

## La urgencia (y los horizontes) de una política criminal humanista

MARIANO HERNÁN GUTIÉRREZ

Mestre em Criminologia pela Universidade de Lomas de Zamora. Doutorando em Sociologia pela Universidade de Buenos Aires.

**ÁREA DO DIREITO:** Penal; Processual

**RESUMEN:** Asistimos a una época de expansión penal curiosa, que coincide con un avance en las teorías progresistas y humanistas del derecho y la progresiva ocupación de espacios de influencia de los profesores que las sustentan. A pesar de este avance, el observable del sistema penal no se ha modificado en sus principales rasgos de selectividad y crueldad. En gran parte esto se debe a que aún prevalece una cultura jurídico penal formalista, y la estrategia del garantismo penal se ha refugiado en la idea de resistencia, claudicando sobre sus expectativas de una verdadera transformación institucional. Como remedio se propone recuperar el desafío del “realismo” e involucre activamente en el conocimiento e intervención sobre las prácticas institucionales. Y, en segundo lugar, ello supone ampliar la concepción jurídica crítica integrando los derechos sociales fundamentales a la lectura de los problemas penales.

**PALABRAS CLAVE:** Formalismo – Realismo – Prácticas institucionales – Garantías individuales – Derechos sociales.

**ABSTRACT:** We are witnessing a curious criminal era of punitive expansion, which coincides with an increase in the progressive and humanist theories of law and an increasing influence of teachers who support them. Despite this progress, the observable criminal justice system has not changed in its main features of selectivity and cruelty. In large part this is because in criminal justice culture still prevails formalist analysis and proposals, and the strategy of penal guarantees has taken refuge in the goal of resistance, giving in on their expectations of a real institutional transformation. As a remedy we propose, first, to recover the challenge of “realism” in the way it was proposed by Latin American critical criminology, actively involving ourselves in the knowledge and intervention on institutional practices, and, second, to broaden the critical legal approach integrating basic social rights to legal answers to criminal problems.

**KEYWORDS:** Formalism – Realism – Institutional practices – Individual rights – Social rights.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. La pasión por la forma – 3. El derecho como *fin* o el derecho como *instrumento* – 4. La vuelta a la perspectiva de derechos.... incompleta – 5. Incorporar los derechos sociales a la perspectiva de derechos – 6. Palabras finales, hechos iniciales – 7. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Seguramente no sería una originalidad de mi parte recordar aquí la ambigüedad de títulos tales como “ciencias criminales” o “políticas criminales”. Todos aquellos relacionados aun mínimamente con tales asuntos saben perfectamente que se trata más bien de “ciencias” o “políticas” “(sobre la cuestión) criminal”. Sin embargo no deja de ser llamativo que aún sigamos utilizando estos títulos ambiguos, pues para el lenguaje común, un sustantivo adjetivado como “criminal” haría referencia a una naturaleza moralmente aberrante del objeto, o, como dice Pavarini, “abyecta”. Así, en realidad, lo que estaríamos diciendo para un oído no entrenado es que nuestra política y nuestra ciencia, es “criminal” en sí misma. Y creo que algo de esto estamos aceptando, implícitamente, los que nos dedicamos a una “ciencia criminal” o a pensar “políticas criminales”. También podríamos pensar que la dificultad de “sacarse de encima” el apelativo de criminal (por ejemplo en la palabra “criminología”) no es casual: justamente la criminología nace de pretender equiparar todo *delito* a lo *criminal*, todo *hecho contrario a la ley* a lo *aberrante*, el hombre que delinque a *el hombre delincuente*, el monstruo, el anormal. Es curioso que los juristas, que con tesón y buen juicio tanto han resistido a este tipo de criminología durante más de un siglo, sigan (¿sigamos?) cayendo en su trampa semántica. Pero por esta misma naturaleza doblemente criminal de nuestra política respecto a los delitos –porque es sustancialmente criminal, en tanto nunca dejar de una política sobre la aplicación de dolor, y porque hereda un lenguaje criminológico original, que a pesar de todo lo que se le ha dicho, sigue marcándola–, es que nunca deja de ser urgente la necesidad de plantearse *una política criminal que sea menos criminal*. En todo caso, una política, más técnica, menos moralista, pero a la vez, menos aberrante,

más humanista<sup>1</sup> ¿no debería llamarse política *delictiva*? No abandonaríamos la ambigüedad, en tanto esta política será siempre también ella misma delincuente –pues toda política sobre los delitos necesariamente implica es perseguir ciertos autores por ciertos hechos y encubrir (dar inmunidad o impunidad) a otros autores por otros hechos–, y, la ironía exquisita es que en una sociedad cuya ley se pretende igual para todos, el meta-delito, el ilegalismo por excelencia es justamente, distribuir –según criterios distintos a los imposibles e imaginarios de la ley– el poder de definir y administrar los *ilegalismos* y la *delincuencia* (FOUCAULT, 1976) el régimen de tolerancia/intolerancia, de pena/impunidad (PEGORARO, 2006).

En definitiva ¿qué significaría una política criminal humanista, si de todas formas nunca dejaría de ser criminal o delictiva? No puedo responder a esa pregunta. La proyección de la abolición del sistema penal es tan seductora como lejana, y muchas veces nos olvidamos que el verdadero mensaje del abolicionismo es mirar a los problemas en concreto para abordarlos de otra manera, y no platearse la revolución inmediata.

Por otro lado, tampoco creo verme en la necesidad de exponer ante este foro el por qué sería *urgente* hacerlo. Tratándose de un foro de expertos en la materia, todos aquí sabrán de cómo se manifiesta la selectividad penal en sus respectivos países, de cómo se administra el régimen de pena/impunidad, persecución/inmunidad, y cómo se aplican los castigos; el grado de violencia en la cárceles, pero también el grado de violencia que la precede y la alimenta en los juzgados (el desprecio por el justiciable, la deshumanización del operador jurídico, la violenta sacralidad de las jerarquías en el mundo intrajudicial y para con el justiciable, la desidia, el racismo o el clasismo que persisten en la mentalidad de los operadores y que determinan las acciones y los resultados de las prácticas policiales y judiciales), violencia que precede y habilita a la de las instituciones de reclusión. En definitiva, aunque creo que sí es tarea de todo criminólogo demostrar con

---

<sup>1</sup> No voy a plantear disquisiciones filosóficas sobre este término. En todo caso, sobrevuela en nuestra cultura jurídica una clara concepción de qué significaría una concepción “humanista” respecto del sistema penal. Esto es: partir de la preocupación por el ser humano, por su dignidad e integridad, antes que por el mantenimiento del orden o el funcionamiento del sistema. El humanismo al que aquí haré referencia es, en todo caso un programa de pensamiento, una pregunta abierta (desde el renacimiento hasta hoy, haciendo pie, principalmente en la ilustración). En todo caso, y a partir de planteármelo como un programa siempre en construcción es que en muchos pasajes lo identificaré con el “progresismo”, término con el que tampoco intento apelar a su significado original, con ciertas connotaciones futuristas y evolucionistas, sino que lo utilizaré en el sentido político general que suele tener coloquialmente.

datos empíricos la crueldad y desigualdad del sistema penal, no va a ser este el centro de mi intervención en esta oportunidad. Atenta contra ello, entre otras cosas, lo heterogéneo de nuestros países, y las dificultades para conocer el cada caso el grado de fiabilidad de las estadísticas oficiales. Esa tarea es preferible que sea manejada por cada uno de los expertos en su propio terreno.

Sin embargo será útil ilustrar, con mucha brevedad algunos datos de la Argentina que seguidamente en mayor o menor medida serán reconocidos como propios por muchos de los presentes de distintas países.

El sistema penal argentino se comporta con asombrosa constancia: en 1998, el 53,4% de las condenas aplicadas por el sistema penal lo eran por delitos contra la propiedad (hurtos y robos); y a los que se debe sumar los delitos contra “administración pública” (casi todos encubrimientos por robos menores), 4,48%. Entre ambos superan el 66%. En 2007, nueve años después, los números se mantienen similares: las condenas por robos y hurtos son el 54,80% del total, y los encubrimientos 6,25 %. Ambos dan el 62%.<sup>2</sup>

Respecto de los encarcelados alrededor del 61% lo está por delitos contra la propiedad, el 15% por delitos de homicidios y tentativas y el 8,4 por drogas. También estas cifras se mantienen constantes.

Como se sabe, las cárceles están pobladas casi exclusivamente por la clase baja. El 80% de quienes se encuentran allí eran desocupados o sub-ocupados (40% para cada categoría). El 50% no tuvo ni profesión ni oficio (el 41% tuvo algún oficio, pero no profesión; el 9% sí tuvo profesión). El 80% no llegó a la educación secundaria (de esta cifra, 6% nunca tuvo educación formal, 21% empezó la primaria, 53% terminó la primaria pero no empezó la secundaria). Estas cifras son actuales, pero muy similares a las de hace diez o cinco años.

A nivel total de delitos la tasa promedio de condena contra la tasa de hechos conocidos en todas las provincias fluctúa entre 0,1% y 3% (acelerándose a un 4% en algunos casos en los últimos años, gracias a nuevos institutos procesales que acortan el plazo procesal, evitando el debate oral). Enorme margen de selectividad y de administración arbitraria

---

<sup>2</sup> Todos estos datos están tomados de los sistema informativos del Ministerio de Justicia de la Nación, especialmente del Sistema Nacional de Información Criminal (Snic, en sus informes anuales de 2001 a 2008, y Sistema Nacional de Estadísticas de Establecimientos Penitenciarios, Sneep), en los casos que corresponde corregidos por el Centro de Estudios legales y Sociales (Cels) en sus informes anuales.

del poder tanto de perseguir, como de condenar, y tanto de someter a proceso con mayor o menor restricciones, de condenar simbólicamente (con una prisión en suspenso), como de encarcelar efectivamente (con o sin condena). Más precisamente, para llegar a la condena existe un margen de entre el 97% y el 99,9% de selección. Dentro de la selección de los delitos que quedan sin condena, debemos ubicar a todos los “delitos de los poderosos”, los delitos de cuello blanco –salvo aquellos, muy excepcionales, que por una coyuntura especial generan escándalo público, y los delitos de las mismas fuerzas de seguridad y sus socios en el delito organizado, por supuesto. De todos ellos no podemos obtener una cifra negra confiable, pero nuestra práctica tribunalicia y como abogados nos advierte que la inmunidad en estos casos es casi absoluta.

A fines de los años 80, la Argentina ostentaba una tasa de encarcelamiento media-baja: alrededor de 110 personas cada 100.000 habitantes. Hoy, agregando a las estadísticas penitenciarias los detenidos en comisarías, tenemos una alta tasa de encarcelamiento que supera los 162 cada 100.000 habitantes. Al mismo tiempo, todos nuestros sistemas soportan alta superpoblación carcelaria (CARRANZA, 2001), y graves problemas para lograr que los internos vean respetados incluso sus derechos más básicos (y en consecuencia, proliferan las denuncias ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos).

Lo curioso de todo esto es que mientras el sistema penal, en su comportamiento observable, permanece constante, hemos vivido una época de triunfos progresistas en la academia, creciente influencia legislativa y paulatina conquista de cargos de la magistratura por jueces-profesores indudablemente democráticos y humanistas.

Los abogados y juristas solemos denunciar o en el mejor de los casos analizar el funcionamiento de otras agencias, su fracaso, y sobre todo su responsabilidad en hacer imposible cualquier tipo de política criminal (más) humanista. Incluso, en ambientes predominantemente académicos podemos criticar a la justicia y a los jueces (como si fueran otros). Sin embargo, en vista de que hemos conquistado algunos logros, pero no hemos logrado cambiar en nada el observable real del sistema, creo que otra parte de los engranajes del sistema penal que debemos analizar es el de los propios juristas: profesores de derecho, magistrados y funcionarios judiciales. Esto puede parecer una herejía, y sé que al poner el foco aquí y no en las otras instituciones, efectivamente, muy

probablemente esté cometiendo una herejía que molestará. Pero esto no significa que debamos abandonar ni la vigilancia ni la pretensión de cambio de las otras agencias penales, significa que tal vez encontremos impedimentos más cerca de lo que creemos, en nuestro propio ojo, generando el punto ciego clave del sistema, que nos impide avanzar.

Por otro lado los grandes profesores de las corrientes críticas nos han legado muchas hipótesis de qué hay en el sistema, qué hace, y por qué el sistema funciona como lo hace. Pero luego de ello, sus seguidores hemos fallado en tratar de explicar el cómo: cómo es que estos grandes factores históricos hacen que esta institución funcionen de esta manera, cómo de producen los saberes burocráticos, el verticalismo, el formalismo; cómo se resiste a las reformas, cómo se organizan esos actores para hacerlo.

Luego de ahondar un poco más en estas observaciones, no eludiré el compromiso de mencionar cuáles creo que podrían ser direcciones posibles. Lo que aquí vengo a proponer no tiene que ver con la repetida fórmula de enfocar la mirada, o mirar más allá. Al contrario, la propuesta implica dos movimientos aparentemente antagónicos: un *acercamiento* de la mirada, y una *ampliación* de la mirada. En lugar de seguir tratando de ver *más allá*, ver en lo más *cercano*, y en lugar de concentrar la mirada en lo penal, prestar atención y aprender de lo que pasa en la mirada *periférica*, en los bordes del sistema penal.

