

XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015.

La inflación legislativa penal y los efectos de encarcelamiento.

Rosario Fassina, Eliana Page y Sofia Lammel.

Cita:

Rosario Fassina, Eliana Page y Sofia Lammel (2015). *La inflación legislativa penal y los efectos de encarcelamiento. XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-061/571>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

XI Jornadas de Sociología de la UBA

Mesa 47: *Delito y orden social. Las sociologías del control social.*

LA INFLACIÓN LEGISLATIVA PENAL Y LOS EFECTOS DE ENCARCELAMIENTO

Eliana Page. Facultad de Ciencias Sociales. UBA (elianapage90@gmail.com)

Rosario Fassina. Facultad de Ciencias Sociales. UBA (rosario.fassina@gmail.com)

Sofía Ailén Lammel. Facultad de Ciencias Sociales. UBA (sofialammel@gmail.com)

RESUMEN

En los últimos años han proliferado discusiones sociológicas y criminológicas en torno a las reformas del Código Penal Argentino. En su mayoría dichas reformas tendieron a la ampliación de los tipos penales o de la escala penal, es decir, que han aumentado el carácter represivo del sistema penal.

En el presente trabajo sostenemos como hipótesis el aumento de la población carcelaria no está únicamente relacionada con la inflación legislativa, sino sólo en aquellos casos particulares de tipos penales que usualmente producen sentencias judiciales, condenas de prisión efectiva -tales como delitos sexuales, robos u homicidios- y que, probablemente, podrían influir cuantitativamente en las tasas de encarcelamiento.

El objetivo que nos proponemos es analizar la relación entre las reformas legislativas penales represivas y el aumento de la tasa de encarcelamiento a nivel nacional entre los años 1990 y 2013. Para ello, clasificaremos las leyes que se sancionaron durante ese período de acuerdo a sus efectos prácticos de aplicación penal-carcelaria. Este trabajo forma parte de una investigación en curso, de un equipo y un proyecto de investigación más amplio.

Palabras claves: Sistema penal - Inflación legislativa - Ley penal – Tipos penales - Tasa de encarcelamiento.

INTRODUCCIÓN

Desde hace más de veinte años el sistema penal argentino asiste a un fenómeno que los expertos en materia penal han denominado *inflación legislativa*, la cual puede ser definida como “*la producción acelerada de legislación penal y procesal penal*” (Gutiérrez, 2014:3).

Paralelamente a este proceso asistimos a un progresivo incremento de la población carcelaria. Desde la década del '90 observamos un aumento de la tasa de encarcelamiento a nivel nacional. Según estadísticas del ILANUD, entre 1996 y 2010 la tasa de encarcelamiento se ha duplicado: en 1996 se registra una tasa de 71,49 presos cada 100.000 habitantes y en el último censo de población penitenciaria realizado en el 2012 se registran 150,82 presos cada 100.000 habitantes. Por su parte, los informes del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)¹, indican que entre 1998 y el 2005 la Argentina duplicó el número de presos: en 1998 el total de la población penitenciaria alcanzaba a 30.145 internos y en el 2005 asciende a 62.500. Ese crecimiento sostenido llevó a que la tasa de encarcelamiento pasara de 84,2 cada 100.000 habitantes, en 1998, a 170 en el 2005 (CELS, 2005).

Si bien han surgido diversas hipótesis interpretativas dentro de las teorías criminológicas para explicar el aumento de la tasa de encarcelamiento (Pavarini, 2006), a los fines de nuestra investigación resulta de interés una de éstas que enumera Pavarini y que ha sido sostenida en distintos discursos que dominan la temática en nuestro país, la cual sostiene que *“la población carcelaria ha aumentado como consecuencia de una mayor severidad de las agencias involucradas en el proceso de criminalización secundaria”* (Pavarini, 2006: 147).

Esta hipótesis interpretativa relaciona el aumento de la tasa de encarcelamiento con la inflación legislativa de carácter represivo, es decir, con el aumento de la severidad de las penas y de las tipologías del delito. Si bien esta hipótesis puede ser parcialmente cierta, se da por supuesto una relación directa entre un incremento de las leyes represivas y un aumento de la tasa de encarcelamiento excluyendo los diversos factores que pueden influir sobre esa tendencia y la complejidad del fenómeno en cuestión.

Sin embargo, nuestra postura no niega los efectos sociales del aumento de la severidad legal. Cada vez que se apela a las *“promesa represiva”* a través de las leyes más punitivas se recrean y reactivan las condiciones que posibilitan la estigmatización y los prejuicios sociales, reproduciendo el conflicto y la violencia social, y el aval a las prácticas judiciales más autoritarias (Rodríguez Alzueta, 2014).

Así, siendo conscientes de la complejidad de éstos fenómenos e instituciones que atraviesan y forman parte del sistema penal, nuestra propuesta de trabajo se dirige a contribuir a su problematización y a su profundización. Particularmente, en cuanto a la relación entre los

¹ Las estadísticas elaboradas por el CELS, a diferencia de las elaboradas por el SNEEP, incluyen a todas las personas privadas de libertad, tanto en las cárceles como los detenidos en comisarías.

fenómenos que desde los expertos en materia penal se denuncia como “el endurecimiento del sistema penal” o la “inflación legislativa” y la creciente tasa de encarcelamiento.

MARCO TEORICO

Muchos de los especialistas en criminología han teorizado estos fenómenos desde dos perspectivas distintas. Desde una óptica descriptiva o interpretativa, Garland (2001) afirma que la política criminal ha dejado de ser un asunto de expertos profesionales para convertirse en un asunto fundamental de la competencia electoral. De hecho, sus análisis sobre el sistema penal no resultan demasiado lejanos a la hora de analizar la situación en Argentina: las apariciones y los discursos de la “*promesa represiva*” por parte de muchos actores políticos emergen frecuentemente en momentos de contienda electoral.

