

Fecha de Presentación: 26 de Julio de 2009

Fecha de Publicación: 23 de Agosto de 2009

## APROXIMACIÓN AL ENCUADRAMIENTO IDEOLÓGICO DE LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA NACIONAL: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

**JOSÉ DANIEL CESANO<sup>1</sup>**

**ABSTRACT:** Una de las agencias que componen el control social formal es la representada por la administración penitenciaria. El objeto de este trabajo es realizar una reconstrucción histórica de los marcos ideológicos en los que se han insertado las diversas leyes nacionales que, desde 1933, vienen regulando, en nuestro sistema jurídico, la ejecución de la pena privativa de libertad.

**SUMARIO:** I.- Propósito II.- Un intento de periodización III.- La ley 11.833: la impronta del positivismo criminológico: 1. El clima de ideas: la Criminología Argentina en la década de 1930. 2. Cuando la ideología se plasma en la ley... 3. La ideología perdura en la jurisprudencia... IV.- La recepción de las “reglas mínimas” (el decreto – ley 412/1958), los injertos de la doctrina de la seguridad nacional y un sistema “subterráneo”: las ideologías subyacentes entre 1958 a 1983. V.- De la globalización de los derechos humanos a los discursos político criminales de “Ley y Orden” (1983 a la actualidad) VI.- Síntesis de conclusiones.

### **I.- Propósito**

El presente trabajo tiene por objeto realizar un *ensayo* de reconstrucción histórica de los marcos ideológicos en los que se han insertado las distintas leyes nacionales que regularon (en nuestro país) la ejecución de las penas privativas de libertad.

Sin embargo, parece conveniente puntualizar que no debe buscarse, en este intento, una pura descripción de los contenidos normativos de aquellas disposiciones. Por el contrario, nuestro esfuerzo se dirigirá, más bien, a enmarcar los sucesivos procesos legislativos habidos en el *clima de ideas* en que se produjeron. En otras palabras a recomponer algunos estratos de la “*forma mentis*”; esto es: de los esquemas de percepción y valoración de una realidad determinada (la penitenciaria) por parte de las distintas elites ilustradas<sup>2</sup>, cuidando reflejar, asimismo, su perdurabilidad en el tiempo y,

---

<sup>1</sup> Contacto: cesano@ciudad.com.ar

<sup>2</sup> Tomamos este concepto, con algunas adaptaciones, de Oscar Terán, *Vida intelectual en el Buenos Aires fin de siglo (1880 – 1910). Derivas de la “cultura científica”*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2000, p. 10.

en caso de existir, su convivencia con otras concepciones político – criminales (e incluso, realidades fácticas) sobrevinientes.

En lo estrictamente epistemológico, quizá pueda producir cierta sorpresa, nuestra injerencia en una dimensión de análisis propia de la perspectiva de la historia intelectual. Sin embargo, es claro que, el derecho – como producto cultural – “no existe sólo en los textos, y no se crea de golpe, por la voluntad o imaginación de los hombres, sino por el impulso espontáneo de las necesidades colectivas, sentidas de manera distinta según el estado de toda clase de técnicas: materiales, económicas o intelectuales”<sup>3</sup>. Siendo ello así, no pueden haber dudas que, el “esfuerzo de todo el cuerpo de juristas para construir un cuerpo de doctrinas y de reglas totalmente independientes de sujeciones y presiones sociales y que encuentra en sí mismo su propio fundamento”<sup>4</sup> debe considerarse, hoy, como un modelo poco satisfactorio. Ello no significa – por cierto – discutir el valor de la dogmática en cuanto método de abordaje de los sistemas normativos (esencial para el resguardo del valor seguridad jurídica); sino algo más modesto: *un toque de atención respecto de las ventajas que pueden extraerse – para una comprensión integral de un ordenamiento positivo determinado - con la apertura hacia otros campos de análisis que no sean estrictamente normativos*<sup>5</sup>.

## II.- Un intento de periodización

En todo intento de reconstrucción histórica, “el problema de una división cronológica de la pregunta básica de investigación, es decir, el problema de la periodización, se convierte en algo esencial”<sup>6</sup>.

Este acercamiento a la división de un fragmento concreto del pasado en períodos más cortos asume, por parte de quienes lo realizan, formas muy variadas<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. Pierre Vilar, “Historia del derecho, Historia ‘total’”; en *Economía, Derecho, Historia*, Ed. Ariel, Barcelona, 1983, p. 130. El énfasis nos pertenece.

<sup>4</sup> La descripción corresponde a Pierre Bourdieu, “La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *Poder, Derecho y Clases Sociales*, 2ª edición, Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001, p. 166.

<sup>5</sup> Al respecto, cfr. Albert Calsamiglia, “Ciencia Jurídica”, en *El Derecho y la Justicia*, coedición Editorial Trotta – Consejo Superior de Investigaciones Científicas – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, p. 25.

<sup>6</sup> Cfr. Jerzy Topolsky, *Metodología de la historia*, Ed. Cátedra, Madrid, 1982, p. 457. Más recientemente, Julio Aróstegui, *La investigación histórica: teoría y método*, Ed. Crítica, Barcelona, 1995, pp. 225/ 230, realiza un interesante estudio sobre estas cuestiones.

<sup>7</sup> Así, Topolsky, op. cit., p. 457 y 458 (siguiendo a W. Kula [en su obra *Problemy i metody historii gospodarczej*, p. 173]), distingue entre periodización formal o convencional y periodización objetiva; según que, las intenciones del historiador, sean las de “encontrar construcciones simples o sintéticas”. A su vez, la periodización objetiva puede asumir las formas de periodizaciones cíclicas, direccionales o irregulares.

Desde nuestra perspectiva, optaremos por una periodización objetiva irregular que se caracteriza *por una estrecha unión de los períodos que se distinguen con los hechos históricos específicos*<sup>8</sup>; lo que – dada la materia de nuestro estudio - atenderá, en forma prevaeciente, a un *criterio mixto*: a) el dato cronológico representado por la sanción de la ley (en cuanto norma específica que regula la ejecución y cuya ideología se pretende indagar) y b) la evolución de los sistemas políticos durante el período analizado (no sólo como forma de relacionar estos procesos con el *clima de ideas* que acompañaron a las modificaciones legislativas; sino, también, en la medida en que reflejan las tensiones entre la norma sancionada con tendencias político – criminales [o crudas constataciones de situaciones fácticas] sobrevinientes con aquellos cambios en el sistema político).

### **III.- La ley 11.833<sup>9</sup> y la impronta del positivismo criminológico**

#### **1.- El clima de ideas: la Criminología Argentina en la década de 1930**

En la última cuarta parte del siglo XIX comenzó en Latinoamérica un proceso de asimilación de las ideas del positivismo criminológico italiano. En el concierto de los países de la región fue Argentina uno de los primeros que acogió, y con el mayor interés, los desarrollos de la nueva “ciencia”<sup>10</sup>. En efecto, ya en 1887<sup>11</sup>, Norberto Piñero, en su clase inaugural como profesor de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires, proclamó su ideario positivista<sup>12</sup>. Y su programa oficial de la cátedra constituía el más claro reflejo de su credo<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. Topolsky, op. cit., p. 459.

<sup>9</sup> El 30 de septiembre de 1933 se sancionó – sobre la base de un proyecto preparado por Juan José O’Connor -la ley 11.833, de “Organización carcelaria y régimen penal” (para su texto, cfr. *Anales de Legislación Argentina* [en adelante A.D.L.A.], *Complemento años: 1920 – 1940*, Ed. La Ley, Bs. As., 1953, pp. 514 y 515). Con ella, comienza a configurarse en el ámbito nacional (dado que, solamente regía respecto de los establecimientos nacionales [cfr. Juan Carlos García Basalo, *El régimen penitenciario federal*, Ediciones librería del jurista, Bs. As., 1975, p. 18]) el sistema ejecutivo penal.

<sup>10</sup> Cfr. Rosa del Olmo, *América Latina y su Criminología*, Siglo XXI Editores, 4ª edición, México, 1999, p. 135.

