

Reflexiones sobre la política penal tras 40 años de democracia en Argentina

Gabriel Ignacio Anitua¹

Desde diciembre de 1983 numerosas variables han influido sobre el derecho penal y la política criminal de la Argentina. Para simplificar, pero a la vez poner principalmente la mirada en lo que se produce político-criminalmente, es posible ver una notable oscilación entre discursos y medidas de signo opuesto. Por un lado, como lógica consecuencia de una institucionalización contraria y reacia al autoritarismo precedente a esa fecha, favorable a la protección de los derechos humanos y a la contención del poder punitivo. Por el otro, unas decisiones sometidas a demandas punitivistas, especialmente expresadas en los medios de comunicación, pero también por grupos de víctimas, que implicó la creación de delitos y aumento de penas. Esas contradicciones también se manifestaron en lo estrictamente penitenciario o la regulación de la ejecución de las penas.

En 1983 la agenda pública, lejos de atemorizarse por el delito común, tenía presente los peligros de los delitos de Estado, cometidos siempre a través de agencias penales, aunque también mediante otras agencias parapoliciales que también ejercían violencia punitiva pues detenían, torturaban y mataban a sus víctimas.

¹ Doctor en Derecho (Universidad de Barcelona, 2003), Master Sistema Penal y Problemas Sociales (Universidad de Barcelona, 2000), Diploma de Estudios Avanzados en Derecho penal (Universidad del País Vasco, 1999), Abogado (1994, UBA) y Licenciado en Sociología (1997, UBA). Profesor titular regular de Derecho penal y Política Criminal e Investigador (UNPaz) Profesor adjunto regular de Derecho Penal y Criminología (UBA). Director del Doctorado en Derechos Humanos (UNLa). Tras haber ocupado otros cargos judiciales, fue Defensor Público Oficial desde 2013 a 2022. Ingreso en la carrera de Conicet como investigador independiente en el año 2023. Autor de más de cien libros y artículos sobre derecho penal, procesal y criminología.

Esa conciencia se vincula al reclamo hacia políticas de juzgamiento de crímenes de Estado (cuyas oscilaciones entonces y posteriormente también formarán parte de una política penal marcada por la tensión señalada). En este primer momento estuvo marcada más hacia la atención a la violación de los derechos humanos como los delitos más graves, que a su tradicional impunidad. Esto último fue lo que sucedió incluso en otros países tomados entonces como modelos de transición democrática esa impunidad estaba asegurada y no parecía tampoco ahí contradictoria con el punitivismo hacia hechos relativamente menores.

Argentina fue diferente. En ese sentido, la primer semana de la democracia será recordada por los decretos presidenciales 157 y 158 (dispuestos para iniciar procesos penales contra los líderes de las organizaciones revolucionarias y someter a juicio sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas –CONSUFA– a los integrantes de las primeras tres Juntas Militares), por la convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso Nacional para promover la anulación de la denominada «Ley de autoamnistía» y la reforma del Código de Justicia Militar para incorporar la revisión por la justicia ordinaria de las sentencias de los tribunales militares, y por la creación de la CONADEP.

También, y vinculado a ello, puede identificarse esa época –así como los inicios del gobierno de Raúl Alfonsín– con la ratificación de diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos que establecían reglas en materia penal, de inspiración liberal y garantista: la Convención Americana de Derechos Humanos –ley 23.054, de marzo de 1984–, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales –ley 23.313, de mayo de 1986– y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes –ley 23.338, de julio de 1986–.

También debe destacarse el dictado de otras leyes en 1984 que directamente influían en una reducción del poder punitivo: ley 23.057, que modificó las reglas del Código Penal sobre reincidencia y condenación condicional (restringía la reincidencia a quien había sufrido efectivamente una pena privativa de la libertad y limitaba en cierta medida la posibilidad de aplicación de la «medida de

seguridad» de «reclusión por tiempo indeterminado» del artículo 52 CP para «multirreincidentes» y especialmente, ampliaba la posibilidad de aplicación de la condena condicional a delitos cuya pena máxima fuera de tres años de prisión, hasta entonces limitada a dos); la ley 23.070, que establecía un cómputo especial para todas las personas condenadas o procesadas que hubieran estado privadas de su libertad en el período dictatorial, contabilizándose tres días cumplidos por cada dos pasados en prisión; ley 23.077 –o Ley de Defensa de la Democracia–, que derogaba diversas leyes y reformas, incluso anteriores a la dictadura, que penalizaban supuestas actividades subversivas, incluso la pena de muerte; y la ley 23.098, que regula el procedimiento de habeas corpus.

