



Feustel, Diego Leonel

¿Vale la pena? Un estudio sobre la percepción de los discursos sobre la función de la pena de los jueces y juezas de los tribunales orales en lo criminal del departamento judicial Quilmes



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Argentina.
Atribución - No Comercial - Sin Obra Derivada 2.5
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Documento descargado de RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes de la Universidad Nacional de Quilmes

Cita recomendada:

Feustel, D. L. (2025). *¿Vale la pena? Un estudio sobre la percepción de los discursos sobre la función de la pena de los jueces y juezas de los tribunales orales en lo criminal del departamento judicial Quilmes. (Trabajo final integrador). Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Argentina. Disponible en RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes*
<http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/6160>

Puede encontrar éste y otros documentos en: <https://ridaa.unq.edu.ar>

¿Vale la pena? Un estudio sobre la percepción de los discursos sobre la función de la pena de los jueces y juezas de los tribunales orales en lo criminal del departamento judicial Quilmes

Trabajo final integrador

Diego Leonel Feustel

feusteldiego@gmail.com

Resumen

El trabajo pretende identificar la percepción que los jueces y juezas en lo criminal de Quilmes en funciones durante el año 2023 tienen acerca de los discursos sobre la pena, y cómo estos inciden en su proceso de toma de decisiones. Desde el enfoque de la sociología de la justicia, el ámbito de la criminología que estudia las prácticas de los actores que la imponen, se realiza un análisis que pone de relieve las razones que dan sustento a las condenas por su impacto en la vida de los condenados a prisión que se suceden en consecuencia.

Para ello, en primera instancia, se definirá la importancia que tienen las prácticas y las percepciones de los actores judiciales a la hora de la toma de decisiones jurisdiccionales. Sentado así que el universo de la justicia penal no se mueve únicamente en un plano normativo, se identificarán los orígenes y la actualidad de los distintos discursos que sirven de plafón legitimante para la aplicación de la pena. Luego, se buscará conocer el concepto de determinación de la pena y sus complejidades y se indagará en los parámetros bajo los que se aplica según la normativa vigente nacional. También se identificará la situación actual de la justificación de la pena y los desafíos que eso genera en los actores judiciales y en la aplicación de las penas. Por otra parte, y en lo concreto, se describirán las funciones y composición de los Tribunales Orales en lo Criminal del Departamento Judicial Quilmes para el año 2023. Luego se analizarán las manifestaciones brindadas por los entrevistados en torno a los discursos de la pena y se identificarán si existen otras variables por sobre estos discursos en los que los entrevistados se basen para dictar sus sentencias condenatorias.

¿Vale la pena?

Un estudio sobre la percepción de los discursos sobre la función de la pena de los jueces y juezas de los tribunales orales en lo criminal del departamento judicial Quilmes

“Los científicos sociales no son los únicos que dudan de la razón de ser y los fundamentos de las formas modernas de castigo. El propio personal de las instituciones encargadas de castigar el delito se muestra perplejo acerca de las tareas que debe realizar. Por ende, no es una cuestión vana o "académica" que tratemos de entender los fundamentos, las formas y los efectos de las medidas penales actuales. Por el contrario, se considera un asunto urgente y práctico.”
(Garland, 1999:23)

Introducción:

El rol que tienen y tuvieron históricamente los actores judiciales dentro del sistema penal no había sido adecuadamente abordado sino hasta los últimos años del pensamiento criminológico, al menos no de una manera sistémica, como tampoco lo había sido la sociología del castigo (GARLAND, 1999).

En el primer capítulo del marco teórico se trabajará su importancia en el entramado de la penalidad y su análisis.

De esta manera, la pregunta por las percepciones es la pregunta por los sujetos, por los humanos que deciden cómo, cuánto y a quién imponerle una pena; es decir, un castigo institucionalizado.

Pero, claro está, el castigo institucionalizado bajo la justicia penal no se limita a los actores del sistema penal, sino que es consecuencia de un proceso histórico y político incesante del que los actores son partícipes y consecuencia. Así, en referencia a la conformación actual del castigo, GARLAND entenderá que:

“es una institución social que encarna y "condensa" una serie de propósitos y un profundo significado histórico. Para entender el "castigo" en un momento determinado, como afirma NIETZSCHE, debemos explorar sus diversas dinámicas y fuerzas a fin de formar una imagen compleja de los circuitos de significado y acción dentro de los que funciona.”(1999:32)

La dificultad por encontrar una definición y, especialmente, una función a la pena no es sino consecuencia de una crisis actual ante el mosaico de dinámicas y fuerzas históricas que procuraron, según sus tiempos, dotarla de legitimidad y que llegan al día de hoy entremezcladas e indefinidas.

La complejidad en torno a la función de la pena se da porque cada uno de los argumentos de su legitimidad son a la vez tan irracionales como plausibles pero irremediabilmente vigentes.

Por estos argumentos es que en el segundo punto del trabajo se intentará cumplir con la compleja tarea de condensar las principales vertientes históricas que dieron fundamento a los distintos discursos que dotaron de legitimidad a la pena, destacando la eminente naturaleza política de sus dinámicas.

Por último, el trinomio sujetos-historia-norma del *campo de juego* de la aplicación de la pena debe completarse mediante el marco jurídico que, sin perjuicio de su legitimidad o ilegitimidad, la dota de legalidad. Es en este punto en dónde se observará la aplicación normativa de algunos de los discursos sostenidos políticamente. También en este marco se definirá el ámbito de la determinación de la pena.

El estudio de la determinación de la pena ha sido prácticamente olvidado por el pensamiento de la dogmática penal (ZIFFER, 1993) y ha comenzado a receptarse solo recientemente por el pensamiento criminológico, aunque se trate de “una de las asignaturas penales más importantes, pues se vincula con el acto de mayor trascendencia para un condenado (la pena concreta que sufrirá)” (ZYSMAN QUIRÓS, 2012:27).

El marco jurídico donde los actores del sistema penal (jueces) *eligen* el castigo es inauditamente inexplorado y opaco. No es intención (ni sería posible por su naturaleza normativa) de este trabajo hacer visible lo invisible, sino visibilizar esa invisibilidad como manera de explicar por qué nos preguntamos por las percepciones en torno al castigo de los jueces y las juezas. Conocer las percepciones de los jueces y juezas en torno al castigo es necesario en la medida en la que la opacidad del marco jurídico habilita un gran espacio de discrecionalidad.

Es claro ZYSMAN QUIRÓS cuando se introduce en la cuestión de la determinación de la pena:

“su problema principal consiste en investigar y establecer criterios coherentes y racionales para erradicar, reducir o, al menos, delimitar la discrecionalidad de las decisiones judiciales tomadas en códigos modernos que establecen ciertos casos de penas alternativas y, especialmente, marcos penales relativamente flexibles, que permiten decidir la cantidad de un castigo en un arco de penas mínimas y máximas de privación de la libertad (2012:27)”

Hasta aquí, la primera parte del trabajo, que se compone del marco teórico y el marco normativo.

Su segunda parte sintetiza los conceptos incorporados mediante los marcos teórico y normativo y coloca al estado de situación en un plano susceptible de ser analizado a la luz de las entrevistas que se desarrollarán.

En un primer punto se analizan las discusiones actuales en torno al castigo tomando de base la estructura conceptual abordada en la primera parte, incorporando las visiones de distintos autores que se pronunciaron al respecto e indagando en las posiciones y subjetividades en torno a la relación entre los discursos de la pena y las prácticas judiciales al momento de su determinación.

Un segundo aspecto de esta segunda parte del trabajo estará vinculada a los específicos sujetos que componen el universo de estudio y los espacios en donde llevan a cabo sus funciones: los jueces y juezas en lo criminal del Departamento Judicial Quilmes y la composición y distribución tribunales orales en lo criminal en el año 2023.

De lo general a lo particular, se enunciará el ámbito territorial donde ejercen la jurisdicción, la cantidad de tribunales orales en lo criminal que integran el Departamento Judicial y la cantidad de jueces y juezas en funciones (al 2023) para esos tribunales. También, como segunda parte, se hará mención a la competencia en razón de la materia en la que intervienen y el marco jurídico que les da la apoyatura normativa para llevar a cabo sus funciones.

En lo relativo a las tareas que se vinculan a la específica determinación de la pena, se hará referencia a los aspectos normativos que las enmarcan.

Como tercera, última y fundamental cuestión, se procederá a examinar las entrevistas realizadas a jueces y juezas en lo criminal que prestan o prestaron funciones en Quilmes para conocer, en definitiva, qué entienden sobre el castigo, su función y su legitimidad.

Trazando líneas sobre las que versarán las entrevistas, las preguntas se centrarán en qué función consideran que tiene hoy en día la pena, sea para el sujeto, sea para la sociedad; si la pena siempre cuenta con la misma función; si a todas las personas a las que se condena se las condena por la misma función de la pena y si existen factores externos a los discursos de la pena que interfieren en la toma de decisiones.

En sus respuestas estarán más cerca las herramientas que contribuyan a un mayor entendimiento del aspecto judicial del castigo, en su faceta más acabada: la determinación de la pena. Esto, como consecuencia de la necesidad de realizar aportes empíricos al conocimiento de la penalidad y la pena. En este sentido, señala BINDER:

“...la acción de los individuos reclama un análisis más rico, para superar la idea de que todas las decisiones de los actores son acciones orientadas a fines, según un cálculo racional. En el contexto de sociedades democráticas, aún imperfectas, el instrumental de análisis de campo nos permite comprender mejor el funcionamiento político de la justicia penal, sin simplificarlo bajo formas conspirativas. Esta visión me parece central para construir un saber de intervención dentro de la justicia penal que implique el ingreso de nuevos actores, con nuevos valores y nuevos objetivos respecto del uso de la pena, como así también para “acertar” en las intervenciones externas que buscan modificaciones más permanentes en las relaciones objetivas que configuran ese campo” (2017:229).

Ya no se trata solamente de la importancia de destacar el rol de los actores judiciales dentro del esquema de la penalidad (punto 1 de la primera parte) sino también, que para construir un nuevo saber dentro de la justicia penal deben abordarse mediante trabajos de campo sus actitudes, sus percepciones y sus elecciones; especialmente, en un aspecto como el de la determinación de la pena, donde la norma mediante la amplitud de la escala penal le otorga al juez un gran marco habilitante de discrecionalidad..

Lo que pretende en definitiva este trabajo es realizar un aporte para que, como refiere KOSTENWEIN citando a BOLSTANKY, “la institución de la justicia penal pueda garantizarles a las personas criterios suficientemente previsibles para saber de qué modo enfrentar la incertidumbre cotidiana, asociada a la discrecionalidad con la que pueden actuar las instituciones vinculadas al castigo estatal” (2024:83).

Contexto y Justificación:

El desarrollo de este trabajo final busca integrar aspectos que solo recientemente han sido abordados por el pensamiento criminológico (ZYSMAN QUIRÓS, 2012; KOSTENWEIN, 2017) y jurídico penal argentinos (ZIFFER, 2013). Por un lado, la preocupación por las percepciones sobre la pena que tienen los mismos operadores judiciales; por otro, la importancia material que tiene la determinación de la pena dentro del ejercicio de la penalidad como prerrogativa del Estado.

Paradójicamente la innumerable bibliografía sobre derecho penal, fuente inicial de formación de los decisores judiciales, dedica considerables partes de sus obras a intentar resolver las disquisiciones en torno a la razón de ser y los fundamentos de las formas modernas de castigo (GARLAND, 1999), pero nadie se pregunta cuánto y cómo se ponderan esos fundamentos a la hora de aplicar las penas (ZIFFER, 2013).

En una provincia en la que la prisionalización se duplicó en los últimos veinte años (SISTEMA NACIONAL DE ESTADÍSTICAS DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA, 2024) y en cuyas cárceles prolifera sistemáticamente la degradación de la persona (ALES, BORDA Y LOBO, 2005), conocer la percepción de los jueces en torno a la utilidad de la pena (y su mayor o menor duración), sus razones para aplicarla con mayor o menor intensidad, o los factores externos a los discursos legitimantes del castigo que puedan entrar en juego, resultan relevantes para contar con más herramientas para comprender el fenómeno de la penalidad y sus consecuencias. Máxime cuando la fijación de la pena (que aquí llamaremos determinación) es un aspecto muy poco explorado y, a su vez, fundamental en la vida de los condenados.

Conocer cómo perciben y aplican estos discursos las juezas y jueces de Quilmes permitirá conocer una muestra de qué discursos (más allá de las declamaciones formales) son los que operan en la actualidad en quienes tienen como función dictar la consecuencia jurídica más grave que puede sufrir una persona: su privación de la libertad.

Los orígenes de este trabajo -y en buena parte de esta carrera- tienen como fundamento las lecturas de “Historias de los pensamientos criminológicos”, de ANITUA (2010), durante mi formación de grado.

Desde aquellos años y desde aquellas primeras lecturas, de las que nos separa una década y media, se mantuvo activa mi búsqueda por encontrar argumentos que doten de legitimidad a la pena.

Tal búsqueda derivó en una más práctica, que es la que pretende conocer cuáles son los discursos que consideran legítimos para la aplicación de la pena a prisión aquellos actores que se encargan de imponerla, es decir, los jueces y juezas de juicio en lo criminal.

Objetivos generales:

Reconocer cómo perciben los jueces y juezas de los tribunales orales en lo criminal de Quilmes los discursos de la pena de prisión que dotan de legitimidad a sus sentencias condenatorias y cómo influyen esas percepciones en los procesos de toma de decisiones a la hora de determinar la extensión temporal de la pena.

Objetivos específicos:

- Definir la importancia que tienen las prácticas y las percepciones de los actores judiciales a la hora de la toma de decisiones jurisdiccionales.
- Identificar los orígenes y la actualidad de los distintos discursos que sirven de plafón legitimante para la aplicación de la pena y la normativa surgida en consecuencia.
- Explorar en profundidad el proceso de determinación de la pena y sus complejidades y los parámetros bajo los que se aplica según la normativa vigente nacional.
- Identificar la situación actual de la justificación de la pena y los desafíos que eso genera en los actores judiciales y en la toma de decisiones sobre la determinación de la pena.
- Identificar si estos discursos operan como motivación o justificación para el dictado de sentencias condenatorias o si operan otras variables.

Metodología:

A continuación, se desarrollará la estrategia metodológica que permitió abordar la problemática estudiada y alcanzar los objetivos propuestos.

En lo que respecta a su enfoque, se enmarca en una investigación cualitativa que tiene como objetivo central comprender las percepciones, interpretaciones y prácticas de los jueces y juezas en lo criminal de Quilmes durante el año 2023 sobre los discursos legitimantes de la pena.

La opción por el enfoque cualitativo parte de la necesidad de interpretar los significados subjetivos que atribuyen los actores judiciales a sus prácticas, especialmente, en lo relativo a las percepciones de las que parten sobre los discursos que dan legitimidad a la pena. Por ello es necesaria una búsqueda en profundidad sobre las impresiones particulares de los actores, lejos de una consideración de índole cuantitativo que impediría alcanzar los objetivos propuestos.

El trabajo a presentar, de tipo exploratorio-descriptivo, pretende identificar en actores sociales determinados (los jueces y juezas en lo criminal) la utilización de conceptos teóricos específicos (los discursos legitimantes del castigo) en sus prácticas profesionales (el dictado de condenas a prisión) con el consiguiente desafío de integrar nociones del campo de la dogmática jurídico-penal con la sociología de la justicia penal.

Para esta interacción fue necesario apelar a una primera fase documental-bibliográfica que sirvió para categorizar el universo de discursos que han dotado históricamente de legitimidad a la pena; no ya con la intención de una descripción cronológica del devenir penológico, sino para establecer las distintas categorías analíticas de sustento político-jurídico de las penas de prisión. Este abordaje nutrió en líneas generales al marco teórico y normativo del campo de investigación.

En segunda instancia, y tras haber agotado el plafón teórico, se dio inicio al estudio de campo para recolectar, como fuente primaria y mediante la técnica conversacional de la entrevista semiestructurada, los datos necesarios para inducir los resultados pretendidos. La semiestructura permite una expresión libre de los entrevistados sobre sus percepciones, sin dejar de procurar una guía mínima que garantice el abordaje de los ejes centrales para el objetivo de la investigación.

Estas entrevistas se realizaron a entrevistados clave, es decir, a jueces integrantes de tribunales orales en lo criminal de Quilmes en sus contextos naturales, que resultan ser sus propias oficinas de los tribunales (que en términos judiciales se conocen como “despachos”), durante el mes de junio de 2023. El fundamento por el cual se decidió por analizar a los jueces orales en lo criminal y no a la otra especie de jueces de juicio, los jueces en lo correccional, está dado porque en las escalas penales en las que intervienen es más habitual que la consecuencia de sus sentencias acarree una condena de cumplimiento efectivo; mientras que en las escalas por delitos en lo correccional aquello es menos habitual.

Estos jueces conformaron la unidad de análisis del estudio, entrevistándose a cinco jueces (varones) sobre un universo total de diecisiete posibles. La totalidad de los entrevistados entienden en procesos penales sucedidos en los partidos de Quilmes y Berazategui, puesto que cinco de los jueces y juezas de tribunales orales del Departamento Judicial entienden en procesos de Florencio Varela y ninguno de ellos fue entrevistado. Esta muestra permite realizar una saturación suficiente para interpretar de forma adecuada el fenómeno en estudio. La totalidad de las entrevistas se realizaron previo consentimiento informado de los entrevistados, cuyas identidades se mantuvieron bajo anonimato durante toda la investigación, garantizando la confidencialidad de la información.

En lo que respecta a sus perfiles, tres de los cinco entrevistados se desempeñan, al año 2023, durante más de diez años en sus funciones como jueces, mientras que dos de ellos lo hacen desde hace menos de cinco años. Esto aseguró variabilidad en términos de experiencia.

Los ejes centrales de las entrevistas pueden identificarse en la búsqueda de encontrar en los entrevistados respuestas sobre su percepción sobre la función de la pena, la relación entre los discursos legitimantes y las decisiones judiciales en concreto y los factores externos que puedan influir (o no) para que aplique una pena en un sentido distinto a aquel que percibe válido o legítimo.