## 2. LA PASIÓN POR LA FORMA

La desigualdad en la persecución penal sea tal vez, uno de los rasgos más visibles y a la vez más claves de las injusticias que en un primer momento movilizan a todo jurista crítico o criminólogo crítico. Allí encontramos reunida la idea antidemocrática de los privilegios de unos por sobre otros, el resultado de que el castigo lo pagan los más pobres y no los peores delincuentes, la sensación de que la justicia tiene precio, en definitiva, nuclea gran parte de las *injusticias de la justicia* y en fuente de la crisis de legitimidad de la justicia. El otro, por supuesto, la brutalidad en las agencias de seguridad, y sobre todo en las cárceles, que echa por tierra cualquier ficción de la civilización como destinada a un menor y más racional uso de la fuerza y la violencia física, un presupuesto filosófico del derecho penal liberal.

Pero estas no son épocas tan oscuras. A pesar de soportar un contexto de punitivismo y populismo punitivo (para esta discusión, en la Argentina véase SOZZO, 2007), los juristas han logrado importantes avances a nivel de la interpretación de garantías constitucionales, de reclamar independencia política y científica del derecho por sobre el sistema político, de la integración de sus órdenes normativos al sistema interamericano de derechos humanos, de la revalorización del lenguaje de los derechos por sobre otros discursos (disciplinarios, del orden etc.) (GUTIÉRREZ, 2011b).

Por ejemplo, en el caso argentino, desde la década del 90, y como resultado del esfuerzo de los juristas que comenzaron a ganar espacios en la academia desde los años 80 y durante los 90 (E. R. Zaffaroni, J. B. Maier, E. Hendler, que hasta hace muy poco era prestigiosos titulares de cátedras, y sus equipos de abogados juristas y criminólogos muy bien preparados que los están sucediendo), hemos vivido una serie de reformas indudablemente humanistas en casi todas las áreas del derecho penal. Anteriormente, el código de procedimientos federal y todos los códigos provinciales eran de tipo inquisitivo. En las últimas dos décadas, el sistema federal se ha reformado hacia un inquisitivo con rasgos acusatorios y la mayoría de las provincias del país lo ha seguido, con códigos bien marcadamente acusatorios o bien inquisitivos pero incorporando muchas de las garantías propias del acusatorio. Esta reforma, lenta pero constante, ha estado fogueada por argumentos seguramente también muy conocidos aquí, y la mayoría muy ciertos: que el acusatorio tiene un origen de resistencia al poder, o de representación popular, que garantiza la igualdad entre las partes; que el sistema inquisitivo es herencia de la colonia y por ende del absolutismo, que en él el juez se hace dueño del imputado convirtiéndolo en objeto de prueba, y la víctima simplemente es excluida, que al ser un sistema de averiguación de la verdad histórica por naturaleza no es afín a una lógica de las garantías individuales, en fin, certeras críticas que demuestran que el sistema inquisitivo es incompatible con la democracia y las garantías individuales, y el acusatorio, en cambio, tiende a ser la forma más compatible con ellas. La jurisprudencia, en esto mucho más lenta, pero en los últimos años de forma predominante, también ha ido apoyando o forzando este cambio, principalmente en lo que respecta al respeto a ciertas garantías como la garantía de la defensa efectiva durante el proceso, paridad de armas, la prisión preventiva sólo como medida cautelar etc.

A nivel de la interpretación de la ley penal, quien es hoy el penalista más prestigioso del país (claramente, me refiero a Zaffaroni, sobre quien volveremos constantemente), junto con otros profesores, comenzaron en los años 70 y 80 una crítica a las escuelas dogmáticas hasta entonces aplicadas mayoritariamente (causalistas). Los argumentos de esta crítica y de su propuesta originalmente y a mi juicio, eran muchos más endebles que los de los procesalistas. El principal argumento era que la teoría causalista del delito, tal cual se utilizaba, no respetaba “la ontología” de la acción (ZAFFARONI, 1998, t. III, p. 27) y que por ello estaba asociado a resultados autoritarios como en las escuelas alemanas neokantianas y filonazis.<sup>3</sup> En cambio la teoría finalista del delito tenía su origen en la socialdemocracia alemana de posguerra, y era “respetuosa” con la naturaleza ontológica de la acción (ZAFFARONI, 1998, t. III). Si bien muchos causalistas con probada filiación garantista dudaron de la razonabilidad de esta argumentación, lo cierto es que entre los años 80 y 90 el finalismo se impuso de la mano de un discurso garantista en la mayoría de las academias de derecho argentinas, a tal punto que en el discurso de la mayoría de los profesores hoy garantismo como filosofía jurídica y finalismo como la teoría dogmática se implican mutuamente. En la Universidad de Buenos Aires, la mayoría de cátedras finalistas disputan con la minoría funcionalista, pero ya no quedan cátedras causalistas. La jurisprudencia, más rezagada en estos temas, parece estar siguiendo el mismo camino.

Finalmente, la tercera gran demanda y reforma de la academia humanista al sistema penal argentino desde los años 80 ha sido la derogación del sistema tutelar de menores. También de la mano de las anteriores, y protagonizada por profesores visiblemente emparentados con los que motorizaron las reformas anteriores (principalmente por el jurista y criminólogo, en aquel entonces progresista, Emilio García Méndez, un poco más tarde, en los años 90 se hizo reconocido como el impulsor de esta crítica (véase entre muchísimas otras obras, GARCÍA MÉNDEZ, 1992 y 1996). También los argumentos son conocidos a nivel internacional, pues, como las anteriores, forman parte de movimientos interuniversitarios internacionales: El sistema penal tutelar convierte al niño en un menor,

---

<sup>3</sup> Aunque el viejo Zaffaroni se cuida mucho de decir esto en su clásico *Tratado de derecho penal* (aquel que tuvo vigencia hasta 2001), y hasta advierte en contra –véase el Capítulo XIV, del t. III, 1998–, así era resumida en las clases e intervenciones informales la argumentación, y repetida hasta el cansancio por los profesores “zaffaronianos”, y así se popularizó, en la cultura jurídico-penal esa crítica.

al sujeto en un objeto, lo despoja de sus derechos y somete a una supuesta autoridad benigna y paternal del juez, ese sometimiento siempre ocurre internándolo coactivamente en instituciones, que, por otro lado, funcionan de manera idéntica para castigar como supuestamente para reeducar o proteger; haciendo de todo el sistema un festival de eufemismos que oculta una realidad institucional terriblemente violenta. La solución sería resignificar al niño como sujeto de derechos y así, distinguir un sistema de protección que no tenga que ver con la lógica penal de ningún tipo (para niños víctima o desamparados) y uno sancionatorio o penal atenuado (para jóvenes que han infringido la ley penal), sin eufemismos (entre muchos otros posibles, véase HELFRICH, 2002). La experiencia internacional sobre la suerte de los sistemas sancionatorios a jóvenes infractores y sobre todo la resistencia de muchos de los actores involucrados ha frenado la segunda parte de esta reforma (una ley penal juvenil de alcance nacional), sin embargo, tanto a nivel de la protección como a nivel procesal-sancionatorio podría decirse que la reforma también ha logrado ser mayoritaria. No se ha sancionado un código penal juvenil, pero a nivel nacional se ha sancionado la Ley 26.061, de Protección Integral, y la mayoría de las provincias ha reorganizado su justicia de menores en sistema penal juvenil, distinguiendo al circuito de la protección del circuito judicial penal juvenil.

Algunos de esos profesores están nucleados en dos organizaciones de enorme peso político que junto con estudiantes, y jóvenes abogados trabajan en el análisis del sistema judicial y en propuestas de reforma (como son el Inecip –Instituto Nacional de Ciencias Penales– y el Cels –Centro de Estudios Legales y Sociales–). Pero eso no es todo. A pesar de los conocidos y extendidos fenómenos de inflación penal, y de esporádicas oleadas punitivas, que hoy son comunes a todo el mundo occidental, se han sancionado las leyes de carácter y orientación indudablemente progresista y humanista más importantes de la historia del derecho penal argentino, como la inclusión de los pactos internacionales de derechos humanos en el cuerpo constitucional, entre ellos el pacto y el protocolo contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes etc.

En síntesis, la corriente humanista, progresista y democrática en la academia jurídico penal, que además se nutre de profesores muy activos y militantes, *ha ganado muchos espacios, y ha logrado imponer mayoritariamente muchas de las reformas que, se suponía, harían al sistema penal menos violento y más democrático.* Pero, como dice

Pegoraro (2006), “el operador sociológico del sistema penal es no tanto el enunciado de la norma, sino su funcionamiento, digamos su aplicación o no aplicación ya que entre el enunciado y la aplicación o ‘descarga’ de la norma existe un ‘espacio de mediación’ cuyo observable es el funcionamiento concreto del sistema penal de la cual la norma forma parte”. ¿Cómo se explica entonces que la constante observable del sistema penal que antes describiéramos? ¿Qué está fallando o en que hemos fallado? ¿Acaso no eran estos indudables puntos fuertes de la prédica humanista y garantista en lo penal? ¿Si no hubiéramos logrado todo esto, el sistema sería igual de violento, tal como es, o lo sería aún más? ¿Y aún si llegásemos a la conclusión de que el sistema sería aún peor, no estamos demostrando igualmente una dosis bastante fuerte de ineficiencia al poner tanto esfuerzo, tanta biblioteca, tanto debate, tanta clase, tanto seso y tanta pasión, para no terminar transformando sustantivamente nada “a favor” de un sistema más humanista, en lugar de simplemente *resistir* que sea aún algo peor?

La historia de los sistemas penales es pródiga en burlarse de las buenas intenciones. Tal vez, este divorcio permanente, esta dislocación estructural, origen de los resultados inesperados en las reformas jurídicas, sea una carga que el sistema penal arrastra desde su pecado original: mientras el Marqués de Beccaría tiraba abajo el viejo régimen y fundaba el derecho penal moderno, pensando en una función democrática del derecho penal y los castigos, liberaba el paso para un nuevo tipo de instituciones disciplinarias, que tomarían por asalto la realidad de los castigos, fundando la cárcel moderna como un régimen cerrado, donde se aplicaría un saber de dosificación técnica del dolor, muy lejos de la imaginación de Beccaría y los otros contractualistas (FOUCAULT, 1976).

Las medidas de control social “blando”, supuestas alternativas al encierro, como la *probation*, el arresto domiciliario controlado por pulsera electrónica, y todos los medios atenuados de coerción o de castigo sin prisión, sirvieron en los 80 (y 10 años después en la periferia) no para reducir la aplicación de la cárcel y los castigos duros, sino que se sumaron a ellos, ampliando los alcances de la red del sistema penal de control social (COHEN, 1985).

En Estados Unidos, el movimiento en favor de los presos que no podían pagar la fianza impulsó la creación de perfiles sociales favorables de personas “confiables” (trabajo estable, vecino integrado a la comunidad, familia constituida), para que a pesar de no

poder pagar su fianza, fueran excarcelados bajo palabra. En los 80, ese mismo “profiling” fue usado a la inversa, para establecer el grado de riesgo de ciertos delincuentes (los consumidores de drogas) y por lo tanto denegar cualquier tipo de excarcelación bajo ningún tipo de fianza (FEELEY, 2008).

A partir de los movimientos de deslegitimación de todo el complejo penal disciplinario, el grito de “nada sirve” (expandingo en realidad la pregunta de MARTINSON, 1974) en los setenta en los contextos centrales, un grito de origen crítico y libertario, coincidió, sin poder verlo a tiempo, con el surgimiento del realismo de derecha, un movimiento que renegaba de todo tipo de criminología científica (GARLAND, 2004, capítulo III), apelando al sentido común para promover la mayor violencia estatal, y que termina teniendo éxito con la consabida fórmula de “tolerancia cero”.

El sistema penal juvenil, “vendido” como la solución para las perversidades del sistema tutelar, como una vuelta a la lógica de los derechos, sin estar contaminados por el paternalismo del Estado, al establecer la responsabilidad juvenil por sus hechos, puede liberar la punitividad a los jóvenes, y permitir más altas tasas de encarcelamiento y penas más severas (véase sobre todo las advertencias de NIÑO, 2010 y PITCH, 2003, capítulo V, y algunas críticas más afincadas en contextos políticos en concreto en CORTES, 2007 y CIAPPINA, 2011).

En el caso argentino, institutos que suponían ser garantistas y propios de un sistema acusatorio más democrático, como el juicio abreviado (la negociación de culpabilidad y pena), introducido en 1997, no lograron ni bajar las penas ni favorecer una justicia más rápida para el imputado, sino que utilizados por los acusadores para presionar al imputado para una pronta clausura del proceso, terminaron siendo meramente extorsivos: el fiscal amenaza con una pena mayor si se va a juicio oral (los efectos represivos de la institución fueron tempranamente advertidos por ANITÚA, 2001). Los ejemplos no sólo históricos sino actuales, abundan, en todos los circuitos judiciales del país (véase GUTIÉRREZ, 2010a).<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> En definitiva, podríamos englobar todos estos efectos perversos dentro de un gran fenómeno que Niño llama “la paradoja de los sistemas penales contemporáneos”: “Los sistemas penales contemporáneos, creados para garantizar la incolumidad de los Derechos del Hombre en convivencia, constituyen, en las antípodas de su misión, marcos bajo los cuales se perpetra una sistemática vulneración de esos mismos derechos” (1996, p. 108)

Decía Zaffaroni hace casi 10 años en su obra bisagra *Hacia un realismo jurídico penal marginal* (1992) resumiendo sus coincidencias filosóficas con Ferrajoli: “O el derecho penal sirve para contener límites o reducir un poder deslegitimado, o no sirve para nada”. Pues bien, si esta es su única función válida, deberíamos entonces pensar que hasta ahora no ha servido para nada ¿Continuamos presos de aquel “voyeurismo impotente” que el mismo Zaffaroni (1992, p. 15) criticaba?