Ese espíritu del legislador se acompañaba con el lenguaje del Ejecutivo, que desde el Consejo para la Consolidación de la Democracia encaraba diversos proyectos que pretendían democratizar a la justicia penal, especialmente el diseño de un proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, que fue resistido por el poder judicial federal.

Desde ámbitos jurídicos, y ello se advierte en la Corte Suprema y algunas decisiones del poder judicial, se acompañaba esa tendencia con la aplicación de una jurisprudencia «garantista» (tomada de la Corte Suprema liberal de EEUU en los sesenta) en torno a la despenalización de la tenencia de drogas, de las garantías de defensa y contraria a los abusos policiales.

Esa relación de prestigio y protagonismo judicial se corresponde con el momento bien retratado en la película «1985»: el Juicio a la Juntas, con las condenas a los máximos responsables del Ejército y la Marina, y la apertura a continuar investigando delitos de Estado, lo que se vincula con los acontecimientos golpistas de esa época.

En materia de política criminal vinculada a esos delitos cometidos por la dictadura militar, se verifica un giro importante en lo que hace a expectativas sociales, pero también en relación con obligaciones contraídas en el ámbito internacional de los derechos humanos. Especialmente con las leyes llamadas de Punto Final (una ley que impone un plazo de prescripción especial de esos delitos) y de Obediencia Debida (mucho más discutible cláusula general de exclusión de la responsabilidad, que encubre una amnistía de acuerdo con el nivel de responsabilidad en la estructura militar o

policial). Ya en el gobierno de Menem, los indultos profundizarían esa política de impunidad. Todas estas decisiones fueron convalidadas por el poder judicial, pero el «costo» político fue asumido por el ejecutivo y el Congreso.

La materia de delitos «comunes» no tenía entonces tanto protagonismo político, aun cuando la situación revestía gravedad. Durante el mandato de Alfonsín, especialmente en un primer momento, la agenda pública seguía preocupada por el mantenimiento de la democracia; al final de ese período presidencial, la crisis económica ocupaba la mayor parte de los comentarios y propuestas. Pero, más allá de eso, ciertas formas de delito –como el secuestro extorsivo seguido de muerte– provocaban justificada alarma social y comenzaba también la preocupación por los delitos callejeros.

Lo cierto es que el número de personas presas se redujo notablemente al principio del mandato, y luego aumentó. Pero a fines de ese mandato seguía siendo inferior al de 1983, sobre todo en el ámbito federal. No existen registros para esa época de la población recluida en todo el país, pero como referencia se puede tener en cuenta que en la provincia de Buenos Aires la tasa de encarcelamiento era en 1983 de 65 cada 100.000 habitantes, pasando a ser de 66 en 1989, lo que es un 43% más que en 1985 en que se llegó al mínimo de 47 presos por cada cien mil habitantes.

Así, puede verse un leve incremento pasada esa fecha de 1985 que continuó en el gobierno de Carlos Menem. Ese aumento de la prisionización, se acompaña de un giro «punitivista» en el lenguaje gubernamental y la demanda social (en la que impacta la «libertad» de negocios con cierta dolarización favorable a negocios ilegales como el de las drogas, autopartes, y ya luego, otros bienes portables y valiosos, como los teléfonos celulares).

Pero incluso en esa administración menemista pueden destacarse hitos en materia de programas favorables a los derechos humanos. En primer lugar, la reforma constitucional de 1994. Es imposible soslayar la importancia de otorgar jerarquía constitucional a los Tratados antes mencionados (y permitir una relación directa con la jurisprudencia de la Corte Interamericana), así como también constitucionalizar los habeas corpus, e imponer modelos de la

administración de justicia penal y los ministerios públicos y de la defensa.