Por otro lado, desde un enfoque macro-sociológico, se ha sugerido que la constitución de un “Estado penal” forma parte de un proceso más general o sistémico. El encarcelamiento en aumento y el fortalecimiento de un Estado de corte punitivo son entendidos como un proceso funcional y necesario en las sociedades capitalistas avanzadas, argumentando que existe una gestión judicial y carcelaria de la pobreza (Wacquant, 2000).

Reconocemos la necesidad de recurrir a ambas perspectivas teóricas de modo convergente para comprender la complejidad de los fenómenos en cuestión. A los fines de nuestro trabajo, consideramos necesario proporcionar un análisis de tipo explicativo del aumento de la población carcelaria y de la inflación penal legislativa, a partir de datos empíricos observables que permita profundizar en el conocimiento de dichos fenómenos en Argentina.

En primera instancia, resulta fundamental comprender y contextualizar el concepto “inflación legislativa”. Luego de la desestabilización de las estructuras institucionales del welfarismo penal, las autoridades de la justicia penal han tenido que formular políticas en el marco de un conjunto de presiones y exigencias por parte de distintos actores sociales que se desarrollaron en torno a diversos fenómenos relacionados con el delito “común” o “callejero” (Garland, 2001). En determinadas coyunturas políticas y sociales distintos movimientos han apelado al derecho para redefinir o modificar el Código Penal. Se exigen nuevas legislaciones y se denuncian antiguas leyes, generalmente para aumentar las penas o tipificar nuevos delitos (Martín, 2014). Como resultado de dichas presiones, los actores políticos han aplicado lo que muchos autores denominan “demagogia punitiva” o “populismo punitivo”, lo cual ha conducido a una creciente “inflación legislativa”.

Este fenómeno, propio de la modernidad tardía, posee un carácter contradictorio Garland (2001). Por un lado, detrás de las demandas de justicia y mayor control represivo por parte del Estado existe la falsa creencia en la capacidad del poder de la justicia penal en resolver los conflictos sociales. Los argumentos punitivos se sostienen en el ideal de un sistema penal positivo, es decir, bajo el supuesto de que la pena tiene la función de disuadir las conductas delictivas. Pese a que ha quedado demostrado en diversos estudios que la pena no disuade (Gutiérrez, 2003), la demanda y la promesa de “mano dura” no ha dejado de extenderse.

Por otro lado, se evidencia, paradójicamente, una falta de confianza firme por parte de la sociedad civil en la capacidad de la justicia penal estatal para controlar el delito y promover el orden social. El Estado, ante a la necesidad de reactivar el mito de su poder soberano, se apropia del discurso punitivo poniendo en práctica las agencias que integran su aparato represivo y reconstituyendo la legitimidad de su poder de castigar. De este modo, se expande el sistema penal, se aumentan las causas y conflictos que llegan al poder judicial penal, se aumentan tanto cuantitativa como cualitativamente las penas y se amplían los alcances del sistema penal en medidas no jurídicas o formalmente punitivas (Cohen, 1988).

Ahora bien, más allá del tipo de producción legislativa realizada en los distintos períodos gubernamentales -sea ésta de carácter más represivo o garantista-, el discurso de “mano dura” por parte de los distintos actores políticos y sociales tiene consecuencias simbólicas efectivas en la sociedad (Rangugni, 2010). Para comprender estos efectos resulta importante remitirnos a las teorías del discurso que ponen énfasis en las relaciones de poder (Foucault, 1991). Los discursos dominantes acerca del problema de la “inseguridad” terminan sedimentando en el imaginario social. Por su parte, los medios de comunicación y el periodismo, a través de las noticias amarillistas, la cobertura del delito y la violencia, mantienen y renuevan la obsesión securitaria y la demagogia punitiva que prometen los actores políticos (Rodríguez Alzueta, 2014). En suma, las concentraciones de pánico moral conmueven a la opinión pública y se transforman en un rudimento de legitimación para las apuestas punitivas, al mismo tiempo que la “*promesa represiva*” por parte de los actores políticos reproducen el sentimiento del miedo y la estigmatización social (Kessler, 2009).

En este sentido, la promesa de “combatir el delito”, aumentando el poder coercitivo y el uso de la fuerza de las distintas agencias estatales, forman parte de una expresión ideológica y una adhesión estratégica a un reclamo colectivo, más que a un intento de política pública en función de resultados. De modo que el clima político de aval al endurecimiento

penal -la “demagogia punitiva”- contribuye al pánico moral de una sociedad caracterizada por la cultura de temor y control (Garland, 2001; Rodríguez Alzueta, 2014).

En este contexto, la mayor producción legislativa es frecuentemente asociada, por algunos penalistas, con un fenómeno paralelo que se ha desencadenado en las últimas dos décadas y que ha sido descrito anteriormente: la tendencia de crecimiento permanente de la tasa de encarcelamiento. Es pertinente subrayar que ambos fenómenos descritos anteriormente no constituyen una excepción de nuestro país. Tanto el incremento de la producción legislativa y el aumento de la población carcelaria constituyen procesos que se evidencian a nivel global y se han desarrollado a partir de la emergencia de nuevas prácticas penológicas que se han aplicado a partir de las tendencias políticas neoliberales (Pavarini, 2006).

Nuestro trabajo busca realizar un análisis focalizado en el sistema penal y judicial en la práctica, para comprender cómo las reformas legales represivas, que emergen de las políticas y los sentimientos punitivos, se proyectan sobre una red compleja de agencias estatales con sus propias “reglas de juego” y sobre los agentes sociales involucrados en ellas (Martínez, 2005).

OBJETIVOS

El presente trabajo es llevado a cabo en el marco de una investigación en curso denominada “La Promesa Represiva”, la cual está siendo desarrollada por un equipo de investigación más amplio dirigido por Mariano Gutiérrez. El proyecto presenta como objetivo general: *“Describir y analizar las condiciones de aparición y persistencia de las crisis de seguridad delictiva y su impacto a nivel institucional, tanto en la producción legislativa como en las agencias de prevención y represión del delito en Argentina/Provincia de Buenos Aires/ en el período 1990/1998 – 2013”*. Particularmente, nuestra investigación se corresponde con el siguiente objetivo específico: *“Relevar y describir las reformas legislativas penales en el sistema nacional durante el período 1990/1998 - 2013, analizando su impacto en las prácticas judiciales, en particular aquellas que puedan haber incidido de forma cuantitativamente relevante en el encarcelamiento total del país”*.