Sobre el funcionamiento de las agencias penales, decía el mismo autor que sabemos que en nuestro margen no funcionan conforme la legalidad “pero también sabemos que estructuralmente eso es una ilusión, porque nuestro desarrollo no es lineal y porque los mismos teóricos centrales nos avisan que los sistemas penales nunca funcionan como lo habíamos imaginado” (ZAFFARONI, 1992, p. 19).

Sigue el gran autor: “Ante esto, continuamos con nuestro discurso jurídico-penal, del mismo modo que lo habíamos hecho antes, porque su perversidad es tal que nos impide desprendernos del mismo, dado que es el único instrumento con que el reducido poder de los juristas, puede pretender contener algunos excesos de los muchos que nos desbordan. Es una posición hartamente incómoda (...)” (ZAFFARONI, 1992).

Pues, es cierto que la posición es incómoda, pero, creo yo, no es cierto que los juristas sólo tengan esta herramienta, ni que tengan un poder tan reducido. Tienen otra mucho más valiosa para el conocimiento sociológico y antropológico, una que cualquier sociólogo envidiaría. Como abogados, como operadores del poder judicial o de las otras agencias penales, *los abogados y juristas tienen una posición privilegiada interna que les permite conocer el funcionamiento real de esas agencias*, sus verdaderas formas de tratar los conflictos, de administrar a las personas, de constituir saberes, de negociar posiciones de poder, de crear discursos, y no en abstracto, sino en concreto, en cada caso, en el mismo momento de su funcionamiento, viendo a sus actores actuar. Nadie conoce tan bien como un juez o un abogado prácticamente la “cabeza” de una institución como aquella con la que trabaja. Nadie puede estar tan bien posicionado como para comenzar investigaciones empíricas que deriven en propuestas. El destino incierto y muchas veces contraproducente, por ejemplo, de una buena reforma legal en el uso tribunalicio, puede ser perfectamente anticipado por un juez o un abogado atento.

Sin embargo, en el mismo texto en que Zaffaroni nos desafía al realismo, pierde su huella, cuando, frente a tal objetivo, centra su respuesta en hacer una nueva dogmática penal propia, desde el margen. Si es cierto que las agencias penales tienen una forma de funcionamiento dada por condicionantes estructurales ¿por qué se piensa que esta forma de funcionamiento puede ser cambiada o incluso frenada desde el derecho? ¿No se dijo justamente, que no obedecen a la norma del derecho, sino a normas de funcionamiento propio? ¿Cuál es el grado en que el derecho puede influir ese otro sistema normativo no escrito, el de las prácticas institucionales? *La obra cae nuevamente en el formalismo, frente a una urgencia de realismo que él mismo había planteado.* El mismo curso han seguido muchos juristas críticos y reformistas.<sup>5</sup>

Terminar con un discurso jurídico de mera resistencia ¿no es una claudicación del impulso crítico? Parecería ser que los juristas humanista terminan por lograr las reformas que proponen pero no por lograr los objetivos de cambio estructural del sistema que aquellas reformas prometían cumplir. Y yo creo que hay varias razones para ello.

Como ya se habrá adivinado, uno los factores que, creo, debemos tomar en cuenta, es un *persistente formalismo*<sup>6</sup> de muchos los juristas humanistas para abordar una crítica al

---

<sup>5</sup> Por supuesto, la crítica se refiere estrictamente a la desconexión en la lógica interna de esa obra, pero como una sinécdoque del rumbo que en general marcará a todo el impulso crítico. En el mismo momento, Zaffaroni trabajaba sobre las estructuras judiciales, por ejemplo, en su conferencia en Ecuador de 1992 (publicada en 1994) sobre “la dimensión política de un poder judicial democrático”, es decir, sobre cuestiones “reales” y concretas. Pero aun así, se trata de conceptos y de análisis generales, líneas de reflexión y propuestas que no estuvieron seguidas por (ni sustentadas en) investigaciones empíricas o de mediano alcance (empíricas conceptuales), más que el fruto de su experiencia y *expertise*. Es decir que los seguidores y lectores de la obra no han producido investigaciones empíricas sobre cómo esos problemas se manifestaban en las agencias en concreto (el poder judicial de tal país o provincia), que al relocalizarlas y poner a prueba sus intuiciones, sirvieran para crear análisis, categorías y conceptos propios que ayudaran a una reforma. Más bien se trató de repetir sus propias observaciones generales, como si fueran un punto de llegada y no un punto de partida. En el año 2003 Zaffaroni continúa marcando rumbos analíticos y observaciones políticas sobre el problema de la organización judicial. En estos 11 años se ha generado escasa, si es que alguna, investigación sociológica sobre el poder judicial, sea sobre las observaciones e hipótesis que él plantea o sobre otras, que vayan más allá de una crítica política, que sean una análisis científico y situado (la excepción viene de la mano de las antropólogas y antropólogos de la Facultad de Filosofía, liderados por Sofía Tiscornia, es decir, por fuera del mundo de los juristas).

<sup>6</sup> En lo que aquí llamo “formalismo” incluyo los dos fenómenos que Binder (2011) llama conceptualismo y neutralidad. A mi juicio, tanto ellos como el “ritualismo”, que este autor también analiza, son todas características de un cierto pensamiento jurídico “formalista” en general. El conceptualismo es para este autor centrar los debates sobre los conceptos, sobre la naturaleza jurídica de ciertos objetos, sobre detalles clasificatorios de ubicación de elementos en métodos arbitrarios, que la academia jurídica coloca en la agenda, y que tiene el efecto de “alejar la consideración del derecho del juego de intereses.” Luego, sobre la neutralidad afirma que: “Amparándose en el principio de “igualdad”, que ha sido constitutivo del discurso jurídico de la modernidad, se ha podido ocultar intereses bajo la “mascara” de la neutralidad (...) la pretensión de igualdad completa de las revoluciones burguesas y de la cultura contemporánea ha

sistema penal (esto es, sostener que el problema radica en las formas y en los discursos del sistema penal); y aun cuando la crítica parta del realismo, el formalismo subsiste a la hora de elaborar sus remedios (se diagnostica un problema de prácticas institucionales y se prescribe una reforma del derecho).

Si quisiéramos ser más críticos, podríamos definir esta actitud constante de los juristas como *la pasión por la reforma legal* permanente, y el total olvido (a veces incluso, desprecio), por las reformas estructurales verdaderamente efectivas a nivel de las prácticas institucionales. La contrapartida, es, en los jóvenes abogados brillantes, discípulos de estos grandes profesores, una cierta actitud militante en favor de la modificación permanente de la normativa, y el posterior desentendimiento que esas reformas tienen en las prácticas concretas, en el observable del sistema penal (justamente en sus rasgos inhumanos, injustos o desiguales más urgentes y alarmantes). Este tipo de pensamiento formalista predomina en aquello que Binder (2011) llama “la cultura jurídica”.

Nuevamente, para continuar con el ejemplo de Zaffaroni y su propuesta de un realismo penal marginal, después de sus afiladas palabras contra el voyeurismo impotente y la necesidad de introducir el realismo en la teoría dogmática jurídica, el remedio de Zaffaroni (1992, p. 15) es no legitimar el poder penal, es decir, formular una teoría operativa del cuándo castigar que no legitimara filosóficamente el poder de castigar en sí mismo. Nuevamente el diagnóstico es sobre las prácticas y la propuesta es a nivel del discurso. La apuesta es (en el buen y en el mal sentido), *romántica*, incluso *heroica*, casi tanto como condenada al fracaso, si su objetivo es la transformación real del sistema penal.

En definitiva, los juristas y criminólogos críticos somos muy conscientes que el problema está en las prácticas institucionales, en factores estructurales del sistema penal, en

---

aumentado el uso y el valor simbólico de la idea de neutralidad. Los abogados, en consecuencia, manejan una de las más eficaces máscaras del interés en la vida moderna que consiste en ocultarlo mediante formas jurídicas neutrales, en la formulación de leyes y reglamentos o de decisiones judiciales. El uso de ficciones tales como la “sociedad”, el “orden” o valores insabidos como la paz social, la justicia, la “moral” o el uso equívoco del vocablo “el derecho” como expresión de un valor, son todas manifestaciones concretas del fraseo de la neutralidad, que potencia los intereses sectoriales y, al encubrirlos, los protege. De este modo se produce una de las principales paradojas del derecho en la modernidad: su mayor fuerza, que es la igualdad generalizada de sus promesas, se convierte en su mayor debilidad, ya que los procesos sociales y políticos rara vez resisten o cumplen esa promesa.”

condicionante que van más allá de la voluntad de los operadores, sin embargo, a la hora de formular propuestas no vamos mucho más allá de las disputas filosóficas sobre la legitimidad del derecho penal, la lucha discursiva y las propuestas de reforma normativa. Hay una evidente desconexión entre los niveles de diagnóstico y prescripción, que tiene que ver con nuestra particular formación jurídica, que en parte, nos enseña a pensar que *para tener una buena sociedad es suficiente tener un buen derecho, que una buena forma construye una buena sustancia*. Eso es falso: para tener una buena (o *justa*, o *humana*) sociedad hay que construirla con políticas de fondo, y, *además*, con un buen derecho.

Conozco personalmente y aprecio sinceramente a muchos de los jóvenes abogados que pugnan cada vez con más presión por reformar *el derecho* aún en una dirección más progresista y humanista, incluso abolicionista.<sup>7</sup> Mi llamado de atención es que *el progresivo desacople entre un derecho cada vez más progresista y unas instituciones, que en sus prácticas permanecen, en el mejor de los casos, iguales* (en el peor de los casos, cada vez más represivas), *genera un efecto perverso, puesto que convierte a la discusión jurídica en algo cada vez más abstracto y formal, permitiendo a las agencias del sistema penal valerse de ella, montarse en ellas, incluso, para encubrir la persistencia de sus prácticas, acomodando sus discursos de presentación pública*. Cuando no se pone el esfuerzo en asegurar los nudos y los lazos que atan las prácticas sustantivas al derecho, y en su lugar, sólo se hace girar cada vez más rápido al derecho, muy probablemente se facilite que esos lazos directamente se corten, y que el derecho funcione sólo como el recubrimiento, como una nueva superficie discursiva de las viejas prácticas.<sup>8</sup>

Una especie de reconocimiento a esta distancia entre voluntad normativa y saberes prácticos se ve actualmente en la proliferación de “Protocolos de Actuación” y “Guías de

---

<sup>7</sup> Binder (2011) explica este fenómeno de la siguiente manera: “La enseñanza del derecho puede fluctuar entre el mero saber forense y la transmisión de la práctica del papeleo o la visión notarial, al tiempo que los profesores más calificados, en términos generales, proponen a los alumnos un estudio teórico tan alejado de lo que ocurre en los tribunales y con tan poca capacidad explicativa acerca de ese transcurso que, sumado a un tono emocional de descreimiento acerca de lo que podemos esperar de la ley y los tribunales, terminará generando un tipo de saber escolástico y escéptico acerca de lo que podemos lograr con el derecho como instrumento de convivencia”.

<sup>8</sup> Así lo explica Binder (2011): “Vivimos una época de proliferación de las promesas jurídicas y, como contrapartida, de debilitamiento social de la moral y la política; la juridificación de los conflictos conlleva su despolitización o su invisibilidad moral. De ese modo, se evita las tensiones del debate moral y político mediante una vaga remisión a su carácter jurídico, lo que sólo significa que el asunto quedará oculto tras el fenómeno masivo del incumplimiento normativo. En este sentido, la inflación legislativa produce una desarticulación y un debilitamiento no sólo de la ley sino del debate moral y político de la sociedad.”

Buenas Prácticas”. Si bien son un paso adelante, pues tratan de pasar de la gran normativa a las recetas prácticas, fijando protocolos de actuación concretos, no dejan de ser un aporte desde lo normativo.

En rigor de verdad, la propuesta por poner el ojo en las prácticas y en sus condicionantes estructurales tiene que partir de observaciones e investigaciones empíricas que expliquen por qué esos condicionantes son estructurales. ¿Ciertas prácticas de tal institución, aparentemente defectuosas, cumplen alguna función latente? Si es así, cabe hacer un análisis de las distintas partes de una agencia, su comportamiento, los resultados y efectos de ese comportamiento, que favorecen a los de otro sector, agencia, institución o grupo de actores.<sup>9</sup> Lo que nos lleva a un segundo nivel de análisis ¿cómo es el entramado de actores e intereses que se ponen en movimiento cotidianamente y en caso de una tentativa de reforma en un determinado sistema? (GUTIERREZ, 2011c) Por ejemplo, en el caso de una reforma procesal ¿hay alguna relación política entre jerarcas policiales y magistrados que permitan su funcionamiento “en red”, resistiendo una reforma o acomodándose a su discurso para mantener sus prácticas? (por poner sólo una de las varias posibilidades que se abren). Y si estableciéramos que, en efecto, cierto defecto aparente, en realidad se sostiene porque cumple “funciones latentes” ¿cuál es la fuerza de persistencia, cuál es el poder del efecto de “coerción estructural” (MERTON, 1992, capítulo III)? ¿Se puede extirpar esa práctica viciosa sin generar un “sustituto funcional” equivalente, tal como Merton advertía? ¿Para hacerlo, no hay que desanudar el entramado de intereses que se nutre de esa función latente, o generar un cambio estructural general? ¿Por qué es posible que estas estructuras generen estrategias adaptativas frente a los intentos de reforma, acaso no debe hacer una red social y una voluntad política difusa que permita o impulse estas estrategias adaptativas? Sin dudas, estas respuestas sólo pueden darse a partir de la investigación empírica de las agencias en concreto, y en cada contexto sociopolítico en concreto. Pero son investigaciones que demandan comenzar ya, si es que queremos llevar a cabo políticas efectivas de reformas prácticas.