En gran medida como consecuencia de eso y de la jurisprudencia de la CortelDH se sancionaron otras reformas como la de la ley orgánica de la policía federal (ley 23.950) destinada a limitar las facultades de detención de personas (tras el homicidio de Walter Bulacio), o la ley de Seguridad Interior (ley 24.059).

Antes de ello, fue en estos años en que se logró la reforma del Código procesal a nivel federal (ley 23.984), introduciendo garantías para el acusado y principios del acusatorio, así como alternativas a la pena, que luego la ley 24.316 instalará como la «probation» en el Código Penal, mediante la incorporación del artículo 27 bis.

Y especialmente debo destacar a la reforma más importante en esta materia, que formó parte de un intento de una coherente política penitenciaria (se sanciona por el Ejecutivo un Plan Estratégico Penitenciario Argentino) que fue la ley 24.660, la ley de ejecución de la pena.

También en lo que hace a las penas, mencionar la ley 24.390 que establece una modificación al Código Penal en lo que refiere a los plazos de la prisión preventiva. La norma, conocida como “dos por uno”, se destina a limitar la duración de la prisión preventiva a futuro, pero sobre todo sirvió para desencarcelar o reducir condenas de los ya detenidos.

En el otro lado de la balanza, y conjuntamente con la impunidad ampliamente impuesta para los delitos de Estado, se debe decir que es en esta etapa cuando comienza a legislarse demagógicamente, con unas veintisiete reformas penales que en general agravan las penas, entre ellas la nueva ley de estupefacientes (23.737) que respondía más bien a factores geopolíticos.

Las provincias también comenzaron a intervenir en materia de política criminal, con reformas de índole procesal y penitenciaria. Y, al igual que en el Estado federal, se produjo un aumento importante en plantas y salarios del personal y magistrados del poder judicial y de los ministerios públicos.

También en estos casos se advierte la oscilación entre propuestas garantistas y concreciones punitivistas, lo que especialmente produjo efectos en las cárceles de la provincia de Buenos Aires bajo el

mandato del gobernador Ruckauf, que abarca el final del gobierno de Menem y el de Fernando De la Rúa.

Para entonces, la retórica de la «mano dura», incluso repitiendo propuestas que no obtienen los resultados de reducir sino que aumentan la sensación de inseguridad frente a delitos predatores (llegando a postular, el mencionado gobernador, la introducción de la pena de muerte legal o ilegal –«meter bala»–, un constante aumento de las penas para ciertos delitos, disminución de la edad de la imputabilidad, etc.), se convierte en *leit motiv* de las candidaturas de derecha, a la vez que las propuestas de modelos económicos excluyentes.

Coincide ese momento con una importante resistencia del movimiento de derechos humanos, tanto a esas agendas como en materia de revisión de crímenes de Estado. Especialmente agrupaciones como Madres y Abuelas de Plaza de Mayo –aunque también otros grupos– emprendieron reclamos tanto sociales como judiciales (en los tribunales nacionales e internacionales). Lógicamente, esas propuestas se emparentaban con el rechazo a la violencia institucional de ese presente.

Esos dos debates marcarían la agenda posterior a la represión de diciembre de 2001 y, en gran medida, el programa de gobierno de Néstor Kirchner. Respecto de su gobierno hay que decir que las propuestas que planteó al comienzo de su mandato, junto con los significativos avances alcanzados en el juzgamiento de los crímenes del Estado durante la última dictadura (agosto de 2003 a través del Decreto 579/2003 y la anulación legislativa de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final antes aludidas), tuvieron que ver, por el contrario, con rescatar el discurso de los derechos humanos y la propuesta de prestar atención a la nueva cuestión social también en el ámbito del tratamiento de la inseguridad. De un tratamiento represivo e insensible a la protesta social, se pasó a protocolos que fueron reconocidos en el ámbito internacional.

