzas Armadas en las últimas dos dictaduras militares.” (SOZZO, 2012).

Y, aunque este autor trata específicamente del campo de expertos en materia procesal, lo siguiente vale también para la dogmática penal y para la cuestión de la niñez y la juventud: “Los productos de este modo de elaboración de la política penal, en cuanto a sus contenidos, se inscribieron globalmente en el marco de lo que podríamos llamar el “liberalismo penal” -en cierta consonancia con el programa político más amplio encarnado por el gobierno del Presidente Alfonsín-, definido como una racionalidad y programa penal que pone énfasis en la formación de límites al despliegue del poder de castigar, tratando de evitar el exceso o abuso... del poder estatal (...) Se trataba, como sostenía un partidario de este modo y participe activo en el apoyo a la fracasada reforma procesal penal antes mencionada, de “liberalizar el derecho penal”, rechazando el “autoritarismo” y “todo desborde o abuso de poder” (Sozzo, *Ibíd.* Con cita de Vázquez Rossi).

En 1993 Alberto Binder, discípulo de Maier y su colaborador durante los años ochenta en el diseño y difusión del Código Penal Modelo, figura central para entender las transformaciones de los sistemas procesales latinoamericanos hacia el modelo acusatorio, escribía en su *Introducción al Derecho Procesal Penal* una frase que dejaba clara la adhesión de su propuesta procesal a un plan crítico del sistema penal, deslegitimador, y finalmente abolicionista, del que participaba todo el espacio: “Este libro es una introducción al estudio de los mecanismos que utilizamos los seres humanos para encerrarnos los unos a otros dentro de las jaulas. Esta frase que me duele hasta escribir, es la más honesta... el gran peligro de todo aquel que se dedica al estudio del derecho penal o procesal penal es que le suceda lo que al fabricante de guillotinas: que se enamore del brillo de la madera del peso exacto y del pulido de la hoja mortal, del ajuste de los mecanismos, del susurro filosófico que precede a la muerte y finalmente olvide que alguien ha perdido su cabeza.” Y aclara que hace al libro con entusiasmo porque se ocupa “de los límites del poder penal y esos límites son un anticipo de su desaparición.”

Como dijimos, se suponía que la tortura por parte de la policía era un problema esencialmente del proceso inquisitivo. Pero la desconfianza en los males del sistema inquisitivo no partía sólo de estos particulares mitos jurídico-políticos o no se basaba sólo en el ataque simbólico de la autoridad judicial como “dueño” ilegítimo de los conflictos. Había

datos atrás de eso. El impactante informe de “El preso sin condena en América Latina y el Caribe” de 1983 (que firmaba entre otros, Zaffaroni, otro importante procesalista y reformista a nivel regional, el costarricense Mora Mora, y quien sigue hoy al frente del ILANUD, Elías Carranza) demostraba que en efecto el problema del preso sin condena afectaba directamente y mucho más a los países con sistemas inquisitivos y era mucho menor en los países de tradición acusatoria (Carranza *et al.*, 1983).

En la discusión, sin embargo, se omitía un dato que hoy sabemos que es de la máxima relevancia: Haciendo el mismo corte de ese informe, las Antillas menores y Belice, de tradición jurídica anglosajona y proceso acusatorio, aquellas que tienen un bajo porcentaje de presos sin condena, ostentaban sin excepción una tasa de encarcelamiento de más de 300 cada 100.000 (Belice tiene hoy nada menos que 482 presos cada 100.000 habitantes). Es decir, aunque tenían pocos presos sin condena en porcentaje, tenían el triple de presos per cápita que los países de tradición continental-latinoamericana (véase Carranza *et al.*, 1983, y Carranza, 2012).

Frente a esta situación, cabe preguntarse por la posibilidad de que el sistema acusatorio sea más garantista en lo formal y más represivo en términos cuantitativos (Gutiérrez, 2005). El Salvador, por ejemplo, fue uno de los casos de intervenciones “modelo” de la región. Durante los tres primeros años de su reforma (1997 a 2000) el sistema parecía ir como se había planeado: más mediaciones, más desestimaciones, más sobreseimientos. (17) Es interesante la experiencia salvadoreña para