<sup>11</sup> Esto es, sólo dos años después del I Congreso de Antropología Criminal, celebrado en Roma en 1885.

<sup>12</sup> Cfr. David Baigún, “Ideas político – criminales del Código de 1921”, *Nueva doctrina penal*, 1997/A, p. 18.

<sup>13</sup> Para el texto del programa, cfr. Rosa del Olmo, *Criminología Argentina. Apuntes para su reconstrucción histórica*, Ed. Depalma, Bs. As., 1992, pp. 4 y 5.

A partir de entonces, la difusión de estas ideas se produjo con todo vigor, durante casi medio siglo; triunfando en la academia<sup>14</sup> y con una amplia recepción en los tribunales<sup>15</sup>.

Una de las manifestaciones más interesantes que tuvo lugar, como consecuencia directa de la asimilación de esta doctrina, estuvo representada por la creación, en Buenos Aires<sup>16</sup>, del Instituto de Criminología (1907). El instituto, que tuvo como primer director a José Ingenieros<sup>17</sup> y funcionó en el ámbito de la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires<sup>18</sup>, tenía como finalidad central el estudio del individuo delincuente siguiendo los postulados de la escuela positivista italiana, con las modificaciones que – el propio

---

<sup>14</sup> Sobre todo, si se tiene en cuenta la clara filiación positivista de las cátedras de las gravitantes universidades de Buenos y Córdoba. Ya hemos visto esta vinculación respecto de la universidad porteña. En el caso de Córdoba, la misma se advierte a través de la influencia de Cornelio Moyano Gacitúa; quien, no obstante discrepar con algunos de los postulados de la *Scuola positiva* (al respecto, cfr. Giuditta Creazzo, *El positivismo criminológico italiano en la Argentina*, Ed. Ediar, Bs. As., 2007, p. 118 y ss.), aplicó ciertos criterios metodológicos de aquella concepción. De hecho, con relación a su libro *La delincuencia Argentina* (Córdoba, Casa Editora F. Domenici, 1905), César Lombroso – figura emblemática de la escuela – escribiría que: “(...) es el más importante de Sociología y Antropología Criminal aparecido en estos últimos dos años y en ambos mundos”. Volviendo a la Universidad de Córdoba, hemos realizado un análisis de las tesis doctorales elaboradas durante el período comprendido entre 1883 – 1900. Del total de 100 trabajos localizados, sólo un porcentaje muy menor se refieren a cuestiones de derecho penal y penal procesal (concretamente, un 18 %); en tanto que, las restantes se distribuyen de la siguiente manera: derecho civil, 32 %; derecho mercantil, 10%; derecho político, constitucional y público, 16 % y otros (Vg. derecho militar, derecho eclesiástico, economía; etc.) 24 %. En efecto, sólo 18 tesis se ocupan del derecho punitivo; abordando la siguiente temática: pena de muerte; causas eximentes de la pena; causas atenuantes de la pena; imputabilidad; la ebriedad como factor de los delitos de sangre; la pena en el derecho internacional privado; una disertación sobre la pena; un estudio general sobre el derecho penal en la República Argentina; la embriaguez en el Código Penal; la codelinquencia; el delito natural; 2 sobre sistemas penitenciarios (la de Carlos S Bollini, dirigida por Telasco Castellanos y aparecida en 1885 y la de José N. Del Prado, dirigida por Julio Rodríguez, y fechada en 1894); 2 sobre delitos de calumnias e injurias y 3 trabajos sobre temas propios del derecho penal procesal (el jurado; la extradición y un comentario del código procesal en lo criminal). Sin embargo, aún con este escaso material, es posible verificar, en forma clara, la influencia del positivismo criminológico. Como muestra de lo dicho puede destacarse la tesis de Alberto Vita intitulada *El delito natural* (repárese en que tal concepto fue desarrollado, precisamente, por Rafael Garófalo, uno de los representantes más característicos de esta escuela italiana [cfr., al respecto, Juan Bustos Ramírez, *Introducción al Derecho Penal*, 2ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1994, p. 125]), redactada en 1895, bajo la dirección del propio Moyano Gacitúa [Fuente: Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba].

<sup>15</sup> En donde incluso – y como lo veremos en este mismo trabajo – con posterioridad a la década de 1930, se mantenía su influencia.

<sup>16</sup> En rigor, como lo ha demostrado Rosa del Olmo (cfr. *América latina y su Criminología*, op. cit., pág. 148 /149 y cuadro n° 4) se trató de una manifestación común para toda Latinoamérica.

<sup>17</sup> Cfr., al respecto, Oscar Terán, *José Ingenieros: pensar la nación. Antología de textos*, Ed. Alianza, Bs. As. 1986, p. 35 y ss.

<sup>18</sup> La Penitenciaría Nacional de Buenos Aires fue concluida el 5 de Enero de 1877. Su primer director fue Enrique O’Gorman. El 28 de mayo de ese mismo año ingresó la primera remesa de internos, proveniente de la cárcel del Cabildo, compuesta de 22 condenados. Al respecto, cfr. Abelardo Levaggi, *Las cárceles argentinas de antaño (Siglos XVIII y XIX) Teoría y realidad*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 2002, p. 68 y ss.

Ingenieros – realizara (en el sentido de enfatizar el aspecto psicopatológico de aquel estudio)<sup>19</sup>.

La influencia del Instituto sobre la evolución de la ciencia penitenciaria argentina ha sido reconocida, invariablemente, por distintas investigaciones realizadas. En tal sentido, Lila Caimari afirma que: “(...) el Instituto abarcaba un campo de investigación de gran ambición: ‘todos los estudios concurrentes a la determinación de las causas de la criminalidad’, incluyendo sociología, (...) antropología, psicología y morfología del penado. (...) A partir de 1907, miles de reclusos fueron objeto de este nuevo escrutinio. Los *Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines*, la prestigiosa publicación científica dirigida por Ingenieros desde 1902, fueron convertidos en órgano del Instituto y lugar de publicación de sus logros científicos. En calidad de tales, eran impresos en los talleres de la Penitenciaría misma. Así, el Instituto era, a la vez, fruto de las ideas diseminadas por los *Archivos*, lugar de experimentación y promoción de dichas ideas, y productor intelectual y material del nuevo saber científico obtenido a partir del examen de los penados de la institución”<sup>20</sup>.

No obstante la afirmación anterior, la cruda realidad carcelaria – en donde la mezcla y la indiferenciación punitiva (procesados y condenados) era el cuadro cotidiano dominante detrás de las clasificaciones de la criminología y de las ilusiones rehabilitadoras del penitenciarismo – hizo que, con el transcurso de algunas décadas, el compromiso oficial del Estado con el proyecto reformista inicial, se fuese desgastando; perdiéndose (hacia 1930) el respaldo político (al menos con la fuerza con que, inicialmente, se lo había efectuado) a las propuestas que se realizaban<sup>21</sup>.

Pese a ello, y quizá “porque las ideologías son cárceles de larga duración”, aquél estrato de la cultura científica porteña (identificado con el ideario del positivismo criminológico, con los matices aportados en el país) “persistirá a la defensiva en los

---

<sup>19</sup> Cfr. Rosa del Olmo, *América latina y su Criminología*, op. cit., p. 148. De idéntica opinión, Lila Caimari, “Castigar civilizadamente. Rasgos de la modernización punitiva en la Argentina (1827 – 1930)” (en Sandra Gayol – Gabriel Kessler [compiladores], *Violencias, delitos y justicias en la Argentina*, Ed. Manantial, Bs. As., 2002, pp. 158 y 159): “Ingenieros utilizó este espacio para poner en práctica su contribución principal a la ciencia criminológica: un sistema de clasificación que tomaba elementos de varios de los sistemas ya existentes pero enfatizaba el peso de las psicopatologías en el examen y diagnóstico de peligrosidad, imprimiendo un giro psiquiátrico y psicológico de largo plazo a los estudios argentinos del criminal”.