Concluido el trabajo de campo de donde se extrajo la principal fuente primaria se inició el procedimiento de análisis de la información. Para ello, se abordó el estudio cualitativo mediante la técnica del examen categorial de contenido para identificar en

las respuestas brindadas por los entrevistados los temas y conceptos recurrentes planteados en el marco teórico para inferir categorías de análisis.

Finalmente, mediante la identificación de ejes ordenadores, se plasmaron los emergentes que permitieron entender los alcances de la sujeción de los jueces entrevistados a ciertos discursos legitimantes de la pena, con sus matices, variables y contradicciones a la hora de llevarlos a la práctica.

Marco teórico

1.La justicia y sus actores

En la introducción que BINDER hace en su tratado de derecho procesal penal nos explica que gozar de un derecho (el autor usa el término “dar un derecho”) no es más que recibir un “ticket” de entrada al sistema judicial, es decir, gozar de un derecho es contar con la posibilidad de pelear por ese derecho, pero esa pelea se da en un terreno metajurídico, en la arena de sistema judicial: “Si la fuerza del derecho se juega en el sistema judicial, la comprensión de cómo se desarrolla ese juego y sus resultados se vuelve esencial para toda política igualitaria” (2013:19).

PEGORARO (2005) refiere que entre la norma (como enunciado) y su funcionamiento (como aplicación) existe un ámbito de mediación que se ve intervenido por múltiples factores, entre los que se encuentran los funcionarios judiciales.

Estos argumentos, que no son más que una muestra de una serie argumental muchísimo más vasta, dejan en claro que no puede entenderse a la justicia penal si no se entienden a sus actores (BERGALLI, 2017).

Ahora bien, dentro del campo de juego del sistema penal se compite por la aplicación de la pena: cómo, a quién, por qué y para qué se aplica la pena (BINDER, 2017) y son los jueces los actores que en definitiva la aplican en sentido formal.

De esta manera, es en el campo de la sociología de la justicia penal que deben analizarse las decisiones de los actores a la hora de la aplicación de la pena, porque la misma no puede entenderse solo desde lo normativo, ni siquiera, desde una orientación de las decisiones a fines según un cálculo racional (BINDER, 2017).

Si la justicia penal solo puede entenderse mediante decisiones que sus actores realizan sin una orientación ni normativa ni dirigida a un fin general, esta justicia solo puede conocerse mediante las percepciones que los actores tienen de ella misma. En este caso, en específico, de la aplicación justa de una pena.

Dentro del mundo de la sociología de la justicia penal, autores como FEELEY (2010) y DOWNES (1988) en el plano anglosajón y KOSTENWEIN (2021), ALFIERI (2019) y SARRABAYROUSE OLIVERA (2024), entre otros, en el plano nacional, han enfocado algunas de sus exploraciones a analizar al sistema penal desde las percepciones que sus actores tienen sobre él mediante trabajos de campo como el que se propone en esta investigación.

En línea con la presente, cuyas similitudes y diferencias serán tratadas en su conclusión, ha sido KOSTENWEIN quien con mayor profundidad abordó la relación entre los discursos de la función penal y la aplicación de la pena por parte de los actores judiciales. Se propuso, respecto a las teorías de la pena, “analizar e interpretar qué dicen los actores judiciales (...) pensando en su trabajo cotidiano y en si est(as) últim(as) genera(n) algún tipo de exigencias judiciales sobre sus prácticas” (2021:45). Ello, con la intención de “entender por qué deciden lo que deciden” (KOSTENWEIN 2021:63).

Es por eso que desde el campo de la sociología penal, sentada ya su utilidad práctica, se buscarán conocer las percepciones que presentan los jueces de los tribunales orales de Quilmes en torno a los discursos legitimantes del castigo y la influencia que estos presentan a la hora de determinar la intensidad de la pena en sus sentencias condenatorias.

2. Penalidad, pena, castigo y sus discursos

A la hora de explicar los por qué de las penas suele hacerse referencia a las “teorías de la pena” para categorizar aquellas posturas que le brindan o le quitan legitimidad, ya sea por su función, su fin o su motivación. Según FERRAJOLI (1995) en este “por qué” se incluyen equívocos, generalizaciones y contradicciones lógicas.

Esta variedad terminológica es la que genera la necesidad de explicar la elección del concepto “discurso”. FOUCAULT describe al discurso como un “conjunto de enunciados que provienen de un mismo sistema de formación” (1970:181). En el

desarrollo del trabajo se pretende exponer el sistema de formación jurídico político de la legitimidad de la pena, superando de esta manera las distintas falacias y contradicciones lógicas, filosóficas, jurídicas y políticas que se esbozan al sostener los porqué del castigo institucionalizado. En ese sentido, se toma el concepto de discurso propuesto por GUTIERREZ:

“...discurso como aquella producción principalmente comunicativa, con base en un lenguaje, que marca o crea conceptos, concepciones, relaciones y valores en referencia a algo, que marca un régimen de visibilidad de otra cosa que no es el sí mismo (en el caso del derecho que aquí nos interesa, al deber ser de las prácticas estatales de administración de la violencia), y al hacerlo permite juzgarla o cuestionarla: adecuada, inadecuada; correcta, incorrecta; eficiente, ineficiente, etc” (2014:292).

Lo que realmente interesa a esta investigación es la existencia de producciones comunicativas en torno a la pena que la dotan de legitimidad política para que la misma exista. Al respecto, refiere PIRES ALVARO (2001:82):

“Brevemente, en el comienzo del siglo XIX existen ya en nuestra cultura jurídica al menos tres “buenas” razones para castigar sin descanso: una obligación práctica (BECCARIA, BENTHAM), una obligación moral (KANT, HEGEL) y una obligación jurídica o necesidad lógica (FEUERBACH). Usted puede combinarlas o elegir su razón preferida”.

Otro aspecto de orden conceptual que debe tenerse en cuenta es la preferencia terminológica por el término “pena”, por sobre del término “castigo”, a contrario de la mayoría de la literatura especializada. Primero, porque no es casual la referencia de KOSTENWEIN al hábito judicial de utilizar el término “pena” para referirse al efecto de las condenas cuando refiere que “(a)l ingresar al ámbito judicial (...) el castigo allí se llama pena” (2021:61). Es decir, que es hábito del campo de estudio la preferencia por el concepto de pena.

Esto se relaciona con que la idea de castigo suele asociarse en el universo jurídico-penal y judicial a una de las funciones posibles de la pena. La pena tendrá como función castigar a quien cometió un delito como retribución por su comisión, pero esa es, en apariencia, solo una de las posibles funciones que puede tener la pena. En este esquema entre la pena y el castigo hay una relación de género-especie, respectivamente.

Pero paradójicamente desde otras perspectivas existe una relación de género de especie inversa. Si para la visión jurídico-penal el castigo es una forma de pena, mediante la mirada sociológica del castigo la pena será sinónimo de castigo solo como uno de los distintos significados que puede abarcar. Por su naturaleza polisémica GARLAND entenderá al castigo como un “procedimiento legal que sanciona y condena a los transgresores del derecho penal, de acuerdo con categorías y procedimientos legales específicos (...) *que* ...se conforma de procesos interrelacionados: legislación, condena y sentencia, así como administración de las sanciones” (1999:32). Esta noción ya es más amplia que la idea de pena como ejercicio jurisdiccional del juez oral en lo criminal, pero sobre ella se extienden anillos conceptuales aún más amplios: Así, propondrá el término “penalidad” como sinónimo de castigo “para referirme al entramado de leyes, procedimientos, discursos, representaciones e instituciones que integran el ámbito penal” (1999:33). La idea de penalidad se traduce así en la totalidad del espectro de las instituciones formales y reales del universo penal: engloba a toda la estructura que concierne al castigo institucionalizado bajo la esfera estrictamente penal.

Y aún el profesor escocés entiende que existen más difusas maneras de castigo, menos formalizadas, que se dan, por un lado, en instituciones tales como la familia, la escuela, la fábrica, el servicio militar, etc; y luego existen formas de castigo definitivamente informales, tales como los castigos ilegales (1999:34).

Para GARLAND el castigo es, *también*, “una institución social (...) condicionad(a) por un conjunto de fuerzas sociales e históricas, que tiene un marco institucional propio y apoya una serie de prácticas normativas y significantes que producen cierto rango de efectos penales y sociales” (1999:328). El castigo es “una institución por medio de la cual la sociedad se define y expresa al mismo tiempo y por los mismos medios en que ejerce el poder sobre los trasgresores” (1999:336). Para Garland, en tanto institución social, el castigo se resuelve socialmente y no solo mediante dispositivos burocráticos.

A los fines de este trabajo, en definitiva, se utilizará el término pena como la dimensión judicial del castigo (KOSTENWEIN, 2024) condensado en la función jurisdiccional de condenar.

2.2. El discurso legitimante de la pena y su origen como necesidad política

Para explicar el rol de los discursos legitimantes de la pena como elementos constitutivos del sistema penal es necesario establecer sus orígenes, que son a la vez constitutivos de la búsqueda política de legitimidad del uso de la fuerza a la hora de determinar las penas.

Tras la caída de la arbitrariedad de los regímenes absolutistas, durante el siglo XVIII los discursos sobre la razón de las penas se volvieron imprescindibles para sustentar el ejercicio del poder penal de las nuevas sociedades (ZYSMAN QUIRÓS, 2012).

Con el surgimiento de las sociedades burguesas la construcción del nuevo paradigma político criminal se consolidó a la luz de lo que FOUCAULT (1989) denominó “una nueva economía del poder de castigar”: no solo debía dejar de pertenecer al monarca sino que debía proteger las nuevas formas económicas de producción, es decir, que debía responder a las necesidades tanto de la política como de la economía liberal.

ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR (2011) encuentran en el industrialismo el surgimiento de la contención punitiva, en la medida en la que a) generó la necesidad del disciplinamiento por sobre la eliminación, b) requería reglas del juego claras (a diferencia de la arbitrariedad del antiguo régimen) y c), como sumatoria de las anteriores, buscaba erigir en la burguesía el nuevo actor político hegemónico.

Igual sentido materialista le otorgan RUSCHE y KIRCHEIMER (1984) al asignarle al surgimiento de la burguesía la búsqueda de seguridad de la justicia penal, la que solo podría alcanzarse mediante un funcionamiento racional de la administración de justicia.

PAVARINI (2006), también desde una perspectiva histórica pero más centrada en planos discursivos, dirá que la necesidad de la justificación del castigo emergerá tras los procesos de laicización de las estructuras de gobierno. De tal modo, aquello que era justo por su entidad divina, ahora debía justificarse, debía ser útil para alcanzar un fin.

Por otra parte ANITUA sintetiza, con gran claridad:

“El poder de castigar ya no sería justificable como un atributo del más fuerte -o de quien estuviera “legitimado” para hacerlo por la tradición o el carisma, y por lo tanto tuviera en ese sentido esa fortaleza- sino que debería justificarse como si ello fuera conveniente para la sociedad.” (2010:118).

Así, los discursos legitimantes del castigo surgieron como una necesidad política. En un mundo donde el poder político burgués, republicano y laico se abre paso por sobre el monárquico, centralizado y divino, la necesidad de legitimidad de la violencia estatal, especialmente su medida máxima -la pena-, debía estar particularmente justificada.

2.3. Los distintos discursos legitimantes de la pena

2.3.1. Del arbitrio del Antiguo Régimen a los discursos legitimantes de la retribución

Las denominadas “teorías” absolutas de la pena surgen con la transición entre el “poder de castigar” y el “derecho a castigar” (RIVERA BEIRAS, 2009). Esto quiere decir que nacen a la luz de la negación de la arbitrariedad impuesta en el castigo y no como una concepción de la pena basada en fines preventivos. FERRAJOLI explica que el tránsito entre el Antiguo Régimen y la modernidad estuvo signado por, inicialmente, los principios del Derecho natural que luego derivaron en posiciones utilitaristas (1995).

El primer avance legitimante respecto a la arbitrariedad monárquica mantenía la idea de que la pena era un fin en sí mismo, sin ninguna otra función que su valor axiológico; como un “deber ser” metajurídico que se fundamenta a sí mismo (RIVERA BEIRAS, 2009). Lejos de representar la fortaleza del soberano (ZYSMAN QUIRÓS, 2012), la pena actuaba como una simple retribución del delito. Pero lo que más debe caracterizar al retribucionismo es la búsqueda de la proporcionalidad entre la infracción y la pena: surge la idea de culpabilidad por el hecho. La igualdad y la proporcionalidad han de oponerse a la lógica del castigo del antiguo régimen, donde “mediante el castigo se buscaba (...) aterrorizar con la desmesura, con una desproporcionalidad que realizaba la jerarquía del monarca y la de sus leyes, en una sociedad que se reconocía desigual.” (ZYSMAN QUIRÓS, 2012:53)

Esta postura volverá a encontrar sustento jurídico-político, con sus matices, en el denominado neoretribucionismo, o “just desert”, que se desarrollará más adelante.

2.3.2 Discursos de la prevención

También conocidos como “teorías relativas de la pena”, los discursos de la prevención entienden que la pena trae aparejada una utilidad social. En oposición a las nociones retributivas del castigo, estos discursos tienen como fin prevenir que se cometan, de un modo u otro, delitos en el futuro para proteger bienes jurídicos que resultan necesarios para la convivencia social (RIVERA BEIRAS, 2009). Sus orígenes se remontan al siglo XVIII y junto con la idea de retribución continúan sirviendo como discursos para legitimar el castigo aún en nuestros días.

Su potencia legitimante radica en que la injerencia estatal se encuentra abarcada por un fin. No es ya una mera venganza o retribución, sino una intervención en procura de una pretendida mejora social.

2.3.2.a. Prevención general negativa

En un período donde la búsqueda de seguridad jurídica mediante la ficción del contrato social reinaba por sobre la arbitrariedad despótica (ZYSMAN QUIRÓS, 2012), era necesario no solo penas justas sino penas que permitan la coexistencia social. En esta inteligencia se planteó, en primera instancia, la necesidad de la previsibilidad.

El principal propulsor de esas ideas fue Cesar BECCARIA, quien propiciaba penas moderadas y eficaces, en contra de aquellas severas pero desiguales (BECCARIA, 2010). Luego con FEUERBACH (2007), mediante la teoría de la coacción psicológica, esta previsibilidad tendrá la función de hacerle saber a la sociedad que por la comisión de determinado delito se le irrogará un determinado castigo, de modo tal que ante esa consecuencia el sujeto se decida por no cometerlo. Ello traería aparejada, necesariamente, la inflación punitiva necesaria para que la coacción psicológica sea efectiva.

2.3.2.b. Prevención especial negativa

Si algo había imperado en el pensamiento iluminista era la idea de libertad del hombre, ya sea para asumir con su acción el merecimiento del castigo, ya sea para elegir desde un análisis costo/beneficio por abstenerse de delinquir.

Pero para la segunda mitad del siglo XIX comenzaba en Europa a tomar preponderancia el positivismo biologicista, primero, y jurídico, después; discurso para el cual las nociones de libre albedrío se encontrarán limitadas, cuando no negadas, por razones naturales. La justificación de la pena dejaría de centrarse en la sociedad y sus leyes para enfocarse en el comportamiento desviado (no libre) de los individuos (ANITUA, 2010), poniendo de esta manera en crisis al pensamiento iluminista.

Con el positivismo el concepto abstracto del ser humano es negado y se demostrarán las causas del delito en bases biológicas y psicológicas concretas de los sujetos: el delito es una manifestación de la personalidad peligrosa del individuo.

Estos discursos contribuyeron a promover reformas en los códigos penales europeos, como el italiano de 1930 o el suizo de 1937, guiados más en la peligrosidad del autor que en la culpabilidad de la acción (BACIGALUPO, 2008).

El nuevo paradigma que se extendió fuertemente en el derecho positivo, con fortísimas cargas racistas y clasistas (ANITUA, 2010), sirvió para consolidar un discurso basado en la neutralización, por el mayor tiempo posible, de todo individuo que pueda ser considerado “peligroso”.

Como veremos más adelante, la pena como mecanismo de neutralización volverá a ser considerado en momentos más cercanos a nuestros tiempos.

2.3.2.c. Prevención especial positiva

Las decisiones políticas, particularmente las que demandan mayor legitimidad como las vinculadas al castigo, tienen de fondo las sensibilidades que imponen los límites que el público pueda tolerar (GARLAND, 1999). Tras las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial se consolidó en Europa y otras partes del mundo lo que se definió como el ideal resocializador de la pena, a la luz del constitucionalismo social de post-guerra donde se produce un cambio de paradigma que conlleva a una revolución de los discursos de la pena (RIVERA BEIRAS, 2011).

Esto generó que para la década de 1960 la función de la pena adquiriera de modo uniforme la función resocializadora (RIVERA BEIRAS, 2009), es decir, que la misma existía para poner el foco sobre quien ha cometido un delito para, por vías de corrección, educación, contención, etc., “reinsertarlo” en la sociedad.

A diferencia de otros discursos sobre la pena que no se declamaban sino mediante sus consecuencias, el ideal resocializador se empezó a expresar en los ordenamientos positivos (RIVERA BEIRAS, 2011): el fin de la pena de prisión es la de resocializar al individuo. Tal como se desarrollará al analizar el marco normativo, esto puede verse de modo manifiesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles (PIDCP) y Políticos, de 1966 y en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), de 1969.

2.3.2.d. Prevención general positiva

Se trata de otra de las vertientes que surge ante la imposibilidad de dotar de una función instrumental a la pena, por lo que se le pretende asignar una función comunicativa. (BACIGALUPO, 2008).

La pena es legítima en tanto reafirma la vigencia del Derecho y, por tanto, del Estado, para de esta manera estabilizar las expectativas del individuo respecto de la sociedad, puesto que, en caso de no estabilizarse, no existirían contactos pacíficos de convivencia (JAKOBS, 1997).

En este sentido, la propuesta de la doctrina alemana tiene una fuerte impronta sociológica, elementalmente a partir de la obra de LUHMANN que entiende al “derecho como instrumento de estabilización del sistema social, de orientación de la acción y de institucionalización de las expectativas” (PAVARINI, 2006:76). Así, recuerda PAVARINI, entre otros, que tal propuesta ya existía en los textos funcionalistas de DURKHEIM, según el cual la pena tiene como función elemental la mantención intacta de la cohesión social (RIVERA BEIRAS, 2009).