En este marco, nos proponemos dar respuesta a una problemática parcial, a saber: el impacto institucional y la represión del delito. El objetivo que nos proponemos en el presente trabajo es analizar la relación entre las reformas legislativas penales represivas y el aumento de la tasa encarcelamiento a nivel nacional entre los años 1990 y el 2013.

Los objetivos específicos en los que se basará la investigación serán los siguientes:

- 1) Identificar las reformas realizadas en la ley penal argentina entre el período 1990-2013.

- 2) Clasificar dichas reformas en relación al impacto real que causaron en el sistema penal y en la tasa de encarcelamiento desde 1990 al 2013.
- 3) Comparar dicha clasificación con las estadísticas realizadas por SNEEP, las estadísticas del SNIC y las estadísticas oficiales de la Corte Suprema y de la Procuración General, desde 1990 al 2013.

METODOLOGÍA

Para dar respuesta a nuestro problema de investigación hemos relevado, en conjunto con los integrantes del grupo de investigación más amplio, las reformas legislativas penales de Argentina dentro del periodo que abarca desde el año 1990 al 2013, a través de la página web del Centro de Información Legislativa y Documental (www.infoleg.gob.ar).

Con el fin de evaluar si, efectivamente, desde los 90' hasta la fecha se percibe un aumento de la penalidad en las leyes (es decir, si se han sancionado nuevas leyes represivas y/o si se han ampliado o creado nuevas figuras penales) hemos clasificado las leyes relevadas de acuerdo a sus efectos penales en tres categorías. En primer lugar, distinguimos una primera categoría como “represivas”, conformada por aquellas que aumentan la represividad de las leyes penales, ya sea creando tipos penales, aumentando penas, endureciendo el tratamiento penitenciario o los tiempos finales de prisionización. En segundo lugar, identificamos como “garantistas” aquellas reformas legislativas que reducen la pena de prisión, o intentan reducir o controlar la intensidad de las medidas penales. Finalmente, clasificamos como “ordenatorias”, aquellas leyes que no crean nuevas figuras penales sino que están destinadas a un cambio en la estructura de las agencias penales, acuerdos entre actores para colaboración mutua, y en algunos casos, a convenios de derecho penal internacional.

Dentro de la categoría “represivas” y en relación a sus efectos, siguiendo la distinción propuesta por Gutiérrez (2011), hemos propuesto distinguir entre (1) aquellas reformas que quedan en meras expresiones legislativas o tienen un uso judicial-penal de carácter específico, de poco impacto cuantitativo en la tasa de encarcelamiento; (2) las que sí tienen uso y generan intervenciones judiciales de distinto tipo, pero no inciden cuantitativamente en el encarcelamiento; y (3) las que, en efecto, se trasladan a su aplicación penal en la forma de prisionización, en medidas mesurables o significativas a nivel macro.

Posteriormente, para corroborar en la práctica el criterio de clasificación propuesto por el equipo de investigación, hemos realizado entrevistas semiestructuradas a diversos abogados y jueces penalistas de la Ciudad de Buenos Aires y de diferentes provincias del país para lograr percibir sus conocimientos o desconocimientos acerca las reformas legislativas y la ulterior puesta en práctica de dichas leyes penales; es decir, para advertir sobre la intervención

efectiva en el sistema penal de dichos agentes, tanto en la generación de procesos y causas penales como en la generación de encarcelamiento. La respuesta de dichos agentes funcionará como sustento discursivo a la hora de comprender si dichos funcionarios conocen o desconocen las leyes y si estas se aplican en la práctica penal, para poder cuestionar y advertir sobre la producción de encarcelamiento de las mismas. Concretamente, se interrogó acerca de 62 leyes nacionales represivas del total de 141 leyes relevadas en el periodo 1990 - 2013. En ésta instancia preliminar de investigación se realizaron un total de 13 encuestas. En etapas posteriores de investigación estipulamos realizar una muestra más extensa.

La clasificación utilizada para la realización de las preguntas es resultado de una discusión y examen grupal por parte de los integrantes del equipo de investigación de “La Promesa Represiva”. Las categorías conceptuales empleadas forman parte de una construcción teórica propia. Si bien las encuestas han sido construidas en base al criterio de clasificación propuesto por los mismos encuestadores, las respuestas que se derivan de las mismas forman parte del conocimiento subjetivo de cada abogado y cada juez penalista, de acuerdo a los conocimientos y las prácticas que ellos consideran habituales y frecuentes en el funcionamiento cotidiano del ámbito judicial-penal.

A los fines de cumplir con el objetivo propuesto se describirán las leyes de carácter represivo que han sido sancionadas entre 1990 hasta la actualidad y se analizará su posibilidad de intervención en el sistema penal, tanto en la generación de procesos penales como de encarcelamiento, en cuanto a su práctica efectiva por parte de los actores del sistema judicial.

Comenzaremos exponiendo los resultados del total del período estudiado y luego, por razones prácticas, referiremos a la clasificación de las leyes de acuerdo a los distintos períodos gubernamentales que se han sucedido en nuestro país. Realizar el análisis de acuerdo a la sucesión de las etapas de gobierno, no sólo nos permitirá un desarrollo más ordenado de la presentación sino que nos posibilitará, en una segunda etapa de trabajo, profundizar en el estudio de la temática en el marco del proyecto de “La Promesa Represiva”; por ejemplo, acerca de la relación entre la inflación legislativa y los discursos políticos de cada presidencia.

