

# LA POLÍTICA CRIMINAL DE ARGENTINA, UNA CRIMINAL POLÍTICA DE ESTADO<sup>©</sup>

*Fallo histórico de la Corte Suprema de Justicia de Argentina,  
donde se pide no agravar la condiciones de detención (Mayo de 2005)*

POR MATÍAS BAILONE

**L**as cárceles de América Latina gozan de un alto prestigio en el canon de las violaciones de los derechos humanos del siglo XX. La región cuenta con instituciones penitenciarias vetustas, superpobladas y con carencia de las más mínimas reglas de tratamiento de reclusos. Esta realidad de todo el continente tiene países que superan el hacinamiento de detenidos, y la mayoría de ellos se encuentran detenidos por prisión preventiva, sin sentencia firme que revoque su inocencia presumida constitucionalmente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina resolvió el 4 de mayo de 2005 un recurso de amparo correctivo y colectivo pedido por una organización no gubernamental argentina de defensa de derechos humanos donde se pedía el respeto de tratados internacionales sobre las condiciones mínimas de detención y el otorgamiento de los beneficios de la excarcelación para los detenidos sin sentencia firme.

La sentencia de la Corte Suprema<sup>1</sup>, que cuenta con la inocultable pluma de su miembro más destacado, el penalista Eugenio Raúl Zaffaroni, remarca el esquema normativo en que se mueve el legislador argentino cuando dicta normas de pro-

---

<sup>©</sup> Publicado en [www.iuspenalismo.com.ar](http://www.iuspenalismo.com.ar) y en varias revistas digitales de derecho penal de Perú, Chile, Argentina y España. Una versión alternativa fue publicada en la Revista General de Derecho Penal de la Universidad Castilla La Mancha (España), IUSTEL, N° 3, Mayo de 2005.- ([www.matiashbailone.com.ar](http://www.matiashbailone.com.ar))

<sup>1</sup> Sentencia de la CSJN del 3 de Mayo de 2005, Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”.

cedimiento penal: el artículo 18 de la Constitución Nacional de la República Argentina prescribe que las cárceles deben ser sanas y limpias, no para castigo sino para seguridad de los reos, que según Zaffaroni es tomado de Lardizábal, y el artículo 75 inciso 22 que da jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos que ha suscripto la República Argentina. Se reconoce, además, que si bien todo sometimiento a una persona a una institución totalizadora como la prisión tiene un contenido intrínseco aflictivo, esta prohibida toda forma de agravamiento de las condiciones de detención.

El fallo de nuestro máximo Tribunal llega a definir a la prisión como “un establecimiento en el que hay un fino equilibrio entre presos y personal, y la superposición provoca descontrol y violencia llevando ese equilibrio siempre precario al límite de la fragilidad”.

Se reconoce en el texto del fallo que la República Argentina tuvo un papel protagónico en el establecimiento de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos, en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, de Ginebra, en 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 663 C31 7 57 y complementada en la 2076 del 13 de mayo de 1977. El país está obligado además por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que después de la reforma constitucional de 1994 tiene jerarquía constitucional: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en el art. XXV que "todo individuo tiene también un tratamiento humano durante la privación de su libertad"; el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que "toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"; fórmula ésta que recepta de modo similar el art. 5 inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas se han convertido, -explica la inequívoca pluma de Raúl Zaffaroni- por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas

privadas de libertad. No cabe duda de que hay un marco normativo, no sólo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado en la Provincia de Buenos Aires”.

Diecinueve de los veinticinco países con sobrepoblación carcelaria de América Latina se encuentran con ‘hacinamiento crítico’, que es producido por una densidad carcelaria superior al 120%. En algunos casos, se dan porcentajes mayores a la media nacional en lugares específicos donde el hacinamiento alcanza ribetes apocalípticos. En el caso Argentino, la provincia de Mendoza tiene el oscuro récord de superpoblación carcelaria, sumado al más alto índice de mortandad dentro de los muros de una prisión. La Comisión Americana de DD HH está actualmente investigando el desempeño del Gobierno Nacional en el control de la legalidad del cumplimiento de las penas privativas de libertad, como instancia suprema desde donde debe vigilarse que la ejecución de las penas y el cumplimiento irrestricto de la Ley Nacional 24.660 (Ley Nacional de Ejecución Penitenciaria) no tienen grandes fisuras. La Comisión no puede condenar a Estados Provinciales, por ello es que se investiga al Estado Nacional y se lo hace responsable de las graves irregularidades en el cumplimiento de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

La historia penitenciaria de la República Argentina tiene en su haber algunas cuestiones sobre establecimientos altamente deficitarios en materia de derechos humanos básicos. Recordemos la famosa Penitenciaría Nacional de la calle Las Heras de Buenos Aires, de la que Borges nos recordaba su “frente amarillo que dominaba arrabal y distancia”, y la Penitenciaría Federal de Ushuaia (cerrada a mediados del siglo XX) donde eran reclusos los internos más peligrosos de las otras penitenciarías federales y aquellos que caían en la maquinaria punitiva por cuestiones políticas. Pero así como históricamente recordamos casos de manifestaciones groseras del poder punitivo en la República Argentina también hay ejemplos históricos de modelos de contención a ese omnímodo poder represor: el Prof. Pettinato bajo cuya dirección cayó el último reducto del peronismo más feroz de la Cárcel de fin del mundo, de Ushuaia. En nuestro país tuvo cuna una de las posturas doctrinarias más revolucionarias de finales del siglo XX: el minimalismo penal en versión del

Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni. El zaffaronismo más puro es fruto de la última versión de su tratado en donde da forma a la teoría ‘agnóstica’ de la pena o negativa, porque abdica de toda pretensión positiva en la fundamentación de la pena. Zaffaroni enseña que frente a un dato de la realidad tan alarmante e incontrastable como la vívida experiencia del poder punitivo en toda la región latinoamericana, no nos queda margen para legitimar la pena y por ende al derecho penal, sino que hay que evitar toda pretensión legitimante y limitarse a reconocer a la pena como un hecho de la realidad, como un hecho de poder que está frente a nosotros y no podemos negarla. Legitimarla, sería para Zaffaroni, inmoral y funcional al más crudo poder punitivo. De esta manera se considera que el penalista que adscribe a una teoría agnóstica o negativa cumple una función tan importante como la Cruz Roja en tiempos de guerra.

Se puede observar, que la postura de Raúl Zaffaroni podría sumarse a la que unos años antes había esbozado el Profesor italiano Luigi Ferrajoli titulada ‘minimalismo penal’, que atacaba las pretensiones de un derecho penal moderno que buscaba su amplia expansión a ámbitos en los cuales antes reinó la composición privada o el derecho privado. Los ataques al expansionismo penal provinieron principalmente de los países occidentales europeos que habían cicatrizado largos años de fascismo como Italia o Alemania. Por ello, decir que de un país austral ajeno –en apariencia– al escenario vivido por estos pueblos de posguerra surge un pensador cuya teoría reedita los planteos básicos de aquella escuela doctrinaria, y que además sirve de motorizador a muchos pensadores de las ciencias penales de los países centrales para servir de contención al desbordamiento de un inmoral poder punitivo que se alimenta de la profunda desigualdad social producida por la inmigración compulsiva y masiva de ‘asociales’ (latinoamericanos, africanos y sudasiáticos) en costas europeas. Así entendido, el poder punitivo del primer mundo sería una técnica de reproducción de una sociedad determinada, y las tentativas de contención de ese poder punitivo las formas de mantener el Estado de Derecho en sus límites constitucionales y morales.

Así visto, el abolicionismo como corriente teórica colectiva donde agrupamos a los criminólogos noruegos (Nils Christie, Thomas Mathiesen y Louk Hulsman) y a los penalistas provenientes del marxismo francés, no sólo estaría orientado a la ‘abolición’ de toda forma punitiva en las sociedades contemporáneas, sino que en muchos casos se conformaría con la abrogación de sus manifestaciones más degradantes: la prisión, la punición excesiva de delitos culposos, y propiciaría de manera más inmediata la instauración de formas no coactivas ni estereotipadas de solución de conflictos supraindividuales, como la composición privada o la aplicación de penas pecuniarias en lugar de las privativas de la libertad. Confundir abolicionismo con anarquismo es no sólo una simplificación absurda de la temática, sino además un desconocimiento de los planteos básicos del ‘problema abolicionista’. Una gran rama del abolicionismo moderado, que Ferrajoli llama ‘minimalismo’, pondera en primer lugar la nocividad palmaria del sistema penal que no necesita planteos utópicos de abolición de un sistema completo que tardó doscientos años en instaurarse completamente, sino solución inmediata a heridas que sangran todavía. Destronar la prisión preventiva como consecuencia directa de la comisión de determinados ilícitos es uno de los planteos más claros de lo que venimos explicando. En América Latina las cárceles de la región están superpobladas de detenidos en forma provisoria y a título de medida cautelar, y conviviendo con condenados con sentencia firme, violando así las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, y toda previsión constitucional de cualquier país del continente. En el caso Argentino está probado (en los fundamentos del fallo comentado) el hacinamiento crítico de las penitenciarías federales y provinciales son causa de las leyes procesales que son proclives a la negación sistemática del beneficio de la excarcelación y la eximisión de prisión.

El tema particular del procedimiento penal de cada provincia de la República es una árida discusión sobre jerarquía legal de los códigos de la materia. El voto del Dr. Zaffaroni del fallo de marras habla de una necesidad de concordancia debida entre los códigos procesales penales provinciales y su par federal. Es decir, el marco de garantías que fija el CPPN no puede ser menoscabado por las legislaciones provinciales quienes se hayan obligadas a respetarlo como piso básico de garantías pro-

cesales. Marco de garantías que puede ser superado, pero no menoscabado. Los Códigos Procesales Penales de las provincias pueden ser más ‘garantistas’ que el código federal, pero nunca menos. Esta postura combatida por aquellos que pregonan los localismos como banderas de un malentendido federalismo ha logrado unificar la jurisprudencia de la Cámara de Casación Federal en materia excarcelatoria.