Dichas medidas se acompañaron de reformas institucionales como la renovación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya importancia en esta materia se mencionará luego.

El notable aumento del número de personas presas, que se equiparaba socialmente con la represión legal e ilegal de fines de 2001, se iba a asociar –como en el resto de Latinoamérica–, con el

ascenso del neoliberalismo como un proyecto político transnacional. Esta interpretación es la que Wacquant utilizó para pensar el caso de Estados Unidos, y luego extendió para comprender el aumento de presos en Europa –particularmente en Francia– a través de la identificación de un proceso de importación de discursos y prácticas penales generados precedentemente en aquel escenario, en torno a la construcción de una «penalidad neoliberal».

Sin embargo, también con procesos políticos y sociales en clara oposición a ese modelo, al menos retóricamente, en Argentina se siguió con el proceso de hiperencarcelamiento. Más allá de un inicial freno en 2004, las políticas que atañen a lo penal o criminal, y sobremanera en lo que hace a las transformaciones cuantitativas y cualitativas en las prisiones, siguieron en esa tensión mencionada.

En lo que hace a lo legislativo, el comienzo del gobierno de Kirchner está marcado por un aumento de la severidad penal en las llamadas «reformas Blumberg». Comenzó así una tendencia, observada en otros contextos, de nominar ciertas reformas legales que incrementan la punitividad utilizando el nombre de una víctima en torno a la cual se generó una movilización colectiva (más adelante, en el gobierno Macri, habrá una «ley Micaela»). Entre abril y agosto de 2004 se sancionaron toda una serie de leyes nacionales que aumentaron las penas para diversos tipos de delitos: los robos en los que se utiliza arma de fuego (ley 25.882); la tenencia y portación de armas de fuego y de guerra y especialmente en el caso de quien porte arma de fuego tuviere antecedentes penales de cierto tipo (ley 25.886) o los abusos sexuales en los que resultare la muerte de la persona ofendida (ley 25.893). También se sancionó una reforma legal que estableció que, cuando el imputado fuere autor de varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la misma tendría como mínimo el mínimo mayor y como máximo la suma aritmética de las penas máximas correspondientes, que no podrá exceder de 50 años (ley 25.928). Del mismo modo, también se sancionó una reforma de la libertad condicional, haciendo más exigentes los requisitos para su obtención, al requerir en todos los casos un «informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social» e incrementar el tiempo establecido para su solicitud en los casos de prisión o reclusión perpetua a 35 años. También se prohibió la concesión de la libertad condicional no sólo a los reincidentes sino a los autores de

una serie de delitos (ley 25.892). En octubre de 2004 se reformó también la ley de ejecución penal estableciendo la negación de salidas en determinados delitos (ley 25.948). También mencionar la sanción en julio de 2007 de la ley 26.268, llamada Ley Antiterrorista (por presiones del Grupo de Acción Financiera Internacional, supuestamente orientadas a la cuestión del lavado de dinero), entre otras reformas.

Pero la tensión fue notable en ese gobierno nacional, que además del discurso favorable a los derechos humanos e intentos de reforma policial y judicial, tuvo una iniciativa que claramente iba en un sentido opuesto a las olas recientes de populismo penal. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación creó en diciembre de 2004 una comisión de expertos para redactar un Anteproyecto de Código Penal. Esa comisión, bajo la dirección de Baigún, culminó su proyecto en 2006. Al igual que pasaría en 2014 con otra comisión encabezada por Zaffaroni, todas esas propuestas, que organizaban racionalmente la legislación penal bajo signos liberales y defensores de los derechos humanos, sufrieron fuertes críticas de la clase política y especialmente desde los medios de comunicación, y no prosperaron.

Si bien a nivel nacional el mandato de Cristina Fernández entre 2008 y 2015 no activó iniciativas que buscaran incrementar la severidad penal al estilo de las producidas anteriormente, lo cierto es que entonces comenzó a aumentar la población reclusa.

Probablemente ese cambio de dirección tuvo que ver con la legislación procesal y penitenciaria, así como en las actuaciones policiales y judiciales en una agenda pública marcada por el punitivismo.