2.4. La caída de los discursos tradicionales. El post-welfarismo

La noción del “nothing works” (nada funciona) tuvo sus orígenes en un estudio publicado por MARTINSON (1974) en donde se pone en crisis al paradigma resocializador, puesto que pretendía demostrar que las políticas del Estado de Bienestar no lograron traducirse en la evitación de la reincidencia y la disminución del delito.

El “Nothing Works” pasó a la historia como el manifiesto anticorrecional que le puso fin al welfarismo penal, no como elemento constitutivo de un nuevo paradigma sino

como discurso deslegitimante del anterior (GARLAND, 2005). Lo cierto es que esos discursos abrieron paso a mediados de la década del 70 y durante la década del 80 a una línea penal de mano dura (ANITUA, 2010) que se tradujo en un incremento generalizado de los índices de prisionalización, que se vieron apoyados en nuevos discursos sobre la pena (GARLAND, 2005).

A partir de la caída del welfarismo penal las fundamentales razones que legitiman la pena serán la retribución, la incapacitación y la gestión del riesgo (GARLAND, 2005).

El delincuente, lejos de aquella persona menos favorecida y necesitada de asistencia, sería en esta nueva etapa un ser incontrolable y peligroso y, en contrapartida, la comunidad en general ha de ser una potencial víctima que se encarna en un escenario bélico de lucha contra la delincuencia (GARLAND, 2005).

Así, la retribución, la neutralización y la gestión del riesgo han coexistido o disputado la primacía de los discursos político-criminales -con matices- en gran parte del mundo occidental durante prácticamente los últimos cincuenta años, al mismo ritmo en el cual se exacerbaban los discursos de temor al delito, convirtiéndose en una de las mayores preocupaciones de las sociedades occidentales (GARLAND, 2005).

2.4.a. Neoretribucionismo. El regreso al castigo.

Las críticas a la resocialización propia del estado de Bienestar llegaron por diestra y siniestra. En Estados Unidos, una de las mayores fue por el empleo de las penas indeterminadas y de la “justicia sin ley” de los programas resocializadores (GARLAND, 2005). ANITUA recuerda que hasta la década del 70 en la mayoría de los Estados seguía rigiendo la indeterminación de las penas (2010).

Desde ese margen surgen de la mano de VON HIRSCH las nociones del “just desert”, o “pena justamente merecida”, destacando la importancia de la proporcionalidad por el hecho cometido respecto al tiempo necesario de castigo para alcanzar los pretendidos fines utilitaristas de la prisión (ANITUA, 2010).

Tal como expresa GARLAND (2005), por primera vez en décadas se deja de lado el criterio utilitarista de la pena. La premisa elemental era: “la severidad del castigo debe ser conmensurada con la seriedad del daño” (ZYSMAN QUIRÓS, 2012:272)

Ahora bien, la idea del merecimiento, en el contexto histórico en el que tuvo lugar -más allá de algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Estados Unidos de carácter limitador basados precisamente en el Just Desert (ZYSMAN QUIRÓS, 2012)-, sirvió de puntapié para, a contrario de lo que sus fundadores pretendían (ANITUA, 2010), promover e instalar un crecimiento en los números de encarcelamiento.

Pareciera ser que la legitimación de ese crecimiento en los índices de punición se escudaba en la pena merecida -como contrapartida de la indeterminada propia de los discursos resocializadores- pero encubría una vieja y conocida receta; la de la disuasión y la neutralización.

Tanto es así que GARLAND (2005) entiende que estas nociones conforman una plataforma legitimante para la expresión política de sentimientos punitivos que habilitan a la sanción de leyes más severas. Es por ello que vinculará a las ideas del neoretribucionismo con las teorías expresivas, que serán desarrolladas más adelante.

El retribucionismo ya no sería tal, sino que se volvería a una lógica utilitarista neutralizadora disfrazada de retribución. Sin embargo, desde el plano discursivo y al amparo de las ideas de justicia retribucionistas, serían críticos respecto al utilitarismo, por considerarse indulgente con los criminales (ANITUA, 2010).

2.4.b. Incapacitación. El regreso a la idea de peligrosidad.

Así, el último cuarto del siglo XX se vio dominado por una lógica en mayor o menor medida calculada de neutralización del peligroso. Con orígenes en Estados Unidos, y retomando las nociones de Von Liszt en su “Programa de Marburgo”, del positivismo criminológico de Lombroso, pero también de las lógicas de mutilación medievales (ZYSMAN QUIROS, 2012), la privación de la libertad apuntará a impedir que el sujeto pueda delinquir por el mayor tiempo posible. En este sentido es claro GARLAND a la hora de contraponer la prisión moderna a la del welfarismo penal: “La prisión es utilizada actualmente como una especie de reserva, una zona de cuarentena, en la que se segrega a individuos supuestamente peligrosos en nombre de la seguridad pública” (2005: 291).

La incapacitación como argumento para la pena fue el punto de partida para una explosión en las poblaciones carcelarias. El fin de la prisión como resocializadora para

pasar a eliminadora no solo contribuyó a que existan mayores personas privadas de la libertad, sino a que estas pasen más tiempo en prisión (GARLAND, 2005:292).

Como veremos a continuación, tanto el actuarialismo como las teorías expresivas no pierden en su esencia el fin último de la incapacitación, solo que desarrollan fundamentos diversos para aplicarla.

2.4.c. Actuarialismo y expresionismo: gestionar los riesgos

La pena de la modernidad tardía opera, en términos de GARLAND, en dos registros: mientras desde una escala expresa y comunica a la sociedad la punición, un nivel instrumental trabaja el control (2005). Estos registros fueron denominados, por un lado, como teorías expresivas y, por otro, el actuarialismo.

Respecto a este último, podemos considerar a FEELEY y SIMON como sus “padres fundadores”, con su artículo llamado “La Nueva Penología” (1995), según el cual primará el lenguaje de la probabilidad y el riesgo por sobre el diagnóstico clínico, y el control eficiente de procesos intrasistémicos por sobre los objetivos tradicionales de rehabilitación.

La nueva penología apunta al control comunitario mediante la administración tolerable del delito. Esta administración no se limita exclusivamente a la prisión, sino también a otras formas de vigilancia como la *probation*, la condena condicional y formas de cumplimiento de prisión bajo monitoreo. Estos instrumentos que en sus comienzos fueron legitimados por resultar menos lesivos que la prisión terminaron por oxigenar a las prisiones y, en lugar de reducir sus poblaciones, las extendieron valiéndose de estos sistemas como maneras alternativas de pena.

Por otra parte, se destaca dentro de la nueva penología la preocupación por los procesos intrasistémicos: los tribunales deben administrar el castigo, también, en función tanto de sus demandas estadísticas, como de su capacidad de gestionar procesos. Según FEELEY y SIMON “Los objetivos de los tribunales se divorcian de los sociales: ahora se comienzan a medir sus propias performance. Esta racionalización tiende a aislar a las instituciones de las demandas del mundo social” (1995: 41)

Es entonces, mediante el actuarialismo, que la función de la pena se basará en la administración de los recursos y los riesgos.

Por otra parte, encontramos a los discursos expresivos del castigo, lo que PAVARINI ha denominado una “penología desde abajo” (2006), es decir, una pretensión popular y democrática de la punición y de la cárcel.

Según GARLAND, estas teorías expresivas tienen como base, primero, una búsqueda desmesurada de identificación con la víctima: “Si el punto central del welfarismo penal fue (la proyección experta de) el individuo delincuente y sus necesidades, el centro del discurso penal contemporáneo es (la proyección política de) la víctima individual y sus sentimientos” (2005: 243). Se manifiesta por la reafirmación del Estado, no desde una perspectiva, si se quiere, hegeliana, sino más bien hobbesiana: la negación del Estado, o mejor, su impotencia, se traduce a una exagerada expresión de violencia (GUTIERREZ, 2008). GARLAND (2005) explica que el derecho empieza a reconocerse entre los individuos, y no entre los individuos y la comunidad, y en ese reconocimiento horizontal es que la víctima pasa a resultar un actor, casi una parte del proceso penal.

Como segundo pilar las teorías expresivas tienen una fuerte impronta de índole político. Sin perjuicio de sostener que (si esta cárcel sigue así) “todo discurso es político”, en las políticas expresivas el divorcio con los expertos y profesionales es total. No solo prescinden de ellos como una histórica herramienta legitimante del discurso, sino que se legitiman desde su negación, y las reemplazan por discursos basados en la moralidad tradicional y los valores de la familia (GUTIERREZ, 2008). Ante un sistema que “no funciona”, la opinión pública, el sentido común y los medios de comunicación ganan la centralidad discursiva y, en consecuencia, la dirección de las políticas públicas en materia penal.

La atención por las demandas de las víctimas, sumado a un discurso de política populista, conformaron, entonces y hasta la actualidad, el registro superior de las estrategias de definición de la administración penal.

GARLAND (2005) explica que en los últimos años se produjo un cambio en la relación entre la justicia penal y el público y los procesos políticos, cambio por el cual la justicia penal perdió severamente su autonomía. En este aspecto, los medios de comunicación generan un doble rol: exacerban los cambios de estado de ánimo del público, lo que genera la reacción política de estilo populista adoptada con miras electorales cortoplacistas, y que condiciona a la justicia desde su estructura normativa, por un lado; y por otro, resaltan el previo fracaso del sistema penal en imponer controles efectivos en

los casos de reiteración de hechos delictivos (por lo general, cuando el nuevo hecho se trata de un crimen atroz).

KOSTENWEIN (2016a) encuentra en la prensa un instrumento de intervención en las decisiones judiciales, intervención que no se limita a un condicionamiento negativo; sino también -en ocasiones- al reconocimiento de la actuación judicial.

ALFIERI (2019) interpreta, no sin dejar de tener en consideración su ámbito de estudio, la considerable influencia que ejercen los medios de comunicación, el poder político y actores y actrices sociales respecto, fundamentalmente, de los jueces y juezas al momento de su toma de decisiones.

Los medios, por definición, actúan como canales de las demandas sociales y esto repercute, por un lado, indirectamente por la necesidad de respuesta política a esas demandas, respuesta que se manifiesta alterando el funcionamiento judicial; y directamente, por otro, al colocar en el ojo de la tormenta a los mismos actores judiciales y condicionar sus decisiones.

2.5. Discursos de deslegitimación del castigo

Si bien el presente trabajo parte de que la pena se aplica en base a discursos que la legitiman o que, al menos, la encuentran válida, ello no significa que no existan jueces y juezas que, aún aplicándola, puedan considerar que la misma no cuenta con funciones legítimas (KOSTENWEIN, 2017). Estas consideraciones tienen su abordaje teórico dentro de los discursos deslegitimantes del castigo, los que aún con sus matices y sus diferencias internas encuentran sus dos grandes vertientes entre el abolicionismo y el garantismo.

2.5.a. Abolicionismo

El abolicionismo es una perspectiva que cuestiona la validez de la relación iluminista de la culpa y el castigo (SCHEERER, 2012). Significa una crítica al sistema penal que propone eliminar toda forma de sufrimiento legal (PAVARINI, 2006).

De esta manera, el pensamiento abolicionista coincide en que “nada funciona”, pero entendiendo que aquello que no funciona no debe exacerbarse sino perecer.

Aunque enemigo de las categorizaciones (DE FOLTER, 1989), al abolicionismo se lo puede diferenciar entre el abolicionismo institucional y el abolicionismo radical.

El principal exponente del primero (DE FOLTER, 1989) resulta ser MATHIENSEN, quien propone la abolición de la prisión como institución. En este sentido, promueve una paulatina pero consistente disminución tanto de la prisión como de medidas alternativas a la misma como forma de pena.

Por otra parte, puede identificarse en HULSMAN a uno de los principales promotores del abolicionismo holandés, o de la tolerancia (ANITUA, 2010). A diferencia de MATHIENSEN, no parte de poner fin a las prisiones, sino de poner fin al sistema penal. Entiende que “la abolición de todo el sistema penal no es una utopía, sino una necesidad lógica, una gestión realista y una demanda de justicia” (DE FOLTER, 1989:62).

2.5.b. Minimalismo y garantismo penal

Entre las posturas que legitiman la pena, entendiéndola útil o justa, y aquellas que propugnan su abolición, existe una “tercera posición”, la que entiende que si bien la pena es ilegítima como generalidad, resulta necesaria en la particularidad.

Estas posturas surgidas en la década del 80 desde las perspectivas “juridicistas” del pensamiento criminológico crítico han servido de trinchera para la limitación del avance punitivo desde el poder judicial ante el retraimiento de otros movimientos que desde las administraciones o desde las organizaciones habían perdido injerencia en la cuestión por razones políticas o sociales (ANITUA, 2010).

Con BARATTA como principal exponente, el minimalismo entiende que la pena, y más particularmente la prisión, es violencia institucional selectiva que recae casi exclusivamente contra las clases populares y que hace prevalecer intereses de grupos dominantes y reproduce y legitima el sistema social global. Además sostiene que, lejos de solucionar conflictos, resulta más problemático e inadecuado para resolver las funciones que declama resolver (BARATTA, 2004).

Sin embargo, entiende que ante violencias estructurales la pena debe pervivir en base a principios intrasistémicos de las figuras delictivas en la ley y principios extrasistémicos vinculados a criterios políticos y metodológicos de intervención penal.

De este modo BARATTA no escapa a la necesidad de pena, especialmente para delitos graves de trascendencia social y política, pero reduce al mínimo el resto de las intervenciones penales posibles.

En lo que respecta al garantismo penal y, básicamente, a la obra de FERRAJOLI, ANITUA entiende que el autor italiano parte de una antropología pesimista desde una perspectiva contractualista hobbesiana (2010) al construir un sistema en el que la pena cumpla con la función contenedora ante el estado de naturaleza inevitablemente violento, al que denomina “utopías regresivas” gobernadas por el talionismo, la venganza privada y la ley del más fuerte. Entiende que el derecho penal no es una continuidad de la venganza, sino su negación y “se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirla” (FERRAJOLI, 1995: 333).

Es así como, desde sus distintas vertientes, esta “tercera posición” deslegitima a la pena y tiende a su menor expresión, pero la mantiene viva como mal necesario ante otras atrocidades mayores a las que puede exponerse la sociedad en caso de su desaparición, al menos en el estado actual de la humanidad.

2.6. La expresión del fracaso

Hemos visto, entonces, que todos los intentos por justificar la pena de prisión fracasaron (MATHIESEN, 2003) y sin embargo sus dispositivos crecen y se reproducen (SOZZO, 2016), por lo que no puede dejar de llamar la atención que “una institución tan abiertamente problemática y contraproducente sea a su vez tan estable y prolífera” (GARLAND, 1999:321).

Desde el centro de la escena, no pareciera ser el universo judicial el ámbito que la ponga en crisis, sino que ha de ser un bastión de su legitimidad: no es función de la justicia penal cuestionar la justificación de su existencia. Entiende FILIPPINI (2009) que la justicia, por el contrario, continúa bregando por los discursos modernos de la penalidad pero sospechando seriamente que esta no cumple ninguna función comprobable.

La óptica de FILIPPINI parece acercarse a lo que KOSTENWEIN denominó la ataraxia punitiva (2021); es decir que se pena, se aplica determinada intensidad de dolor, sin saber con claridad para qué, o, en otras palabras, sin interesarse en encontrar un para qué.

Según FILIPPINI (2009) las instituciones judiciales enfrentan las justificaciones de la pena, en su plano discursivo, conforme a la ideología penal: será lo que diga la ley que es.

La ideología oficial de la pena, cualquiera fuera, genera categorías, signos y símbolos que construyen los discursos que la legitiman para dar “coherencia a la vasta mezcla de cosas que se hacen en nombre de la política penal” (GARLAND, 1999:20).

El problema actual que encuentra la justificación legitimante de la pena es que esta serie de categorías, signos y símbolos entró en crisis por sus recurrentes fracasos y no se encontraron nuevas formas de reconstrucción de la identidad institucional (GARLAND, 1999:22). Sin una versión oficial clara los operadores judiciales (los jueces y juezas) se enfrentan a dos problemas: por un lado, una mayor dificultad de ampararse en discursos institucionales; por otro, en consecuencia, la necesidad de completar el vacío con discursos propios.

Explica PAVARINI que la crisis del discurso institucional, formado por una minoría cultural y política, se ve acompañado de nuevas formas de explicar la prisión, de corte más populista y, en apariencia, más democrático. Ante ese escenario hoy el discurso “sobrevive relatando hoy su propia neurosis: el lamento frente a una pena que en los hechos no es como hubiera debido ser.” (2006:123)

Esta depresión institucional desde lo discursivo y la indiferencia consecuente por la legitimidad de la pena deberían ser ya un indicador para pensar la pena misma: Si la pena da igual, da igual ocho o doce. Este razonamiento, puramente lógico, olvida que nunca ocho es igual a doce, y menos si se trata de años, y menos si esos años los sufre una persona en prisión.

Y es ahí, en la determinación de la pena, en los ocho o los doce, donde se vuelve fundamental conocer los criterios que guían a los jueces y juezas a la hora de dictar sus condenas: ¿Se condena con los mismos años a una persona en miras de ser resocializada que en miras de ser neutralizada? ¿Se condena del mismo modo cuando la pena debe demostrarle a la sociedad la vigencia del derecho respecto a cuando se pretende satisfacer las pretensiones vindicativas de la víctima o la sociedad misma?

Sobre el punto ZIFFER entiende que:

“La decisión acerca de los fines que debe cumplir la pena es la que permitirá orientar la decisión respecto de qué circunstancias serán consideradas relevantes y qué valor se les dará. Constituye el transfondo de la decisión concreta, un marco conceptual ineludible, y permite realizar una selección previa del material a ser tomado en cuenta y un primer lineamiento acerca de cuál es la importancia, el valor que se otorga a ese material” (2013:94).

Es en el espacio de “arbitrio” judicial donde las razones que dotan de legitimidad a la pena (los discursos) contribuirían a establecer el punto considerado adecuado por el juzgador para el cumplimiento de la misma (ZIFFER, 2013).