(17) “En un estudio reciente sobre el nuevo Código Procesal Penal de El Salvador, se midieron las resoluciones dictadas en casos penales desde el 20 de abril de 1998 —fecha de entrada en vigencia del nuevo Código— hasta el 30 de junio de 2000. Los resultados llaman particularmente la atención. Del total de 51.719 causas resueltas en ese período de tiempo, el 32,21% —esto es, 19.447 causas— se clausuraron por conciliación entre imputado y víctima. Teniendo en cuenta que más del 45% de la causas resueltas terminaron en desestimaciones y sobreseimientos —esto es, 26.041 causas—, y que sólo un 3,32% terminaron en sentencia condenatoria, no se comprende cómo el porcentaje de casos que fueron cerrados por aplicación de criterios de oportunidad sólo alcanzó, para el mismo período, un 1,47% —esto es, 888 causas—.” Intervención de A. Bovino en el debate suscitado a partir del artículo “Nuestro extraño imaginario jurídico penal” (GUTIÉRREZ, 2005) en la revista *derechopenalonline.com*.

comprender los sinuosos caminos del optimismo del reformismo penal. Desde 1991 a 1997 la tasa de encarcelamiento del salvador manifestó un crecimiento sostenido, de 101 a 157. Con la sanción del nuevo código acusatorio en 1997 bajó abruptamente en dos años, hasta llegar a 112 en el año 1999. Pero ya en el 2000 la tasa de encarcelamiento de El Salvador era de 131 c/100.000 habitantes. En el año 2005 ya estaba a 207. En el 2009 se sancionaría un nuevo CPP, también acusatorio, pero marcadamente más represivo, para ese año la tasa ya llegaba a 359. En el 2012 llegó a 430. (18) Un record histórico. Por supuesto, en el medio, motines, muertes, masacres.

Pero aunque en los textos y en las academia de hacía carrera mezclando garantías y promesa abolicionista, en las fórmulas legales la preocupación por el delito y el castigo se abordaba con la lógica de la eficiencia y la celeridad, que se suponía, no era contradictoria con la reducción: un sistema más liviano, más reducido, es un sistema más rápido y más efectivo.

En los considerandos del CPP salvadoreño de 1997, se establecen como motivos “Que el actual Código Procesal Penal, mantiene normas de carácter inquisitivo que no facilitan una *pronta y efectiva* administración de justicia, haciéndose necesario un nuevo Código que, basado en normas de tendencia acusatoria, viabilicen la justicia penal; III. Que con el objeto de convertir el proceso penal en un proceso sencillo, con *celeridad* y respeto de las garantías constitucionales y de los principios procesales, es conveniente que se emita un nuevo Código Procesal Penal”. En la vigencia de este sistema procesal se dictó el plan “mano dura” en el año 2003 como promesa de terminar con las maras e implicaba, principalmente, aumentar las penas, darles más poder de detención a la policía y restringir las libertades durante el proceso. Pero, afortunadamente, sólo duró dos años. Entre el año 2004 fue reemplazado por el plan “super-mano dura” (fue su nombre real), que, con el argumento de hacer más *eficiente* la persecución, ahondó por la misma senda, pero apuntando a la investigación y persecución penal de los mismos presos, y

(18) Según Alertamerica. Según ILANUD, 320. La diferencia no está explicada y nos habla de lo precario que es el sistema de recolección de datos. Como sea, he tratado de señalar un fuerte aumento, y cualquiera de las dos cifras, en eso, coinciden.

construyendo más cárceles. Luego, en el año 2009, siguiendo con el plan “super mano dura” se dictó un segundo código, que reforzaba la estructura acusatoria pero con un objetivo mucho más represivo: “Que con el objeto de establecer nuevos instrumentos que permitan una administración de justicia *más rápida y efectiva*, por medio de la cual se tutelen de manera *más eficaz* los derechos de las víctimas en un justo equilibrio con los del imputado, y se potencie una mayor *efectividad* de las instituciones del sistema penal, es necesario se emita un nuevo Código Procesal Penal.”

Los mismos fundamentos (garantías para el imputado con eficacia, eficiencia y efectividad en la persecución, con sencillez y celeridad) se reproducen en todos los otros casos de la región. (19)

Luego de más de una década de reformas en los años 90, impulsada desde expertos de la periferia hacia la misma periferia (de varios países latinoamericanos, pero siendo Argentina, con Maier y Binder, un foco protagónico de generación de propuestas para toda la región), estas redes de expertos reformistas, dependientes del esfuerzo personal de sus protagonistas, fueron organizadas, institucionalizadas (y por tanto también parcialmente desplazadas) por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), organismo de la OEA, con sede en Santiago de Chile.