<sup>20</sup> Cfr. Lila Caimari, “Ciencia y sistema penitenciario”, en Academia Nacional de la Historia, *Nueva Historia de la Nación Argentina. La Argentina del Siglo XX*, T° 8, Ed. Planeta, Bs. As., 2001, pp. 479 y 480. De la misma opinión, con anterioridad, Rosa del Olmo, *América latina y su Criminología*, op. cit., p. 153.

<sup>21</sup> Cfr. Caimari, “Ciencia y sistema penitenciario”, op. cit., pág. 483.

entresijos de las nuevas formaciones simbólicas”<sup>22</sup>. Y de hecho, tuvo un papel muy gravitante en el proceso de elaboración de la ley 11.833.

## 2.- Cuando la ideología se plasma en la ley...

A comienzos de la década de 1920 se había nombrado como jefe de la Dirección de Inspección de Cárceles de los Territorios Nacionales, al conocido penitenciarista Juan José O’Connor<sup>23</sup>. O’Connor, de una amplia trayectoria y con profundos conocimientos en materia carcelaria<sup>24</sup>, tenía una clara filiación positivista; concepción que pronto se plasmaría en el proyecto de ley – de su autoría – que fuera sancionado por el Congreso de la Nación como ley n° 11.833.

Bien es verdad que, a partir de esta ley, el viejo Instituto de Criminología (fundado por Ingenieros) dejó de existir. Sin embargo, en la práctica, sus funciones fueron absorbidas por el “Instituto de Clasificación”, dependiente de la “Dirección General de Institutos Penales”. Así, según el artículo 6°, se establecía como funciones del Instituto las de: “a) asesor a la Dirección General, respecto del régimen de la pena; b) *estudiar la personalidad de cada penado* y su grado de readaptación social, llevando la ficha individual de cada uno [y]; c) producir informes en los pedidos de libertad condicional” (el énfasis nos corresponde).

Por otra parte, y como una sección del Instituto de Clasificación, el artículo 7° de la ley creaba el “Anexo Psiquiátrico”, “encargado de formular el diagnóstico psicofisiológico de cada delincuente”; precepto éste que constituye otro claro elemento demostrativo de la filiación positivista desde que no es más que el reflejo de la difundida concepción de Ingenieros tan bien descripta por Enrique E. Marí: “La locura se articula a semejanza del delito, a la manera de un ejemplar de la conducta desviada, y el delito se visualiza como enfermedad mental. Lectura doble y entrecruzada que resulta identificable tanto en sus estudios médico – legales como en su practica de alienista (...)”<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. Terán, *Vida intelectual (...)*, op. cit., p. 306.

<sup>23</sup> Cfr. Rosa del Olmo, *Criminología Argentina (...)*, op. cit., p. 61.

<sup>24</sup> Cfr. Luis Marcó del Pont, *Criminólogos latinoamericanos. Argentina*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1987, p. 254.

<sup>25</sup> Cfr. Enrique E. Marí, “José Ingenieros: el alienista, su loco y el delito”, en *Papeles de filosofía*, T° I, Ed. Biblos, Bs. As., 1993, p.189. Por cierto que, tal concepción, no resulta exclusiva de Ingenieros, sino que es patrimonio común de otros autores que, incluso, le antecedieron. Tal el caso de Francisco de Veyga. Al respecto, cfr. Jorge Salessi, *Médicos maleantes y maricas*, Beatriz Viterbo Editora, 2ª edición, Rosario, 2000, p. 127 y ss.

Pero quizá en donde queda perfilada de manera más categórica esta impronta es en el propio reglamento de las funciones del Instituto de Clasificación y su Anexo Psiquiátrico.

En efecto, Osvaldo Ludet, que se venía desempeñando como Director del Instituto de Criminología desde 1927, fue el primer Director del nuevo Instituto creado por esta ley (es decir: el de Clasificación); permaneciendo en su cargo hasta 1941. Durante su gestión se reglamentaron (no se trata, obviamente, de la reglamentación del Poder Ejecutivo [sobre la cual, enseguida, nos ocuparemos] sino de un instrumento interno que diseña sus competencias) las funciones del nuevo Instituto y de su Anexo. Vale la pena reproducir los lineamientos centrales de aquella reglamentación porque conforman una excelente síntesis de una concepción criminológica (la hoy denominada Clínica Criminológica) de innegable vinculación con los postulados positivistas. Así, a través de su artículo 6º, se establecía que “El Anexo Psiquiátrico Central tiene su sede en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires; *estudia y clasifica a los penados de dicho establecimiento* y dirige los anexos psiquiátricos que existen o se establezcan en los Establecimientos Penales de la Nación.” (el énfasis nos pertenece). Por su parte, en el artículo 8º, entre las funciones especiales asignadas al Anexo Psiquiátrico Central se consignaba la de: “Levantar la ‘historia de clínica criminológica’ de cada uno de los penados”<sup>26</sup> (inciso 1º); la que, luego, se remitía al Instituto de Clasificación<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> La “historia de clínica criminológica”, que representó un perfeccionamiento del Boletín médico – psicológico, creado por Ingenieros, fue elaborada por el propio Osvaldo Ludet. En el I Congreso Latinoamericano de Criminología (Buenos Aires, 1938), Ludet reseñó la importancia de este instrumento al expresar que: “1.- El estudio científico del delincuente mediante el método experimental (antropológico – clínico) debe objetivarse en una historia de clínica criminológica. 2. La historia de clínica criminológica es una investigación cronológica de los factores endógenos y exógenos que llevan a un sujeto al delito, considerando este último como un fenómeno biológico – social. 3. Las etapas de dicha historia debe ser en sus grandes líneas la de una historia clínica médica en el sentido de integrar una anamnesis antropológica y social; un ‘estudio actual’, la personalidad fisiopsíquica del delincuente y su sintomatología antijurídica; el delito; y la evolución ulterior del sujeto bajo la acción del tratamiento penitenciario. 4. El levantamiento de dicha historia en sus dos primeras etapas deben efectuarlo peritos médicos - legistas y ser previo al juzgamiento criminal. Después de la sentencia, la historia debe completarse en los establecimientos de reforma, para la mejor individualización del tratamiento. 5. Todos los establecimientos penales deben adoptar el mismo modelo de historia criminológica para los efectos de organizar una estadística científica y uniforme de la criminalidad” (cfr. Actas del I Congreso Latinoamericano de Criminología, Bs. As., 1938; reproducido por Rosa del Olmo, *América Latina y su Criminología*, op. cit., pp. 153 y 154).

<sup>27</sup> Para el texto de esta reglamentación, cfr. Camilo F. Stanchina, *Política Criminal (Cárceles argentinas)*, M. Gleizer Editor, Bs. As., 1942, pp. 112 y 113, nota n° 1.

La ley 11.833 no fue reglamentada (por el Poder Ejecutivo) de inmediato. En efecto, recién, a través del decreto n° 35.758<sup>28</sup>, del 14 de noviembre de 1947, durante la administración de Juan Domingo Perón, se llevó a cabo la misma.

Dicha reglamentación, empero, en lo ideológico no significó, tampoco, un apartamiento de las doctrinas positivistas. Es así que, a pesar de las distancias del peronismo con respecto a los “teóricos” del crimen, la norma reglamentaria resultaría compatible con los rasgos de largo plazo del proyecto punitivo del pasado. Como bien refiere Lila Caimari: “(...) el decreto restauró el Instituto de Criminología [que la ley había sustituido por el de Clasificación], cuyo objetivo (...) [continúo siendo] el estudio científico del delincuente con vistas a la individualización de la pena. (...). También se (...) [mantuvieron] las demás dependencias carcelarias heredadas de la reforma positivista del tratamiento del delincuente, como los Institutos de Clasificación que elaboraban diagnósticos de peligrosidad, o los Anexos Psiquiátricos de observación de penados”<sup>29</sup>. En suma: la crítica del quietismo del sistema carcelario nacional del pasado – que tuvo en la persona del Director General de Institutos Penales, Roberto Pettinato, su mejor vocero<sup>30</sup> – de ninguna manera implicó un cuestionamiento respecto de las premisas ideológicas que habían inspirado a la legislación que se reglamentaba.