Así, un juez puede condenar a una persona a una pena determinada bajo la expectativa de que en ese período bajo la tutela penitenciaria logre resocializarse, y posiblemente una jueza, por ese mismo hecho y por las mismas circunstancias particulares de su autor, bajo la pretensión de neutralizarlo, se decida por una pena distinta. O bien, puede entender un juez que un aspecto agravante de la pena ha de significar “x” período temporal de mayor condena mientras que otro, por el mismo hecho, entienda que la agravante significa “y” tiempo en prisión.

Que un hecho sea delito es, en mayor o menor medida, un aspecto normativo. Algo es o no es delito, sin importar demasiado las razones que le dan fundamento a la pena. Mañana el homicidio podría pasar a tener pena de multa, y en nada hará variar su configuración de hecho punible.

Es, en cambio, el ámbito de la pena donde los discursos que la dotan de legitimidad pueden arrojar distintas variables y de ahí su importancia en las historias penitenciarias y de las lógicas punitivas.

Pero una justicia que *no sabe* para qué debe aplicarse la pena se convierte en una justicia que aplica la pena para lo que *cree* que debe aplicarse.

Esta situación no es inocente en tanto y en cuanto las distintas funciones de la pena resultan fundamentales a la hora de la determinación de la pena dentro de la escala penal que habilita la norma, aun cuando se pretenda una determinación ascéptica de toda política criminal, porque ello sencillamente no existe.

Así, ante una anomia discursiva oficial, queda en manos de cada administrador de justicia fijar sus propios discursos y en esa autonomía es donde florecen las posiciones

ideológicas de los juzgadores ante el delito, que marcan su hilo conductor desde una antinomia originaria, la del otro como prójimo o el otro como enemigo (KOSTENWEIN, 2021), y que se resuelve (tarde o temprano) optando o bien por alguno de los discursos legitimantes o -rara vez- deslegitimantes del castigo o por una mera inercia y necesidad estadística de resultados procedimentales.

Marco normativo

3. Los discursos y las normas

La historia de los discursos legitimantes del castigo no puede entenderse divorciada de la historia de las normas penales. Ya en la exposición de motivos previos a la sanción del Código Penal de la Nación, hace más de cien años, se fundamenta la pena en la neutralización de los peligros (LEVAGGI, 1978) y se observan resquicios del pensamiento positivista de la época en la redacción actual del Código Penal, que fueron de la mano de las ideas de la prevención especial negativa. Tal es el caso de la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en su artículo 52. Sobre la misma, el artículo 53 refiere que podrá otorgarse la libertad condicional en caso que sus actitudes “permitan suponer verosímilmente que (el recluso) no constituirá un peligro para la sociedad.”

Posteriormente, con la incorporación por vía constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y, en consecuencia, con la sanción de la Ley 24.660, se introdujo a nivel nacional y con eminente fuerza de ley el discurso de la prevención especial positiva, la que ya había sido adoptada en buena parte de Europa años antes.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos encuentra al ideal resocializador en su artículo 5.6, donde refiere que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo prevé en su art. 10.3, tras explicitar que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.” A nivel local, la Constitución Nacional expresa en su artículo 18 que “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos

detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”. La ley de ejecución penal dispone en su art. 1° que: “La ejecución de las penas privativas de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social.”

En los albores del nuevo siglo, y ya de manera sostenida, el nuevo paradigma basado en la neutralización, el actuarialismo y el expresionismo forjó las distintas construcciones normativas.

Explica SOZZO (2016) que, en el año 2004, mediante las “Cruzadas Axel” el saber experto no solo es reemplazado y denostado como consecuencia de un “populismo penal desde abajo”; sino que el “populismo penal desde arriba” apela a la modificación normativa para satisfacer “lo que quiere la gente”. Una batería legal aumentó las penas para distintos delitos. Mediante la ley 25882 se aumentó la pena para robos cometidos con armas de fuego; mediante la ley 25886, para los delitos de tenencia y portación ilegal de arma; a través de la ley 25893, ante abusos sexuales en los que resultare la muerte de la persona ofendida. También se modificaron las reglas para el cómputo del concurso real, mediante la ley 25928, habilitando a que el máximo no sea sino consecuencia de la suma aritmética de los máximos de las escalas para los delitos cometidos, la que no podrá exceder de 50 años.

Sin embargo, no se trataría del último avance, especialmente en lo que refiere a las modificaciones de índole penal. Solo a modo de ejemplo, la ley 27.375, publicada en el boletín oficial del 28 de julio de 2017 hizo pedazos gran parte del principio de progresividad de la ley de ejecución penal, ley 24.660 (ALDERETE LOBO, 2017). Para tal cometido modifica al artículo 14 del Código Penal, mediante el cual se establece un extenso catálogo de tipos penales cuya ejecución deberá ser de efectivo cumplimiento hasta la finalización de la condena, es decir, que no es posible de acceder al beneficio de la libertad condicional.

Estas reformas legislativas tendieron a un solo fin: incrementar el tiempo en prisión de las personas condenadas por considerarlas peligrosas.

También se desarrollaron de manera reciente dispositivos normativos que habilitaron una mayor participación de la víctima, adquiriendo una relevancia inédita en el proceso penal . En el plano provincial ello se verifica con la sanción de la ley 15.232.

Paradójicamente, la falta de intervención de la víctima en el proceso penal partió desde sectores de corte abolicionista (CHRISTIE, 2008) y garantista (MAIER, 2008), bajo el entendimiento de que el Estado se apropiaba de los conflictos en las personas, y que una devolución del conflicto a las partes significaría una menor punición estatal y, a su vez, una más eficaz recomposición de los intereses de las víctimas.

Ahora bien, lejos de ello, sirvió de plafón para una mayor intensidad punitivista¹: a la pretensión estatal de punición del Fiscal se le agrega, de corresponder, la pretensión personal de punición de la víctima. El artículo 7. (derechos de las víctimas) inc. a) apartado VII de la ley 15.232 le brinda el derecho a la víctima a “ser escuchada ante cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal y aquellas que dispongan o dejen sin efecto medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso”; en el artículo 7. inc. c. apartado II, que “durante la audiencia de la suspensión del juicio a prueba, la víctima deb(a) ser convocada a manifestar su opinión y ten(ga) derecho a que el/la Juez/a tenga en consideración lo que expresamente manifieste”; y en el artículo 7. inc. d. apartado I, que “la víctima tiene derecho a ser informada y a expresar su opinión ante todo lo que estime conveniente ante el/la Juez/a de Ejecución o Juez/a competente, (...) en los casos en que se sustancien las solicitudes de salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad condicional, prisión domiciliaria, prisión discontinua o semidetención, libertad asistida y régimen preparatorio para la liberación de la persona condenada.

Sobre la cuestión, si bien es cierto que la normativa no vuelve vinculante la opinión de la víctima, no deja de serlo que su posición ha de legitimar o deslegitimar los pronunciamientos jurisdiccionales (por caso, la llamativa redacción sobre el derecho a que el/la Juez/a tenga en consideración lo que expresamente manifieste), máxime cuando el aparato político se inclina de modo manifiesto por, como ya lo explica GARLAND (2005), una proyección por la víctima y sus sentimientos.

¹ Años después MAIER (2008) reflexionaría sobre el “error político” en el que había incurrido al publicar “*De los delitos y de las víctimas*”. Entendía que con el texto había contribuido a desencadenar (lejos de su voluntad) una tendencia político criminal con fines neopunitivistas.

Como última cuestión del marco normativo general de algunos de los discursos legitimantes de la pena se observa la incorporación del denominado juicio abreviado.

El juicio abreviado es un instituto que se encuentra previsto en el artículo 395 y siguientes del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Así, el artículo 396 explica: “Para que proceda el trámite del juicio abreviado se requerirá el acuerdo conjunto del Fiscal, la persona imputada, y su defensor/a. El Fiscal deberá pedir pena y la persona imputada y su defensor/a extenderán su conformidad a ella y a la calificación.”

Este dispositivo alternativo al juicio oral se importa desde los Estados Unidos en procura de una mayor eficacia del proceso penal: menos juicios orales representan menores tiempos de “gestión”, permitiendo una mayor cantidad de sentencias (en su mayoría, necesariamente condenatorias en caso de acceder a un juicio abreviado) en menor cantidad de tiempo. Tal como refiere BINDER (2004), empieza a haber menos presos sin condena, dado el descenso en la tasa de personas en prisión preventiva aguardando por el juicio, pero empieza a haber más condenados sin juicio, dado que el juicio abreviado no es más que un acuerdo entre las partes.

Sin pretender ahondar en las particularidades del juicio abreviado, se trata de un instituto que opera de manera “perfecta” en la lógica actuarial de la administración de justicia (CASTORINA s/f), especialmente en lo que respecta a su faz interna, es decir, a lo relativo a la eficacia intrasistémica del aparato judicial.

De esta manera, esta transferencia del poder y sus efectos (GUTIERREZ, 2008) del juez a las partes permite que la negociación entre fiscal e imputado disuelva, paradójicamente, la lógica del debate oral entre estas partes y su consecuente sentencia. Este acuerdo entre partes prescinde prácticamente de la decisión judicial y, en consecuencia, la determinación de la pena (y con ello sus fines) se ve minimizada (ZYSMAN QUIRÓS, 2012, 372).

Así, más allá de los criterios que puedan sostenerse en cuanto a la función de la pena, el margen del juzgador se encuentra severamente acotado entre las pretensiones y los acuerdos que surjan entre las partes.

Ahora bien, la opción por el juicio abreviado no pareciera ser sino un síntoma de una práctica de (aún) mayor raigambre actuarial, que no es ni más ni menos que la exigencia

de una estadística por parte de los organismos de control judicial por sobre los órganos jurisdiccionales. Es en función de las estadísticas que los tribunales y los demás organismos judiciales apelan sistemáticamente a alternativas de finalización de los procesos más rápidas, consensuadas y que no demanden ni largos juicios ni complejas construcciones dogmáticas para sostener su pretensión.

4. La determinación de la pena como hecho jurídico. Una aproximación conceptual.

Se ha realizado un recorrido sobre las distintas posiciones que brindan legitimidad a la pena y hasta se han desarrollado las que las consideran ilegítimas.

Ahora, dentro del desarrollo del marco normativo resulta necesario conocer el conducto mediante el cual las distintas expresiones ideológicas, filosóficas y políticas en torno a la pena se manifiestan en la realidad.

Este conducto, es decir, esta traducción entre el merecimiento (no en el sentido retribucionista del término) de pena y su efectiva imposición va a estar dada por lo que el pensamiento penal definió como “determinación de la pena”.

Al respecto, trayendo una válida apreciación conceptual de ZYSMAN QUIRÓS, es importante atribuirle contenido al significado “determinación” en relación al significado “individualización”. Según el autor, la individualización de la pena es solo una forma de determinación de la pena, en la que el juez realiza un mérito individual de ponderación punitiva, a diferencia de otras formas de determinación, como pueden ser las penas fijas o predeterminadas (2012:31). Ahora bien, a los efectos de este trabajo, la determinación de la pena sí resulta sinónimo del significado dado por ZYSMAN QUIROS a la individualización, puesto que el estudio se centrará exclusivamente en la determinación de la pena individualizada. El hecho de mantener el término determinación se vincula con que ese es el uso habitual que otorga la doctrina al proceso en el que la pena se establece para el individuo conforme a los hechos por los que se lo condena.

De esta manera, en tanto el término determinación no lleva a equívocos con el término individualización (como sí sucedería en el más amplio estudio de ZYSMAN QUIROS), se los utilizará en estas líneas como sinónimos, optando por el uso habitual el término determinación.

Sostienen ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR que la determinación de la pena “es la cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada” (2011:993). Es decir, que bajo los mínimos y máximos previstos por la ley (supongamos, en caso de un homicidio simple consumado, la escala será de entre ocho y veinticinco años), es tarea de los y las juezas determinar si la pena se colocará en el extremo inferior, en algún punto intermedio o, por caso, en su extremo superior.

Un elemento fundamental en el proceso de la determinación de la pena suele estar dado por la intensidad del reproche, es decir, la entidad que tuvo un hecho para colocarlo en tal o cual espacio dentro de la escala penal. A ese reproche se lo denomina culpabilidad.

El pensamiento penal y, en definitiva, político criminal entra en tensión entre posturas tendientes al retribucionismo, para el que la pena no tiene razones preventivas, lo que conlleva “a la imposición de una pena incluso en situaciones de mínima o ninguna necesidad social (...)” (RUSCONI, 2016:142) y, por otro lado, teorías preventivistas, donde la pena (o la intensidad de la misma) existe o aumenta porque las necesidades de prevención así lo aconsejan.

El problema en torno a la culpabilidad no se resuelve sin entender que siempre estará intercedido por razones ajenas a la norma (RUSCONI, 2016). El asunto, en definitiva, es qué se decide reprochar a la hora de construir la culpabilidad. La edad del autor, sus antecedentes, sus conductas precedentes deben ser elementos constitutivos de la culpabilidad y su carácter agravante o atenuante se vincula con una definición (de intencionada oscuridad normativa) política. Esto lo sostiene STRATENWERTH al considerar que la influencia de la política criminal en la determinación de la culpabilidad es fundamental: “La medida en la cual la lesión de una norma es imputada a la culpabilidad de un autor ha sido evidentemente decidida desde el punto de vista de lo que se requiere para el mantenimiento del orden jurídico, es decir, preventivamente (1980, 122).” En la medida que la construcción de la culpabilidad se alimenta necesariamente de factores sociales no existe culpabilidad sin definición política, y, por tanto, sin la influencia de algún discurso legitimante del castigo.

La indefinición discursiva institucional -y su concurrente traducción normativa- sobre cómo debe completarse la culpabilidad decanta en que las diferencias en la valoración de la culpabilidad no sean sino consecuencia de las diferencias en los parámetros valorativos (e ideológicos) del juzgador (ZIFFER, 2013). Si la pena es castigo, y los

criterios que determinan la intensidad del castigo son amplios y no tienen una definición político criminal sujeta a fines, el arbitrio del juzgador aumenta y, necesariamente, la seguridad jurídica del imputado disminuye.

“Esta noción (discrecionalidad) no sólo favorece la justificación de penas arbitrarias, sino que, más que ninguna otra, ha desalentado las reflexiones teóricas acerca de la determinación de la pena. Si la determinación de la pena es el “feudo inexupugnable” del juez, ¿qué sentido tiene preguntarse acerca de cuáles son los criterios que deben utilizar para llegar a una pena adecuada?”
(ZIFFER, 2013:26)

Es la discrecionalidad en la determinación de la pena el campo de juego en el que los jueces de los tribunales se mueven prácticamente con absoluta libertad, quedando a merced de sus percepciones sobre el castigo la entidad punitiva que ha de sufrir el condenado.

Para esa libertad la normativa nacional es absolutamente funcional, tal como se desarrolla en el próximo punto.

4.1. El marco normativo nacional sobre la determinación de la pena

El principio de legalidad, de raigambre constitucional conforme sus artículos 18 y 19 nos dice que la ley debe ser previa, escrita, cierta y estricta. Estas exigencias sobrevuelan la parte especial del Código Penal mediante un blindaje constitucional ante posibles fugas al marco normativo. Frente un intento de imputación por el delito de hurto respecto a un bien sustraído ilegítimamente que no es jurídicamente una cosa, las alarmas de la interpretación estricta se encenderán, procurando la no punición del autor; cuando se pretenda punir por exhibiciones obscenas a una intervención artística, las alertas del principio del ley cierta han de poner un freno al avance punitivo.

Pero la certeza y la estrictez parecen haberse olvidado de las reglas para determinar una pena en concreto. Sobre la cuestión nos dice ZIFFER:

“...la ley enumera los factores que deben ser tenidos en cuenta al graduar la pena sin decir si agravan o atenúan. A esto se suma que tampoco es evidente en qué dirección se debe efectuar la valoración, y que además, es posible imaginar

situaciones en las que agrave o atenúe según el punto de vista que se tome o el delito que se trate” (1993:105)

Estos factores se encuentran en un solo artículo del Código Penal:

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2°. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Sin ánimo de ingresar en el análisis de la norma caben algunas preguntas a modo de ejemplo. Así, ¿la edad hace que un joven reciba menor reproche que un anciano porque conoce menos la norma y no pudo comportarse conforme a ella? ¿o acaso un joven es más peligroso que un anciano entonces merece una pena mayor? ¿o acaso el anciano difícilmente pueda ser resocializado entonces correspondería una pena menor? Los motivos: ¿una persona que roba a otra porque es un bromista merece mayor o menor reproche que aquel que lo hace para adquirir estupefacientes? ¿Y las reincidencias? El Código Penal, conforme a sus artículos 50 y 14 pareciera demostrar que merece mayor pena, lo que se da de bruces con el principio resocializador de la Convención Americana de Derechos Humanos y la ley de Ejecución penal. Por último, ¿qué debe interpretar el juzgador ante “la calidad de las personas”? Estas preguntas no hacen más que demostrar que al principio de legalidad se le olvidó la determinación de la pena y tampoco existen mayores esfuerzos para echar luz sobre la cuestión.

En las próximas líneas, y dada la orfandad teórica y normativa que se presenta en torno a la determinación de la pena, se intentará mediante el trabajo de campo encontrar causas y esbozar respuestas en torno a la problemática.

Análisis de los discursos

5. Los Tribunales Orales en lo Criminal del Departamento Judicial de Quilmes

El Departamento Judicial de Quilmes es el resultado de una delimitación administrativa del territorio de la Provincia de Buenos Aires en el que se ejerce una jurisdicción determinada.

Esta delimitación comprende los partidos de Quilmes (cabecera), Florencio Varela y Berazategui.

En lo que respecta a los Tribunales Orales en lo Criminal (TOC), dos se sitúan en el distrito de Florencio Varela, siendo los Tribunales 1 y 2 de Florencio Varela, los que cuentan con dos y tres jueces o juezas, respectivamente; y los Tribunales de Quilmes, alcanzando estos a cinco Tribunales y doce jueces o juezas.

Sobre la cuestión, debe destacarse que los Tribunales Orales en lo Criminal se deben componer de tres integrantes, por lo que, de los veintiún cargos posibles, para el año 2023 se ocupaban diecisiete.