El CEJA marca el verdadero inicio de una nueva época de las reformas en las que, aunque se mantiene el discurso garantista, se desplaza el objetivo definitivamente hacia el de la eficiencia en la persecución. El CEJA se propone como la garantía para que no decaiga el impulso reformista, para dar inicio a una segunda oleada reformista. (20)

(19) Por ejemplo en República Dominicana (otro caso “modelo”), que también salió de un modelo inquisitivo a uno de rasgos acusatorios en 2002, y en sus considerando se lee: “Que este conjunto de normas viene a disciplinar la forma como se acusa, se defiende, se juzga y se ejecuta lo juzgado, de una manera sencilla, con celeridad y respeto de las garantías constitucionales...”

(20) “¿Qué es Ceja? es un organismo internacional, creado en 1999 por las instituciones del Sistema Interamericano. Su sede está en Santiago de Chile y sus miembros son todos los países integrantes activos de la Organización de Estados Americanos. CEJA nace en un contexto en que los países del continente, casi sin excepción, han impulsado durante los últimos veinte años, profundos programas de reforma a sus sistemas de justicia, donde las principales áreas abordadas han sido la justicia criminal, el gobierno, el acceso y la gestión

Y, en efecto, fue exitoso en sus objetivos políticos. El CEJA suele intervenir de distintas formas en todas las reformas procesales regionales y, junto con FORES y el INECIP, en las de nuestro país. Pero esta “organización” y nucleamiento a través del CEJA no fue inocua. Veremos, progresivamente, el desplazamiento ideológico cada vez más acentuado al problema de la “eficiencia”, la rapidez, y la lectura costo/beneficio en la intervención de los operadores penales.

El organismo por el que el CEJA construye y hace explícita su agenda de intervención es la “Revista Sistemas Judiciales” que comenzó en el año 2002, y que publica junto con el INECIP argentino. A diferencia de otras publicaciones sobre cuestiones jurídicas es generosa en estadísticas y números. Hay cuadros referidos a la aplicación de la prisión preventiva, a las tasas de condena, a las valoraciones sociales sobre la eficiencia del sistema de justicia, sobre la implementación de las nuevas tecnologías en los procesos penales, índices sobre acceso de información a través de internet; hay encuestas y gráficos sobre casi todos los temas que trata. Curiosamente, en sus numerosos años de existencia no hay un solo informe o referencia a las tasas de encarcelamiento en América Latina, sus transformaciones en los últimos años, las diferencias entre países, y mucho menos, sobre hacinamiento, superpoblación y denuncias contra el sistema carcelario. Hay un marcado acento en el problema de la eficiencia en la persecución y en el problema de la legitimidad social de la justicia, es decir, específicamente de su imagen frente al público. Hay artículos que proponen el análisis económico del derecho (“Reglas de costas y sanciones pecuniarias: un análisis económico para la reforma procesal civil en Chile” de José Huerta, Nro. 14), encontramos también el famoso proyecto de Quiroga Lavié, de introducir las normas ISO como forma de evaluar el desempeño de la justicia (Quiroga Lavié H. y Miró R.: “Un modelo y una mejora para los tiempos procesales de la Justicia Civil Argentina.”,

del sistema. Sin embargo, existe una extendida percepción de que las reformas emprendidas no han dado todos los frutos esperados. Además, no hay evaluaciones sistemáticas y profundas de lo realizado hasta este minuto, por lo que el fuerte impulso inicial tiende a decaer... Ante tal situación, CEJA es creado para revertir ese diagnóstico y dar un nuevo impulso a la modernización de los sistemas de justicia en el continente.” De la página del CEJA www.cejamerica.org

nro. 3, año 2002); y la reseña de su libro “Gestión de calidad y justicia: las reglas ISO aplicadas al sistema judicial” (número 6, 2005). Y entrevistas a funcionarios que se enrolan en esa ideología de “gestión” de lo judicial (como Germán Garavano, ex Fiscal General de la Ciudad de Buenos Aires). Los artículos que reconocen que hay resultados deficientes en las reformas acusatorias de algunos países que el mismo CEJA impulsó, plantean como terapia, seguir aumentando el remedio: profundizar el sistema acusatorio (Riego C. y Santelices F. “Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina. Segundo Informe Comparativo”, nro. 5, 2005). La “profundización” del acusatorio fue el argumento, por ejemplo, para el apoyo al sistema de flagrancia de la Provincia de Buenos Aires (cuyos orígenes nos cuenta, también con números “El Plan Piloto en Mar del Plata”, Errandonea, E. R., nro. 10, 2006).