DESARROLLO Y ANÁLISIS

Desde la década de los '90 hasta la actualidad las reformas legislativas penales en el sistema nacional, en líneas generales y desde una perspectiva a largo plazo, tendieron a la ampliación de los tipos penales o de la escala penal, es decir, que han aumentado el carácter represivo del sistema penal. Esto se constata a partir de un relevamiento exhaustivo de las leyes penales desde el año 1990 hasta el año 2013. Podemos contabilizar un total de 141

sanciones de reformas legislativas, de las cuales 68 han tenido un carácter represivo, creando o ampliando los tipos o escalas penales, y sólo 11 han revestido un carácter garantista, reduciendo la escala penal. Las 62 leyes restantes han sido de índole ordenatorio, es decir que corresponden a acuerdos, declaraciones y convenios nacionales e internacionales o competencia de juzgados, pero no generan ningún efecto concreto en la ley, ni en cuanto a su “severidad” ni en su “suavidad”.

Si focalizamos nuestra mirada en los momentos históricos en los cuales estas reformas de giro punitivo han tenido lugar, encontramos resultados paradójicos: en gobiernos que proclamaban discursos con una retórica de “mano dura” se sancionan importantes leyes que apuntaban en el sentido de reducir los efectos duros del sistema penal y en gobiernos que mantenían un discurso defensor de los derechos humanos se llevaron a cabo importantes reformas penales punitivas (Gutiérrez, 2011). No obstante, la predominancia de las reformas represivas se registra en todos períodos gubernamentales.

A continuación analizaremos las encuestas realizadas a abogados penalistas de diferentes regiones del país. A partir de ellas, buscamos contrastar los resultados de las encuestas con datos oficiales publicados por SNEEP en el año 2012 y a su vez comparar estos datos con años anteriores para evidenciar las fluctuaciones de la tasa de encarcelamiento en el país. Es importante notar que muchos de los delitos específicos que han sido tipificados o agravados en las reformas legislativas no se encuentran diferenciados en las estadísticas del SNIC, motivo por el cual en muchos de los casos las leyes y sus efectos no podrán ser contrastados a partir de las estadísticas.²

Una de las etapas gubernamentales en la cual se evidencia el uso “simbólico” de la pena lo constituyen los dos mandatos de Carlos Saúl Menem. En la década de los 90’, el crecimiento penitenciario en Argentina creció un 84%, pasando de un total de 21.016 personas encerradas a 38.604 (Carranza, 2001). Del total de 43 leyes sancionadas que han sido relevadas, 17 de ellas pueden ser clasificadas como represivas. De las restantes, 5 han tenido efectos garantistas y las otras 21 han sido de índole ordenatorio. Ahora bien, de las 17 leyes represivas sancionadas, 13 pueden llegar a generar procesos penales; sin embargo, según han indicado la mayoría de los encuestados, de éstas, sólo 3 leyes producen un considerable número de encarcelamiento efectivo. La primera de ellas la constituye la Ley 25.086, la cual crea nuevos tipos penales y agrava delitos de portación y tenencia de armas.

² Este hecho revela una disparidad de criterios entre lo que las agencias del Poder Ejecutivo consideran relevante en cuanto a la información sobre la criminalidad y lo que el poder legislativo o el ejecutivo, como promotor de reformas legales, consideran relevante en el momento de aumentar la represividad (Gutiérrez, 2003).

La segunda es la Ley 25.087, que establece un agravante y una ampliación de los tipos penales contra la integridad sexual. La tercera, es la Ley 25.189, la cual agrava y amplía los tipos culposos de homicidio y lesiones culposas, incendios u otros estragos, descarrilamiento, naufragios y otros accidentes³. Cabe destacar que las tres leyes que generan la mayor tasa de encarcelamiento en el período analizado son las señaladas anteriormente como aquellos casos particulares de tipos penales que usualmente producen sentencias judiciales y condenas de prisión efectiva: delitos sexuales, robos y homicidios.

En el breve período que comprendió el gobierno de De la Rúa, en el marco de una severa crisis económica, política y social, puede resaltarse el significativo aumento de la sanción de leyes de tipo ordenatorias, de las cuales hemos relevado un total de 11. Además, registramos la sanción de tan solo 7 leyes de tipo represivas, de las cuales sólo una ley, de acuerdo con nuestros supuestos teóricos y la comprobación en hecho con las encuestas, genera un número considerable de encarcelamiento. Ésta es la Ley 25297, la cual establece un agravante genérico para todos los delitos cometidos con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego: la escala penal prevista se elevó en un tercio en su mínimo y en su máximo.⁴

Otra de las reformas que requiere especial atención durante la presidencia de De la Rúa, debido al impacto que puede generar en la población carcelaria, es la Ley 25.430 que se sancionó el 30 de mayo del 2001. Ésta modifica la Ley 24.390 sobre prisión preventiva que había sido sancionada en el año 1994, la cual establecía que, a partir de los dos años de detención, cada día que el procesado transcurra en la cárcel sin tener sentencia firme se debía

³ Respecto de la ley que agrava los delitos de portación de armas no existen estadísticas oficiales del SNIC o el SNEEP que midan específicamente este ilícito (sino dentro de la categoría más amplia de delitos contra la seguridad pública). En relación a la ley que establece nuevas penas y figuras contra la integridad sexual, según lo demuestran los datos del SNEEP, en los primeros años de la reforma se registra que ésta no ha tenido utilidad preventiva. Sin embargo, a partir del año 2007, la cantidad de personas encarceladas por este delito disminuyen un poco más de la mitad. Mientras que el año 2006 el total era de 10.964, al año siguiente se redujo a un total de 5.249. Los años siguientes este registro fue ascendiendo de modo progresivo nuevamente hasta alcanzar un total de 7.006 según el último informe del SNEEP del año 2012. Con respecto a la ley que agrava los tipos de homicidio y lesiones culposas se ha registrado un aumento progresivo de las personas encarceladas por tales delitos. El argumento esgrimido en los debates parlamentarios en cuanto a la función de prevención para su sanción no pareció tener mucho efecto en la conciencia del ciudadano infractor a los largo de los últimos años. En el año 2007, se observa un total de 1060, ascendiendo a un cifra de 1850 en el año 2010 hasta llegar en el año 2012 a 2132 casos de delitos culposos.