Argentina experimentó un rápido crecimiento de su población reclusa en los fines del siglo pasado y comienzos de este, pero no fue constante. Si en 1997 eran 29.690 detenidos, para el 2002 ya eran 57.632 (151 por cada 100.000), En 2004, 65.350 (168), pero entonces se produce un freno de esa curva creciente hasta 2012 con 66.480 (157).

En 2005, y junto con la reconstitución económica, social y política tras la crisis, ocurrió una posible causa, seguramente con-causa, del freno relativo (en comparación con los otros países de la región, y con la evolución anterior y posterior a ese período) del aumento de la

tasa de encarcelamiento argentino y bonaerense. Esta fue el fallo «Verbitsky», de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Lo allí ordenado y la sanción de la ley provincial 13.449 –que reformó el sistema de excarcelaciones bonaerense, tal como se ordena en aquella sentencia– fueron determinantes para mantener estable el número de alojados en las prisiones de la provincia de Buenos Aires, que se había duplicado en cinco años: de 16.500 en 1999, pasó a 30.000 en 2004. Ello, a pesar del contexto general (mediático y político) que influía en decisiones políticas de signo contrario y a un aumento del monto de penas impuestos en sentencias.

Desde que se detuvo ese «amesetamiento» hasta la actualidad, el fenómeno de crecimiento de la población detenida en prisiones se reanudó en nuestro país, como en el resto de la región (y es importante recordar que ello no se debe a un aumento de niveles de homicidios o robos, al menos en Argentina ocurre lo contrario).

En 2015, cuando el crecimiento de la sobre población era otra vez notable, resultaba necesario pensar en soluciones como las implementadas diez años antes (judicialmente) o veinte o treinta (legislativamente). Sin embargo, asume el gobierno del presidente Mauricio Macri y se hizo todo lo contrario. A una voluntad política y social punitivista se sumó la irresponsabilidad y la cobardía que parecieron encarnarse en las autoridades ejecutivas, legislativas y también en las judiciales que debían enfrentar una compleja realidad con decisiones basadas en hechos reales, y no se atrevieron a ser objeto de crítica mediática (con excepciones valiosas, pero escasas).

Ese recrudescimiento del punitivismo contra el crimen común o vinculado a la pobreza, se realizó en forma paralela con cierta justificación de castigos ilegales y propuestas de impunidad para abusos policiales (tuvieron mucha repercusión los casos de Santiago Maldonado, Rafael Nahuel y «Chocobar» –un policía condenado judicialmente por disparar por la espalda contra quien había perpetrado un robo y usado políticamente luego como ejemplo a imitar–) y para los crímenes de Estado de la dictadura (a una campaña mediática en ese sentido siguió en mayo de 2017 el fallo «Muiña» de la CSJN, por el cual declaraba aplicable la llamada ley del «2x1» a la sanción de crímenes de lesa humanidad: una reacción social muy importante culminó con una ley interpretativa del Congreso que justificó a la propia Corte Suprema corregirse). Esas

propuestas no influyeron, en definitiva, en los procesos judiciales y la atención ciudadana sobre la violencia institucional pasada y presente.

Esas discusiones sobre la impunidad de esas acciones se acompañaron de una retórica punitivista y eficientista con usos electorales de otros delitos, en particular contra la propiedad y en materia de drogas, e incluso contra la vida e integridad física a pesar de la marcada y sostenida disminución de su ocurrencia en la Argentina del siglo XXI.

A nivel normativo la reforma legal más relevante en ese aspecto es la ley 27.375, del año 2017, que modifica el régimen de ejecución de la pena, afectando su progresividad y restringiendo la posibilidad de acceder a libertades anticipadas, así como también otorgándole más facultades a la autoridad administrativa. Muchas de las personas detenidas (por delitos vinculados con tráfico de drogas) deberán agotar la totalidad de la condena en un centro de detención con cada vez más ingresos por esa misma legislación.

Existió entonces otra comisión encargada de organizar la dispersión penal existente, y que no hacía sino aumentar: encabezada por el juez Borinsky, ese proyecto terminado no tuvo la misma pretensión garantista de los anteriores, pero sí el mismo destino de no ser realmente estudiada para ser sancionada.