### **3.- La ideología perdura en la jurisprudencia...**

Señalamos ya que, para la década de 1930, las propuestas académicas del positivismo criminológico, comenzaron a perder el apoyo del Estado. Ello, sin embargo, no significó que la influencia de esta ideología desapareciese. Por el contrario, en los inicios de aquella década hemos visto como, el primer modelo legislativo destinado a la organización del sistema carcelario nacional (ley 11.833 y, con posterioridad, su reglamentación por parte del Poder Ejecutivo) poseía una clara impronta de aquella doctrina. Pero, quizá, una de las características dignas de señalar con relación a esta perduración de aquél ideario esté representada por la fuerte influencia de estas

---

<sup>28</sup> Para su texto, cfr. *Jurisprudencia Argentina*, T° 1947-IV, p. 73 y ss. (Sección legislación). Para un análisis de la reglamentación, cfr. Luis Marcó del Pont, *Penología y sistemas carcelarios*, T° I, Ed. Depalma, Bs. As., 1974, p. 113 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. Lila Caimari, “‘Que la revolución llegue a las cárceles’: el castigo en la Argentina de la justicia social (1946 – 1955)”, en *Entrepasados*, Revista de Historia, Año XI, N° 22, Bs. As. 2002, pp. 42 y 43.

<sup>30</sup> De hecho, afirma Caimari (cfr. “‘Que la revolución llegue a las cárceles’...”, op. cit., p. 42), Pettinato “(...) gustaba asociar su obra a la de José Ingenieros, como otro de los titanes de la modernización del sistema punitivo argentino”.

concepciones en la interpretación que, los tribunales porteños (y algunos bonaerenses), siguieron realizando – incluso durante casi los doce años posteriores a la década de 1930 – en relación a instituciones, reguladas por el Código Penal (ley 11.179) y vinculadas con la ejecución de la pena privativa de libertad. En tal sentido, el caso más representativo estuvo dado por la aplicación del instituto de la libertad condicional; y en particular con los requisitos subjetivos para su concesión (esto es: observancia regular de los reglamentos carcelarios, en los términos del artículo 13, C.P.)<sup>31</sup>.

#### **IV.- La recepción de las “reglas mínimas” (el decreto – ley 412/1958), los injertos de la doctrina de la seguridad nacional y un sistema penal “subterráneo” : las ideologías subyacentes entre 1958 a 1983**

Bajo la administración de Pedro Eugenio Aramburu entró en vigencia el decreto – ley 412/1958<sup>32</sup>. En lo ideológico, y pese a que su génesis se corresponde con un período de facto<sup>33</sup>, el nuevo instrumento legal se caracterizó por sus claros esfuerzos destinados a diseñar un modelo que resultase compatible con las, por entonces, muy recientes orientaciones de política penitenciaria contenidas en el conjunto de *Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*. En este sentido, tanto en la exposición motivos del decreto – ley, como en las consideraciones previas que realizara el Presidente Provisional, se hace una explícita confesión respecto de los influjos de esa fuente<sup>34</sup>; influencia que, por lo demás, también se advierte a partir del análisis del propio texto legal.

<sup>31</sup> Sobre este aspecto, cfr., Cesano, *En el nombre del orden*, op. cit., pp. 47/64.

<sup>32</sup> Publicado en el Boletín Oficial n° 18.571, del 24 de Enero de 1958. El decreto – ley fue ratificado por el Congreso de la Nación mediante la ley 14.467.

<sup>33</sup> En efecto, el texto finalmente aprobado fue el producto de una iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional; el cual, por decreto n° 20.435 (del 9 de noviembre de 1956) había dispuesto, a través del Ministerio de Educación y Justicia, que se propusieran las modificaciones a introducirse a la ley 11.833. Para dar cumplimiento a dicho decreto, el entonces interventor de la Dirección de Asuntos Penales (Coronel Florentino Piccione), designó un grupo de trabajo con la finalidad de redactar el Proyecto. Dicho grupo, originariamente, estuvo integrado por Juan Carlos Pizarro, Juan Carlos García Basalo (de una participación central) y Luis M. Fernández; sumándose, con posterioridad, Alberto J. Elena y Francisco Grosso Soto. Terminada la tarea, se elevó el trabajo al nuevo interventor de la Dirección, (General de División Fortunato Giovannoni) quien la eleva al Presidente Provisional. Al respecto, cfr. *Memorandum sobre el proyecto*, en García Basalo, *El régimen penitenciario (...)*, op. cit., p. 94 y ss. Sobre la filiación intelectual de Juan Carlos García Basalo (un práctico que, además, fue representante argentino ante Naciones Unidas en temas penitenciarios), cfr. Luis Marcó del Pont, *Derecho Penitenciario*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1984, p. 106.

<sup>34</sup> Cfr. García Basalo, *El régimen (...)*, op. cit., pp. 100 y 117. De la misma opinión, Marcó del Pont, *Penología y sistemas carcelarios*, op. cit., T° 1, p. 136.

La adhesión a aquella concepción, pese a la existencia de un régimen político no democrático, encuentra explicación a partir de la filiación intelectual de los autores del anteproyecto original (y entre ellos, *por sobre todo*, la del Inspector General *Carlos García Basalo*) quienes poseían, junto a una amplia praxis penitenciaria, un gran conocimiento y permeabilidad respecto de aquel movimiento internacional (del que era su fiel reflejo las *Reglas Mínimas* de Naciones Unidas) que, partiendo de la realidad de la institución penitenciaria, ponía su empeño en la humanización de las penas de privación de libertad.

Sin embargo, muy pronto comenzó a vislumbrarse una coexistencia entre ideologías antagónicas. En efecto, a partir de la década de 1960 y durante las dos décadas siguientes, nuevas concepciones político - criminales comenzaron a difundirse tanto en la región (Latinoamérica) como, en particular, en nuestro país. Nos referimos a la denominada doctrina de la “seguridad nacional”<sup>35</sup> que, por cierto, al teñir buena parte de los sistemas punitivos estatales, alcanzó con sus proyecciones algunas concretas manifestaciones respecto de las instituciones del derecho de ejecución penal.

Para una mejor comprensión de este período es conveniente abordar su análisis desde tres perspectivas:

A) En primer lugar se debería explicitar que entendemos bajo la denominación de “doctrina de la seguridad nacional”. Pareciera que, más que un auténtico cuerpo teórico, esta doctrina representó sólo “un andamiaje ideológico” para un momento histórico de nuestra región<sup>36</sup>. Se trató de una tesis que resaltó la tensión “este – oeste”, postulando la existencia de hipótesis de conflicto entre el mundo comunista y quienes no comulgaban con tal concepción política<sup>37</sup>. Como consecuencia de este conflicto “se produce una ‘militarización’ de toda la sociedad; el hombre y sus derechos quedan postergados y, por consiguiente, el derecho penal que de ello surge tiene como máximo bien jurídico – prácticamente único – la ‘seguridad nacional’. (...) Así, surgen estatutos de emergencia,

---

<sup>35</sup> Cfr., al respecto, Raúl Eugenio Zaffaroni, “Valoración crítica de la política criminal latinoamericana en los últimos veinte años”, en *Política criminal latinoamericana. Perspectivas – disyuntivas*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1982, p. 101 y ss. Por su parte, en forma muy gráfica, Nilo Batista ha denominado a esta orientación como “*O modelo bélico*”; ubicando sus inicios al calor de la guerra fría y su fuerte expansión en los países de la región desde la década de los sesenta (cfr. “Política criminal com derramamiento de sangre”, en Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, *Homenaje al Profesor Dr. Jorge Frías Caballero*, Editorial Universitaria de La Plata, 1998, pp. 75 a 81).

<sup>36</sup> Cfr. Raúl Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Ed. Ediar, Bs. As., 1985, p. 300.