---

<sup>9</sup> El concepto de “función latente” en Merton es complejo y da muchas claves para iniciar investigaciones empíricas con él. Sin embargo, usualmente en criminología crítica es utilizado como un concepto de derivación, no instrumental. Derivamos a él la explicación de ciertos fenómenos, como si con ello ya los explicáramos. Entiendo que la intención de Merton no es esa, sino, al contrario, construir un concepto que facilite la investigación, en varios niveles, de agencias y fenómenos sociales, no que sea su punto de llegada.

### 3. EL DERECHO COMO *FIN* O EL DERECHO COMO *INSTRUMENTO*

La breve reseña hecha más arriba sobre los principales argumentos esgrimidos en la lucha por renovar la teoría del delito es la más gráfica para señalar una cierta forma de pensar las reformas jurídicas como políticas criminales que domina en la academia que hemos denominado “formalista”. En rigor tiene cierto parentesco con el pensamiento mágico (pensar que por la manifestación de la mera voluntad legal, la realidad va a cambiar). Otro rasgo de este formalismo, lo hemos señalado, es pensar un “buen derecho” como un punto de llegada. Así, un buen derecho es un buen derecho independientemente de en qué contexto funcione. Y en todo caso, como ya observara Binder (2011) se echará la culpa a la realidad o a las instituciones del defectuoso funcionamiento de ese que en las formas, es, indiscutiblemente, un buen derecho.

Nuevamente sobre el caso de la dogmática: Hoy hay en la academia argentina una revalorización de los viejos profesores y autores liberales como Sebastián Soler (por ejemplo, nuevamente, BINDER, 2011), que habían quedado sepultados en el olvido de la enseñanza, bajo el anatema lanzado por los finalistas contra los causalistas en general. Pero en su momento, durante los años 80 y 90, muy pocas voces progresistas o garantistas se alzaron para discutir los fundamentos y razones que el finalismo esgrimía para desbancar al causalismo (es decir, su supuesta afinidad nazi). Quiero decir, como se entendía que efectivamente el finalismo era mejor, o menos autoritario, no se planteó mayormente, cuestionar que los fundamentos contra el causalismo que antes reseñamos eran falaces o abiertamente erróneos. En parte porque se quería apoyar a aquellos que sustentaban esa crítica, porque en efecto, eran profesores renovadores y democráticos, en parte porque sí se creía en el origen y estirpe supuestamente más garantista del finalismo. Pero curiosamente nadie sometió al finalismo al desafío de probar su eficiencia reductora en los hechos. Aun probando que el causalismo fuera autoritario o nazi en su origen o en su deriva (tal la impicancia de la errónea acusación), nada prueba que el finalismo fuera más garantista en su aplicación en abstracto. Pero aún más, aunque demostrásemos que resolviendo casos de estudio, en abstracto, en efecto, fuera más “reductor”, nunca se lo sometió a esa idea a la prueba empírica: ¿en qué casos en concreto, alguna persona real, algún caso con nombre y apellido, que fuera condenada con la teoría causalista no lo sería por la finalista, o sería distinta la pena? ¿Qué porcentaje de condenados de las decenas de

miles que manejan nuestros sistemas penales se salvaron gracias a este cambio de escuelas? ¿A cuántos justiciables, de los millones que somos, se ha “salvado” de la persecución penal gracias a que ahora la mayoría de los juristas y jueces son finalistas? Todos sabemos la respuesta, si es que hay algunos, ni siquiera llega a ser una cantidad medible. En definitiva, entonces ¿qué es lo que haría más garantista al finalismo si no cambia ni una pequeña pizca de la manifestación real y observable del sistema penal?

Aquí encuentro dos razones que pueden explicar por qué, efectivamente, es más garantista, pero ninguna de ellas tiene que ver con sus funciones manifiestas: (1) El finalismo sirvió para que una nueva oleada de profesores en la época democrática cuestionara el saber de los viejos profesores, colocándolos como portadores de un saber viejo y peligroso, ofreciendo en su lugar uno más moderno y progresista; entonces, (2) al defenderlo reivindicamos simbólicamente y damos prestigio a autores que no han sido “manchados” teóricamente con el nazismo (o en el caso local con regímenes autoritarios militares, pues he ahí el verdadero sentido de la acusación: el causalismo seguía siendo la teoría que los juristas y profesores del régimen militar seguían enseñando), y, por el contrario, avalamos a quienes representan la reconstrucción democrática posterior a él; (3) por esta vía, indirectamente y, reforzamos la deslegitimación al autoritarismo y defendemos a los pensadores democráticos (sólo dentro del particular mundo de la academia jurídica, pues las asociaciones conceptuales que se tejen son tan complejas que de allí no trascienden). (4) Que, como reflejo de lo anterior, también una determinada teoría en un determinado contexto socio político es la presentación y ariete de entrada de un tipo de profesores (en este caso demócratas) en nuestros países, que además portaban consigo un saber crítico penal en otras cuestiones: habían integrado el discurso de la criminología crítica, y con él abrimos paso al jurista-criminólogo crítico.<sup>10</sup>

En los 80 y 90 el causalismo era el sistema *enseñado por* –y por lo tanto representaba al *saber de*– los profesores que habían quedado comprometidos con las épocas pasadas, dictatoriales o autoritarias. Se logró imponer esta representación, pero esto tuvo que ver con las dinámicas políticas generales trasladadas al ámbito académico, con las reglas propias de ese campo. Es decir, que el finalismo fue el vehículo una importante

---

<sup>10</sup> Como se ve no sigo una distinción tajante entre funciones “simbólicas” e “instrumentales”, como propone Novoa Monreal (1997, capítulo VII), pues lo que se plantea, en el fondo, es que la función simbólica es también instrumental.

revolución garantista en la academia, aunque como teoría no sea estrictamente más garantista.

En rigor de verdad, fuera de la academia, sobre el sistema penal real, no impulsa *per se* una política criminal menos inhumana. *No cambia el observable del sistema penal respecto de los justiciables, de los juzgados o condenados, no influye sobre el producto final del sistema penal*, más que por el cambio de orientación ideológica que promueven en general los juristas a los que ha permitido ascender.

En este caso, así como en los otros, lo que ha motorizado este apasionamiento por la reforma legal y lo que ha conseguido, no es una política más humana, sino un cuerpo de profesores más comprometidos con el estado de derecho y la democracia, que reclaman o proponen una política más humana.

El caso de la teoría del delito (y sus discusiones sobre si se la asocia con el neokantismo, con la socialdemocracia o con el funcionalismo sistémico conservador) representa con claridad cómo el jurista garantista suele pensar los méritos de su propuesta en función de proclamar una cierta *génesis* garantista de su escuela, y una consecuente necesidad de cuestionar a otra corrientes interpretativas. Y, de forma no del todo inconsciente, con esta propuesta pelea espacios de poder en la academia, y desde allí de la judicatura. Desde estos espacios se impone o se lucha por imponer ciertos símbolos relevantes a nivel político general, como “qué es” o “qué debe ser” el derecho penal y el sistema penal, la seguridad, el delincuente, el castigo legítimo. Hay una dimensión política intra-académica, y una dimensión política fuera de ella, que hace particularmente al *entramado socio-simbólico* (tanto intra-académico como social en general): qué ideologías apoya “El Derecho”, cual es la forma “correcta” de pensar el derecho penal, y por tanto qué es y cómo debe manifestarse el “Estado de Derecho”.

Esto es un proceso político de renovación necesario y que debe ser celebrado, pero lo que no hay es ningún tipo de efecto reformador o transformador de la política criminal en concreto. Todas estas reformas son y fueron necesarias, y van en una dirección indudablemente garantista, pero al mismo tiempo se podría decir, *o bien son inocuas para transformar el comportamiento real y concreto de las agencias penales*, o bien, en el proceso de reforma, y aún en contra de la voluntad de sus impulsores, *en muchos casos*

*habilitan institutos e instancias que son luego utilizados en la dirección absolutamente contraria.*

Debemos recordar una verdad básica, que sin embargo, olvidamos, por exceso de *voluntarismo* (una vez más asociado a aquel formalismo) cuando pensamos en las reformas penales: una vez que las cosas existen ya no somos dueños de su destino ni determinamos el uso que se le dé.<sup>11</sup> El origen de la cosa, la voluntad que la imaginó, el uso que se le imprime y su destino final, son fenómenos relativamente independientes. Esto no quiere decir que toda reforma pensada como humanista sea anti-humanista en su efecto, o que no debamos apoyarlas, quiere decir que cuando las reformas son de naturaleza meramente formal y de utilidad meramente simbólica, no sólo son inocuas sino que pueden terminar siendo aprovechadas por fuerzas superiores, por elementos determinantes en las estructuras de las agencias penales, que adueñándose de ellas las sometan a sus propias lógicas prácticas de funcionamiento bien por efecto de coerción estructural (MERTON, 1995).

Y gran parte de este problema, al que los juristas nos enfrentamos desde siempre, es por pensar, con la lectura propia de nuestra educación jurídica, un “buen derecho” como un punto de llegada, como un fin en sí mismo, o bien como el elemento clave que, de conseguirse, pondrá a funcionar al resto de los elementos sociales de la forma correcta por la misma mecánica natural de las cosas. Explícita o implícitamente, en esta concepción de un buen derecho como mero fin en sí mismo, subyace la idea liberal individualista de que gobernar es un mal mínimamente necesario, y, en verdad, sólo necesitamos “un buen derecho” para que la sociedad funcione “bien”. Así, por este exceso de confianza en nuestra discusión jurídica, no se problematiza *cuál es el verdadero efecto de un determinado producto jurídico en la realidad de las instituciones, en el contexto social y político en general en el que trabaja*, más allá de su pretensión moral o pureza estética. No nos preguntamos, en general, cuál es la medida de la relación

---

<sup>11</sup> Advierte Nietzsche en *Genealogía de la moral*, tratado II: “La causa original de una cosa y su utilidad final, su empleo efectivo, su clasificación en el sistema de causas finales son dos puntos separados por completo; una cosa que existe, una cosa que ha sido producida de una manera cualquiera es siempre llevada por un poder que le es superior hacia nuevos propósitos, siempre puestas a requisición, puestas y transformadas para un empleo nuevo... su uso puede ser una cadena ininterrumpida de interpretaciones y de aplicaciones siempre nuevas, cuya causa no tienen que ser si quiera ligadas entre ellas”.

entre un buen derecho y una buena política, cuál es, en definitiva *el valor instrumental de ese buen derecho*.

Sin dudas, no podemos decir que el derecho tiene efectos inocuos o contraproducentes siempre que las prácticas son estructuralmente contrarias a él. Más bien, seguramente, el resultado depende de qué tipo de reforma estamos impulsando a partir del derecho, y en qué agencia, y cuál es la fuerza de persistencia de las prácticas que queremos desarraigar, y las formas de llevar a cabo esa reforma y la permeabilidad de este tipo de normativa para ser puesta en marcha con otro sentido por los operadores institucionales. De acuerdo a muchas variables que exceden a lo jurídico, pero que el jurista está en posición de conocer mejor que nadie, el peso del derecho como elemento transformador o creador de una política pública será variable: a veces un mejor derecho es indispensable para una mejor práctica institucional, a veces no, a veces ayuda mucho, a veces poco. *Con seguridad su valor instrumental será variable, pero con la misma seguridad nunca será suficiente*. Y he ahí parte del problema.

Es consecuencia de esta forma de pensar el derecho como un fin que se agota en sí mismo, que no existe una tradición de observar, medir y contrastar los efectos empíricos de nuestras propuestas jurídicas una vez que se hacen efectivas (una vez que ganan el debate académico, una vez que se transforman en ley etc.). Más allá de que los abogados no estamos entrenados para eso con el tipo de formación que recibimos, podemos nutrirnos de numerosas herramientas de las otras ciencias sociales para hacerlo (aportes desde la sociología, la antropología, la psicología, las ciencias políticas etc.).