⁴ Del debate parlamentario surge que el objeto de la ley se dirigía a prevenir los homicidios (Gutiérrez, 2006; Martín, 2014). Si bien no existen datos específicos en el SNEEP acerca del uso de armas de fuego en cada delito en particular o sobre su incidencia en los homicidios, si tenemos en cuenta la tasa de homicidios dolosos, que iba en aumento al momento de la reforma, siguió creciendo de modo progresivo hasta la actualidad, con algunos leves descensos durante los años 2005, 2010 y 2011 tanto para homicidio culposo y su tentativa. En el año 2004 los casos registrados de homicidios dolosos alcanzan a 7199, en el año 2009 se registra una cifra de 8463 y para el 2012 de 7978.

computar doble. En pocas palabras, esta reforma deroga el sistema conocido como “2x1”. Ciertamente, dicha reforma no es en sí misma la que generaría condena de prisión, sino que se aplicaría sobre procesos y tipos penales previos. Sin embargo, tal como han advertido muchos encuestados, esta reforma generaría, en un mediano y largo plazo, un crecimiento en la población carcelaria, debido a que las personas procesadas estarían más años en la cárcel, sin importar si han sido condenadas o no.⁵

En el período que abarca el gobierno de Eduardo Luis Duhalde, podemos examinar un total de 6 leyes sancionadas de las cuales 5 tienen carácter represivo y forman nuevos tipos penales, sin embargo todas ellas tienen una escasa aplicación en el sistema judicial y, por lo tanto, tampoco poseen incidencia en las tasas de encarcelamiento. Las encuestas realizadas dieron un reflejo de esta preconcepción, ya que el 50% indicó que ninguna de estas leyes genera ningún tipo de encarcelamiento. Es curioso observar que, según los datos que se desprenden de la SNEEP, desde el año 2003 la población carcelaria fue en claro aumento. Iniciando con un valor de 137,31, en el 2004 la tasa aumentó a 142,50 y 2005 fue de 143,61, es decir, sufrió una suba del 11% con respecto al año anterior.

Durante el gobierno de Néstor Kirchner, se sancionan un total de 42 leyes, de las cuales 22 son represivas y 20 ordenatorias. De las 22 reformas represivas, 11 son las que han aumentado los efectos de prisión. Dicho gobierno tiene uno de los números más altos de leyes penales sancionadas, ya no tanto apuntado a la función ordenadora y de *paz social* sino más bien influido por grandes hechos mediáticos, como fue el “caso Blumberg”, el cual derivó en las llamadas “leyes Blumberg” sancionadas en el año 2004. Estas conforman un paquete de medidas que tiene el objetivo de endurecer las penas y estipula en 50 años la pena máxima de prisión por sumatoria de delitos.

Este período gubernamental resulta paradójico: a pesar del discurso progresista que lo caracterizó, el proceso de endurecimiento de las penas y la eliminación de determinados beneficios a los condenados, como el recurrir a la detención discontinua o semi-detención, transparenta un período de inflación legislativa cualitativamente represiva. Sin embargo, las reformas que trajo consigo el caso Blumberg han sido capitalizadas fundamentalmente por sectores de derecha y grupos opuestos al gobierno de turno (Calzado, 2001, Van Den Dooren, 2011; Martín, 2014; Cesaroni *et al*, 2014). Un ejemplo de esto es la ley 25.948, sancionada en

⁵ La principal razón manifestada en los medios de comunicación contra el sistema “2X1” consistía en que las oleadas delictivas obedecían a los reincidentes que habían salido en libertad prematuramente. Sin embargo, hasta el año 2006 el número de reincidentes condenados se mantuvo estable y las estadísticas esgrimidas por los legisladores eran contradichas por la información de los sistemas de medición (Gutiérrez, 2003).

el año 2004, la cual establece que no podrá otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por delitos en los que resultare la muerte de la víctima. Aun así muchos abogados y jueces entienden y declaran inconstitucional aquellas leyes que disminuyen la capacidad de los condenados de recurrir a estos beneficios. Ante la consulta a los jueces y abogados encuestados, resultó que el 80% considera que esta ley genera muchos procesos penales.⁶

Otro caso que requiere atención en cuanto a su posible incidencia en la cantidad de población carcelaria lo constituye la Ley 25.892, sancionada en el año 2004, la cual establece condiciones y límites para la obtención de la libertad condicional y directamente niega el beneficio a quienes fuesen reincidentes. En este caso también el 80% de los encuestados considera que esta ley si se aplica en los procesos penales.⁷

En el período que abarca la presidencia de Cristina Fernández registramos un total de 32 leyes sancionadas, de las cuales 19 son promulgadas para cumplir una función represiva. De las 13 restantes, 7 responden al cumplimiento del orden y 6 son de carácter garantista. Si bien podemos sostener que durante este período gubernamental se registró una amplia cantidad de leyes represivas sancionadas⁸, en tanto casi el 60% del total de ellas han sido de éste carácter, no todas éstas leyes producen una gran cantidad de procesos judiciales ni un efecto de prisionalización. De las 19 leyes represivas consultadas en la encuesta y que fueron sancionadas en este período, el 43,6% respondió que estas leyes no generan encarcelamiento, el 21,15% respondió que genera algunos presos por estos tipos penales, y el 23,15% respondió que generan un número considerable de presos por estos tipos penales. Algo similar ocurre cuando se consulta por la intervención penal, el 31% de los consultados considera que no se generan procesos penales derivados de estas leyes. Tomando por ejemplo una de las leyes más icónicas de este periodo, como fue la de desaparición de personas, el 60% de los encuestados consideran que no debe haber presos por este tipo penal y sólo un 30% que debe

⁶ Según datos del SNEEP, un año más tarde de la sanción de dicha reforma, se registra una disminución en la cantidad de homicidios (culposos y dolosos): en el 2004, año de sanción de la reforma se observa un total de 8011 y en el año 2005 baja a 6727. Sin embargo, en año 2006 comienza a subir nuevamente a 7696 sin interrupción hasta alcanzar una cifra de 9775 en el año 2012.