Las reformas nacionales y provinciales más importantes y que sí se trajeron y sancionaron legislativamente fueron, otra vez, de naturaleza procesal: buscando otorgarle mayor eficacia y agilidad a la justicia penal en términos punitivos (ley 27.272, aplicación del procedimiento de flagrancia; ley 27.307, que permite la celebración de juicios unipersonales). Por otra parte, el poder judicial respondió a esas supuestas demandas de mayor severidad que se formulaban por comunicadores y políticos como agenda principal.

Para 2015 ya había 75.769 personas presas (174) y en 2018, 103.200 (230). Tras ese año ocurren dos cosas: por un lado, la declaración de emergencia penitenciaria por el mismo gobierno macrista en 2019 y, luego del cambio de gobierno (Alberto Fernández), el año pandémico de 2020.

Para 31 de diciembre de 2021 (últimos datos disponibles del SNEEP) había más de 114.000 personas detenidas en cárceles

argentinas, luego de una reducción de ese número en 2020 provocada más por menos ingresos (policiales y judiciales) que por una política descarcelatoria: ni el legislativo dictó leyes en ese sentido, como en gran parte del mundo, ni los ejecutivos dispusieron salidas o indultos, ni el judicial fue muy pródigo en excarcelaciones o prisiones domiciliarias.

El aumento se produce por el efecto «rebote» posterior a la pandemia, cuando sobre todo el poder judicial volvió a enviar personas a la cárcel y se hace cargo de un recrudecer de discursos punitivistas, incluso patibularios, entre operadores mediáticos y políticos irresponsables que calan en la sociedad (que integran los participantes del poder judicial).

Evidentemente la situación cuantitativa y cualitativa de las cárceles se conforma por las acciones políticas de todos los poderes en la Argentina democrática. Incluso no implementar decisiones políticas, es también una forma de política penal. Todas esas fuentes de decisiones políticas están en relación con cierto sentido común punitivista, o favorable tanto a la represión ilegal como hacia la respuesta prisional, que en la tensión señalada al principio de esta nota parece inclinar la balanza cada vez más en sentido contrario a la tolerancia y al respeto a los derechos humanos que debió ser una política común de nuestra democracia.

Ese «sentido común punitivista» se ha extendido especialmente en la campaña electoral que ha culminado con la elección de un nuevo presidente, que estará a cargo al cumplir los 40 años de democracia. El peligro de exacerbar el punitivismo hacia los problemas sociales tanto como la impunidad de la violencia institucional (que es la otra cara del punitivismo) obligará a la sociedad civil y a las instituciones a estar atenta frente al aumento de la violencia.

En el año de campaña electoral no solamente se han propuesto soluciones falsas –mágicas– de tinte punitivo formal (aumentar penas, castigar más rápido, construir prisiones) a problemas que son reales (y que deben ser objeto de políticas criminales más serias) sino que también, muy peligrosamente y por primera vez en 40 años se han habilitado verbalmente, y desde medios de comunicación, violencias de tipo informal que recuerdan prácticas previas a estos cuarenta años. Especialmente fue común usar verbos que se vinculan a la violencia política anterior a la democracia (aniquilar,

eliminar, exterminar) y un diputado con dudosos antecedentes suele hacerse el gracioso con un peligrosísimo «cárcel o bala», que bien podría ser analizado en términos del delito de amenaza. Más allá del lenguaje, presenciamos, sin la necesaria reflexión social y política y con una poco fuerte investigación judicial, un intento de asesinato de la vicepresidenta de la Nación.

Ese clima, y concretamente este lenguaje de “exterminación” hacia rivales políticos, conciudadanos y extranjeros y en particular los señalados como «delincuentes» (con extremos también fácticos de linchamientos de presuntos delincuentes, portación de armas, reclamo de impunidad para la violencia policial y crímenes parapoliciales) refleja viejas y nuevas preocupaciones que debemos atender urgentemente en la Argentina de los próximos años de democracia.