De estos diecisiete cargos, doce son ocupados por hombres y cinco por mujeres. El rango etario oscila entre los treinta y cinco y setenta años de edad.

5.1 La función de los Tribunales Orales en lo Criminal en la Provincia de Buenos Aires

Según lo indica el artículo 22 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, un Tribunal Oral en lo Criminal tendrá intervención en los delitos cuyo conocimiento no se atribuya a otro órgano judicial.

Esa llamativa técnica legislativa analizada armónicamente con el artículo 24 del CPPBA permite afirmar que los Tribunales Orales intervendrán en delitos cuya pena máxima en abstracto de la escala del delito consumado sea superior a los seis años de prisión.

Si bien sus tareas abarcan prácticamente la totalidad del proceso durante la instancia de juicio, el momento cúlmine de su función radica en el debate oral y la sentencia posterior al debate, es decir, en el dictado de un veredicto de culpabilidad o absolución (no culpabilidad) basado en la acusación, la prueba y la defensa (MAIER, 1996) y, en

caso de resultar la culpabilidad, determinar la calidad y cantidad de pena. Es en esta última instancia donde entra en juego la determinación de la pena, que -aunque en la práctica no suele aplicarse- requiere de una audiencia particular, conocida como audiencia de cesura, prevista en el artículo 372 del CPP, que solo es obligatoria en casos de Juicios por Jurado.

Por todo lo dicho, la función por antonomasia de los tribunales orales (al igual que todo órgano jurisdiccional de la instancia de juicio) es, primero, la de establecer la culpabilidad o no de una persona en relación a un delito y, segundo, en caso de recaer un veredicto de culpabilidad, la intensidad de la pena.

Veremos, entonces, cuáles y cuántos son los fundamentos, no ya desde la redacción de las sentencias, sino desde las percepciones de los jueces y juezas que las dictan.

6.1 Retribución... “por más que lo neguemos”

Casi de manera unánime los entrevistados conciben que la función primordial de la pena es el castigo. Sin embargo, la entienden como una función residual, consecuencia del fracaso de una función superadora. La pena *es* castigo porque es incapaz de *ser* otra cosa y, a su vez, no puede dejar de *ser*:

Y, en general, lo que la pena no puede *ser* es, precisamente, lo que entienden que *debe ser*; la resocialización.

Se repiten dos posturas similares: por un lado, la que como reconociendo un pecado asume que la pena no tiene una función resocializadora y que sólo queda el castigo; y, por otro lado, la que pareciera haber descubierto, con la experiencia y el paso del tiempo, que la pena no tiene esa función resocializadora y sólo queda el castigo. En esta última se aprecia el desencanto de los profesionales por el discurso oficial: el modelo correccional (PAVARINI, 2006).

“...por más que lo neguemos, hay mucho de retribución, hay mucho de retribución por más que...En cierta manera terminamos negando y decimos que no, pero el fundamento básico, me parece, lamentablemente, que es la retribución (...) Con decirle andá a tu casa y la próxima no lo hagas, sabemos que lamentablemente van a entender un rato y a la vuelta, a los 15 días, van a caer en la misma, y la prisión no resocializa.” (Entrevista N°5)

“Después de estar acá adentro tanto tiempo, yo no sé hasta qué punto la idea de la pena como resocializadora tiene demasiado anclaje en la realidad, ¿no?. Yo creo que en definitiva termina siendo un poco de retribución. Es mi visión después de haber visto cómo funciona el aparato penitenciario, después de haber visto qué es lo que sucede cuando se recupera la libertad. Y el alto índice de reincidencia que hoy ves en la gente que vuelve a pisar el tribunal (...) me parece que uno trata de aplicar una pena que sea, por lo menos en mi caso, qué sé yo, una pena que se ajusta a la gravedad del hecho, me parece que uno tiene más en vista de eso.” (Entrevista N°4)

“Creo que no tiene una función hoy en día. La condena no tiene una función. En la práctica. (...) En los papeles uno no ve que la persona que tenga este tratamiento penitenciario cuando salga, salga mejor. Y entonces es medio una cuestión retributiva. No es lo que debería ser, es lo que me parece a mí que estamos haciendo hoy.” (Entrevista N°3)

Cuando las y los jueces ponen en crisis la función de la pena, por fuera del mero castigo, lo que se pone en crisis es la idea de resocialización. De esta manera, no pareciera entrar en juego, al menos desde un primer plano discursivo, que la neutralización (Prevención Especial Negativa), la coacción psicológica (Prevención General Negativa) o una función comunicativa de la pena (Prevención General Positiva) resulten ser variables en la forma de pensar el por qué de la pena.

La cuestión pareciera reducirse entre castigo y resocialización. Así, en la medida en la que esta no funciona, *queda*, porque algo tiene que quedar, la idea de castigo. Pero que la pena sea retribución como una consecuencia de que todo lo demás fracasó expone al castigo como una bestia magnífica (KOSTENWEIN, 2021). No solo incontrolable, sino imprescindible: no funciona, pero eso no pareciera quitarle legitimidad para ser aplicada.

Esto explica dos escenarios, que podrían diferenciarse como externos e internos de la organización judicial en función de sus efectos. Respecto al externo, pone en evidencia el declive del paradigma rehabilitador, que se expone como inevitable: sin perjuicio del análisis -que no es novedoso- que permita afirmar o negar el fracaso del ideal resocializador en un lugar determinado, lo que se demuestra de modo constante es que los operadores jurídicos, en este caso, los jueces encargados de aplicar pena, niegan en

general la función resocializadora. Esto coincide con las investigaciones realizadas por KOSTENWEIN (2021).

Por otro lado, esta suerte de resignación expone lo que PAVARINI (2006) y KOSTENWEIN basándose en WEBER entienden como “desencanto”:

Cuando hablamos de desencanto, nos referimos a que se deja de creer en algo que antes se creía, y a su vez, se comienza a creer en algo que antes no; o en términos de Weber, el Poder Judicial ya no tiene las mismas respuestas que antes para las únicas cuestiones que realmente importan a los agentes judiciales, las de qué deben hacer y cómo deben hacerlo. (2016:98)

Como excepción, sólo un caso entrevistado sostuvo una posición prominentemente resocializadora, que se desarrollará en el punto siguiente.

“yo no estoy de acuerdo con ninguna de las que tienen que ver con el retribucionismo, para mí no es retribuir, para mí no es castigo. Entonces tenés que tener esa cuestión del tratamiento... que vos podés decir ¿es real el tratamiento? Es deficiente el tratamiento, pero es real, hay un tratamiento hacia el condenado, hay una posibilidad...porque uno los ve.” (Entrevista N°2)

6.1.1. Retribución... “más allá de lo que dice la Constitución”.

No se pretende afirmar, aunque sí se comparte, que efectivamente la Constitución Nacional establezca que entre las posibles funciones de la pena no se admita la retribución. En esta línea se infiere de las respuestas dadas por los entrevistados que efectivamente hacen una interpretación de la norma constitucional en igual sentido: la prohibición de la pena como castigo. Bajo esa premisa se observa que la resocialización es entendida por los entrevistados como la función de la pena que impone la Constitución Nacional, pero niegan que la misma exista, entendiendo, contrariamente, que la única función real de la pena es el castigo. Al respecto la Constitución Nacional en su artículo 18 refiere: *“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”*

“Obviamente que la Constitución nos dice que es para re socializar y no para castigos, pero pareciera que hoy es más una cuestión de castigo.” (Entrevista N°3)

“No creo que tenga hoy, más allá de lo que dice la Constitución y los pactos internacionales, no sé si esa idea de resocialización se condice con la realidad.” (Entrevista N°4)

“Lo que establece la Constitución, lo que establecen los pactos y lo que yo comparto es la resocialización, pero no, no alcanza, solo con eso no alcanza.” (Entrevista N°5)

Los jueces dicen que la pena es exactamente lo que ellos mismos consideran que la Constitución Nacional prohíbe. “Para castigo”. Y como si ello no bastare, el mismo artículo hace responsables a los jueces que autoricen que la prisión sea un castigo.

Esta percepción, que se suma al análisis anterior, se vuelve extensiva tanto a la letra de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con Jerarquía constitucional como a la normativa infra constitucional sobre la materia, tal como se ha analizado en los marcos teórico y normativo a la hora de analizar la prevención especial positiva.

Así, la ruptura entre la interpretación de la norma y las prácticas es tan notable como inevitable. La negación discursiva del ideal resocializador no teme anteponer la realidad a la ficción normativa.

6.2.1 Los tribunales orales y el expresionismo. La temperatura de la causa.

En líneas generales, los entrevistados coincidieron en cierta despreocupación por las denominadas presiones externas a la hora de dictar sentencia, ya sean de índole mediática, política o desde otros ámbitos de participación social. Los jueces no encuentran grandes espacios de permeabilidad a la hora de la toma de decisiones.

Ahora bien, se repite en las entrevistas que estas cuestiones, en la gran mayoría de los casos, no suele afectar la instancia de juicio, pero que (sostienen) sí sucede con la etapa de la investigación. Por lo tanto, podría inferirse que las capas de permeabilidad se van contrayendo a medida que avanzan las etapas del proceso penal. La presión externa sobre la justicia existe, solo que se atenúa a medida que avanza el proceso y, fundamental y paralelamente, el tiempo.

“...como nosotros, en general, cuando llega alguien así (en causas caracterizadas por presiones externas) llega ya detenido. Eso se me hace más en una prisión preventiva donde te puede influir para decir "Bueno, lo dejo detenido porque está molestando". Aca, por lo general, el que no llega detenido es muy claro por qué no está detenido. El que no llega detenido es porque tan barbero no es.” (Entrevista N°3)

Pareciera ser que la etapa de juicio en lo criminal -instancia que determina la culpabilidad o inocencia de una persona acusada por un delito grave- no es la instancia que más le interesa a los factores informales de influencia, lo que no significa que estos factores no cumplan con un rol en otros momentos del proceso. El “clamor público” al que debe ajustarse el discurso jurídico (GUTIERREZ, 2008) no está en la centralidad de las decisiones de los tribunales, no tanto porque su discurso jurídico se mantiene incólume, sino más bien porque el clamor público se desvanece.

“Lo bueno de los tribunales es que se agarra todo frío, no sé si los jueces de garantía, los fiscales tendrán presiones. La víctima cuando llega la causa viene con bronca, pero mucho menos bronca que en la etapa de instrucción, ya tiene todo aceptado, ya sabe cómo es el tema. Lo mismo los medios: casos resonantes que fueron en algún momento tapa de todos los diarios vienen acá y pasan, por suerte, casi desapercibidos.” (Entrevista N°5)

En los próximos análisis ahondaremos el rol de la prisión preventiva en lo relativo a la pena, pero en lo atinente a la función expresiva del sistema penal no pareciera ser la instancia de juicio un área de injerencia directa. Es decir, que en el plano judicial la presión política y mediática no suele influir a la hora de establecer una mayor cantidad de punición.

La mayor presión política y social por sobre el poder judicial pareciera estar dada ante el fulgor de la novedad: lo que se demanda es una respuesta rápida ante el crimen y -a la vista de las entrevistas- esa respuesta no suele ser otorgada en la etapa final del proceso; sino más bien al inicio.

En consecuencia, las presiones externas pueden encontrarse (sin perjuicio de su eficacia) generalmente en las primeras instancias procesales y se manifiestan en la detención y la subsiguiente prisión preventiva de los imputados (KOSTENWEIN, 2015).

Ahora bien, sí existe una mayor punición que se da como consecuencia de la inflación punitiva de la que el juez no puede escapar:

*“Yo creo que **la reforma del 14 se encargó de sacarle todos los beneficios**, por lo que eso también un poco se tiene en cuenta. Entonces eso también uno lo tiene en cuenta, es decir, bueno, está bien, **a ver, si a este le pongo seis pero se que la va a cumplir toda**. Porque si no solo queda la idea de inoculizarlo. Saquemoslo del entorno social y lo metemos ahí, que se pudra. Me parece que eso tampoco la idea.” (Entrevista N°4)*

De esta manera, el entrevistado expresa que la mayor punición ya viene dada en la norma: el endurecimiento del castigo es eminentemente político, no judicial (partiendo de que entre ambas nociones hubiera diferencia). Esta característica coincide con las críticas realizadas al discurso neoretribucionista: que los jueces se adecúen a las reglas del justo merecimiento; las escalas penales se encargan del resto, es decir, de imponer escalas y mecanismos de cumplimiento de las sentencias de corte neutralizador.

6.2.2 Los tribunales orales y el actuarialismo. La temperatura del fiscal y de la Corte

Entre las perspectivas de los entrevistados se destaca una observación que, en soledad, hace un planteo que pone de resalto, previa a toda construcción normativa, teleológica o hasta ontológica del castigo, que lo que prevalece es la administración de los procesos y la poca capacidad de injerencia del juez a la hora de fijar las penas.

La transferencia de poder que se dio desde el juez al fiscal mediante la sinuosa transformación hacia el sistema acusatorio en la provincia de Buenos Aires, tras la sanción de la ley 11.922 (1998), sumado a la idea de la “devolución del conflicto a las partes” (GUTIERREZ, 2013), colocó al juez en una posición varias veces de actuario de las definiciones arribadas entre la acusación y la defensa, especialmente en el ámbito del juicio abreviado.

*“...también me parece que **hay otro actor** acá que hay que tenerlo en cuenta que me parece que es un **actor importante que es fiscal**. Es el Ministerio Público Fiscal. **Hoy la gran mayoría de las causas, yo te diría que un 80%, termina en juicio abreviado**. El resto va a juicio oral. En la negociación de un juicio abreviado siempre el fiscal va a ser un poco más laxo para llegar a un acuerdo. Pero a lo que voy es que de una u otra*

manera siempre el techo de la pena va a ser el pedido fiscal y si el fiscal es razonable, esa razonabilidad te la está trasladando de alguna manera a vos porque no te vas a ir por arriba. A ver, uy, acá pidió 9. (...) Y yo puedo decir "yo le hubiese clavado 15", pero es 9, o sea, el techo me lo fijaron." (Entrevista N°4)

Ahora bien, no se trata ya de una derrota histórica de la función jurisdiccional por sobre la de las partes, sino de una necesidad sistémica. Los jueces necesitan de los juicios abreviados para mantener el juzgado "con los números en orden", no solo como consecuencia de evitar una mayor congestión de los procesos, sino también como una exigencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

"Porque vos decís, no, a ver, la política del Tribunal es rechazarte todos los abreviados porque no me gustan las penas, porque para mí eso es blando. Y con esa postura no resiste, me parece que ningún órgano de juicio hoy resistiría esa política (...) Pero además de que me sirve tener todo ordenado, además, te exigen tener todo ordenado, porque tenés arriba tuyo al que te va a partir al medio si te mandas un moco que es la Corte. Y la Corte está todo el día monitoreando. Todo el tiempo. Entonces vienen y te dicen, escucheme, acá se atrasó, y a este tipo lo tiene preso hace tres años y no hizo juicio y para que llegue a la fecha de debate tiene que esperar un año más." (Entrevista N°5)

Este sistema de evaluación estadística de los comportamientos de los tribunales se garantiza en el régimen procesal semi-acusatorio de la provincia de Buenos Aires dada la flexibilidad del proceso para generar transformaciones de índole "economicista" (GUTIERREZ, 2008)

Lo que de manera manifiesta queda en claro es cómo mediante la Nueva Penología actuarial el sujeto se deja de lado. Durante años la puja penológica giró en torno al sujeto: si es lo suficientemente racional para decidir, si es lo suficientemente irracional para no poder integrar la sociedad. Ahora, ni una cosa ni la otra pareciera importar. Solo importa el rendimiento, no el resultado (BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, 2014) y los jueces deben ajustarse a las exigencias de esos resultados por sobre cualquier otra función penal para que la temperatura de la Corte no aumente.

6.3 Los tribunales orales y el punitivismo

KOSTENWEIN (2021) explica que en las prácticas judiciales puede pensarse (castigarse según sus términos) desde una posición normativa y prescriptiva, o desde una posición descriptiva y explicativa. Entenderá que en la primera sea alinean quienes ven en el condenado a un prójimo, mientras que en la segunda a quienes lo entienden como un enemigo.

Será entonces prójimo quien no se encuentre excluido de la participación de la vida política, de bienes materiales, y aun, de la voz del derecho (DUFF, 2001). Para los excluidos la ley resulta ser ajena y la obligación de responder a ella resulta una idea vacía.

Ahora bien, también se caracteriza a la idea de prójimo desde una perspectiva del juzgador. Juzgará al prójimo quien tenga en consideración el entorno social del acusado. O, para mayor claridad, a medida en que más se considere el entorno social del acusado, más cerca se estará de interpretarse que se está juzgando a un prójimo.

Será, por otra parte, enemigo quien mediante su exclusión facilite la cohesión social. Se trata de un sujeto peligroso, incapaz de ser rehabilitado y que, por lo tanto, debe ser excluido. Su exclusión se respalda en que, lejos de ser prójimos, son “no-personas”, lo que genera como reacción la defensa social: son ellos o nosotros.

KOSTENWEIN (2021) explica que al adjudicarles una maldad inherente se pone en riesgo la posibilidad de un abordaje reflexivo, riesgo que ha de alcanzar a la administración de justicia a la hora de pronunciarse y que puede implicar condenas excesivas.