Los Tratados de Derechos Humanos que han sido ratificados por la República Argentina y por imperio de la Convención Constituyente de 1994 adquirido jerarquía constitucional, obligan al país a adecuar sus políticas internas en materia de derechos individuales a los estándares internacionales, vg. el Pacto de San José de Costa Rica y las ya mencionadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, que inclusive fueron redactadas por emisarios argentinos. El incumplimiento de las cláusulas cartulares no necesita su denuncia en organismos internacionales (a saber la Comisión Americana de DD HH) sino que cualquier magistrado federal del orden interno puede actuar el derecho emanado de tratados internacionales que ya forman parte del derecho positivo interno local de aplicación obligatoria.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de hace casi cincuenta años, establecen que las celdas destinadas al aislamiento nocturno no deberán ser ocupadas más que por un solo recluso, y luego se establece como excepción la posibilidad de recurrir a dormitorios colectivos, bajo determinadas condiciones de seguridad, que nunca se cumplen.

El hacinamiento en las cárceles latinoamericanas es una situación de extrema gravedad que ha sido definida como una forma cruel y degradante de la prisión. Pero además, la sobrepoblación carcelaria –según Elías Carranza- “es una variable que incide negativamente sobre todas las otras condiciones carcelarias, ya que en las condiciones de hacinamiento no es posible lograr un buen estándar en casi ninguna de las funciones penitenciarias esenciales de salud, alimentación, higiene, seguridad, visita...”

Otros de los temas que emergen de esta larga sentencia del Superior Tribunal Nacional de Argentina es la crítica a la legislación procesal penal provincial de Buenos Aires. Dice que una de las causas de la superpoblación carcelaria está dada por las reformas en materia excarcelatoria, que neutralizan todo intento de mantener el nivel carcelario en lo considerado racional. La alarmante realidad de que el 75% de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires lo sean en virtud de la prisión preventiva, y no medie para ellos una sentencia firme, habla de violaciones constitucionales y un gran desfasaje del sistema carcelario.

Para no abundar en la temática penitenciaria remito a otro artículo de mi autoría publicado en esta misma revista ('La reclusión en el Código Penal Argentino'), y sobre la materia procesal penal de la excarcelación me explayaré en un próximo trabajo doctrinario.

No quisiera cerrar estas líneas sin antes rendir un caluroso y sentido homenaje al gran jurista latinoamericano Raúl Zaffaroni. Porque bajo su manto académico hemos crecido y bajo su protección dogmática seguimos transitando la senda de un derecho penal humanitario y contentor de la gran maquinaria punitiva que en América Latina es un elemento de marginación y dominación. Este fallo de nuestro Tribunal Constitucional tiene la impronta de Raúl Zaffaroni, quien de esta forma, le da a la Corte un papel activo en el control de la constitucionalidad de las condiciones de detención, y es un mensaje para todo el arco político argentino para ajustar la política criminal del país a los preceptos internacionales de derechos humanos.

Sólo he tenido tiempo para esbozar estas simples líneas, que pretendo ampliar en el corto plazo, pero como cierre dejo un segmento por demás elocuente de la sentencia: "Que en cualquier caso es dable evocar en esta emergencia —y con el 75% de presos sin condena— la descripción que hace ciento treinta años hacía para España doña Concepción Arenal, para que si no se ha llegado a extremos análogos a la radiografía de la célebre penitenciarista española, todos los poderes públicos de la Provincia de Buenos Aires se esfuercen por evitarlos y, si eventualmente se han alcanzado, hagan lo propio por revertirlo: "Imponer a un hombre una grave pena,

como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia. Si a esto se añade que deja a la familia en el abandono, acaso en la miseria; que la cárcel es un lugar sin condiciones higiénicas, donde carece de lo preciso para su vestido y sustento; donde, si no es muy fuerte, pierde la salud; donde, si enferma no tiene conveniente asistencia y puede llegar a carecer de cama; donde, confundido con el vicio y el crimen, espera una justicia que no llega, o llega tarde para salvar su cuerpo, y tal vez su alma; entonces la prisión preventiva es un verdadero atentado contra el derecho y una imposición de la fuerza. Sólo una necesidad imprescindible y probada puede legitimar su uso, y hay abuso siempre que se aplica sin ser necesaria y que no se ponen los medios para saber hasta dónde lo es" (Concepción Arenal, Estudios Penitenciarios, 2ª. Edición, Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1877, página 12)."

*Mayo de 2005.*

**Matías Bailone<sup>2</sup>**

*Ver texto completo de la sentencia en [www.iuspenalismo.com.ar](http://www.iuspenalismo.com.ar), o pedirlo a [matias@matiasbailone.com.ar](mailto:matias@matiasbailone.com.ar)*

---

<sup>2</sup> Abogado, Presidente del Ateneo de Ciencias Penales y Criminológicas de Cuyo, [www.matiasbailone.com.ar](http://www.matiasbailone.com.ar)