La orientación economicista y, de gestión por objetivos de eficiencia como preocupación principal, que en el discurso del CEJA puede combinarse con el lenguaje garantista queda clara en el siguiente artículo: “En el caso chileno, quienes impulsaron el proceso de reforma esperaban que el nuevo sistema lograra niveles superiores de desempeño tanto en el respeto de las garantías y derechos de los intervinientes como en la disminución de la impunidad del delito. Si bien *a priori* estos no son objetivos contradictorios, ya que una persecución penal selectiva y racional, orientada a las conductas más graves y dañosas a la sociedad, puede contribuir a aumentar la eficacia del sistema, al disminuir los espacios de impunidad en un contexto democrático”, tras constatar el fracaso en esos objetivos, los autores aconsejan: “Tanto el diseño del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal como del proceso de instalación del sistema se ven beneficiados de la incorporación de criterios económicos y administrativos” (Valdivia y Vargas, “Gestión en un Sistema de Administración de Justicia Criminal: la Experiencia de la Reforma Procesal Penal en Chile”, 5, 2005).

Su propuesta se resume en que mejores estándares de protección de derechos humanos a nivel jurídico y más eficiencia en la persecución penal (es decir más persecución, más efectiva y a menos costo), no son contradictorios, sino que por el contrario, se suponen mutuamente. Esta posición del CEJA es exactamente la que se refleja en las exposiciones de motivos de las leyes y pro-

yectos de leyes procesales acusatorias de todo el continente: más garantías formales, más eficiencia en la persecución. Y, aunque se lo mencione para justificar la mirada puesta en la antiimpunidad, el problema de la selectividad en la impunidad o en la persecución, no es nunca abordado ni recibe propuestas efectivas. Tampoco el aumento del encarcelamiento, la situación de los encarcelados, o la violencia institucional.

Las intervenciones del CEJA en su *campana permanente por la reforma procesal permanente* fueron acompañando o se dieron en períodos de aumentos de tasas de encarcelamiento. (21)

Volviendo al informe de “El preso sin condena...” de 1983 y a los nobles objetivos que lo inspiraban, poner el foco en las tasas comparativa de presos sin condena y presos condenados, sin tomar en cuenta la cantidad y la calidad de los encarcelados y perseguidos por el sistema penal, resultó una trampa trágica. Chile, otro de los casos “modelo” de esta nueva oleada de reformistas, multiplicó con asombrosa rapidez su tasa de encarcelamiento desde la reforma y aparecieron los atroces sufrimientos de la superpoblación carcelaria. Sin embargo, Chile es el sistema hoy considerado “modelo”, pues está en los mejores países de la región en relación a su tasa de presos sin condena, menos de un cuarto del total (lo cual en los términos del CEJA es un éxito). Esta ecuación (más presos totales, menos porcentaje de presos sin condena) sólo se explica en tanto se condene al preso con más rapidez (pasa menos tiempo en

(21) Por ejemplo, en república Dominicana, entre 1992 y 1999 la tasa de encarcelamiento pasó de 145 a 168. Luego no hay cifras hasta el año 2003. Desde ese año hasta 2011 creció de 189 a 212. Esto significó que su población carcelaria pasara del 138% de la capacidad del sistema en 2005/2007 al 178% en el 2011. Chile dictó su código procesal penal acusatorio en el año 2000. Entre 1995 y 2000 la tasa de encarcelamiento creció de 148 a 215 (45% en cinco años). Entre 2001 y 2005, los primeros años del CPP creció poco o se estancó, de 216 a 225 (4% en cinco años). Y luego comenzó a acelerarse nuevamente, saltando a 259 en el año 2006, y llegó a su pico en 2010 con 320/100.000 en 2010, según el ILANUD (y 351 según alertamerica.org) para bajar fuertemente en el año 2012 gracias a una ley de indulto como remedio para su crisis extrema de alojamiento penitenciario. Es que tanta persecución penal significó además una superpoblación brutal: en el período 2005/2007 tenía su población penal al 168% de la capacidad, y en el 2011 al 298% de su capacidad, es decir los presos efectivos triplicaban la capacidad penitenciaria establecida.

prisión preventiva); pero esto no quiere decir que se reduzcan los tiempos del encarcelamiento en general, y por el contrario, en general se extienden (por supuesto, tampoco cambia ni el perfil de los delitos o los autores perseguidos), y la cantidad total sube. En menor medida esto ocurrió en casi todos los países latinoamericanos que adoptaron las recetas reformistas (véase Carranza, 2012). Después de un par de décadas de reformas, otros países continentales de la zona con fuerte influencia norteamericana tuvieron el honor de alcanzar las cifras de encarcelamiento cercanas a los 300/00.000 que siempre tuvieron los países de tradición anglosajona de la región. Ya vimos el caso de El Salvador. Panamá tiene 378. Un poco más lejos, pero en ascendente carrera, Costa Rica ya está por llegar a los 300, y también crece fuerte República Dominicana que va por 241, igual que Colombia.