A la luz de las entrevistas puede apreciarse que la dicotomía no entra siempre en juego, sino que más bien se define en los márgenes:

“Para la sociedad todos los presos son monstruos y la realidad es que está muy lejos de ser así, o sea, tipos que te dan realmente miedo, son muy poquitos. En una carrera de muchos años, un tipo que uno diga “no, este me gustaría que no salga más”, internamente, “estos no tendrían que salir más a la calle y ahí porque son unos psicópatas” son pocos. [En esos casos] “hay una postura de neutralizarlo, porque son pocos aparte. Y la realidad es que pasa por ahí. En un mundo utópico se puede pensar pero hoy, con esta sociedad que estamos viviendo, estamos cada vez más lejos, entonces

tenés que también dar respuesta a la gente que...cuando hay un hecho... a las víctimas, o sea, también el derecho humano de la víctima existe. Y eso hay que valorarlo.”
(Entrevista N°2)

*“Cerraron siete años, a ver y ¿cuánto lleva detenido? Dos o tres. ¿A ver el mínimo? Este mínimo estamos en 5. Y **este hombre, ¿qué hacía, no? Trabaja ¿Y cómo es la familia? Y de ahí empezamos ya a pensar en todas las consecuencias de la pena, claro, las consecuencias directas, indirectas, si tiene que cumplir con la cuota alimentaria, si los hijos sufren... y así empieza toda una cadena de consecuencias nocivas que van más allá de la pena o de lo que sea la prevención especial.”***
(Entrevista N°1)

*“Por ahí un delito contra la propiedad, actos tan sencillos, que terminan repercutiendo de una manera sumamente grave. (...) Cuatro sujetos en dos motos con dos armas me robaron a mí y a otro más. Si lo tenés que calificar, lo calificas como robo agravado por el uso de arma no apta y por ser cometido en poblado y banda. Una pena de tres a diez. Tenés como agravante pluralidad intervinientes, en motocicleta, pluralidad de armas, pluralidad de víctimas. Normalmente ese hecho nosotros si tenemos que condenar tranquilamente podemos poner una pena de cuatro años y seis, o cinco años. Y yo viéndolo como víctima dije: es una locura. Ese hecho yo no lo padecí, no lo sufrí... Quizás otra persona lo sufra de mayor manera, pero dije "que este delito tenga una pena de 3 a 10 me parece un montón". Con todas las agravantes que te digo, que es válida, que nosotros si llega el momento a mí me cuentan un hecho de estas características probablemente le ponga una pena de 4 años para arriba. Pero en ese tipo de delitos y sí, lamentablemente tenés que condenar. **Yo tiendo bastante a bajar las penas, más cuando son chicos de 19 o 20 años veo que en los visus, cuando tienen una vida dura con ausencia paterna o ausencia materna, me sigue sensibilizando un poco.”*** (Entrevista N°5)

Se observa así que, por un lado, quien se encuentra en condiciones de no recibir una condena de efectivo cumplimiento, o por el tiempo transcurrido privado de su libertad en prisión preventiva podría, con la sentencia, tener por compurgada la pena (margen inferior posible de intensidad penal al momento del juicio) encontrará en el juez un actor que tienda a evitar mayor severidad punitiva en la medida que sus valores como sujeto social no sean diametralmente opuestas a las suyas (prójimo); mientras que en casos en los que esos valores sean opuestos y tan incompatibles con los del juzgador

(margen superior posible de intensidad penal al momento del juicio) se buscará asignarle una consecuencia penal mayor; es decir, que por su peligrosidad merece un encarcelamiento mayor.

Es interesante observar que no se trata de jueces que ven prójimos y jueces que ven enemigos, sino que un mismo juez puede encontrar los unos o los otros y decidir en consecuencia.

Es entonces en el campo de la discrecionalidad (cuando no del arbitrio) que los valores del juzgador cumplen un rol preponderante en la calidad de la pena como consecuencia de la falta de lineamientos normativos que permitan un direccionamiento más objetivo.

Ahora bien, de las entrevistas se desprende que si bien en la mayoría de los casos los juzgadores tienden a pronunciarse hacia los niveles menores dentro del campo de la punición, valiéndose para ello de aspectos en común con los condenados (buena impresión, en términos de KOSTENWEIN, 2016), no debe perderse de vista que de su discrecionalidad surgen dispositivos neutralizadores para los “pocos monstruos con los que uno se encuentra”.

6.4 Los Tribunales Orales y la Prisión Preventiva

Otro aspecto a identificar está dado en la relación entre la determinación de la pena y la situación procesal en la que el imputado “llega” a juicio. Es decir, si al momento de determinarse su condena, en caso de corresponder, el imputado se encuentra privado de su libertad (en prisión preventiva) o no.

De las entrevistas realizadas se colige, por un lado, que para algunos jueces existe una tendencia a condenar a penas de efectivo cumplimiento con menores dificultades a quien ya se encuentra en prisión preventiva que a quien enfrenta la instancia de juicio en libertad y, por otro, que existen menores dificultades de condenar por encima del mínimo a quien ya se encuentra en contexto de encierro respecto del que no:

“A mí me cuesta puntualmente condenar a alguien a una pena de prisión efectiva cuando viene en libertad y cuando, de alguna manera, hemos constatado que el hecho ocurrió hace un montón de años y un hombre rehizo su vida y tiene un trabajo formal y tiene su familia y ahí decimos...ahí viene Baratta. No le voy a imponer una pena de cuatro años, no le voy a hacer por lo menos cumplir 8 meses hasta que recupera la

libertad condicional a este tipo y le arruino la vida, la familia (...) Cuando el mínimo es 6 y 8, generalmente, como decía Zaffaroni, el "principio de seguridad personal del juez" (risas), en ese delito la persona ya viene detenida. Entonces uno dice: tiene dos detenido, con cuatro sale, que cumpla dos más, entonces le das un poquito más de 6 y 8. O uno no se detiene tanto en las consecuencias para su vida, en cambio, el de tres como que la pensás más." (Entrevista N°1)

"...no tiene mucho sentido meterle 3 y 1 (en lugar de 3 que puede no ser de cumplimiento efectivo). En cambio, meterle 6 y 9 (en lugar de 6 años y 8 meses, que es el mínimo del robo agravado con el uso de arma de fuego) puede ser. Aunque partas del mínimo, sabes que si le das 6 y 9 no cambia nada. 3 y 1 le cambia la vida. Si le doy 3, aun de cumplimiento efectivo, sale a los 8 meses, 3 y 1 ya lo emboco, sale a los dos años...hay una diferencia. Algo sí juega. Aún en mi pensamiento que soy de partir del mínimo siempre." (Entrevista N°2)

A veces con mantener el status quo... es decir, viene libertad, hagamos el esfuerzo para que continúe en libertad... pero sí, el que te dice que no te miente. Más que nada para forzar la situación para mantener la libertad. Capaz que si llega detenido le das 3 y 6. Si llega en libertad tratás que siga en libertad, salvo que sea un caso muy grave como para darle 3 y seis. Que ahí te preguntás. ¿Cómo puede ser que lo dejaron salir a este? Y también a la inversa. Hay casos que no se entiende por qué no los excarcelaron antes. (Entrevista N°5)

Se observa entonces que el tratamiento que dan los jueces para quienes cometieron delitos y se encuentran en prisión preventiva es diverso para quienes lo hicieron y no accedieron a la instancia de juicio en libertad.

De esta conclusión se desprenden dos líneas que se vinculan a los puntos precedentes: por un lado, la presión externa que no es tal en instancia de juicio (ver 6.2.1.) penetra en ella de modo indirecto en virtud de su eficacia a la hora de lograr que al comienzo del proceso se efectivice la prisión preventiva. Esto se da como consecuencia de los efectos en la determinación de la pena; por otro, que el juzgador suele evitar la prisionalización de los libres mas no la liberación de los prisionalizados. Tal circunstancia se encuentra en línea con lo analizado en el punto 6.3.: el juzgador encuentra en el libre ciertos valores (familia, trabajo) que no está dispuesto a quitarle. Por otra parte, no encuentra esos mismos valores en el detenido, a quien no está dispuesto a devolvérselos.

Consideraciones finales

Mediante el marco teórico se logró definir la importancia que tienen las prácticas y las percepciones de los actores judiciales a la hora de la toma de decisiones jurisdiccionales, se identificaron los orígenes y la actualidad de los distintos discursos que sirven de plafón legitimante para la aplicación de la pena y se conoció el concepto de determinación de la pena y sus complejidades y los parámetros bajo los que se aplica según la normativa vigente nacional.

El marco normativo explicó las correspondencias legislativas a nivel nacional o provincial que se dieron (y se siguen dando) como consecuencia de la preeminencia política a la hora de promover uno u otro de los discursos legitimantes del castigo.

Esto permitió una segunda instancia de análisis en la que se identificó la situación actual de la justificación de la pena y los desafíos que eso genera en los actores judiciales y en la aplicación de las penas.

Solo mediante esta estructura conceptual es que se pudieron interpretar las entrevistas realizadas para de esa manera intentar reconocer cómo perciben los jueces y juezas de los tribunales orales en lo criminal de Quilmes los discursos de la pena que dotan de legitimidad a sus sentencias condenatorias y cómo influyen en la extensión temporal de su cumplimiento.

Y así se obtuvo la respuesta, casi unánime: la retribución.

Pero lo que aquí interesa tanto como esa respuesta en concreto es su fundamentación: los *porques*, los *exceptos* y los *peros*.

De esta manera la pena será retribución *porque* no puede ser resocialización; la pena será retribución, *excepto* cuando no se quiera prisionar a un prójimo o se quiera neutralizar a un enemigo; y será retribución *pero* si las partes arriban a un acuerdo será lo que las partes decidan, o lo que los órganos de control de la Suprema Corte de Justicia exijan.

La respuesta categórica y casi unánime empieza a desgranarse a poco de andar y da cuenta de cómo los discursos se ven relativizados a la hora de influir en la aplicación de la pena, priorizándose criterios adaptativos a cada escenario en concreto.

Estas variables y complejidades pueden sintetizarse en los siguientes aspectos:

1. Por un lado, que los jueces y juezas cuentan con un discurso propio y en buena medida generalizado. El *porque* está garantizado. Estos resultados difieren de los que KOSTENWEIN (2021) obtuvo en una investigación similar, en la medida en la que de sus conclusiones se desprende un mosaico mucho más amplio de respuestas legitimantes y deslegitimantes de la pena en las que se manifiesta un conglomerado de funciones más variado.

Ahora bien, aquella abarcaba en un mismo estudio a distintos actores del sistema judicial penal, sin indagar particularmente por la relación entre el discurso sostenido y el rol, mientras que esta se circunscribe eminentemente a los jueces de juicio en lo criminal, es decir, un rol específico. Este aspecto permitiría, entonces, proponer dos nuevas hipótesis de trabajo: Primero, la que se pregunte por si los distintos grupos de actores de la justicia penal (juez de ejecución, juez de tribunal oral, juez en lo correccional, juez de garantías, fiscal de instrucción, fiscal de juicio, defensa) perciben de manera similar a los discursos legitimantes del castigo en función de su rol, y en ese caso, cuál, o si su rol no reviste importancia a la hora de percibir las razones que dotan de legitimidad (o ilegitimidad) a la pena. Segundo, simplemente ampliando el margen de la primera, la que indague en las percepciones sobre la función de la pena de los demás actores del sistema penal (policía, servicio penitenciario, agencias políticas dedicadas a la cuestión de la justicia y la seguridad, organizaciones no gubernamentales, y toda otra agencia que mediante un estudio previo se defina como integrante del sistema) e identifique si median patrones que permitan comprobar una relación entre el rol y el discurso.

1.2. Que los jueces perciben un discurso legitimante del castigo desde la descripción y no desde la prescripción. Entienden que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Nacional definen en su estructura prescriptiva que la función de la pena ha de ser la resocialización. Sin embargo la pena, en su autonomía, parece mostrarles a los jueces lo que es y los jueces se muestran impotentes ante la fatal e inexpugnable consecuencia penal.

Seguramente resulte extraño para un espectador ajeno al escenario jurídico y a la realidad penal que un grupo mayoritario de magistrados encargados de aplicar la pena lo hagan percibiendo a esta en un sentido absolutamente opuesto al que entienden que le ordena la más suprema normativa en la materia. Sin embargo pareciera ser consecuencia

de que la colisión entre el mandato constitucional y la realidad es tal que la posición de los jueces se vuelve comprensible.

Es castigo, aunque entiendan que deba ser otra cosa. Se manifiestan de acuerdo a la crisis del discurso observado por PAVARINI: “el lamento frente a una pena que en los hechos no es como hubiera debido ser” (2006:123). En este plano sí existen coincidencias con las investigaciones de KOSTENWEIN.

En alguna medida las percepciones de los entrevistados son coincidentes con el derrotero que expuso el fracaso del welfarismo penal. Ahora bien, cabe preguntarse si en la negación del discurso resocializador como último intento de pervivencia ficcional de la prisión como espacio de integración, si en la rendición jurídica ante una realidad antijurídica, no muere, acaso, todo intento de mantener a las prisiones “sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”.

Digo con esto que si la magistratura no mantiene ante los otros órdenes del Estado al menos la intención de que la pena no sea sólo castigo, se habilita subrepticamente que las cárceles sean solo aquello que según su propia interpretación la Constitución Nacional prohíbe que sean: “para castigo de los reos detenidos en ella”. Si la pena es castigo la prisión es dolor, y pareciera ser algo aceptable por la magistratura.

La coincidencia casi unánime sobre la resignación de la prisión como espacio positivo favorece necesariamente a aquellas posturas de exclusión. O en palabras de PAVARINI:

El objetivo de la prevención especial positiva y el modelo correccional de justicia penal expresan ciertamente culturas políticas y sociales orientadas a la integración. (...) la crisis irreversible de éste y de la idea -luego revelada como ilusoria- de la prevención especial positiva, indican hoy un peligroso retroceso del umbral de las políticas de integración social, favoreciendo aquellas de exclusión, aún cuando por medio de ellas nunca se logró -no obstante el optimismo y la buena voluntad- una integración efectiva.” (2006:108)

2. La retribución, unánime y descriptiva, deja de ser tal con rapidez en caso de ser necesario. La finalidad ha de ser acomodaticia. Lo que *es* porque *no puede ser* lo que *debe ser*, es otra cosa cuando *puede*. La pena será retribución *excepto cuando*. Esto se expresa por dos vías:

2.1 Por un lado, por el tratamiento que se les da a los condenados en función de sus individualidades: Nunca será lo mismo que el juicio por un mismo hecho recaiga sobre un trabajador que comparece al debate en libertad respecto a una persona que encuentre al debate en detención. Las entrevistas indican que las posibilidades de que la persona que se encuentre en libertad continúe en libertad son equivalentes a las posibilidades de que el privado de su libertad continúe tras la condena en la misma situación. Como hemos referido, los jueces de juicio en lo criminal eligen no encarcelar al “libre”; como también eligen no liberar al encarcelado. Esto es así en tanto los “libres” comparten con ellos valores que no se encuentran en los encarcelados. Los libres (que) trabajan, los libres (que) tienen familia son algo parecido a la idea de prójimo; mientras que los condenados, si bien no puede decirse que se traten de enemigos (categoría reservada para cierto tipo de condenados) ya perdieron hace tiempo esos valores.

Aquí entra en juego, inevitablemente, la trascendencia de la prisión preventiva al momento de la condena. Comparecer a juicio libre o privado de la libertad parece ser determinante. Pero este fenómeno, que en sí mismo ya es lo suficientemente trascendente a la hora de pensar a la pena, acarrea algo más grave. De las entrevistas pudo observarse que las presiones sociales, políticas y mediáticas no suelen penetrar en la piel del proceso al punto de alcanzar algo tan profundo y lejano como es el juicio. En cambio, sí pareciera ingresar, según relatos de los propios entrevistados, en las denominadas “instancias anteriores”, es decir, la etapa de instrucción o investigación. Pareciera ser ese el ámbito donde más presiones se presentan. De este modo, si las presiones se satisfacen en la primera instancia mediante la prisión preventiva (KOSTENWEIN, 2015), y si en la medida en que la prisión preventiva es determinante al momento de imponer una pena, las presiones externas repercuten de manera indirecta en la instancia de juicio. Por ello, aunque la presión externa de las posturas expresivas a la pena no se traduzcan en llamados amenazantes, tapas de diarios y móviles de televisión, esta, que ya supo hacer su trabajo en instancias anteriores, conserva su eficacia en el juicio pasando desapercibida.

2.2. De esta manera, así como la pena será retribución *excepto cuando* recaiga en una persona con la que se comparten ciertos valores, en cuyo caso se intentará evitar su cumplimiento en prisión; también será retribución *excepto cuando* recaiga en un *monstruo* (término acuñado por un entrevistado). Es decir, que ante sujetos cuyos valores se encuentran totalmente divorciados de los del juzgador, la pena no será solo merecimiento, sino que se procurará un *plus* punitivo en miras de su neutralización.

3. Por último, la pena será retribución *pero* será otro el argumento de su aplicación (que no estará en manos de los jueces) en la medida que el orden intrasistémico y el control superior así lo demanden. Esto se traduce en una forma de actuarialismo en la que los organismos judiciales se procuran primero el control interno por sobre sus funciones intrínsecas. De esta manera, y como consecuencia de la imposibilidad de desarrollar debates orales dada la carga de los tribunales, se resuelve mediante el juicio abreviado una gran parte de los casos en los que interviene el tribunal.

Si la retribución *es* porque no *puede ser* resocialización, el juicio abreviado *es* porque no *puede ser* retribución. O lo será, pero no estará en manos de los jueces la determinación punitiva.

En el juicio abreviado se manifiesta el fracaso del fracaso, la resignación de la resignación, y parece dejar al juez en un estado de vacío, de fedatario ante la decisión de las partes, unas partes que también forman parte de las consecuencias del sistema: fiscales que proponen penas bajas para asegurarse la condena; defensores que aceptan sin importar la inocencia o culpabilidad de su asistido para no esperar (muchas veces en prisión preventiva) la fecha del incierto debate, son también consecuencia de las demoras y de la sobrecarga de los tribunales (KOSTENWEIN, 2021).

No se trata entonces del fracaso de las funciones de la pena, se trata ya del fracaso de la función de la justicia penal.

En este escenario de fracasos, las reflexiones sobre los discursos legitimantes del castigo parecen encontrar su ocaso dentro del pensamiento penal, por parecer una cuestión irresoluble.

Como los grandes discursos legitimantes de la pena han caído y la retribución aparece como una figura residual pero sólida se vuelve necesario profundizar sobre los estudios de la determinación de la pena y delinear criterios que acoten la discrecionalidad judicial del castigo (en el sentido retribucionista del término) y la consecuente sujeción de la libertad o la prisión según la identidad de valores entre juzgado y juzgador, o su situación procesal al momento del juicio.

Si la pena ha de ser castigo queda adelante el arduo desafío de construir criterios doctrinarios de determinación para que se reduzca la discrecionalidad de los jueces y la incertidumbre de los imputados.