⁷ Sin embargo, y a los efectos “preventivos”, tal como se ha explicitado anteriormente según las estadísticas del SNEEP, la cantidad de reincidentes sobre el total de la población carcelaria se ha mantenido constante.

⁸ Es importante aclarar que muchas de las leyes represivas sancionadas en este período apuntan a responder demandas de grupos sociales minoritarios, en situación de desventaja o de vulnerabilidad. Tales son los casos, por ejemplo, de la creación de la figura de “femicidio”, “grooming” y el agravante sancionado para el delito de trata de personas, producto de luchas grupos feministas, de derechos humanos y organizaciones conformadas por familiares de víctimas.

haber tan solo algunos pocos presos por este delito. Sin embargo, la amplia mayoría coinciden en que generan muchos procesos penales.

De acuerdo a los resultados de las encuestas, sólo cinco de las reformas generan un número considerable de encarcelamiento por los tipos penales a los que refieren. Se trata de la Ley 26.364 que crea el delito de trata y explotación de personas; la Ley 26.791, la cual crea la figura de “femicidio” como un homicidio agravado; la Ley 26.813, la cual agrava la ejecución de la pena privativa de la libertad en los casos de autores de delitos sexuales, estableciendo requisitos especiales para las fases de semi libertad y libertad anticipada para dichos condenados; la Ley 26.842, la cual amplía la definición de trata de personas, deroga la distinción entre trata de menores y mayores y aumenta las penas; y, por último, la Ley 26.904, que tipifica un nuevo tipo penal, el “grooming”, esto es el contacto por internet con menores para fines sexuales.

En el caso de la Ley 26.364 sancionada en 2008, que pretende prevenir y sancionar la trata de personas y brindar asistencia a las víctimas, el 70% de los encuestados están de acuerdo en que hay un considerable número de personas presas por este tipo penal. Con respecto de la Ley 26.842, sancionada en diciembre del 2012, que amplía la definición de trata de personas, el 90% de los encuestados han sugerido que el tipo penal establecido por ella produce un número medianamente considerable de presos. Esta concepción de los juristas y agentes especializados coincide con los datos extraídos de las agencias de organismos oficiales, ya que se indica que la población carcelaria aumentó de 52.457 a 59.227 a dos años de la sanción de la ley. Sin embargo, las ambivalencias entre la legislación y el encarcelamiento pueden suponer una relación causal pero no determinante ya que no puede generalizarse para todos los casos. No existen datos específicos previos a la sanción de dichas reformas para contrastar las cifras del delito de trata de personas antes y después de la sanción de las mismas. La Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, que investiga este delito, fue creada recién en abril del año 2013. Según los datos elaborados por este organismo, durante el 2013, se realizaron 86 procesamientos, 59 por trata de personas con fines de explotación sexual y 27 con fines de explotación laboral, finalmente se condenaron 25 responsables por trata durante ese año. En comparación, en el año 2012 los condenados fueron 17 personas por explotación sexual y 2 por explotación laboral.

Respecto de la Ley 26.791, que crea la figura de “femicidio”, también el 70% de los encuestados coincide en que genera un considerable número de encarcelamiento. Si bien el número de condenados por este delito no aumentaría debido a que ya existía una condena para este homicidio, la tasa de encarcelamiento podría verse acrecentada debido a que se aumentan

los años de condena, en tanto se tipifica dicho delito con el carácter de agravante en el caso de homicidio y/o violencia de género (no es una figura delictual autónoma). Lamentablemente, no existen datos en el SNEEP sobre este delito en particular; este organismo informa sobre delitos dolosos en general.⁹

En el caso de la Ley 26.813, sancionada en 2013, ocurre una situación similar a la ley anterior. La reforma refiere al tratamiento penitenciario, por lo tanto esta no generaría un aumento de las causas y condenas penales, sino que privará a cierto tipo de condenados de la posibilidad de libertad anticipada. En ese sentido, la tasa de encarcelamiento puede verse afectada debido a que esta ley hace que se mantenga a los autores de delitos sexuales el total de los años estipulados por la condena, sin otorgar la posibilidad de salida anticipada. Hasta el año 2012 estaban incorporados al régimen de prelibertad solo 2.141 personas, es necesario observar en un futuro informe cómo evoluciona hasta el 2014 dicho número.

En relación a la Ley de “grooming” sancionada en noviembre del año 2013, el 70% de los encuestados han considerado que este tipo penal genera un número mediano de encarcelados. Sin embargo, muchos han advertido que, al igual que otros tipos penales, este ya se castigaba del mismo modo a través de otras figuras, dando a entender que no se generaría un aumento en la población carcelaria por la implementación de dicha ley. Lamentablemente no se encuentran datos precisos sobre la cantidad de presos bajo esta figura. El único dato accesible en relación a este tipo penal genérico lo constituye la estadística sobre el delito por corrupción de menores brindado por la Procuraduría General de la Nación. Según el promedio anual calculado para el año 2011 se registró un total de 74 casos, para el año 2012 de 114 y para el año 2013 la cifra nuevamente fue de 114 casos y en lo que va del año 2014 se registra un total de 105 casos. Si bien esta reforma es reciente y habría que observar datos estadísticos futuros, de todas maneras podemos observar que el número de encarcelados posibles no representa un porcentaje significativo en el total de la población encarcelada.