Pero no se trata de que la reforma al acusatorio genere encarcelamiento: en los distintos países latinoamericanos la reforma se dio al comienzo, luego de un par o luego de muchos años de aumento sostenido del encarcelamiento. Es decir, lo curioso entonces, es que siempre coincide con ella. La acompaña: la reforma ocurre cuando aumenta el encarcelamiento. Y tiene como efecto convertir a los presos sin condena en presos con condena.

Para comprender, sin embargo, la conexión entre las reformas y su contexto entre los años 90 y la primera década del siglo XXI. Debemos recordar nuestro breve esbozo de las campañas antiimpunidad y la relevancia política que comienzan a tener, es decir, como comienzan a ser agenciadas, recibidas y respondidas, por el ámbito político a través de la demanda y la promesa de “seguridad”. Langer menciona que la campaña de reforma en América Latina (entre los años 80 y 90) tuvo éxito político porque parecía poder servir para resolver varios problemas gubernamentales: 1) La transición a la democracia y la necesidad de demostrar ajuste a los estándares de derechos humanos; 2) crecientes tasas delictivas, reales o percibidas y el aumento de la preocupación pública sobre el delito desde los años 90; 3) creciente interés, desde los años 80 y 90 en los organismos internacionales en intervenir en el cruce de desarrollo económico y estado de derecho. Sobre estas demandas de la política nacional e internacional, los expertos activistas presentaron su propuesta como solución. La necesidad de demostrar mejores estándares de cumplimiento de los derechos humanos y *al mismo*

tiempo la creciente percepción y preocupación pública sobre el delito que “colocó a la eficiencia del sistema de justicia penal en la agenda de muchos gobiernos latinoamericanos y abrió ventanas para políticas públicas para reformadores proponiendo la adopción de códigos acusatorios” (Langer, 2009, p. 18). De tal manera, los expertos pudieron vencer a gobiernos tanto de derecha como de izquierda de la conveniencia de la reforma, con argumentos tanto de derecha como de izquierda.

Duce, Fuentes y Riego (2009) del CEJA reconocen que es típico de estas reformas -ha ocurrido en casi todos los casos- sufrir “contrarreformas” los años posteriores, que alteran sobre todo, al régimen puramente cautelar de las medidas de coerción, introduciendo criterios peligrosistas y estableciendo la inexcusabilidad de ciertos delitos. Estas contrarreformas, y el clima político de demanda antiimpunidad -que por supuesto critican-, unido a la mayor eficiencia y celeridad de los sistemas acusatorios, explicarían esta alza. Los autores del CEJA, cargan sus tintas contra estas contrarreformas y el clima punitivo contra la impunidad que las motivan, pero, en otros pasajes reconocen, sin embargo que el inicio de estos reclamos punitivos, facilitó y ayudó a generar el consenso político para lanzar las reformas en cada país. “Dentro de los elementos que permitieron generar consenso político por el cambio no sólo estuvo presente la idea de dar una mayor protección de los derechos fundamentales, sino que también producir una mejora en el funcionamiento y eficacia del sistema. A su vez esto generó expectativas de los ciudadanos respecto a sus resultados. En relación con esto es necesario indicar que desde finales de los años ochenta del siglo pasado la región se ha visto afectada por la percepción generalizada de que las tasas de criminalidad han sufrido un aumento sostenido en el tiempo y que el sistema de justicia criminal no ha entregado respuestas apropiadas. De hecho, esta percepción estuvo presente en los diversos procesos de reforma a la justicia, siendo uno de los fundamentos que legitimó la transformación de los sistemas inquisitivos a sistemas acusatorios” (Duce, Fuentes y Riego, 2009, p. 54).

En síntesis, de la misma historia que trazan sus propios protagonistas queda claro que el “contexto punitivo” no fue un mero accidente o una mera coincidencia en la historia de las reformas, sino que fue condición de posibilidad para su éxito político. ♦