Mientras tanto, y en la medida en la que el castigo es consecuencia de un proceso social y político, sería erróneo por su dinámica interpretar que ha alcanzado el fin de la historia y que por ello no deban continuar los estudios de los discursos que le dan legitimidad.

Bibliografía

- **Ales, C., Borda, R., & Lobo, R.** (2005). Sobre población y violencia carcelaria en la Argentina. Diagnóstico de experiencias y posibles líneas de acción. En CELS, *Colapso del sistema carcelario*. Siglo XXI Editores.
- **Anitua, I.** (2010). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Del Puerto.
- **Bacigalupo, E.** (2008). Sobre la ideología de las teorías de la pena. *Circunstancia*, 6(16), 1-7.
- **Baratta, A.** (2004). Principios de derecho penal mínimo. En A. Baratta, *Criminología y sistema penal* (Compilación in memoriam) (pp. 299-333). B de F.
- **Beccaria, C.** (2009). *De los delitos y de las penas*. El Foro.
- **Bergalli, R.** (2017). Administración de justicia penal y cuestión judicial. Hacia una sociología del control social. En E. Kostenwein (Dir.), *Sociología de la justicia penal* (pp. 235-260). EDIAR.
- **Binder, A.** (2004). *Justicia penal y estado de derecho*. Ad Hoc.
Binder, A. (2013). *Derecho Procesal Penal: Tomo I. Hermenéutica del proceso penal*. Ad-Hoc.
Binder, A. (2017). La comprensión de la justicia penal como espacio político. Notas para un avance en la crítica al funcionamiento de la justicia penal. En E. Kostenwein (Dir.), *Sociología de la justicia penal* (pp. 213-234). EDIAR.
- **Brandariz García, J.** (2014). La difusión de las lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas. <https://www.indret.com>
- **Castorina, A.** (s.f.). El juicio abreviado como herramienta de consolidación del actuarialismo penal: Estudio de campo sobre su concreta utilización en el Departamento Judicial de Mar del Plata, año 2015. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44405-juicio-abreviado-herramienta-consolidacion-del-actuarialismo-penal-estudio-campo->
- **Christie, N.** (1992). *Los conflictos como pertenencia*. En AA.VV., J. Maier (Coord.), *De los delitos y de las víctimas* (pp. 157-182). Ad-Hoc.
- **De Folter, R.** (1989). Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiensen y Foucault. En R. De Folter et al., *Abolicionismo penal* (pp. 57-85). EDIAR.

- **Duff, A.** (2001). *Punishment, communication and community*. Oxford University Press.
- **Feeley, M., & Simon, J.** (1995). La nueva penología: Notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicancias. *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, 6-7, 33-58.
- **Ferrajoli, L.** (1995). *Derecho y razón*. Trotta.
- **Feuerbach, A.** (2007). *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Hammurabi.
- **Filippini, L.** (2009). La prisión y el discurso penal. *Nueva Doctrina Penal*, 2009/B, 345-358.
- **Foucault, M.** (1970). *La arqueología del saber*. Siglo XXI Editores.
Foucault, M. (1989). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores.
- **Garland, D.** (1999). *Castigo y sociedad moderna*. Siglo XXI Editores.
Garland, D. (2005). *La cultura del control*. Gedisa.
- **Gutiérrez, M.** (2008). Actuarialismo y punitivismo en Argentina. *V Jornadas de Sociología de la UNLP*.
Gutiérrez, M. (2014). Prácticas y discursos, funciones y disfunciones: Las reformas penales. *Anuario de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora*, 1(1), 291-312.
- **Jakobs, G.** (1997). *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.
- **Kostenwein, E.** (2015). Prisión preventiva: Entre los medios de comunicación y las autoridades políticas. *Direito & Praxis*, 6(11), 54-79. <https://doi.org/10.12957/dep.2015.14437>
Kostenwein, E. (2016). De la prisión preventiva al campo del control del delito en la provincia de Buenos Aires: Algunas reconfiguraciones. *Delito y Sociedad*, 2(32), 89-126. <https://doi.org/10.14409/dys.v2i32.5649>
Kostenwein, E. (2016a). Imágenes sobre la administración del castigo. Primeras exploraciones sobre la relación entre prensa y justicia penal. *Delito Y Sociedad*, 2(40), 80–111. <https://doi.org/10.14409/dys.v2i40.5587>
Kostenwein, E. (2017). Apresurando decisiones. La justicia penal ante las exigencias de celeridad. En E. Kostenwein (Dir.), *Sociología de la justicia penal* (pp. 367-412). EDIAR.

- Kostenwein, E.** (2021). *El castigo, esa otra bestia magnífica*. ASTREA.
- Kostenwein, E.** (2024). *Cómo se construye un judicial*. Didot.
- **Maier, J.** (1996). *Derecho procesal penal, T.1*. Ed Del Puerto.
 - Maier, J.** (1992). *La víctima y el sistema penal*. En AA.VV., J. Maier (Coord.), *De los delitos y de las víctimas* (pp. 183-250). Ad-Hoc.
 - Maier, J.** (2008). *Una tarde con la víctima*. En S. Namer (Comp.), *Las facultades del querellante en el proceso penal: desde “Santillán” a “Storchi”*, (pp. 111-142). Ad-Hoc.
 - **Martinson, R.** (1974). What works? - Questions and answers about prison reform. *The Public Interest*, 35, 22-54.
 - **Mathiensen, T.** (2003). *Juicio a la prisión*. EDIAR.
 - **Pavarini, M.** (2006). Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Ad-Hoc.
 - **Pegoraro, J.** (2005). *Notas sobre el poder de castigar*. <https://www.catedras.fsoc.uba.ar/pegoraro>
 - **Pires, A.** (2001). La “línea Maginot” en el derecho penal: La protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe. *Nueva Doctrina Penal*, 71-76.
 - **Rivera Beiras, I.** (2009). *La cuestión carcelaria: Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Del Puerto.
 - Rivera Beiras, I.** (2011). Algunas notas sobre el debate epistemológico de la cuestión punitiva. *Revista española de sociología*, 15, 103-107.
 - **Rusche, G., & Kirchheimer, O.** (1984). *Pena y estructura social*. Temis.
 - **Rusconi, M.** (2016). *Derecho penal, parte general*. Ad-Hoc.
 - **Scheerer, S.** (2012). Louk Hulsman en el presente. En R. Bergalli & I. Rivera Beiras (Coords.), *Louk Hulsman: ¿Qué queda de los abolicionismos?* (pp. 87-102). Anthropos.
 - **Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Pena** (2024). <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2024/10/sneepbuenosaires2023.pdf>
 - **Sozzo, M.** (2016). Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur. A modo de introducción. En M. Sozzo (Comp.), *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. CLACSO.
 - **Stratenwerth, G.** (1980). *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense.

- **Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A.** (2011). *Derecho penal, parte general*. EDIAR.
- **Ziffer, P.** (1993). Consideraciones acerca de la problemática de la individualización judicial de la pena. En A.A.V.V., *Determinación judicial de la pena* (pp. 89-112). Del Puerto.
- **Ziffer, P.** (2013). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Ad-Hoc.

Anexo I

Entrevistas a jueces y juezas de tribunales orales en lo criminal de Quilmes

Entrevista N° 1:

-Buenas tardes. ¿Cuál es para usted la función de la pena?

-Bueno, depende. Me parece que se juegan muchas cosas y desde el inicio (del juicio) ya van formando la sentencia.

-¿Cómo es eso?

- Tiene que ver con la responsabilidad del sujeto que viene ahí, a juicio, imputado.

- ¿O sea que la sentencia se va construyendo durante todo el juicio?

- Yo por lo menos en lo personal me sucede que uno entra el estrado, ve al imputado, ve a su abogado, uno es una persona, por supuesto que viene con prejuicios, entonces uno trata de contener esos prejuicios.

- ¿Qué prejuicio le da un abogado con la imagen?

- El profesional que viene acompañando ya da una imagen que tiene que ver con si demuestra solvencia o si demuestra conocimiento y cierta posición frente al tribunal, cierta postura hasta gestual, desde lo dialéctico. También la imagen que provoca el imputado... estamos hablando de prejuicio. El imputado no habló y uno ya tiene la imagen que lo acerca a decir, bueno, para ser un poco brutal, vamos al brutalismo... "Y, tiene una cara de delincuente, tiene una cara de abusador sexual"...y todavía no entro ni la víctima, y uno empieza con esa imagen nada más, que es muy breve, es un flash así muy breve donde uno ya construye algo.

- ¿Entonces la determinación de la pena se construye antes que la determinación del hecho?

-Para mí sí, porque ahí empezás a pensar en el 40 y 41.

-Tenemos una idea, tal vez dada por la Academia, o mismo el código de: primero vemos de culpable o inocente y después vemos determinación de pena, pero por lo que vos me decís va junto o hasta primero.

-Forma parte de todo un universo, de cuestiones que van a enlazadas y cuando uno toma la decisión eso ya está, ya está incorporado. Uno de los parámetros más importantes para mí en eso, más allá de lo objetivo del hecho, lo subjetivo, el 40 o el 41, estas cuestiones que tienen que ver con prejuicios, porque ahora me viene a la mente los principios del derecho penal mínimo de Baratta que me quedan absolutamente grabados en mi memoria y los aplico a diario, permanentemente, porque siempre hablamos con los letrados, decimos, bueno, "a ver, acá cerrar una abreviado. Cerraron siete años, a ver y ¿cuánto lleva detenido? Dos o tres. ¿A ver el mínimo? Este mínimo estamos en 5. Y este hombre, ¿qué hacía, no? Trabaja ¿Y cómo es la familia? Y de ahí empezamos ya a pensar en todas las consecuencias de la pena, claro, las consecuencias directas, indirectas, si tiene que cumplir con la cuota alimentaria, si los hijos sufren... y así empieza toda una cadena de consecuencias nocivas que van más allá de la pena o de lo que sea la prevención especial.

-Entonces, ¿Para qué penamos?

- Y yo creo que la pena, en este contexto actual, es retribucionismo. Sigue habiendo una gran cuota de retribucionismo, o sea, pero no solamente los beneficios del retribucionismo, en términos de equilibrio entre la proporcionalidad y el principio de culpabilidad sino que, en realidad, la pena hoy creo que lo que se aplica es el castigo. Más allá de esto que yo digo de mensurarlo y ser lo más adecuado posible a las consecuencias.

- Cuando usted aplica la pena ¿lo está haciendo para aplicar un castigo a alguien que hizo lo incorrecto?

- Igualmente, depende los hechos.

- ¿Siempre se pena para lo mismo?

- Algunos casos son de alarma. En muchos hechos uno advierte que la reincidencia es poco probable. En delitos contra la propiedad, con un delincuente que tiene dos o tres condenas por uso de arma o violencia, yo tengo casi la certeza de que en el contexto en el que vive y va a volver a estar y no hay ningún tipo de herramienta del Estado como para sacarlo de esa situación, yo creo que ese vuelve, reincide. Y

cuando, por ejemplo, delitos que tienen que ver con hechos de abuso sexual, por ejemplo, yo creo que la reincidencia es menor.

- Y cuando hay una sospecha de que la reincidencia va a existir, en penas altas, en robos calificados, en bandas... esa sospecha de que va a reincidir ¿produce alguna variación en la determinación de la pena?.

-Más allá de la reincidencia, por condenas anteriores yo creo que sí, incide en que se eleve. Mucho.

- Pero ¿por qué? ¿Porque te castigo más o porque te quiero más tiempo adentro?

- Yo creo que vienen un poco de la mano. Te dejo más adentro porque mereces más castigo y porque bueno, hay posiciones que dicen que mientras más tiempo esté adentro menos riesgo hay para la sociedad que está afuera y... se siente eso... dejamos a la gente tranquila veinte años. En ese tipo de hechos, en ese tipo de personajes. Y además que viene de la mano de la percepción del psicópata. Uno lo advierte en los juicios, aunque no esté oficialmente declarado y eso no tenga una incidencia formal.

- Podríamos pensar si hay una diferencia cuando el mínimo es de 3 y cuando el mínimo es de 6 y 8, ¿se le da siempre el mínimo al de 6 y 8 de la misma manera que se le da el mínimo al de tres?

- No, porque el mínimo de tres generalmente estuvo poco tiempo detenido o viene a juicio en libertad y entonces ahí hay otra cuestión. A mí me cuesta puntualmente condenar a alguien a una pena de prisión efectiva cuando viene en libertad y cuando, de alguna manera, hemos constatado que el hecho ocurrió hace un montón de años y un hombre rehizo su vida y tiene un trabajo formal y tiene su familia y ahí decimos...ahí viene Baratta. No le voy a imponer una pena de cuatro años, no le voy a hacer por lo menos cumplir 8 meses hasta que recupera la libertad condicional a este tipo y le arruino la vida, la familia.

- ¿se dan más mínimo cuando la mínima es tres a que cuando el mínimo de 6 y 8?

- Cuando el mínimo es 6 y 8, generalmente, como decía Zaffaroni, el "principio de seguridad personal del juez" (risas), en ese delito la persona ya viene detenida.

Entonces uno dice: tiene dos detenido, con cuatro sale, que cumpla dos más, entonces le das un poquito más de 6 y 8. O uno no se detiene tanto en las consecuencias para su vida, en cambio, el de tres como que la piensas más. Ahí vuelve a la misma pregunta o reflexiones... el tipo de hecho merece más castigo, claro, más tiempo, por eso digo que yo, por lo menos discrimino, el tipo de hecho, qué tipo de delito, qué delito cometió, ¿no?

- Bueno, muchas gracias por la entrevista, muy fructífera. Muchas gracias.

Entrevista N° 2

-Bueno, ¿cómo estas? La primera pregunta es ¿Para qué penamos, para qué condenamos?

- Bueno, tenés las múltiples (teorías)...a ver, yo no estoy de acuerdo con ninguna de las que tienen que ver con el retribucionismo, para mí no es retribuir, para mí no es castigo...yo siempre tengo la idea del derecho penal mínimo, o sea, a mí me gustaría no tender hacia más pena sino tender hacia menos pena, no tender hacia más conflicto penal sino a menos conflicto penal. Tenés una situación concreta y es que tenés dos partes en disputa. Tenés una víctima, tenés un imputado y tenés que dar respuestas. Entonces tenés que tener esa cuestión del tratamiento... que vos podés decir ¿es real el tratamiento? Es deficiente el tratamiento, pero es real, hay un tratamiento hacia el condenado, hay una posibilidad...porque uno los ve. Ve la posibilidad de estudiar, la posibilidad de trabajar, ve la posibilidad que en la cárcel, en algún punto, algunos de ellos puedan reintegrarse en la sociedad. Es difícil, sí, pero pasa. Para la sociedad todos los presos son monstruos y la realidad es que está muy lejos de ser así, o sea, tipos que te dan realmente miedo, son muy poquitos. En una carrera de muchos años, un tipo que uno diga "no, este me gustaría que no salga más", internamente, "estos no tendrían que salir más a la calle y ahí porque son unos psicópatas, son pocos".

-Te hago un paréntesis que es muy interesante. Cuando está esa cuestión de "este que no salga más" y tiene, además una causa que lo amerita... ¿Hay una determinación de la pena un poquito mayor, hay una postura ahí de neutralizarlo?

- Sí, hay una postura de neutralizarlo, porque son pocos aparte. Y la realidad es que pasa por ahí. En un mundo utópico se puede pensar pero hoy, con esta sociedad que estamos viviendo, estamos cada vez más lejos, entonces tenés que también dar respuesta a la gente que...cuando hay un hecho... a las víctimas, o sea, también el derecho humano de la víctima existe. Y eso hay que valorarlo. Entonces, bueno, sí, la pena yo sigo de la idea que tiene que ser no para retribuir sino que tiene que ser desde la cuestión de resocializar, tiene un fin resocializador y apuntar a eso con todos los déficits y todas las falencias que puede haber, pero no hay que pensar en la perfección, hay que pensar en ir dando pasos hacia eso.

- Hablando de lo que me comentabas anterior, "este que da miedo", por un lado, y por otro lado la cuestión de atender a las víctimas, y por otro lado resocializar: ¿Siempre penamos para lo mismo?

- Yo pienso que la pena es para resocializar. En algunos (casos) puedo tener una prognosis totalmente negativa, pero no puedo perder la esperanza. Yo peno en todos para lo mismo bien, o sea, no peno para sacar de la cancha. Ahora bien, a alguno le voy a dar un poquito más de pena para sacarlo en un poquito más de tiempo. Tenemos que ser objetivos, guardar un marco de equivalencia, de raciocinio.

- Si se parte de la idea de la resocialización ¿Cómo juega ese patrón a la hora de la determinación de la pena? ¿Cuáles son los factores que me llevan a decir: tal imputado requiere para resocializarse tres años, el otro seis, etcetera?

- Yo creo que en la determinación de la pena hay que mantener una coherencia. Yo siempre he partido del mínimo, por ejemplo, podés partir de diferentes lugares. La coherencia es partir del mínimo, que siempre sea lógico. Yo parto del mínimo. El mínimo es tres, si no tengo ninguna agravante, le voy a dar tres a este, a este y a este. Ahora bien, me plantean agravantes y no todos los agravantes van a ser iguales y empiezo a mirar los atenuantes y ahí empiezo a hacer un juego lógico. Yo siempre, por ejemplo, el ladrón que anda tirando tiros por ahí, eso siempre me pareció más grave, por ejemplo, que quien tiene un antecedente penal por un hurto de un mes. Después de haber trabajado varios años con los mismos colegas, yo creo que hacíamos “cuánto vas a poner vos cuánto voy a poner yo” y no le pifiaríamos nunca,

porque sabíamos cómo trabajaba el otro y eso también son reglas claras para los defensores.

-Que el imputado llegue en libertad al juicio, ¿es lo mismo a que llegue preso?

-Y, la verdad que no tiene mucho sentido meterle 3 y 1 (en lugar de 3 que puede no ser de cumplimiento efectivo). En cambio, meterle 6 y 9 (en lugar de 6 años y 8 meses, que es el mínimo del robo agravado con el uso de arma de fuego) puede ser. Aunque partas del mínimo, sabes que si le das 6 y 9 no cambia nada. 3 y 1 le cambia la vida. Si le doy 3, aun de cumplimiento efectivo, sale a los 8 meses, 3 y 1 ya lo emboco, sale a los dos años...hay una diferencia. Algo sí juega. Aún en mi pensamiento que soy de partir del mínimo siempre. Yo creo que a otros que no parten del mismo le deben, tal vez, jugar más esta diferencia.