<sup>37</sup> Cfr. Zaffaroni, *Manual (...)*, op. cit., p. 299.

tribunales especiales, penas aplicadas por autoridades administrativas, leyes que violan la legalidad, la culpabilidad, la humanidad, etc. (...)”<sup>38</sup>. En palabras de Alessandro Baratta: La doctrina de la Seguridad Nacional “(...) constituye el marco tecnocrático y a la vez ideológico de la nueva política penal. Y, en efecto, en el doble mensaje tecnológico e ideológico contenido en esta doctrina hallan expresión los principios prácticos de una máquina represiva dirigida inmediatamente a la aniquilación del adversario. Al mismo tiempo, la doctrina consagra, con una aplicación del principio del amigo – enemigo en las relaciones internas de la sociedad, la apelación ideológica dirigida al aparato represivo y a las clases dominantes para sostener la represión punitiva como ‘guerra’ contra el enemigo interno. Con la afirmación de esta doctrina se manifiesta el desarrollo de una refinada tecnología del terror; frutos ambos de un saber ideológico y tecnocrático, producido y difundido gracias a la mediación de las escuelas de guerra norteamericanas puestas a disposición de los regímenes autoritarios para la formación de los cuadros destinados a llevar a cabo la represión interna”<sup>39</sup>.

B) ¿Cuáles fueron las proyecciones *en lo normativo* de esta orientación político-criminal sobre la materia de nuestro estudio?

La respuesta a esta pregunta exige algunas precisiones:

- a) Por de pronto, su incidencia – si se la compara con las modificaciones habidas en otros segmentos del modelo punitivo estatal – no fueron tan profundas. En tal sentido, debe repararse que, el decreto – ley 412/1958 (y su ley ratificatoria posterior) no sufrieron reformas esenciales (a no ser la incorporación, como artículo 103 bis [a través de la ley 21.661] del destino de las multas impuestas por parte de los tribunales federales, a favor del patronato).
- b) Sin embargo, esto no significa que esta concepción no dejara sus huellas. En efecto:
  - Dentro del ámbito de uno de los institutos propios de la ejecución de las penas privativas de libertad, la denominada “ley” 22.156 (del 5 de febrero de 1980)<sup>40</sup>, introdujo modificaciones al texto original del Código Penal que regulaba la

<sup>38</sup> Cfr. Zaffaroni, *Manual (...)*, op. cit., p. 299.

<sup>39</sup> Cfr. Alessandro Baratta, “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal”, en *Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas*, Ed. P.P.Pu., N° 0 – 1986, pp. 86 y 87. Una descripción muy similar a la realizada por Baratta, la efectúa, en nuestro medio Sebastián Barros, en *Orden, Democracia y Estabilidad. Discurso y Política en la Argentina entre 1976 y 1991*, Alción Editora, Córdoba, 2002, pp. 57 a 61.

<sup>40</sup> Para su texto, cfr. *Doctrina Penal*, Año 3, 1980, p. 147 y ss.

libertad condicional (art. 13 C.P.) y la liberación condicional (art. 53, C.P.). Así, a aquellos textos, se le incorporó, como párrafo final, la siguiente previsión: “Respecto de quien haya sido condenado por delito con motivación o finalidad subversiva, deberá además solicitarse informe previo, *sobre la personalidad y antecedentes del condenado al Ministerio del Interior*” (el énfasis nos corresponde). La nota de elevación con que se acompañaba el nuevo texto, explicitaba el sentido de la modificación propuesta: “Dada la naturaleza de los referidos delitos no parece suficiente recaudo la sola producción de los informes establecidos respecto de los delincuentes comunes. En el caso, para un conocimiento integral del condenado, el magistrado debe tener a la vista informes suplementarios a los previstos en la ley vigente, pues éstos se limitan a evaluar la conducta con posterioridad al hecho ilícito. Para resolver la solicitud planteada, parece evidentemente necesario que el juez conozca, además, los rasgos personales de quien, en su momento, cometió un delito de características subversivas”<sup>42</sup>. La nueva disposición mereció el rápido (y correctísimo) rechazo de la mejor doctrina. Más allá de los defectos propios de toda norma inspirada en esta concepción<sup>43</sup>, los agregados de esta “ley” (con relación a la exigencia de una información proporcionada por el Ministerio del Interior) suponía, de algún modo, “(...) que al valorarse las circunstancias del art. 41 del C. Penal el magistrado no (...) [computó] adecuadamente, la conducta precedente o que su composición, por lo menos, no tiene la misma eficacia que la del Ministerio del Interior (...) [habría] estructurado sobre la base de los datos obtenidos por vía administrativa”<sup>44</sup>. En otras palabras: “pareciera afirmarse que el Poder administrador es el experto idóneo en todo aquello que concierne a la personalidad del condenado en su tramo anterior a la comisión del delito”<sup>45 46</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. *Doctrina Penal*, Año 3, 1980, p. 147.

<sup>43</sup> Como lo recuerda David Baigún (“Reforma de los arts. 13 y 53, C.P. [Ley 22.156]”, *Doctrina Penal*, Año 3, 1980, p. 144: “Tantos precedentes han sido dejados de lado por la ‘ley 22.156’. Para sus redactores los ‘rasgos personales’ del condenado pertenecen a un campo marginal de la individualización de la pena; algo que no se afirma, pero que parece indicar la existencia de una dualidad ontológica de la personalidad: una vinculada directamente al comportamiento que se condena y la otra que, como no se define, queda dentro del ancho margen de interrogante. (*¿no serán las ideas?*)” (el énfasis nos corresponde).

<sup>44</sup> Cfr. Baigún, “Reforma (...)”, op. cit., p. 145 y 146.

<sup>45</sup> Cfr. Baigún, “Reforma (...)”, op. cit., p. 146.

<sup>46</sup> La vida de esta ley, sin embargo, fue breve; siendo derogada por la ley 22.890 (por tanto, su período de vigencia, queda acotado entre el 20/2/1980 al 1/11/1983). De cualquier manera, y como también lo recuerda Baigún (“La reforma...”, op. cit., p. 146) “afortunadamente, si bien la reforma de los arts. 13 y 53

- Otro de los ámbitos normativos en donde esta doctrina dejó sus rastros se vincula con las funciones y organización del Servicio Penitenciario Federal<sup>47</sup>. En efecto, durante el período considerado<sup>48</sup>, tres “leyes” regularon este aspecto: 14.515<sup>49</sup>, 17.236<sup>50</sup> y 20.416<sup>51</sup>. Estas leyes, *en un grado progresivo*, se han caracterizado por una militarización del Servicio Penitenciario<sup>52</sup>; nota distintiva que, sobre todo en la última (20.416) y en su precedente inmediato (17.236), puede observarse con absoluta nitidez. Así, la “ley” 20.416 considera al Servicio como “una fuerza de seguridad de la Nación” (art. 1°); estableciendo como misión del agente penitenciario “la realización de las funciones de seguridad y defensa” asignadas a la Dirección Nacional por el artículo 3° (cfr. art.30)<sup>53</sup>. Por otra parte, y como una evidencia más de este proceso de militarización, no puede dejar de señalarse la previsión contenida en el artículo 32 de la “ley” en el sentido de la *obligatoriedad de cooperación recíproca* entre el personal del Servicio, no sólo con la policía y demás fuerzas de seguridad y defensa sino, también, “*con las fuerzas armadas, previa solicitud, en este caso, de las autoridades competentes*” (art. 32)<sup>54</sup>.

C) El clima ideológico descrito en el apartado anterior, no fue más que una suerte de *pátina teórica* con la que, parcialmente, se pretendió legitimar (en forma absurda y grosera) la violencia política que permeó a la sociedad argentina durante las décadas de los años sesenta y setenta; *encontrando, también, su cruda constatación en la realidad viva de las prisiones de aquella época*.

---

hace inexcusable el requerimiento de información al Ministerio del Interior, los datos suministrados por éste no obligan al juez que concede la libertad condicional; por lo cual, no obstante la reforma, sigue residiendo en este punto la clave de la decisión judicial”.