Sin embargo, hoy por hoy, en la academia progresista *contrastar los efectos reales de las reformas penales que gozan de mucha adhesión con los objetivos propuestos originariamente es un tema tabú*. Está casi prohibido, por ejemplo, medir el efecto para los justiciables en general de un cambio al sistema acusatorio, de un sistema penal juvenil que derroca a un sistema tutelar de menores, o de una teoría del delito socialdemócrata contrapuesta a una presentada como autoritaria. Parece ser descalificatorio, decir, por ejemplo, que el sistema acusatorio, más allá de los papeles y sus conceptos, mucho más equitativos y democráticos, una vez inserto en el mundo judicial en concreto, se cobra tantas víctimas y el mismo tipo de víctimas que el inquisitivo, y que de hecho, también permite el mismo tipo de arbitrariedades, y que incluso, ha permitido con mayor facilidad

institutos que han funcionado perversamente como el juicio abreviado y otros similares de abreviación o aceleración del proceso a costa de la vigencia de las garantías.

Lo que propongo en definitiva, es que, *a partir de la lectura de los efectos concretos, los juristas críticos tenemos que meternos en la discusión sobre políticas criminales incorporando* las lecturas sobre los comportamientos institucionales (localizados y en concreto) que proveen las ciencias sociales, más allá de sólo poder decir sobre ellos si son más o menos jurídicamente compatibles, aceptables, o juzgarlos éticamente.

¿Qué significaría dejar de pensar al derecho como un fin en sí mismo *exclusivamente*, para pensarlo *también* en su función instrumental? Primero, estoy seguro, significaría una herejía para los juristas, a pesar de que en las justificaciones jurídicas de cualquier reforma, siempre está presente (aunque pocas veces se lo presenta de esta forma) su naturaleza instrumental. Sería una herejía porque el campo intelectual de la academia ya ha sentado sus reglas de competencia sobre las bases del formalismo. Y una lectura en sentido contrario sería interpretada como una descalificación o como un cambio de las reglas de juego.

Pero, más allá de eso, en lo sustantivo, pensar en derecho instrumentalmente sería pensar las reformas penales como *políticas* públicas, y por tanto pensar a *la ley penal como parte de una política criminal*, no como una política criminal en sí misma, y como un derecho aislado, como un objeto estético que es necesario cuidar y embellecer. Así, una propuesta de reforma jurídica humanista o progresista no sólo debería someterse a un *test de coherencia garantista formal*, sino, sobre todo –y desde mi perspectiva aún más importante– *un test de eficiencia política como fórmula práctica, como la clave de una praxis reductora o correctora* del poder penal.

En tercer lugar, esto significaría comprender que *el derecho* siempre va a tener un valor instrumental, lo quiera o no lo quiera aquel que propone un determinado “derecho”. Si no se lo sabe leer correctamente, muy probablemente, se esté permitiendo que las estructuras se apropien de esa poderosa arma, como hemos visto que ha ocurrido en muchos de los casos históricos antes citados.

Por este valor instrumental, diseñar una política criminal determinada (en nuestro caso, humanista) implicaría tomar a un “buen derecho” (en nuestro caso un buen derecho penal) no como una meta, sino bien como un punto de partida, o mejor, *un punto de*

*apoyo*, para una transformación institucional de las prácticas, una herramienta para dar validez, legitimidad y fuerza coercitiva a un proyecto de transformación que necesariamente excede lo meramente jurídico. Es decir, que una política criminal progresista o humanista efectiva debe plantearse cómo transformar estructuralmente a las agencias penales y como determinar sus *prácticas*, no sólo desde el derecho, sino sobre todo *desde todo lo otro que excede al derecho*, y que encuentra en el derecho su formalización, su legitimación, uno de sus vehículos. Así, fijado un fin cualquiera para nuestra política criminal “humanista” (que, por ejemplo, se proponga reducir la violencia institucional en las cárceles), debemos medir cuánto podemos ayudar a esta política desde lo jurídico, qué instrumento jurídico debemos lograr para apoyar o asegurar esta reforma, pero nunca pensar que será suficiente con la reforma legal y las posterior supervisión jurisprudencial, tal como solemos hacer.

#### 4. LA VUELTA A LA PERSPECTIVA DE DERECHOS... INCOMPLETA

La cuestión de la cárcel sigue siendo el núcleo de las manifestaciones más brutales y usuales del sistema penal, aquella que a todo jurista humanista debe preocupar. La tensión entre lo penitenciario y el discurso moderno y economicista de las garantías jurídicas, entre la cárcel y los juristas, es tal vez el “pecado original” que arrastra toda la historia penal de los últimos 200 a 230 años (me remito, por supuesto, en primer lugar a FOUCAULT, 1976). Es decir, esta tensión y contradicción es el conflicto estructurante del sistema penal moderno, está en su mismo núcleo, y el funcionamiento disociado, cuando no directamente contradictorio entre las lógicas discursivas y prácticas de estas dos agencias penales ya se ha establecido como la forma de trabajo del sistema penal. De allí, la disociación, el juego cínico entre teorías y prácticas se reproduce e intensifica en varios niveles.

Por eso es también el mejor ejemplo que grafica cómo el discurso jurídico hoy, frente a una persistencia que se propone modificar, se comporta de forma ineficiente: se presenta en efecto, a la defensiva, *como un discurso de resistencia*. Tal vez este discurso de resistencia haya tenido efectos en frenar algunas tendencias expansivas y más autoritarias de lo penitenciario, por ejemplo de la mano de los criminólogos positivistas. Pero, por otro lado, *nunca ha sido capaz de modificarlo* estructuralmente, al menos en el sentido

que ser proponía. Así lo que definía antes como lo más característico del sistema penal moderno es justamente, que el jurista impugna y cuestiona por brutal al sistema penitenciario, pero lo sigue alimentando, y no sabe indicarle de qué otra forma proceder, peor aún, muchas veces ni siquiera se hace cargo de ser quien le entrega a esos cuerpos para que haga lo único que sabe hacer y lo que siempre ha hecho. A la inversa, el sistema penitenciario aplica consistentemente sus saberes prácticos, acomodando sus discursos a las distintas críticas jurídicas según la época, pero nunca termina de ganarse la legitimidad que quien lo alimenta le niega. Así, ambos siguen funcionando, pero en permanente disputa con el otro.

Este es el ejemplo más gráfico del espíritu de resistencia y crítica del mundo iuspenalista, espíritu *tan noble en sus pretensiones como poco efectivo en modificar la realidad que critica*. Por otro lado, es el mismo espíritu que lo libera de culpas y le impide pensar formas de cambiar lo que critica.

Una vez que el “nada sirve” mostró efectos que no se esperaban y que nadie quería, que resultaba inviable volver a la utopía perversa de la resocialización, pero la realidad fue arrollada por la “cárcel-depósito”, en definitiva, que se habían desmontado todos los dispositivos perversos de la criminología etiológica, pero al hacerlo se abrió el paso a la anticriminología represiva mal llamada “realista”, el pensamiento crítico tuvo pocos lugares a donde correr, salvo refugiándose en las seguras aguas del iluminismo, del primer saber penal garantista, y de alguna manera, rescatarlo y actualizarlo.

El giro de la criminología radical inicial, que se planteaba directamente revolucionaria, hacia el garantismo “neoclásico” (de Ferrajoli, de Zaffaroni, o de un Norval Morris, por ejemplo, en EEUU), hacia volver a plantear la discusión dogmática dogmáticas y de análisis normativo, sólo puede ser entendido como parte de este movimiento hacia la vuelta a la perspectiva de derechos. Muchos que eran tenidos por criminólogos críticos, como terminaron adhiriendo al movimiento de “pena justa” (*just desert*), como forma de evitar la caída al nada sirve y de deslegitimar al viejo sistema (véase cómo el discurso GARCÍA MÉNDEZ, 1992, 1996, sobre la responsabilidad y el valor positivo de la pena justa lo emparenta con lo que proponía el conservador VON HIRSCH, 1998). Todo ello alimenta lo que se puede denominar la “perspectiva de derechos”. Se trata de una perspectiva que propone, simplemente, hacer efectivo aquel proyecto nunca del todo completado del

iluminismo, tanto en su versión represiva como en su versión garantista-minimalista.<sup>12</sup> Sin embargo, en muchos casos (salvo por supuesto, los más lúcidos como Ferrajoli, y “el último” Zaffaroni), esta vuelta a los derechos se produce con un recorte liberal individualista, muy propio de la corriente cultural predominante de la época en la que el movimiento se desarrolla (durante el auge del neoliberalismo y en plena sociedad del *consumismo individualista*, al decir de BAUMAN, 2000). Es decir, se vuelve a rescatar la idea de “derechos” pero en la misma clave individualista en que se desarrolló en los pensadores principales del siglo XIX, como garantías negativas contra el Estado, que le imponen un “no hacer”, un dejar hacer, y un sujeto de derechos exclusivamente individual.

La “perspectiva de derechos” es un movimiento correctivo que excede lo estrictamente penal. Así, hay una “perspectiva de derechos” para la niñez, para las cuestiones de género, para la protección de las minorías, para el ciudadano frente a la administración, etc. En general, podríamos definir la perspectiva de derechos como una forma de abordar los problemas de desconexión de las prácticas institucionales, “purificando” el sistema jurídico, haciéndolo volver a su forma original de derechos subjetivos como garantías contra el Estado, eliminando sus “contaminantes” disciplinarios, sistémicos, funcionalistas, estatistas etc.

Por ejemplo, las reformas que proponen sustituir el sistema penal de menores por el doble sistema de protección/sancionatorio de niños y jóvenes, apelan o están basados en una retórica de la perspectiva de derechos, es decir, de cambiar el enfoque de los jóvenes a un sistema sancionatorio (penal), en tanto éste le proveerá de garantías como imputado, que el sistema tutelar no le adjudica como tutelado. (GARCÍA MÉNDEZ, 1992 y 1996; PINILLA, 2005)

Pero tanto en este caso, como en el caso de desarmar toda criminología etiológica en favor de la vuelta a una perspectiva de derechos, significó la vuelta a la idea del “individuo” plenamente responsable, facilitando por distintas vías lógicas e institutos

---

<sup>12</sup> Recuerdo como alumno una conferencia de Lolita Aníyar de Castro el año 2001, en la Maestría en Criminología de la Universidad de Lomas de Zamora que dirigían los doctores Luis Niño y Stella Maris Martínez. Ante la pregunta de que luego de la crítica generalizada al discurso penal como discurso burgués y selectivo y la propuesta de una “criminología de la liberación”, volver simplemente a defender las viejas y clásicas garantías (del iluminismo, y por tanto, burguesas), no era un retroceso, la profesora Aníyar respondió que la diferencia era que estas garantías nunca habían sido efectivas, y en cambio, lo que se proponía era que esta vez fueran verdaderamente efectivas.

procesales una enorme transferencia de responsabilidad por el resultado del proceso (por la condena o falta de ella) a las partes del proceso, y con ello, un aumento de la gravedad de las condenas (O'MALLEY, 2001; PITCH, 2003; GUTIÉRREZ, 2010a y 2010b).

Siguiendo con el ejemplo de la cárcel, un mérito incuestionable de esta perspectiva ha sido judicializar muchas de las potestades de la administración penitenciaria, mediante la figura del juez de ejecución (en general incluida en nuestros regímenes procesales en la década de los noventa), sin dudas esto implica un avance de la lógica de los derechos y las garantías de la *persona* por sobre la lógica opaca, cerrada y totalizante de las administración penitenciaria sobre los *internos*.

Pero, por otro lado, este discurso suele verse limitado a la crítica negativa (“esto *no* debe hacerse”), sin receta propositiva. A la vez que frena y cuestiona las tendencias totalizantes de lo penitenciario, si se contenta con ello, si se piensa que *judicializar* y *frenar*, es lo único que puede hacerse, sumerge en la inmovilidad el pensamiento crítico creativo. Y una vez más, reduce el problema penitenciario a una disputa por las garantías individuales. Esta reducción no sólo es un tanto falaz (cuando se naturaliza) porque olvida (y por lo tanto *invisibiliza*) que las practicas penitenciarias no son un ejercicio arbitrario de la brutalidad, sino un saber bien específico del sometimiento (GOFFMAN, 1973) un saber con mucha historia y mucho conocimiento técnico e incluso científico que lo sustenta (FOUCAULT, 1976), y que ese saber tiene que ser *reconocido* para ser *desarmado*. Sino que además reduce el problema jurídico-penal de la cárcel a un problema de garantías individuales, ignorando, de forma llamativa, cómo están activamente involucradas en toda cuestión penal problemáticas de déficit o activas violaciones de otros derechos humanos tan fundamentales como aquellos: los derechos sociales.<sup>13</sup> Los penalistas, por alguna razón, suelen entender que los derechos sociales no son parte de sus problemas.

Así, la perspectiva de derechos en la cárcel, básicamente ha intentado transformar el objetivo y función penitenciaria de la resocialización, tan criticado y deslegitimado, en un remedio para evitar una cárcel más brutal, repensándolo no como un objetivo

---

<sup>13</sup> Llamaré así, genéricamente a los Derechos Económicos Sociales y Culturales (Desc), como los reconocidos por Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), de 1966 y los instrumentos normativos en similar sentido. Básicamente se trata del derecho al trabajo, a la salud y a la educación. Pero como correlatos de ellos, a la seguridad social, a la vida familiar, a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación y a la participación en la vida cultural.

penitenciario que debe imponerse en un proceso disciplinario a costa de las libertades del preso, sino más bien como un *derecho* que tiene el preso de poder utilizar. Este giro, a mi juicio, se basa en una temprana idea de Norval Morris en 1974 (MORRIS, 2001), de pasar del “tratamiento” al “cambio facilitado”. Este cambio sería optativo, dependería de la mera voluntad del preso, y para ello se deben eliminar los efectos que lo atan a una liberación anticipada, eliminando el efecto perverso que la característica coercitiva del tratamiento imprimía, en gran parte causante de sus fallas. Morris parecía estar pensando, básicamente en lo que serían las terapias psicológicas. Su objetivo era volver a la idea de responsabilidad penal, sepultando todas las perversiones correctivas en la ejecución de la pena.