-Muchísimas gracias por la entrevista.

Entrevista N° 3

-Buenas tardes. Vamos a la primera pregunta. ¿Cuál es la función de las penas que se imponen en los tribunales orales en lo criminal?

-Creo que no tiene una función hoy en día. La condena no tiene una función. En la práctica. Obviamente que la Constitución nos dice que es para re socializar y no para castigos, pero pareciera que hoy es más una cuestión de castigo. En los papeles uno no ve que la persona que tenga este tratamiento penitenciario cuando salga salga mejor. Y entonces es medio una cuestión retributiva. No es lo que debería ser, es lo que me parece a mí que estamos haciendo hoy.

- En ese en ese sentido, el retribucionismo, ¿tiene alguna relación con la determinación de la pena?

- Nunca lo había pensado en esos términos, pero yo pienso qué sería justo para ese hecho y no cuánto tiempo sería necesario para resocializar a la persona. Entonces en ese caso pareciera que sí, que en la práctica uno sí tiene en cuenta que está castigando.

-Ahora, a la hora de ponderar la pena, ¿influye si la mínima es tres y la pena puede ser de libertad condicional a cuando el mínimo es de 6 y 8?

-En este caso cambia considerablemente el castigo. En ese caso también igual cambia la función de la pena. En ese caso lo tengo en cuenta. Yo siento que la persona es mucho más resocializable afuera que adentro, entonces decís: bueno, lo dejo afuera y capaz... le hago hacer un curso o lo obligo a hacer determinada cuestión que posiblemente sea mucho más redituable para él que meterlo preso. Como uno ve que dentro de la cárcel, no hay un funcionamiento bueno ¿voy a meter preso a un chico de 18 años? Bueno, se me hace que tampoco funciona bien igual lo de afuera, funciona mal, qué querés que te diga, pero sí no tiene sentido mandar a detener a alguien. Ahora hay casos en donde la persona no tiene antecedentes y llega acá detenido y se lo condena.

-¿Que llegue detenido o no influye?

-Sí, cambia la historia. Capaz, por ejemplo, si llega detenido sí le podes poner tres años, pero le vas a poner de cumplimiento efectivo porque por lo general cuando llega acá está para irse con condicional.

-En casos de imputados que cometieron hechos graves, que generan muchos problemas en el barrio, que es un "bardero" y los testigos lo dicen ¿se piensa en la idea de la neutralización?

-Lo que pasa que como nosotros general cuando llega alguien así llega ya detenido. Eso se me hace más en una prisión preventiva donde te puede influir para decir "Bueno, lo dejo detenido porque está molestando". Aca, por lo general, el que no llega detenido es muy claro por qué no está detenido. El que no llega detenido es porque tan bardero no es. Igualmente, que sea un picante hace que puedas darle un poquito más. Aparte hay cosas que influyen en uno sin que uno esté totalmente consciente. Es muy arbitraria la imposición de la pena. La imposición de la pena es la parte más arbitraria del proceso. Y en esa arbitrariedad, hasta tu estado de ánimo de cómo te levantes influye. Yo como que es como un vicio que tengo tratar de explicar muy bien, cada agravante, cada atenuante... El otro día tuve un juicio en el que el fiscal explicaba por qué cada agravante: argumentó que en un delito abuso sexual todos los agravantes del abuso sexual que empiezan a agravar la figura básica van aumentando en un tercio la pena. Entonces dijo por cada agravante que yo encuentro voy a pedir un tercio más a la pena mínima. Aunque sea tuvo un

criterio. Pero al margen, hay algo que yo llamo justicia del caso. Donde se busca la justicia en cada caso, más allá de lo que digan los libros.

-Bien. Paso a otra pregunta. ¿Influye en sus decisiones la opinión de la víctima?

-Está bastante mal hecha la ley. Está muy copiada del código nacional que tiene una distribución de roles distintos en el proceso y a nosotros un montón de veces, sí, es un dictamen por lo general no podemos tener en cuenta porque...no sé, por ejemplo el abreviado. Vos te podes oponer a un abreviado por disconformidad con la calificación o porque hay una cuestión de legalidad o acción digamos. Y la víctima viene y dice "no quiero", y ¿cómo hago para decir que no (a la celebración del juicio abreviado)?

-Muchas gracias por tu tiempo.

Entrevista N° 4

-Muchas gracias por la oportunidad de entrevista. Empezamos con la primera pregunta que es para qué penamos, para qué aplicamos una pena.

-Después de estar acá adentro tanto tiempo, yo no sé hasta qué punto la idea de la pena como re socializadora tiene demasiado anclaje la realidad ¿no?. Yo creo que en definitiva termina siendo un poco de retribución. Es mi visión después de haber visto cómo funciona el aparato penitenciario, después de haber visto qué es lo que sucede cuando se recupera la libertad. Y el alto índice de reincidencia que hoy ves en la gente que vuelve a pisar el tribunal... No creo que tenga hoy, más allá de lo que dice la Constitución y los pactos internacionales, no sé si esa idea de resocialización se condice con la realidad, me parece que uno trata de aplicar una pena que sea, por lo menos en mi caso, qué sé yo, una pena que se ajusta a la gravedad del hecho, me parece que uno tiene más en vista de eso, bueno, el merecimiento por lo que hizo. Sin perder de vista la gravedad del ilícito. Tampoco es el retribucionismo tonto del ojo por ojo y venganza, pero bueno.

-¿y por qué me decías "después de tantos años"?

-Yo sigo estando convencido de la idea, a ver, la idea teórica (de la resocialización), ¿no? Desde lo teórico. El tema que después uno se da cuenta que no funciona así

porque haces las visitas de unidad carcelaria y oh casualidad, el colegio cada vez que llegamos ese día no hay clase. Vas a los talleres y "no, bueno, hoy no están funcionando" ¿cuándo funcionan? A ver, si ya vengo diez veces acá y siempre me pasa lo mismo. Evidentemente no, no funciona. Si vos tenés al tipo que opta por terminar la primaria adentro de la unidad o a la secundaria y después lo estás trasladando todos los meses, lo estás paseando por toda la provincia de Buenos Aires y no lo acompaña su legajo de estudiante, entonces después llega a la unidad y no saben dónde ponerlo porque no saben qué nivel tiene y no le creen al tipo porque necesitan la documentación que avale lo que está diciendo. Y bueno lo pones en la lista de espera y no va a funcionar nunca nada. Si esta el tipo diciendo yo quiero hacer un taller y después no le das la posibilidad de hacerlo y entonces después te vienen los informes cuando vos tenés que resolver una incidencia y están siempre en lista de espera... evidentemente están ocupando un espacio ahí adentro muerto porque no lo están capitalizando de alguna manera. Pero creo que además siendo un poco hasta no sé cómo llamarlo, pero bueno, lo que uno ve también en la realidad... Esa idea de la gente común de que entran y salen peor de lo que entran y medio que se ve, que se está viendo un poco en la realidad. Es lo que yo veo, ¿no? Después de todos estos años.

-¿siempre penamos para lo mismo? Es decir, sin importar el delito, sin importar la persona, ¿Siempre es en este caso castigo?

-Yo creo que después de la reforma del 14 se encargó de sacarle todos los beneficios, por lo que eso también un poco se tiene en cuenta. Entonces eso también uno lo tiene en cuenta, es decir, bueno, está bien, a ver si a este le pongo seis pero se que la va a cumplir toda. Porque si no solo queda la idea de inculzarlo. Saquemoslo del entorno social y lo metemos ahí, que se pudra. Me parece que eso tampoco la idea. Porque aparte a ver otra cosa, es que también me parece que hay otro actor acá que hay que tenerlo en cuenta que me parece que es un actor importante que es fiscal. Es el Ministerio Público Fiscal. Hoy la gran mayoría de las causas, yo te diría que un 80%, termina en juicio abreviado. El resto va a juicio oral. En la negociación de un juicio abreviado siempre el fiscal va a ser un poco más laxo para llegar a un acuerdo. Pero a lo que voy es que de una u otra manera siempre el techo de la pena va a ser el pedido fiscal y si el fiscal es razonable, esa razonabilidad te la está trasladando de alguna manera a vos porque no te vas a ir por arriba. A ver, uy,

acá pidió 9. No sé, un homicidio. Valoró cinco agravantes y pidió 9, un año por arriba al mínimo. Y yo puedo decir "yo le hubiese clavado 15", pero es 9, o sea, el techo me lo fijaron. Yo puedo decir "acá hubiese ido a juicio, hubiese pedido más". Ya está, el techo me lo fijaron, yo no puedo ir por arriba por más que yo quiera ponerle otra cosa. El número está un poco está delimitado por lo que está diciendo el acusador. Pero también, a ver, otra: en el marco de un acuerdo de juicio abreviado generalmente fiscal va al mínimo porque sino no hay acuerdo. Porque si no el defensor te va a decir: si no me ofreces el mínimo me voy a pelear a un debate. Y el problema es el mismo: el sistema no aguanta. Porque si yo te digo, si como política criminal el Ministerio Público dice, bueno, vamos a juicio con todo, el sistema colapsa, en dos meses el sistema colapsa. Porque no pueden sentarse todos los días a hacer juicio. Es imposible. El tribunal capaz tiene un poco más de espalda claro, porque si el tribunal está integrado son tres. Pero el fiscal va a tener que hacer el acusador en todas, en todos los días que venga. Entonces, por eso te digo de nuevo, volviendo un poco a la pena. Yo creo que también el juez está bastante encorsetado con lo que dice el acusador. Y te digo más. Si el fiscal se va de rosca y piden mal mínimo, el defensor lo deja correr, entonces con el cúmulo de laburo se termina achicando el fiscal. Se da cuenta que por más intención que haya la realidad se la termina bajando, porque llega a la fecha de juicio o se acerca la fecha y el fiscal piensa: "¿Tengo que venir a pelear por este robo poblado y en banda? En la misma semana tengo un homicidio agravado". Entonces ya no puede perder tiempo con esto porque esa otra causa le va a llevar tiempo realmente y acá va a ir una perpetua, o sea, va una pena indivisible, no hay vuelta atrás. Entonces la tiene que trabajar bien porque no se puede jugar a una absolución.

-Es interesante lo que me comentás de priorizar el funcionamiento interno.

-Lo que pasa que que es un boomerang eso. Porque vos decís, no, a ver, la política del Tribunal es rechazarte todos los abreviados porque no me gustan las penas, porque para mí eso es blando. Y con esa postura no resiste, me parece que ningún órgano de juicio hoy resistiría esa política. En definitiva, se estaría pegando su tiro en el pie, porque tarde o temprano le va a explotar porque va a tener un montón de detenidos a disposición, se le va a empezar a generar un quilombo de incidencias, porque va a tener pedidos de libertad, pedidos de morigeración, se va a exceder con el plazo razonables porque no va a tener capacidad operativa... O sea, te viene una

avalancha de causas que te pasa por arriba y ahí te das cuenta que no fue una buena política. Pero además de que me sirve tener todo ordenado, además, te exigen tener todo ordenado, porque tenés arriba tuyo al que te va a partir al medio si te mandas un moco que es la Corte. Y la Corte está todo el día monitoreando. Todo el tiempo. Entonces vienen y te dicen, escúcheme, aca se atrasó, y a este tipo lo tiene preso hace tres años y no hizo juicio y para que llegue a la fecha de debate tiene que esperar un año más. La cámara que también te está diciendo, escúchame, mirá, le denegaste acá, pero yo te convalido esta decisión, pero la próxima vez venime con la fecha de debate.

-Clarísima la postura, se entendió a la perfección. Muchísimas gracias por el tiempo.

Entrevista N° 5

-Muchas gracias por recibirme. ¿Para qué penamos?

- Primero para hacer cumplir la ley; segundo, por más que lo neguemos, hay mucho de retribución, hay mucho de retribución por más que...En cierta manera terminamos negando y decimos que no, pero el fundamento básico, me parece, lamentablemente, que es la retribución. Para que haya orden social en torno a todo lo que se aplica y que el imputado comprenda, que el condenado comprenda, cuál es el error que cometió y por qué debe cumplir esa pena.

-Bien, noto que me decís "lamentablemente", "aunque lo neguemos" ¿por qué me decís eso?

-Porque a veces son actos que el imputado o el condenado cometen en una situación determinada, en un momento determinado, que termina marcándole la vida. Por ahí un delito contra la propiedad, actos tan sencillos, que terminan repercutiendo de una manera sumamente grave. Recién hablaba con un defensor y un fiscal, que hace dos meses me robaron acá a las 2 de la mañana. Cuatro sujetos en dos motos con dos armas me robaron a mí y a otro más. Si lo tenés que calificar, lo calificas como robo agravado por el uso de arma no apta y por ser cometido en poblado y banda. Una pena de tres a diez. Tenés como agravante pluralidad intervinientes, en motocicleta, pluralidad de armas, pluralidad de víctimas. Normalmente ese hecho nosotros si

tenemos que condenar tranquilamente podemos poner una pena de cuatro años y seis, o 5 años. Y yo viéndolo como víctima dije: es una locura. Ese hecho yo no lo padecí, no lo sufrí... Quizás otra persona lo sufra de mayor manera, pero dije "que este delito tenga una pena de 3 a 10 me parece un montón". Con todas las agravantes que te digo, que es válida, que nosotros si llega el momento a mí me cuentan un hecho de estas características probablemente le ponga una pena de 4 años para arriba. Pero en ese tipo de delitos y sí, lamentablemente tenés que condenar. Yo tiendo bastante a bajar las penas, más cuando son chicos de 19 o 20 años veo que en los visus, cuando tienen una vida dura con ausencia paterna o ausencia materna, me sigue sensibilizando un poco.

-Bien, perfecto. Ahora, vuelvo a la primera respuesta. Vos me decías que la pena, "A nuestro pesar, es retribución". ¿Por qué lo decías?

- Lo que establece la Constitución, lo que establecen los pactos y lo que yo comparto es la resocialización, pero no, no, alcanza, solo con eso no alcanza. Con decirle andá a tu casa y la próxima no lo hagas, sabemos que lamentablemente van a entender un rato y a la vuelta, a los 15 días, van a caer en la misma, y la prisión no resocializa. En una visita en la unidad 42, el otro día, 15 personas en una celda donde tendría que haber seis. Los colchones no eran colchones, era insostenible, los presos decían "prefiero esto antes que estar en el campo que no me veo mi familia, o que se tengan que gastar el sueldo porque me tienen que venir a visitar"...Y no salen, hay muy poca actividad más allá del esfuerzo del servicio porque se nota que hacen el esfuerzo. Que estén 15 implica que no puedan tener tratamiento en casi de ninguna índole sí, algunos oficios, pero no, la cárcel, no, no resocializa para nada.

-¿La pena siempre tiene la misma finalidad?

-Solamente en lo que llevo de acá en el tribunal, una sola vez me quedé con ganas de ponerle más pena a uno, porque el código no me lo permitía. Era de 10 a 15 una tentativa de homicidio agravado por el vínculo. Creo que fue en el único caso que dije el código se queda corto. Es que el código ha variado tanto, han crecido tanto las penas...la perpetua de antes era mucho menos que la de ahora y este quedó desactualizado. Nunca pensé que me iba a pasar eso porque yo soy crítico de las penas altas y en ese caso me quedé con que el código se quedó corto pero más allá de eso no impongo la pena pensando ni en la víctima, mucho menos en los medios.

Lo bueno de los tribunales es que se agarra todo frío, no sé si los jueces de garantía, los fiscales tendrán presiones. La víctima cuando llega la causa viene con bronca, pero mucho menos bronca que en la etapa de instrucción, ya tiene todo aceptado, ya sabe cómo es el tema. Lo mismo los medios, casos resonantes que fueron en algún momento tapa de todos los diarios vienen acá pasa, por suerte, casi desapercibido.

-Te llevo a otra pregunta. ¿Influye si el imputado llega en libertad o no al juicio?

-A veces con el mantener el status quo, es decir, viene libertad, hagamos el esfuerzo para que continúe en libertad... pero sí, el que te dice que no te miente. Más que nada para forzar la situación para mantener la libertad. Capaz que si llega detenido le das 3 y 6. Si llega en libertad tratás que siga en libertad, salvo que sea un caso muy grave como para darle 3 y seis. Que ahí te preguntás. ¿Cómo puede ser que lo dejaron salir a este? Y también a la inversa. Hay casos que no se entiende por qué no los excarcelaron antes.

-¿Tenés algún criterio para determinar el merecimiento de pena?

-Nosotros en la sentencias en general dedicamos hojas y hojas para la autoría, para la calificación... y al momento de cuantificar la pena el fiscal valoró como agravante la nocturnidad, la pluralidad de intervinientes y como atenuante la carencia de antecedentes. La carencia antecedentes la podés tomar como atenuante, también es discutido si la pluralidad interviniente la puede tomar como agravantes y la nocturnidad porque no es lo mismo a las 8 de la noche acá en el centro de Quilmes que a las 8 de la noche en otro lugar. Todo eso se discute. Ahora bien, cuando vos impusiste la pena, parece una cuestión absolutamente indiscutible. Con la misma valoración de agravantes y atenuantes podés poner una pena de cinco o podés poner una pena de siete. Lo único que discute es agravante o atenuante. De hecho casación te dice que en la pena ellos no se pueden meter. Yo creo que eso hay que discutir. Por qué cinco y no siete. A mí me pasa. Arranco: cinco años por determinado hecho. Vengo, lo analizo de vuelta: no, cuatro y seis. Y la de cinco también era justa. ¿Y qué me hizo cambiar? Que un día me levante bien, estoy más sensible, que por ahí lo comparo con otra que digo, al otro le di cinco pero era un hecho mucho más grave que este... y en eso parece que no hay no hay discusión, no hay manera de entrar a discutir eso. Se supone que la imposición de la pena es discrecional, pero

hay veces que no está fundamentada y deja de ser discrecional para transformarse en arbitraria. Y si yo a uno le doy seis y al otro le doy tres es en algún punto en alguna de las dos es arbitraria.

-Muchas gracias por la entrevista.