<sup>47</sup> Por cierto que no se trata de una característica exclusiva de nuestro país. Por el contrario, en el informe final sobre *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, preparado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y coordinado por Raúl Eugenio Zaffaroni (ed. Depalma, Bs. As., 1986), puede leerse la siguiente recomendación: “Promover (...) legislación tendiente a desmilitarizar el subsistema, crear carreras de formación del personal en los países que carecen de ella y revertir la escala de valores imperante en la ecuación seguridad - resocialización” (p. 204).

<sup>48</sup> Con anterioridad rigió el decreto 12.351, del 10 de octubre de 1946. Para su texto, cfr. A.D.L.A., 1946 - VI, p. 369 y ss.

<sup>49</sup> Del 3/11/1958 (administración Aramburu). Para su texto, cfr. J.A. T° 1958 - IV - p. 33 y ss.

<sup>50</sup> Del 21/4/1967 (administración Onganía). Para su texto, cfr. A.D.L.A. XXVII - A, 169 y ss.

<sup>51</sup> Del 14/6/73 (administración Lanusse). Para su texto, cfr. *El Derecho* T° 52, p. 731 y ss.

<sup>52</sup> Coincide con esta observación, José Luis Niño, “Sistema carcelario”, en AA.VV., *Pensamiento crítico sobre derechos humanos*, Ed. Eudeba, Bs. As., 1996, p. 142.

<sup>53</sup> Esta última característica (misión del agente penitenciario), ya estaba presente en la “ley” 17.236 (cfr. art. 28 y su remisión al art. 3°).

<sup>54</sup> Igual previsión se encontraba en los artículos 4 de la “ley” 14.515 y 30 de la “ley” 17.236.

No es este el lugar para realizar un estudio de tamaña magnitud (respecto del cual, por lo demás, ya hay algunos muy buenos ensayos puntuales)<sup>55</sup>. Empero, no puede dejar de señalarse que, “El terrorismo de Estado que se desató en la década de 1970, convirtió las cárceles en lugares de represión política ilegal, y a los centros clandestinos de detención en máquinas de tortura y muerte de miles de ciudadanos desaparecidos”<sup>56</sup>.

Este último aspecto (el de la existencia de centros clandestinos) es revelador, a su vez, de otra dolorosa realidad de nuestro pasado reciente: la existencia de un nefasto “*sistema penal subterráneo*”, entendido como el ejercicio de un poder punitivo paralelo por parte de las distintas agencias ejecutivas (sobre todo, las fuerzas de seguridad y las fuerzas armadas), “*al margen de cualquier legalidad (...) [y] siempre fuera del poder jurídico*”<sup>57 58</sup>.

## **V.- De la globalización de los derechos humanos a los discursos político criminales de “Ley y Orden” ( 1983 a la actualidad)**

Con el retorno del gobierno democrático (diciembre de 1983), se inicia un claro proceso político de revalorización de los derechos humanos, con manifestaciones en el sistema positivo.

Así, desde el punto de vista legislativo, el Congreso de la Nación incorporó a nuestro derecho interno, muchos instrumentos internacionales de derechos humanos; varios de los cuales, con la reforma de 1994, fueron, finalmente, constitucionalizados (art.

---

<sup>55</sup> Cfr., al respecto, Judith Filc, “la cárcel de la dictadura: el poder reparador de la memoria compartida”, en Marcela A. Nari – Andrea M. Fabre (compiladoras), *Voces de mujeres encarceladas*, Ed. Catálogos, Bs. As., 2000, p. 67 y ss.

<sup>56</sup> Cfr. Caimari, “Ciencia y sistema penitenciario”, op. cit., p.493.

<sup>57</sup> Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni – Alejandro Alagia – Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As., 2000, p. 24.

<sup>58</sup> Sobre los centros clandestinos de detención, la bibliografía es abundante. De base esencialmente *testimonial (en el sentido que la reconstrucción histórica se realiza sobre narraciones de quienes sufrieron aquellas privaciones ilegales)* es el trabajo de Andrés Di Tella, “La vida privada en los campos de concentración” (en Fernando Devoto – Marta Madero [Directores], *Historia de la vida privada en la Argentina. La Argentina entre multitudes y soledades. De los años treinta a la actualidad*, T° 3, Ed. Taurus, Bs. As., 1999, p. 79 y ss.). También, en forma más reciente, puede consultarse el trabajo de Hugo Vezzetti, *Pasado y presente. Guerra, dictadura y sociedad en la Argentina*, Siglo XXI Editores Argentina, Bs. As., 2002 (cfr. , en especial, el capítulo IV, “Los campos de concentración argentinos”, pp. 147 a 190, en donde se desarrollan los siguientes aspectos: a) “Una masacre administrada”; b) “La maquinaria del terror”; c) “¿Genocidio?”; d) “Entre el terror y la normalidad social”; e) “Los campos” y f) “Víctimas y victimarios”). Desde otra perspectiva, y para una vinculación entre la “metodología” del terrorismo de estado argentino y el régimen nacionalsocialista (sobre todo con el denominado decreto de “noche y niebla” [“nacht und nebel erlass”] que el nazismo aplicó, desde 1941, contra los grupos de resistencia de los territorios ocupados), cfr. Marcos Novaro – Vicente Palermo, *La dictadura militar. 1976/1983. Del golpe de estado a la restauración democrática*, Historia Argentina, T° 9, Ed. Paidós, Bs. As., 2003, p. 108 y ss.

75, inciso 22, 2ª cláusula de la C.N.). En tal sentido, merecen una especial referencia las leyes 23.054<sup>59</sup>; 23.313<sup>60</sup>; 23.338<sup>61</sup> y 23.849<sup>62</sup> que, respectivamente, introdujeron en nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sin embargo, tal actitud no nos debe llevar a pensar que, a partir de aquellas incorporaciones, la proyección de las normas internacionales relativas a la ejecución se cristalizasen en cambios legislativos inmediatos o, al menos, en una aplicación operativa por parte de los poderes públicos hacia las cuales se dirigen (administración penitenciaria y órganos jurisdiccionales).

En efecto, investigaciones elaboradas respecto del período comprendido entre 1984 y 1994 (esto es: desde la recuperación de la democracia y hasta la reforma constitucional que equipararía los instrumentos internacionales al máximo rango normativo) han puesto en evidencia que, a pesar de su vigencia, los operadores del sistema penitenciario no siempre respetaron este tejido protector integrado por los nuevos derechos y garantías que encontraban, en el derecho internacional de los derechos humanos, su fuente inmediata<sup>63</sup>.

De otro costado, el análisis del comportamiento de la agencia judicial no resultó más alentador. En tal sentido, parece claro que “(...) la actitud de los órganos jurisdiccionales debió estar (...) orientada a poner límites a las formas de ‘control desviado’ en que (...) [incurriera] la administración”; aspecto que, según los relevamientos practicados, no se cumplió o, en todo caso, no lo fue de acuerdo a las expectativas lógicas que se podría haber esperado por el impacto de aquellas normas internacionales. Es que, “en un número significativo de casos los tribunales asumieron

---

<sup>59</sup> Sancionada el 1 de marzo de 1984; promulgada el 19 de marzo de 1984, y publicada en el B.O.N. del día 27 de marzo de 1984.

<sup>60</sup> Sancionada el 17 de abril de 1986; promulgada el 6 de mayo de 1986, y publicada en el B.O.N. del día 13 de Mayo de 1986.

<sup>61</sup> Sancionada el 30 de julio de 1986; promulgada el 19 de agosto de 1986, y publicada en el B.O.N. del día 26 de febrero de 1987.

<sup>62</sup> Sancionada el 27 de septiembre de 1990; promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990, y publicada en el B.O.N. del 22 de octubre de 1990.

<sup>63</sup> Esto se corrobora a partir de la existencia de numerosos reclamos de los internos, a través de acciones de hábeas corpus o de amparos. Cfr., en ese sentido, José Daniel Cesano, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni ediciones, Córdoba, 1997, pp. 47 a 77.

una posición convalidatoria de las decisiones de la autoridad penitenciaria, dando una solución contraria a los derechos cuya tutela (...) [pretendían] los internos”<sup>64</sup>.