Por otro lado, el cambio de enfoque en esta concepción también se facilitó por la particular situación jurídica de los presos en prisión preventiva, problema acuciante en América Latina, y su derecho a una situación “no peor” que el preso condenado. ¿Cuál era la situación del preso sin condena respecto del tratamiento correctivo, si no había pronunciamiento judicial que lo definiera como delincuente? El preso preventivo no debía ser sometido a tratamiento. Sin embargo, el tratamiento está basado en una dosificación de derechos que se van otorgando progresivamente, y el preso preventivo no debería gozar menos derechos que el preso declarado culpable, pues es jurídicamente inocente. Por ello, acceder o no al tratamiento debe ser para el preso preventivo un derecho que puede solicitar o no (así, en Argentina se ha reconocido finalmente en el Dec. 303/1996, que se incorpora a la Ley Nacional de Ejecución 24.660, que aunque reconoce la influencia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, lo justifica también en objetivos de seguridad ciudadana y resocialización). He aquí como la función tratamental-correccional, por presión de la misma lógica jurídica, es convertida en algunos casos en un derecho (del que se puede hacer uso o no según la voluntad del preso). Y esto facilita un cambio de mirada general al respecto, similar al que proponía Morris. Así ha avanzado, la perspectiva de derechos respecto del tratamiento correccional.

Baratta (2004, p. 381), iba un poco más allá y entendía que debían “ofrecerse” servicios para proveer a esa reintegración. Estos servicios (sanitarios, psicológicos, laborales), debían continuar dentro y fuera de la cárcel como “ejercicio de un derecho ciudadano”

(BARATTA, 2004, p. 382). Sin embargo, una vez más, la propuesta de Baratta, que a mi juicio parecía fértil, ha sido abandonada. No sólo en la práctica (que siempre está atravesada por una complejidad de intereses frente a los cuales no siempre se puede hacer frente), sino también a nivel teórico: no se ha dado centralidad. Ni en las discusiones jurídicas ni en la “penología” se han discutido en foros relevantes las posibilidades de su alcance (como excepción, NIÑO, 2002).

Yo creo que no ha sido así básicamente porque Baratta está proponiendo un cambio de mirada más allá del debate juridicismo/correccionalismo, o garantías (individuales)/tratamiento, incorporando otras concepciones, de gobierno, de políticas de gobierno en general, de derechos sociales. Y en perjuicio de esta propuesta, podemos observar otra tendencia propia de la cultura de los penalistas, que es la confianza en la *autosuficiencia de su saber*. Este rasgo, por supuesto, está relacionado con el que llamamos antes “formalismo”, puesto que en definitiva, implica pensar que un penalista no tiene que saber más que mucho derecho penal para saber cuál es la solución a los problemas penales (sin poder ver que la solución puede venir desde las prácticas o aún, desde otras ramas del derecho). Pero específicamente con “autosuficiencia” quiero referirme a la clausura que los penalistas hacen de su saber respecto de otras disciplinas y de los otros saberes jurídicos, no solo mediante la opacidad de sus fórmulas y la complejidad de sus (¿nuestros?) abstractos debates a veces rayana en lo absurdo, sino también mediante la ausencia de debates, reflexión y producción académica sobre las relaciones entre el derecho penal y los “otros derechos”, y cuanto de su mirada (sobre todo de las miradas amplias sobre los derechos humanos) podría favorecer, destrabar y fertilizar felizmente las discusiones de los penalistas con nuevas ideas.

Este es el segundo movimiento que propusimos al comienzo, el de ampliar la mirada, prestando atención a la periferia, a lo que está ocurriendo en los bordes del sistema penal y del derecho penal. Aquí me centraré en uno de esos posibles movimientos con algunos ejemplos.

##### 5. INCORPORAR LOS DERECHOS SOCIALES A LA PERSPECTIVA DE DERECHOS

La contracara del formalismo jurídico que antes criticamos, es el individualismo como forma básica de pensar los derechos, individualismo que presupone una igualdad radical

en la naturaleza de los sujetos. El problema del individualismo es que invisibiliza los procesos sociales y políticos que son necesarios para “crear” ese derecho. Y encubre, por tanto, las diferencias reales entre poderes y posiciones sociales de los individuos, a quienes se distribuye desigualmente las posibilidades reales de hacer efectivos esos derechos individuales.<sup>14</sup> Una vez más viene como advertencia aquella famosa frase de Anatole France que gusta a la criminología crítica, sobre que *la ley, en su magnífica ecuanimidad, prohíbe por igual a los ricos y a los pobres dormir bajo los puentes*.

Ese sujeto que se supone libre y que es la clave del sistema penal de garantías, es en realidad un sujeto construido históricamente, por un proceso institucional, de técnicas de gobierno y de soportes colectivos que lo construyeron como sujeto autónomo, correlato de la idea de “libertad” individual. Es falaz pensar que el sujeto garantizado por los derechos individuales, es un presupuesto *previo* al *sujeto social* (y por otro lado, es una forma de pensamiento liberal individualista que cada vez más se aleja del pensamiento humanista que aquí queremos proponer). El sujeto social y el sujeto individual, las garantías y los derechos sociales no pueden entenderse el uno sin el otro. Un derecho de garantías sin derechos sociales solo provee a una libertad formal que no puede hacerse efectiva, puesto que los procesos sociales que hemos cristalizado como “derechos sociales” son los soportes (y condiciones de posibilidad) de esa subjetividad a la que asignamos irrestrictamente derechos individuales fundamentales. Los derechos individuales entendidos sustantivamente, efectivamente, presuponen un intercambio y un soporte mutuo permanente con los derechos sociales, que son los que determinan cómo se distribuye realmente esa libertad formal. Si no se entreteje unos con otros, las garantías individuales son meras declamaciones carentes de efecto (y aquí se ve cómo, el tema está directamente relacionado con formalismo), que encubren las diferencias de poderes y

---

<sup>14</sup> Véase Baratta (2004, p. 361 y ss.) que lo categoriza como el “mito de la igualdad” en el derecho penal. Nuevamente, el problema del formalismo y el individualismo en la concepción de la ley penal tiene una afinidad electiva y funciona como presupuesto mutuo con lo que Binder (2011) llama “conceptualismo”: “Por un lado, produce un tipo de teoría que oculta los problemas reales y hasta los menosprecia en cuanto ignora que en el ámbito del derecho todo problema es un conflicto de intereses antes que un conflicto de interpretaciones; en segundo lugar, genera una “agenda” de problemas totalmente ficticia que se ha alimentado con todas las formas de colonialismo intelectual y la adhesión a modas superfluas, tan comunes en nuestra región; y, en tercer lugar, es una de las herramientas centrales del adiestramiento en una cultura jurídica que puede convivir tranquilamente con la debilidad selectiva de la ley sin que ese fenómeno – esencial del campo jurídico– roce siquiera la producción intelectual o produzca una interpelación moral o política de magnitud que supere el escepticismo o la indignación personal.”

posiciones en el orden social, y por lo tanto, las diferencia efectivas en la posibilidad de los derechos subjetivos individuales.

Yo creo sin embargo, que por distintas vías vemos asomarse al mundo crítico penal a las propuestas “realistas” por la vía de la incorporación de los derechos sociales al análisis penal. Citaré sólo tres ejemplos, sin pretensión de exhaustividad, y como forma de graficar vías por las que este cambio de concepción parece estar avanzando:

a) A nivel de la teoría de la interpretación legal: teoría del delito, realismo y derechos sociales.

Así como los contextos posmodernos han dado emergencia al fenómeno de la “inseguridad” como clave para pensar el orden en clave autoritaria y a partir de la seguridad individual, ha emergido, también en el mismo contexto el concepto de “vulnerabilidad” para explicar, en sentido contrario, la victimización de los más pobres ante los factores estructurales que determinan esa pobreza. Si la inseguridad reduce el problema de la victimización a la seguridad personal, la vulnerabilidad, amplía el concepto de pobreza al de la victimización y hace entrar en el juego a factores estructurales del orden social (aglutinando una serie de factores que admiten varios recortes conceptuales según el uso de la categoría): falta de acceso a servicios básicos como el agua potable, las cloacas, a la educación, a una vivienda digna, a la estabilidad, a la salud, mayores posibilidades de victimización ante los delitos y menores posibilidades de resistir los efectos destructivos de esos delitos etc.

Zaffaroni, en su nueva propuesta de teoría del delito (2001) utiliza esta misma palabra para hablar de *vulnerabilidad frente al sistema penal*, suponiendo que frente a menor vulnerabilidad frente al sistema penal (particularmente por el estereotipo de su autor), mayor esfuerzo delictivo debe hacer efectivo esa persona para ser captado por el sistema penal (p. 1054 y ss.). Y a la inversa, mayor vulnerabilidad, menor esfuerzo. Y en base a este agregado, propone ajustar la pena. Pero la vulnerabilidad en sentido amplio puede ser entendida en proporción directa a la violación de los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Incluso puede establecerse de acuerdo a grados de violación de estos derechos. Podríamos avanzar en esta línea, y comenzar investigaciones empíricas y reflexiones sobre la relación entre vulnerabilidad social y vulnerabilidad penal, indicadores de vulnerabilidad, incluso ajustados a cada tipo de delitos etc. En fin, si se

desarrolla este concepto de la “vulnerabilidad penal” como parte de la vulnerabilidad social, podría darse a luz un corpus científico que sirviera luego para dar herramientas en concreto, para “ajustar” un poco la selectividad penal, para iniciar litigios estratégicos y forzar una jurisprudencia “ajustada” a este criterio, basada en datos duros y producciones teóricas firmes. Ello aún no se ha hecho, y encuentro que es un camino fecundo a seguir. Este es, a mi juicio el aporte más relevante y revolucionario en su nueva teoría del delito, la primera gran jugada maestra en donde, por fin su “realismo” y sus herramientas criminológicas son integradas a una formulación teórica con sentido reduccionista y correctivo. Curiosamente, y tal vez por lo señalado en la primera parte, es uno de sus aportes menos continuados e investigados.

b) A nivel legal y práctico: derechos sociales en la cárcel.

Justamente, la cárcel, una vez más como centro que condensa gran variedad de los problemas del sistema penal, sirve para demostrar cómo, pensar en clave de derechos sociales, integrar esa clave a nuestro saber penal, puede ser rupturista y hasta casi revolucionario en la forma de pensar en políticas criminales, sobre todo si lo que nos interesa es que sean más humanistas.

Baratta insistía en el principio político de apertura de la cárcel a la sociedad y de la sociedad a la cárcel (2004, p. 380). Hoy asistimos, por el devenir de las relaciones sociales, a un indudable proceso de purificación de los muros de la cárcel que puede tener efectos tanto negativos (extensión de las relaciones y la cultura carcelaria hacia la vida exterior) como positivos, si los sabemos aprovechar (ingreso de otras lógicas y formas de relaciones al interior de lo carcelario). Los muros de piedra no han logrado sostener la legitimidad de las viejas fórmulas penitenciarias, no logran contener la revolución en las comunicaciones y ni siquiera cortar el continuum cultural carcelario que se teje entre el adentro y el afuera. La institución carcelaria sigue en crisis de legitimidad discursiva (no encuentra una fórmula válida, como antes era la resocialización), pero tampoco la mera crítica penal le puede señalar un rumbo, más allá de su imposible, o al menos lejana, desaparición. Como dice Baratta: “La cuestión carcelaria no puede resolverse permaneciendo en el interior de la cárcel, conservándola como institución cerrada. Porque el lugar de la solución del problema carcelario es toda la sociedad” (2004, p. 393).