Ahora bien, analizando el fenómeno de la inflación legislativa y su relación tanto con la intervención del sistema penal como con el aumento de la población carcelaria en Argentina para el período 1990-2014 desde una mirada de mediano y largo plazo, es decir, más allá de los períodos gubernamentales y profundizando en las encuestas realizadas, podemos ver con más claridad el contraste entre la legislación y los datos arrojados por el

⁹ En el 2012 se observa un total de 7.978 homicidios dolosos y en el año 2011, un año antes de sancionada la ley que crea la figura de femicidio, la tasa de homicidios dolosos era de 7840. Al mismo tiempo, según los datos de la Procuraduría General de la Nación el número de delitos sexuales se han mantenido relativamente constante a lo largo de estos años, con leves variaciones: en el año 2011 se registra un total de 676 casos, en el 2012 descendiendo a 560, en el 2013 sube nuevamente a 617 y en lo que va del presente año la cifra aumenta a 652.

SNEEP. Si focalizamos el análisis en la cuestión de la “intervención efectiva del sistema penal”, considerando el total de las 63 leyes represivas (100%), los encuestados han respondido que de ese total de leyes 30,9% de ellas no generan procesos penales, el 35,02% generan pocos procesos penales y el 33,06% del total de estas leyes generan bastantes procesos penales (el restante 2,69% corresponde a los casos perdidos).

Si observamos las respuestas manifestadas en la pregunta sobre la “generación de encarcelamiento” del total de 68 leyes represivas (100%), los encuestados consideran que el 54,63% de las reformas realizadas en el período no genera presos, el 18,59% de las leyes genera poco encarcelamiento y el 26,6% de las leyes represivas sancionadas genera un número considerable de personas presas (el restante 2,5% corresponde a casos perdidos).

En suma, teniendo en cuenta estos resultados, podríamos sintetizar que del total de las leyes represivas sancionadas desde el año 1990 hasta la actualidad, sólo el 33,06 % son percibidas por los operadores judiciales como generadoras de una proporción considerable de intervención del sistema penal, en el sentido de apertura de causas y procesos penales, y de éstas leyes que producen intervención sólo un 26,66% son percibidas como productoras de encarcelamiento. Sin embargo, resulta apresurado concluir que el 26% de las leyes represivas sancionadas han contribuido a producir un aumento de la tasa encarcelamiento debido a que, tal como fue explicado en líneas anteriores, ésta última responde a múltiples factores.

HALLAZGOS PROVISORIOS

Como expusimos anteriormente, partimos de la hipótesis de que la tasa de encarcelamiento no se encuentra ligada únicamente ni preponderantemente a la *inflación legislativa*, entendida ésta como la aceleración o aumento de la sanción de leyes penales (particularmente, incluyendo en este fenómeno, la legislación “meramente simbólica”); sino que depende de múltiples factores sociales específicos de cada región y de cada delito en particular (Pavarini, 2006). Será necesario entender que la vía comunicante entre el populismo punitivo y el aumento efectivo del encarcelamiento no es únicamente la legislación. Y, aunque ésta forme parte del fenómeno, tampoco toda la legislación represiva tiene incidencia, sino sólo algunas leyes que recaen sobre los procesos más típicos y usuales de la persecución penal.

Habiendo realizado un análisis sobre los períodos gubernamentales se puede observar que los discursos que expresan posturas punitivas suelen sancionar muchas leyes “simbólicas” o discursos represivos que recurren a la amenaza de prisión sobre casos que no necesariamente producen encarcelamiento, pero relegitiman al sistema penal imponiendo una

lógica del castigo y su aparente importancia en la resolución de los conflictos. En la actualidad emerge un discurso dominado por el populismo punitivo apoyado en el sentimiento constante de crisis de la seguridad. Estos son provocados por los actores políticos y mediáticos demagógicos que apoyan un aumento de la persecución penal y la constante “necesidad de castigar”.

En este sentido, el aumento legislativo surge ocasionalmente como una respuesta demagógica a estos discursos con el pretexto de bajar la tasa delictiva a partir de un aumento de las penas y la persecución penal (Gutiérrez, 2003; Martín, 2014), es decir de la promesa del aumento del encarcelamiento. La creciente población carcelaria adquiere en el sentido común un falso sentimiento de efectividad del sistema judicial y de seguridad. La amenaza penal evidencia el valor social que tiene la pena en la resolución de los conflictos.

La justicia forma parte de una cadena punitiva que castiga conductas calificadas como antisociales. Frente a esta lógica, debemos recordar que el endurecimiento de las penas que sí influyen en la producción carcelaria capta sectores jóvenes y pobres a los que se tacha de peligrosos y de los que hay que defenderse, es una lógica violenta que impulsa una idea de bandos enemigos enfrentados, pero no tiene efectos disuasivos respecto del delito. Sin embargo, también debemos tener en cuenta que muchas de las leyes represivas sancionadas durante el período estudiado en nuestro país han apuntado a otros sectores sociales pertenecientes a grupos minoritarios, en situación de desventaja o vulnerabilidad social. Tales son los casos, por ejemplo, de la sanción de la figura del “femicidio”, el “grooming”, los agravantes para el delito de “trata de personas”, entre otros.

En otros casos, la apelación de los distintos gobiernos a la amenaza penal pueden determinar un efecto real de encarcelamiento sobre la población o bien ejercer un efecto simbólico sobre la concepción del castigo que, aunque no impacte de manera directa sobre los encarcelamientos, contribuye a la reproducción del discurso de carácter punitivo internalizado en el imaginario social (Gutiérrez, 2010). Y, particularmente, habilita a las agencias y a los actores que forman parte del sistema judicial a actuar de una determinada manera, tanto en el control, en la selección y en la represión del delito.¹⁰

¹⁰ A modo de ejemplo sobre el funcionamiento del sistema penal, resulta sugerente advertir que, actualmente, la mitad de las personas que se encuentran presas en las cárceles del país no tienen una sentencia firme. Situación que se agrava, considerando que muchos ni siquiera han llegado a la instancia de juicio oral y miles de casos terminan siendo absueltos tras pasar cuatro o cinco años detenidos. Según el último informe del Sistema Nacional de Estadísticas sobre ejecución de la pena, publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2012), el 50% (31.000) de las personas alojadas en cárceles argentinas son procesadas sin condena firme. Un relevamiento realizado por la Procuraduría de Violencia Institucional (Procuvin) en mayo de este año detectó que en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal, donde hay 10074 personas detenidas, el 59,7% de los presos no tiene condena. Entre las mujeres que representan el 7,4% (746) de la población