La situación que acabamos de reseñar, sin embargo, tuvo un vuelco notable a partir de la constitucionalización de los pactos internacionales (1994).

Quizá, la lógica ascendencia que sobre la conciencia de cualquier operador jurídico provoca, como actitud natural, esta circunstancia (elevación a la máxima jerarquía normativa de aquellos textos) resulte una explicación plausible de este proceso de cambio.

Lo cierto y concreto es que, poco tiempo después, desde la Subsecretaría de Política Penitenciaria y readaptación social (bajo la dependencia orgánica del Ministerio de Justicia), se elevó al Poder Ejecutivo Nacional, el denominado “Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional”<sup>65</sup>; documento que, al efectuar la correspondiente programación por áreas, fundamentó la necesidad de modificar el viejo decreto – ley 412/1958 (y su ley ratificatoria). Del trabajo de la comisión designada surgió el texto del proyecto que, finalmente, fuera aprobado por el Congreso de la Nación como ley n° 24.660<sup>66</sup>. En la exposición de motivos que lo acompañaba, el Poder Ejecutivo tradujo, en palabras muy claras, la necesidad de ajustar la legislación en esta materia, al nuevo panorama constitucional. Así se dijo que “El texto propiciado recoge los preceptos constitucionales en la materia, los contenidos en los tratados y pactos internacionales, y las recomendaciones de congresos nacionales e internacionales, particularmente las emanadas de los realizados por las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (...)”; enfatizando, enseguida (con cita del “Preámbulo” de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) que: “Se ha tratado de

---

<sup>64</sup> Cfr., al respecto, Cesano, *Los objetivos (...)*, op. cit., pp. 47 a 93. Coincide con este diagnóstico, sobre la base de nuestra investigación, Luis Marcó del Pont, *El juez de ejecución penal (Una esperanza para el garantismo)*, Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, N° 83, Ed. Lerner, Córdoba, 1999, p. 11.

<sup>65</sup> Cfr. Ministerio de Justicia de la Nación (Secretaría de Política Penitenciaria y de readaptación social), *Política penitenciaria Argentina. Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional*, Bs. As., Edición de la Dirección Nacional del Registro Oficial, 1995. Críticamente, respecto a este plan, Alberto Bovino, “El plan Director de la Política Penitenciaria Nacional”, AA. VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Ediciones del puerto, Bs. As., 1997, p. 215.

<sup>66</sup> Una síntesis de la génesis histórica de esta ley puede consultarse en Manuel F. Sánchez – Evangelina Pérez Mercau – Claudia B. Moscato de Santamaría, *Ejecución de la pena privativa de la libertad. Ley 24.660*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1998, pp. 35 y 36.

armonizar el cumplimiento de los deberes del condenado con el pleno respeto a sus derechos, ya que derechos y deberes se integran en toda actividad del hombre”<sup>67</sup>.

Esta circunstancia también fue puesta de manifiesto durante la tramitación parlamentaria, en la Cámara de Senadores, tanto por el miembro informante (senador Bernardo P. Quinzio) como durante el debate (senador Jorge Agúndez)<sup>68</sup>.

Y así como la nueva legislación se imbuyó de aquellos principios, progresivamente se ha ido produciendo un proceso de concientización en la agencia judicial – reflejada en su labor jurisprudencial – tendente a ejercer un mayor control sobre la administración penitenciaria. Por eso, con razón, Jorge De la Rúa reflexiona que, la sanción de esta ley, conforma uno de esos “raros casos de legislación generadora de cambios en la realidad, y no meramente consolidadora de situaciones preexistentes”; circunstancia que se confirma a partir de la “(...) apertura que muestra la última jurisprudencia de la Corte – uno de los tribunales más reacios a la defensa de los derechos humanos en el sistema penal – (...)”<sup>69</sup>.

El desarrollo evolutivo que venimos reseñando no estaría completo si no realizamos una referencia a una línea política – criminal reciente que, de consolidarse, podría representar una seria amenaza para la pervivencia (y el desarrollo) de esta otra orientación que está señalando la dirección correcta: la construcción de un sistema de ejecución con profundas raíces en el derecho internacional de los derechos humanos.

La amenaza de conflicto a la que aludimos está representada por un discurso político criminal, originario de Estados Unidos y en franco proceso de “mundialización”, conocido con el nombre de doctrina de “Ley y orden”<sup>71</sup> o, más familiarmente (por su amplia difusión a través de nuestros medios de comunicación) como “tolerancia cero”<sup>72</sup>. Por cierto que, esta orientación político – criminal, tiene manifestaciones más claras con

---

<sup>67</sup> Para el texto de la exposición de motivos, cfr. *La Ley, Antecedentes Parlamentarios*, 1997 – A, p. 64 (parágrafo 8).

<sup>68</sup> Cfr. *Antecedentes parlamentarios*, op. cit., p. 126 (parágrafo 83) y p. 130 (parágrafo 114).

<sup>69</sup> Cfr. Jorge De la Rúa, prólogo a nuestro libro *Los objetivos constitucionales (...)*, op. cit., p. 14. Para la evolución de la jurisprudencia en materia de derechos humanos y sistema penitenciario en el bienio posterior a la sanción de la ley 24.660, cfr., *Los objetivos (...)*, op. cit., pp. 123 a 146.

<sup>71</sup> Al respecto, de lectura obligada, John Lea y Jock Young, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2001. También, muy importante por su enfoque regional es el epílogo (en la misma obra) de Mariano A. Ciafardini, p. 271 y ss.

<sup>72</sup> Cfr. Loïc Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, Ed. Manantial, Bs. As., 2000, p. 21 y ss.

relación a otros segmentos del sistema punitivo<sup>73</sup>, aunque con la lógica posibilidad de que se expandan sus consecuencias al subsistema penitenciario.

Wacquant ha descrito muy bien este fenómeno a partir de la realidad estadounidense y europea, como un producto de las políticas económicas neoliberales desarrolladas al promediar la década de 1980 (y con amplio vigor – sobre todo, en nuestra región – durante la década siguiente)<sup>74</sup>: a la atrofia deliberada del Estado social corresponde la hipertrofia del Estado penal<sup>75</sup>; fenómeno que, en lo estrictamente penitenciario, se viene caracterizando, entre otros aspectos, por una “hiperinflación carcelaria” (verificable por el aumento fulminante de las poblaciones recluidas)<sup>76</sup> y por un crecimiento desmesurado del gasto público para este sector (sobre todo con la finalidad de construir nuevos centros de detención)<sup>77</sup>; extremos que, lamentablemente, ya han encontrado su correlato tanto en las actitudes concretas de los responsables de la política en este sector<sup>78</sup>, como en el mismo “Plan Director de la Política Penitenciaria

---

<sup>73</sup> Por cierto que, esta tendencia político criminal, no es más que una de las manifestaciones que se evidencian en la actualidad y a través de las cuales se pretende un abandono del viejo y buen derecho penal (y penal procesal) liberal a partir de las denominadas legislaciones de emergencia. Sobre este fenómeno en general, cfr. Peter – Alexis Albrecht, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), *La insostenible situación del derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 471 y sgs. Con relación a la situación en la Argentina, cfr. José Daniel Cesano, *La política criminal y la emergencia*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004. Sobre las manifestaciones de las legislaciones de emergencia sobre la normativa penitenciaria, es muy ilustrativo el caso de Italia. Al respecto, Mauro Palma (cfr. “El punto de llegada de las reformas penitenciarias en Italia”, en Bombibi – Lewis [Coordinadores], *IV Encuentro Nacional de Ejecución Penal*, Ed. Suárez, Mar del Plata, 2002, p. 67) expresa: “(...) todos los problemas de actuación de los institutos previstos por la ley de reforma penitenciaria se entremezclan en los años de su primera aplicación – estamos entre el fin de los años setenta y los primeros (...) [de la década de los] ochenta- con aquellos creados por la creciente producción de leyes especiales. Leyes de emergencia, sean estas leyes de extensión de la acción punitiva, sean en vez leyes-premio: penas más o menos severas según el comportamiento procesal o la presumida subjetividad del reo y, paralelamente, cárcel diversa, más abierta o más dura, más o menos larga, más o menos resocializante. La cárcel deviene así un aspecto esencial de la ruptura de la legalidad que la legislación de emergencia lleva consigo misma; puede ser utilizada para prever caminos opuestos: la máxima segregación o la premiación en caso de colaboración”. También, ampliamente sobre este fenómeno, Massimo Pavarini, “Lucha contra la criminalidad organizada y ‘negociación’ de la pena”, en AA. VV., *Nada personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de Justicia*, Ed. Depalma, Bs. As., 2001, p. 17 y ss.