En este proceso de actores deslegitimados y paralizados, llegan otros a hacerse cargo de problemas que tradicionalmente eran reservados para los penalistas: en el año 2006 en Argentina se dictó la nueva Ley Nacional de Educación (26.206). En ella hay un capítulo dedicado a la educación en contextos de encierro, que coloca a la educación en cárceles como un derecho humano, relacionado con el desarrollo integral y con todos los otros derechos económicos sociales y culturales, y puesto bajo la órbita y responsabilidad del Ministerio de Educación. Por supuesto, este cambio de perspectiva implica “arrancar” a la educación de la lógica totalizante del “tratamiento” penitenciario, colocándola como un derecho cuyo goce no puede someterse al criterio correccional. Para apoyar el cambio se inició una serie de encuentros con docentes en cárceles en todo el país, para su formación en diversos ejes de esta problemática y luego, con estos docentes se lanzó una carrera de posgrado de educación en contextos de encierro, que en un futuro será habilitante para dar clases en cárceles. Al mismo tiempo se inició una serie de acuerdos con los Ministerios de Educación de cada provincia para replicar la carrera, y con los Ministerios de Seguridad (y una consecuente *negociación y proceso de convencimiento* con los directores de los servicios penitenciarios), para involucrarlos en este cambio de perspectiva en el interior de las cárceles, proceso que continúa el día de hoy.<sup>15</sup> Mediante este proceso se está intentando lograr que los servicios penitenciarios “suelten” la prestación del servicio educativo, que lo liberen de la carga y condicionamientos del “tratamiento” penitenciario, y finalmente que una cosa no depende de la otra, que el derecho (la educación) no quede sometido a las necesidades disciplinarias penitenciarias. Otro indicio en ese sentido es una serie de acuerdos que firmó en el año 2010 el Ministerio de Justicia con el Ministerio de Trabajo, para la llegada de planes laborales por vía del Ministerio de Trabajo a las unidades del Servicio Penitenciario Federal. Si el cambio es exitoso, podría pensarse en llevar esta lógica al extremo e imaginar un avance de todos los ministerios y áreas de gobierno encargadas de las políticas sociales sobre lo carcelario, vaciando de sentido el discurso resocializador, pero no para dejar en

---

<sup>15</sup> Curiosamente, la norma pasó absolutamente inadvertida para los penalistas, incluso los académicos que se encargan de cuestiones de la cárcel, hasta que no se la “repcionó” es una ley de naturaleza estrictamente penal, la Ley 26.695 de este año 2011, que modifica la Ley Nacional de Ejecución de la Pena. A nivel técnico volver a incluir este derecho en la ley de ejecución fue sólo una redundancia. Sin embargo, para que la modificación tuviera relevancia en la “cultura jurídica” penal (y por lo tanto, fuera aceptada), debió hacerse de esta forma. El caso es gráfico del cerramiento de los penalistas al conocimiento de toda la normativa no penal que influye (o debería influir) en lo penal.

su lugar una cárcel depósito de mera contención, sino transformando a la institución penitenciaria en un lugar de articulación de políticas sociales universales. Esto implicaría que el servicio penitenciario seguiría con una función de control interno e incluso de proveer al “cambio facilitado” (nuevamente, MORRIS, 2001; BARATTA, 2004, p. 383-389), pero principalmente su función sería la de asegurar la llegada de las áreas de gobierno encargadas de la promoción y protección de los sujetos por la vía de los derechos sociales.

A nivel ideológico incluso, este cambio político implica dejar de considerar que la cuestión penal, y específicamente la ejecución de la pena en la cárcel deje de ser únicamente una cuestión de debate entre resocialización versus garantías y derechos individuales, para que la idea de construir o sostener un sujeto de derechos encuentre su base en la provisión de derechos sociales. Es decir, que los derechos sociales no quedan subordinados al cumplimiento prioritario de los derechos individuales, sino, que ambos deben ser interpretados como soportes mutuos.

En definitiva: una perspectiva de derechos sociales en el sistema penal, en este caso, significaría entender que los derechos sociales de los presos (que, claramente no son afectados jurídicamente por la pena), no deben estar en función del propósito objetivo resocializador, sino que deben ser garantizados y sobre todo proveídos, en la misma medida, al menos que a aquellos que están fuera de la cárcel. El correlato de no recordar que los derechos sociales siguen vigentes en los presos, aun los penados, es que las políticas públicas de protección y promoción de esos derechos, por la misma “misteriosa” razón que hace que lo penal sea entendido como un fenómeno aislado del resto del mundo jurídico y social, se detengan en los muros de la cárcel. En general, los presos nunca son objeto de intervención de las agencias gubernamentales que se encargan de la promoción y protección de esos derechos para el resto de la sociedad. La consigna sería establecer *que las políticas sociales no se detengan en los muros de la cárcel, sino que continúen dentro de ella.*<sup>16</sup> Esto, por otro lado, tendría indudables efectos positivos en la

---

<sup>16</sup> Esto guarda relación con la idea de Baratta de la reintegración del detenido suponiendo una extensión y continuidad entre programas y servicios sociales dentro y fuera del paso por la institución penitenciaria (2004, p. 383-387).

construcción de un sujeto social integrado, sin someterse la efectividad de la política social intracarcelaria al tramposo test de la resocialización (GUTIÉRREZ, 2011a).<sup>17</sup>

Incorporar la perspectiva de los derechos sociales en la cárcel implicaría un gran cambio en esa irresuelta disputa, eterna y permanente (estructural, claro está), entre lo penitenciario, cuyo único sentido humanista puede ser una vuelta a la perversa utopía de la resocialización, y lo jurídico y judicial, que desde una concepción liberal individualista nunca encontrará aval a las terribles prácticas penitenciarias, pero tampoco podrá proveerle de otra lógica de funcionamiento (GUTIÉRREZ, 2009).

c) El proceso penal y las potestades judiciales de hacer cesar los efectos del ilícito.

En general los códigos de procedimiento le dan facultad a los jueces (o fiscales, según el caso) de corregir una situación de evidente ilicitud. En cualquier caso de un delito común, cuando el juez interviene, “puede hacer cesar los efectos del ilícito” de forma urgente, sin resolver sobre el fondo de la cuestión. Por ejemplo: devolver a la víctima la pertenencia incautada que fue objeto del robo, en una usurpación devolver al legítimo tenedor el poder sobre un inmueble, aun antes de haber resuelto el fondo de la cuestión.

Con el mismo criterio, podríamos incorporar una evidente ilicitud respecto de cuando una de las partes está viendo vulnerado su acceso a un derecho social fundamental. Si, como planteamos en el caso anterior, incorporásemos en la cabeza del penalista y en la ley procesal que los derechos sociales son tan fundamentales como las garantías del acusado o la víctima, el juez bien podría reparar de forma urgente la situación de violación de derechos que sufre un sujeto que forma parte del proceso, más allá de luego encausar el

---

<sup>17</sup> La tendencia totalizante tanto del penalismo jurídico como del penitenciarismo se hace patente en el hecho de que hasta ahora no se ha logrado concebir a los derechos sociales de los presos como derechos autónomos respecto de su situación penal, como los de cualquier otro ciudadano. En efecto, toda violación a un derecho social en un preso (por ejemplo, la falta de acceso a la educación, o a la atención sanitaria) es abordado jurídicamente o como un reclamo al Juez de Ejecución, o como una acción de *habeas corpus*, “por agravamiento de las condiciones de detención”, no por violación al acceso a un derecho social. Una medida protectora de este derecho en un sujeto no encarcelado sería una acción de amparo, frente a un juez civil o administrativo. En su lugar, que no podamos concebir la violación de un derecho social de un preso más que como un agravante de su detención (y por ello que usemos el *habeas corpus* y no la acción de amparo), muestra hasta que punto abogados y jueces no podemos salir de la cabeza penalista para pensar la situación del preso. En nuestra cultura jurídica, los derechos sociales del preso siguen sometidos a la lógica correccional o a la de las garantías individuales. El cambio de enfoque que se propone se verá efectivo cuando la falta de acceso a la atención sanitaria, a la posibilidad de un trabajo o a la educación comience a pensarse no como un problema jurídico penal o carcelario, sino como una violación a un derecho autónomo, que debe protegerse en sí mismo, más allá de la situación de la falta de libertad.

trámite formal sobre la protección de esa persona por la vía judicial o administrativa que correspondiere o fuera más idónea.

Esta propuesta puede tener incluso a motivos político criminales de prevención. En la Argentina desde hace un par de años salió a la luz el problema de la trata de personas, particularmente relacionada con casos prostitución o de trabajo esclavo. Para perseguirla se montó una discreta campaña mediática y en abril de 2008 se sancionó la Ley 26.364 que sigue las definiciones el Protocolo de Palermo (Protocolo de la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en Palermo en el 2000). A partir de entonces, el caso típico que resulta en la intervención de la Justicia es el siguiente: la policía informa de un local en una ruta (por ejemplo), en el que encuentra varias jóvenes traídas de sus pases de origen bajo engaños, o aprovechándose de una situación socioeconómica desesperada, o ambas. Una vez sometidas a este trabajo esclavo (por lo general prostitución, pero también puede ser en un taller textil ilegal) se ven materialmente imposibilitadas de salir de él (por amenazas, por dificultades en la ubicación, por retención de documentación etc.). Lo que suele ocurrir entonces es que el Juez allana el local, toma los testimonios, detiene a los sospechosos, y comienza el proceso penal que todos conocemos... y las jóvenes cuya vulnerabilidad (y su efectiva vulneración), han sido el origen y el núcleo de todo este problema... ¿qué ocurre con ellas? Nada. Ello, a pesar de que la misma Ley en su art. 6 prevé algunas medidas urgente de protección como: recibir alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente e higiene personal adecuada; contar con asistencia psicológica, médica y jurídica gratuitas; la adopción de las medidas necesarias para garantizar su integridad física y psicológica; permanecer en el país, de conformidad con la legislación vigente, y a recibir la documentación o constancia que acredite tal circunstancia; que se les facilite el retorno al lugar en el que estuviera asentado su domicilio; y acceder de manera voluntaria y gratuita a los recursos de asistencia. Con suerte conseguirán de algún organismo oficial o extraoficial la posibilidad de volver su país de origen o a su provincia, si es que eso fuera mejor. Pero lo que el juez está evidenciando es una brutal y manifiesta vulneración de los derechos más básicos de estas jóvenes a la dignidad, y una situación de vulnerabilidad, que es, además, ilícita, por ser víctimas, antes de este sometimiento, a la violación de todas sus posibilidades a una vida digna que le otorgaría el proveer de trabajo, de una

educación adecuada y de garantizar la salud (en sentido amplio) de ella y sus familia (pues en muchos casos, el sacrificio se hace, también, por los familiares, por ejemplo, por ser la única posibilidad de tener dinero para mantener mínimamente a sus hijos). En este caso, ni siquiera necesitamos una mayor habilitación legal: el juez tiene, legalmente garantizada y explícita (por si hiciera falta) la potestad de proteger derechos sociales básicos, urgentes y fundamentales que además, en el caso, están directamente relacionados con su situación de victimización, pero simplemente, no entiende que ese sea parte de su problema como juez penal.

Otro avance en el uso de las potestades procesales lo vemos impulsado desde la actuación de algunos jueces claves y la actuación de algunos organismos de defensa y ONGs que están haciendo avanzar la jurisprudencia son las medidas de protección en caso de usurpaciones masivas, es decir, de la toma de terrenos por familias sin tierra, para construir con sus propias manos un asentamiento habitacional. En muchos casos, este caso sigue derivándose a la justicia penal o contravencional, que debe resolver sobre el delito de usurpación y dictaminar sobre el desalojo. En otros, mediante acciones de amparo se hace actuar a la justicia civil o contencioso-administrativa para proteger el derecho a la vivienda básico de las familias ocupantes, logrando que el desalojo se suspenda (así ocurrió en el famoso caso de la toma del “Parque Indoamericano” en la Ciudad de Buenos Aires, en diciembre de 2010). Hoy vemos que ciertos jueces penales o de faltas intervinientes (sin dudas, los más progresistas), suspenden toda medida de restitución y desalojo compulsivo hasta que no se provean respuestas estatales certeras y concretas al problema de la falta de vivienda de las familias ocupantes. La respuesta tradicional de un juez penal ritualista y formalista (desgraciadamente aún la mayoría) se hubiera desentendido, remitiéndolo a otro fuero, mientras ordenaba el desalojo. E, incluso, hay casos en que se absuelven de responsabilidad penal cuando se trata de un fenómeno social atravesado por la violación del derecho de acceso a la vivienda (nuevamente, así resolvió una jueza de faltas en el caso del mentado “Parque Indoamericano”).

Estos tres casos son sólo ejemplos de cómo se ve avanzar la integración de los derechos sociales a los problemas penales para su resolución. Pero pueden indicar un saludable cambio histórico en eso que antes llamamos “cultura jurídica” de los penalistas, y en su

tendencia a cerrarse frente a las otras áreas jurídicas, y a una concepción amplia de los derechos humanos.

Puedo adivinar algunas objeciones a estas ideas de incorporar los derechos sociales al pensamiento y la práctica penal. Por ejemplo, en el caso de la cárcel ¿Cómo vamos a garantizar esos derechos si, ni siquiera podemos garantizar las garantías individuales del preso, y por cierto tampoco podemos garantizar esos derechos sociales en la población que esta fuera de las cárceles? Hay ciertos presupuestos implícitos en esta pregunta que habría que abandonar para poder motorizar este cambio de paradigma:

Primero, un presupuesto implícito es aquella idea, vieja, pero resistente en nuestra cultura penalista, de que las garantías individuales deben ser garantizadas previamente y como presupuesto de la vigencia posterior de los otros derechos “de segunda generación” (PINTO, 1997; MATAROLLO, 1996; RABOSI, 1996). Yo creo que además de ser hora de distanciarse políticamente de esta idea por sus implicancias jurídicas (FONSECA y CARDARELLO, 2005), la misma idea es incorrecta a nivel de sus presupuestos antropológicos: el sujeto individual sobre el que trata la lógica penal moderna, es, en su ideal, un sujeto racional que puede tomar decisiones libremente. Pero este no es un sujeto que aparece en el estado de naturaleza, sino que es un sujeto histórico, este sujeto puede ser realidad sólo en tanto, haya podido elegir un rumbo de vida racionalmente –es decir tras un proceso educativo, que le amplía el horizonte de posibilidades y le da las armas para avanzar– (FILMUS, 1996); que tenga posibilidades de elegir dentro de ese horizonte – si no tiene ninguna posibilidad de acceder a un trabajo legítimo, no solo obrará coaccionado, sino que un importante factor cultural de formación también estaría faltando–; y finalmente, tiene que tener la seguridad de que él y los suyos, van a sobrevivir, es decir, que al menos se va a hacerse lo posible para que así sea –que hay un sistema de salud que entiende que eso es una necesidad e intenta proveer–. *Lo que jurídicamente llamamos derechos sociales, son soportes necesarios, procesos sociales de construcción, de esa subjetividad moderna que cristalizamos con la idea del hombre racional, libre y responsable, fuente y depositario de los derechos individuales universales. De allí que justamente, aquellos a los que no se construía “calificadamente” mediante estos procesos sociales, no se daba soporte autónomo a su subjetividad social, eran los que históricamente quedaban fuera de la “universalidad” de estos derechos tal*

como fueron pensados por la burguesía originalmente (las mujeres, los niños, los anormales, los delincuentes) (FONSECA y CARDARELLO, 2005).