En síntesis, no nos es posible establecer una relación causal entre inflación legislativa y tasa de encarcelamiento, ya que como hemos intentado evidenciar a través de las encuestas realizadas, la “inflación” legislativa puede hacer referencia indistintamente a leyes penales represivas, garantistas, de efectos concretos de persecución penal o no. Por lo tanto, la relación entre ambas variables no es directa, sino que intervienen muchos otros factores. Uno de estos factores de intermediación lo constituye el modo en que es percibida y aplicada las reformas por parte de los actores judiciales, es decir, el impacto (o la falta de él) en las agencias de persecución penal. Y es este aspecto el que hemos intentado introducirnos en el presente trabajo, aunque de modo preliminar. En una próxima etapa de investigación nos proponemos profundizar en el estudio del mismo, analizando y contrarrestando las percepciones de los actores judiciales con otras estadísticas oficiales, tales como las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de evaluar el impacto de los mismos en la cadena punitiva.

En esa segunda etapa de investigación, también dejaremos abierta la posibilidad de realizar un análisis sobre las leyes garantistas a nivel nacional y su impacto (o falta de él) en los operadores judiciales y las instituciones de administración de la violencia. Además, allí pretendemos profundizar en el estudio de “La Promesa Represiva” reparando en las complejidades que se presenten; por ejemplo, acerca de la relación entre la inflación legislativa y los discursos políticos de cada presidencia.

BIBLIOGRAFÍA

Carranza, E. (2001): *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: respuestas posibles*. Siglo XXI, Buenos Aires.

CELS (2005), *Información general*, Buenos Aires. En: <http://cels.org.ar/>

CELS (2014): *Informe anual*, Buenos Aires. En: <http://cels.org.ar/>

Cesaroni, C.; Feldman, D.; Irrazábal, G. (2014) *Reflexiones en torno a los diez años de las “leyes Blumberg”*, Documentos de Trabajo, CEPOC, Ed. Tren En Movimiento, Temperley.

Cohen S. (1988): *Visiones de control social*, Ed. PPU, Barcelona, España.

Department of State (2001): *Informe sobre trata de personas (TP)*, Estados Unidos.

Foucault, M. (1980): *La verdad y las formas jurídicas*. Ed. Gedisa, Barcelona, España.

penitenciaria federal, el 66,4% está procesada, mientras que sólo el 33,6% está condenada. Estos porcentajes se agravan en el caso de los 429 jóvenes adultos de entre 18 a 21 años detenidos en cárceles federales: un 84% de ellos está preso sin condena. La prisión preventiva se convierte en una pena anticipada que se opone al principio de inocencia vulnerando el derecho de un juicio previo a la condena firme.

Garland, D. (2001): *La cultura del control*, Editorial Gadisa, Barcelona, España.

Gutiérrez, M (2003): *Números sobre la violencia (simbólica y real) como estrategia contra el delito*. En el Congreso Nacional y XIV Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Córdoba, Agosto 2003.

Gutiérrez, M. (2010): *La Tragedia de la Lucha por la Justicia*, en Sozzo, M. (comp.), Por una sociología crítica del control social. Ensayos en honor a Juan S. Pegoraro. Ed. del Puerto, Bs As.

Gutiérrez, M. (2011) “Trazos para delinear el populismo punitivo en el caso argentino”. En: Gutiérrez, M. (comp.): *Populismo punitivo y justicia expresiva*, Ed. Fabián Di Plácido, Bs As.

Gutiérrez, M. (2014): *La triste historia de nuestras victorias garantistas*, Revista Derecho Penal y Criminología, año IV, número 8, Thompson Reuters La Ley, Bs As.

Kessler, G. (2009): *El sentimiento de inseguridad: Sociología del temor al delito*, Siglo XXI, Bs As.

Martín, A (coord.) (2014): *Reformas Penales y proporcionalidad de las penas*, EDIAR, Bs As.

Martínez, C. (2011): “La política penal durante el segundo gobierno de Carlos Menem: el inicio de un endurecimiento penal” en Gutiérrez, Mariano H. (coord.) *Populismo Punitivo y Justicia Expresiva*, Ed. Fabián di Placido, Bs As.

Martínez, J. (2005): *Viaje a los territorios de las burocracias judiciales. Cosmovisiones jerárquicas y apropiación de espacios tribunalicios*, Bs As.

Martínez, J. (2007): *La violencia institucional indagada. El trámite tribunalicio, el peso de la escritura y la fragmentación de los relatos*. Actas del 8º Congreso Argentino de Antropología Social, Salta, septiembre de 2006.

Rodríguez Alzueta, E. (2014): *Temor y Control*, Futuro Anterior. Bs As.

Pavarini, M. (2006): *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Ad-Hoc, Bs As.

Procuraduría General de Justicia de la Nación (2014): Dirección general de averiguaciones previas y Dirección General del Sistema Penal Acusatorio.

Rangugni, V.; AAVV (2010): *A la inseguridad la hacemos entre todos*, Ed. Hekht, Bs As.

SNEEP (2012): *Una gestión penitenciaria integral*, Informe anual, Ministerio de Justicia y DDHH. Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Pena Informe Anual, República Argentina.

Van den Dooren, Sebastián (2011): “La Creación de la Ley Penal. El Contexto Socio-Político del Período Legislativo 2004” en Gutiérrez, Mariano H. (coord.): *Populismo Punitivo y Justicia Expresiva*, Ed. Fabián di Placido, Bs As.

Wacquant, Löic (2000): *Las cárceles de la miseria*, Ed. Manantial, Bs As.