<sup>74</sup> Sobre la vinculación de estas tendencias con las políticas económicas neoliberales, además de lo que decimos en el texto, cfr. Lea y Young, op. cit., pp. 5 y 6. También, recientemente, Iñaki Rivera Beiras, “Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal (‘nuevas’ racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)”, en *Nombres. Revista de Filosofía* [Dossier: la cuestión criminal], Córdoba, Año XII, n° 17, diciembre de 2002, p. 107 y ss.

<sup>75</sup> Cfr. Wacquant, op. cit., p. 88.

<sup>76</sup> Cfr. Wacquant, op. cit., p. 88 y ss.

<sup>77</sup> Cfr. Wacquant, op. cit., p. 93 y ss.

<sup>78</sup> Así, Wacquant, op. cit., p. 33, recuerda que: “En septiembre del mismo año [1998] le toca al Ministro de Seguridad y Justicia de Buenos Aires, León Arslanian, señalar que esa provincia (...) también aplicará ‘la doctrina elaborada por Giuliani’. (...) [Revelando, a continuación, que] un complejo de galpones

Nacional”, al que ya nos refiriéramos, en tanto desarrolla medidas relacionadas, directamente, con la posibilidad “de ampliar la capacidad carcelaria”<sup>79</sup> e incluso a través de recientes reformas legislativas de emergencia en materia penitenciaria<sup>81</sup>.

## **VI.- Síntesis de conclusiones**

1.- Cronológicamente - en atención a la adopción de un criterio de periodización que combina, como hechos centrales que justifican la cesura, la fecha de sanción del instrumento legal (que regula la materia de ejecución) y los cambios en el sistema político (con sus repercusiones político-criminales) que tuvieron lugar en el siglo pasado - *la reconstrucción histórica de los marcos ideológicos de la legislación penitenciaria nacional puede ser dividida en tres períodos: a) de 1933 a 1957; b) de 1958 a 1982 y c) de 1983 a la actualidad.*

2.- El primer período se inicia con la sanción de la ley 11.833 ( 30/9/1933) y se caracteriza, en lo ideológico, por el franco predominio del positivismo criminológico. La influencia del positivismo, seguiría presente, años después, en 1947, cuando bajo el gobierno justicialista se dictó la tardía reglamentación de la ley 11.833, a través del decreto 35.788 (del 14 de Noviembre). Incluso, y cuando ya las manifestaciones de aquella concepción en la política penitenciaria nacional habían perdido el apoyo oficial del que venían gozando hasta la década de 1930, la jurisprudencia capitalina (y alguna bonaerense) continuó haciendo uso, hasta promediar 1940, de los estándares científicos propios del positivismo.

3.- El segundo período en que dividimos esta reconstrucción histórica se caracterizó por la coexistencia de tendencias opuestas:

A) por una parte – y dando inicio a la etapa – el decreto-ley 412/1958 receptó – pese a la vigencia de un régimen de facto – las orientaciones político – criminales contenidas en la,

---

industriales abandonados, vecinos a las zonas urbanas, (...) [serían] convertidos en ‘*galpones penitenciarios*’ (centros de detención) para crear los ámbitos carcelarios necesarios”.

<sup>79</sup> Así, Bovino, “El plan director (...)”, op. cit., pp. 230 y 231. Que estas actitudes se impongan sobre el sistema de la ley es algo que no podemos vaticinar. Una línea de investigación interesante, que puede ayudar a descifrar esta incógnita, se vincula con el sondeo de la opinión de quienes integran la agencia judicial. En este sentido, el análisis de sus pareceres respecto a estas ideas, ampliamente receptadas y fomentadas por muchos medios de comunicación, puede ser un dato indicativo valioso para pronosticar este futuro. Al respecto, cfr. Santiago Álvarez, “La distancia en el discurso profesional de la justicia Argentina: la representación de la criminalidad en la justicia penal ante la nueva ola de violencia delictiva”, en Sandra Gayol – Gabriel Kessler (compiladores), *Violencias, delitos y justicias en la Argentina*, op. cit., p. 113 y ss.

<sup>81</sup> Como ocurriera con las leyes 25.892 y 25.984. Al respecto, cfr. José Daniel Cesano, “Discursos de emergencia y política penitenciaria”, *Actualidad jurídica de Córdoba, Derecho penal*, Año II, Vol. 25, Septiembre de 2004, p. 1600 y ss.

entonces, recientes *Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, aprobadas por la Organización de las Naciones Unidas. De esta manera, en lo normativo, la orientación (que se reflejó en el texto del decreto –ley y que estuvo en vigor durante todo el período) *representó, al menos teóricamente, un modesto acercamiento al sistema de fuentes no convencionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*

B) Empero, los zigzagueantes cambios en nuestro sistema político (democracia – autocracia) que tuvieron lugar en el mismo período, hicieron que, durante las etapas de gobiernos de facto, se produjeran, primero, *injertos de la doctrina de la seguridad nacional sobre la legislación de ejecución (como lo fueron las modificaciones en los institutos de la libertad condicional y de la liberación condicional [a través de la “ley” 22.156] o la creciente militarización del Servicio Penitenciario Federal [evidenciada en la “ley” 20.416]) y, durante la última dictadura, la formación de un “sistema penal subterráneo”, propio del terrorismo de Estado.*

4.- El último período comienza con el advenimiento del régimen democrático (1983) y tampoco puede ser caracterizado – en lo ideológico - por su homogeneidad; *aunque, a diferencia de la etapa anterior, esta diversidad no encuentre su explicación en los cambios radicales del sistema político (democracias – autocracias)* en atención a que, todo la etapa se ha desarrollado bajo la plena vigencia del Estado de Derecho. En efecto:

A) En lo normativo, el período se inicia con la inclusión en nuestro sistema jurídico interno de diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos (V.gr. Convención Americana de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; etc.). Esta tendencia se enmarca dentro un proceso mayor (con proyecciones mundiales) de “globalización de los derechos humanos”. Sin embargo, y pese a ser derecho interno, los operadores hacia quienes se dirigen aquellas normas, no se mostraron ni entusiastas en su aplicación (agencia penitenciaria) ni celosos en el control de su respeto, frente a casos de notorios *desvíos* de la administración (agencia judicial). Un cambio de esta tendencia - poco proclive al cumplimiento de las mandas internacionales (y al contralor de ese cumplimiento) – lo observamos a partir de la constitucionalización (a través de la reforma de 1994) de aquellos documentos internacionales. El cambio, explicable, quizá, por el ascendiente que produce en todo operador jurídico la constitucionalización de aquellos instrumentos, produjo, primero una toma de conciencia por parte de quienes tienen la responsabilidad del contralor de la

# HORIZONTES Y CONVERGENCIAS

Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho

Publicación de investigaciones científicas de actualización continua

autoridad administrativa (poder judicial) y, luego, una clara manifestación jurídica positiva a través de la sanción de la ley 24.660 (que receptó, ampliamente, las normas internacionales constitucionalizadas).

B) Sin embargo, al amparo de concepciones político económicas neoliberales, comenzó a gestarse una orientación político – criminal que proclama la necesidad de un “Estado Penal” y que, en lo ideológico, se presenta con diversas denominaciones (doctrina de “ley y orden”, “tolerancia cero”, etc.), pero con una característica común en lo penitenciario: una marcada hiperinflación carcelaria. Tales ideologías político-criminales, han “prendido”, también – con concretas manifestaciones – en la actual realidad de la cuestión penitenciaria que vive nuestro país.