Segundo, que las políticas sociales de promoción y protección de derechos colectivos, o sociales, económicos y culturales son deficitarias en nuestro contexto. Aún más que padecen un insalvable obstáculo al depender, por lo general, del financiamiento público, en estados donde justamente la dificultad que atraviesa toda la lógica gubernamental es la escasez. Es cierto. Pero si coincidimos en los presupuestos filosóficos de que los derechos sociales son tan fundamentales como los individuales, y que no deberían estar limitados por la pena, al menos podríamos –mientras luchamos por elevar el piso mínimo universal de prestación de estos derechos– exigir como estándar mínimo que dentro de los muros de la cárcel sean “tan deficitarios” como afuera de ellos y no más deficitarios. El problema general de la financiación y el diseño y ejecución de políticas de promoción y protección de derechos sociales excede las pretensiones de esta intervención, pero al menos queda claro que las mismas políticas sociales no deben frenarse en los muros de la cárcel, sino atravesarlos para llegar a su interior (aunque muchas de ellas, tengan que rediseñarse para adaptarse a la particular realidad geográfica, edilicia, social y cultural que impone ese territorio). *Ni la mirada, ni el alcance de las áreas de gobierno encargadas de los derechos sociales deben frenarse ante el tabú de la impenetrabilidad de la cárcel* que el saber penitenciario construyó y cierto conformismo jurídico avaló, siendo o no consciente de ello.

## 6. PALABRAS FINALES, HECHOS INICIALES

Hay mucho por hacer para lograr una política criminal menos criminal, o lo que es lo mismo, hacer más humanistas nuestras políticas antihumanistas.

Creo que aquí he reseñado dos tipos de caminos que se están insinuando (uno, parcialmente abandonado hace 15 años, el otro, actual), transformaciones que podemos observar, y que avanzan a tientas, en ideas aisladas, pero en la dirección adecuada. Nuestra función como pensadores es rescatarlas a tiempo, darles una racionalidad, un sentido general, para explotar nuestro poder performativo. Esto es: mientras entendamos que forman parte de un cambio general, que traen una racionalidad propia y distinta de la anterior, y anunciemos un cambio de paradigma, estaremos ayudando y facilitando ese

cambio de paradigma.<sup>18</sup> Esa puede ser la mejor forma de involucrarnos a los intelectuales, en un primer momento.

Estas dos apariciones que creo necesario reforzar, dar racionalidad paradigmática y continuar. Ellas son:

1) Un tipo de juristas menos encerrados en las discusiones formales del derecho, y más en la conexión entre el derecho y las prácticas, que integren el estudio y el abordaje de los efectos empíricos de sus propuestas y teorías a la discusión. Que se avocan a ver cómo se puede poner en marcha sus propuestas humanistas, sin ser “pervertidas” en su intención por los condicionantes estructurales del sistema. En suma, se trata de retomar los desafíos no respondidos ni desarrollados de los criminólogos críticos “realistas” latinoamericanos de hace 20 años, dando el paso necesario para el avance: las investigaciones concretas sobre el valor instrumental del derecho en y sobre las instituciones penales.

2) Un tipo de concepción del derecho penal no aislada en la problemática liberal de las garantías como meramente individuales (y como un ámbito que amerita mero *respeto* estatal, y no políticas activas de promoción), sino integrada a las cuestión de los derechos humanos en general. Esto implica, un saber penal involucrado también en los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales, como derechos no subordinados a las garantías individuales, sino relacionados con ellas, en forma de una trama, muy presente en el problema penal. Una trama de hilos que tensan tanto los derechos fundamentales que llamamos individuales como los colectivos.

Finalmente, se trata de dar ese paso a una mirada más cercana, a la realidad institucional concreta y su relación con nuestro derecho penal, al mismo tiempo que incorporamos matices y colores a esa mirada, al abrir el “penalismo” a una concepción social del sujeto de derechos, que bien puede venir de lo que está ocurriendo en sus grietas y en sus bordes.

Aquello que sustenta esta trama mixta entre los hilos del sujeto social y del sujeto individual, es nada más ni nada menos que esa idea del hombre integral que una política criminal humanista debería intentar hacer efectiva.

---

<sup>18</sup> En gran parte, porque en el ámbito jurídico también se aplica aquella famosa hipótesis de W.I. Thomas, que Merton (1995) conceptualiza como la “profecía autocumplida”.

La urgencia, entonces, no hace falta probarla: viene del hecho de que hemos perdido ya demasiado tiempo desde que nos planteamos el desafío, y la realidad nos pasó por arriba (o, mejor, por abajo).

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ANITÚA, Gabriel Ignacio (2001). El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. In: MAIER, J. B. J.; BOVINO, A. (orgs.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto.

BARATTA, Alessandro (2004). *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F.

BAUMAN, Zygmunt (2000). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa.

BINDER, Alberto (2011) La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición. *Revista Pensamiento Penal*. Disponible em: [www.pensamientopenal.com.ar]. maio 2011.

\_\_\_\_\_ (2000). El nuevo y el viejo Soler. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.

CARRANZA, Elías (2001). Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles. *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles*. México: Siglo XXI.

CASTEL, Robert (2004). *La inseguridad social*. Buenos Aires: Manantial.

CELS (2008). La situación carcelaria: una deuda de nuestra democracia. *Informe Anual*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales – Cels.

CIAPPINA, Carlos (2011). La baja de la edad de imputabilidad penal para niños y jóvenes: reflexiones en torno a equívocos, mitos y realidades. Observatorio de Jóvenes, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, Universidad Nacional de La Plata. Disponible em: [www.perio.unlp.edu.ar/observatoriodejovenes/archivos/bajaimput.pdf]; [www.perio.unlp.edu.ar/observatoriodejovenes/?q=node/101].

COHEN, Stanley (1985). *Visiones del control social*. Barcelona: PPU.

CORTES, Julio (2007). La ley de responsabilidad penal de adolescentes en el marco de las transformaciones actuales del control social y el castigo. *Alterinfos*, out. 2007. Disponible em: [www.alterinfos.org/spip.php?article1755].

- FEELEY, M. (2008). Reflexiones sobre los orígenes de la justicia actuarial. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. n. 26, Buenos Aires: UNL.
- FILMUS, Daniel (1996). "Educación y derechos humanos. In: PIERINI, Alicia (coord.). *Pensamiento crítico de los derechos humanos*. Buenos Aires: Eudeba.
- FONSECA, C.; CARDARELLO, A. (2005). Derechos de los más y menos humanos. In: TISCORNIA, S.; PITA, M. V. (ed.). *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica*. Buenos Aires: Antropofagia.
- FOUCAULT, Michel (1976). *Vigilar y castigar*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1992). El derecho de menores como derecho mayor. *Del revés al derecho: la condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*. Buenos Aires: Unicef.
- \_\_\_\_\_ (1996). Infancia: legalidad democrática, derecho y realidad. *Isonomía*, n. 4, abr. 1996. Disponible em: [[www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01474063322636384254480/isonomia04/iso13.pdf](http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01474063322636384254480/isonomia04/iso13.pdf)].
- GARLAND, David (2005). *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa.
- GOFFMAN, Erving (1973). *Internados*. Buenos Aires: Amorrortu.
- GUTIÉRREZ, Mariano H. (2006). *La necesidad social de castigar*. Buenos Aires: Fabián Di Plácido Ed.
- \_\_\_\_\_ (2009). La crisis de la prisión y la salida por la vía de los derechos sociales. *Conferencia de cierre en el II Simposio Internacional de Derechos Humanos*. INPEC, Bogotá, nov. 2009. Disponible em: [[www.pensamientopenal.com.ar/16062010/criminologia02.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/16062010/criminologia02.pdf)].
- \_\_\_\_\_ (2010a). Punitivismo y actuarialismo en la Argentina. *Revista Pensamiento Penal, Sección Criminología y Control Social*. ed. 103. Viedma: Asociación de Pensamiento Penal. Disponible em: [[www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)].
- \_\_\_\_\_ (2010b). Prácticas, discursos, funciones, disfunciones. Herramientas para entrenar la mirada crítica del sistema penal. *Revista Pensamiento Penal, Sección Criminología y Control Social*. ed. 98. Viedma: Asociación de Pensamiento Penal. Disponible em: [[www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)].

- \_\_\_\_\_ (2011a). *Derechos y sistema penal: la dimensión jurídica de las prácticas educativas en contextos de encierro*. Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación, Coordinación Nacional de Educación en Contextos de Encierro.
- \_\_\_\_\_ (2011b). Trazos para delinear el ‘populismo punitivo’ en el caso argentino. *Populismo punitivo y justicia expresiva*. Buenos Aires: Fabián Di Plácido Ed.
- \_\_\_\_\_ (2011c). La producción de la pertenencia política hacia el interior del poder judicial. In: MUÑAGORRI, I.; PEGORARO, J. S. (coords.). *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*. Madrid: Dykinson/Instituto Internacional de Sociología Jurídica.
- HELFRICH, Marcelo (2002). Derecho de menores, un derecho menor. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. año 1. n. 1. Buenos Aires: Ad Hoc. Colección Criminología, Teoría y Praxis.
- MARTINSON, Robert (1974). What works? Questions and answers about prison reform. *The Public Interest*. vol. 35. p. 22-54.
- MATAROLLO, Rodolfo (1996). Sistema universal de protección. In: PIERINI, Alicia (coord.). *Pensamiento crítico de los derechos humanos*. Buenos Aires: Eudeba.
- MATTHEWS, Robert (2010). El mito del punitivismo. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. año 19. n. 28. Buenos Aires: UNL.
- MERTON, R. (1995). *Teoría y estructura social*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- NIETZSCHE, Federico (1999). *La genealogía de la moral*. México: Porrúa.
- NIÑO, Luis (1996). Sistema penal y derechos humanos. In: PIERINI, Alicia (coord.). *Pensamiento crítico de los derechos humanos*. Buenos Aires: Eudeba.
- \_\_\_\_\_ (2002). Cárceles y derechos humanos. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. año 1. n. 1. Buenos Aires: Ad Hoc. Colección Criminología, Teoría y Praxis.
- \_\_\_\_\_ (2010). ¿Derecho penal para niños infractores? *Por una sociología crítica del control social. Homenaje a Juan Pegoraro*. Buenos Aires: Del Puerto.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1997). *El derecho como obstáculo al cambio social*. Madrid: Siglo XXI.

- O'MALLEY, Patt (2001). Riesgo, poder y prevención del delito. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. año 13. n. 20. Buenos Aires: UNL.
- PEGORARO, Juan Segundo (2006). Notas sobre el poder de castigar. *Revista Alter*. n. 2. jul. 2006. México: Nueva Época.
- PINILLA, Nelson Ortiz (2005). *Planeación con perspectiva de derechos: un derecho de la infancia y de la juventud*. Bogotá: Unicef.
- PINTO, Mónica (1997). *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- PITCH, Tamar (2003). *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- RABOSI, Eduardo (1996). Cómo teorizar acerca de los derechos humanos. Algunas notas críticas. In: PIERINI, Alicia (coord.). *Pensamiento crítico de los derechos humanos*. Buenos Aires: Eudeba.
- SOZZO, Máximo (2007). Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión depósito en Argentina. *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Del Puerto.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1994). Dimensión política de un poder judicial democrático. *Imágenes del control penal*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.
- \_\_\_\_\_ (1992). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Avila.
- \_\_\_\_\_ (2003). Reconstrucción institucional de la justicia. In: GUARNIERI, Carlo. *Judicialismo*. AA.VV. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
- \_\_\_\_\_ (1998). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar. t. III.
- \_\_\_\_\_; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro (2001). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

#### Pesquisas do Editorial

#### **Veja também Doutrina**

- La criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o “las teorías criminológicas no son inocentes”, de Lolita Aniyar de Castro – *RBCCrim* 76/265;

- La criminología hoy: política criminal como síntesis de la criminología. Política penal y relaciones con la teoría de la responsabilidad. Un control social alternativo o la criminología de los derechos humanos, de Lolita Aniyar de Castro – *RBCCrim* 32/252;
  - Sistema penal para o terceiro milênio, de Oswaldo Henrique Duek Marques – *RT* 663/390;
  - O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal, de Fabio Roberto D’Avila – *RBCCrim* 64/78;
  - Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal, de Miguel Ángel Núñez Paz – *RBCCrim* 61/9; e
  - Política criminal populista: para uma crítica do direito penal instrumental, de Frederico Figueiredo – *RBCCrim* 70/100.
- 
- *Programa de política criminal – Orientado para a vítima de crime*, de Guilherme Costa Camara, São Paulo, Ed RT/Coimbra Ed., 2008.