

ENTRE LA GARANTÍA OLVIDADA Y LA PENA ANTICIPADA
BETWEEN THE FORGOTTEN PENALTY AND THE (ANTICIPATORY
SENTENCE) or (EARLY RELEASE)

Gabriel Horacio Gómez Benítez¹

Fecha de recepción: 8 de octubre del 2025.

Fecha de aprobación: 30 de noviembre del 2025

RESUMEN: En el sistema penal argentino y de América Latina es cada vez más común la implementación de la prisión preventiva. Este fenómeno, aunque no tiene publicidad en la sociedad, evidencia el uso del derecho penal como una herramienta de control social y político. Los jueces toman decisiones no para materializar la justicia, sino para satisfacer intereses políticos o personales, lo cual deviene en la pregunta de si los jueces se han transformado en burócratas que aplican el derecho de forma irreflexiva. Esta forma de aplicación jurídica es una forma de maldad burocrática, que debe ser combatida por el cuestionamiento y la reflexión.

PALABRAS CLAVE: Prisión preventiva; pena anticipada; banalidad del mal; juez burócrata; derecho de defensa: garantías penales; control social.

ABSTRACT: The use of pretrial detention is increasingly common in the Argentine and Latin American criminal justice systems. This phenomenon, although not widely publicized, demonstrates the use of criminal law as a tool of social and political control. Judges make decisions not to enforce justice, but to satisfy political or personal interests, which raises the question of whether judges have become bureaucrats who apply the law thoughtlessly. This form of legal application is a form of bureaucratic evil that must be combated through questioning and reflection.

¹ Abogado y jefe de trabajos prácticos de Teoría General del Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Diplomado en Argumentación Jurídica por la Universidad Católica de Cuyo y doctorando en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

KEYWORDS: Pretrial detention; anticipatory penalty; banality of evil; judicial bureaucrat; right to defense; criminal guarantees; social control.

ÍNDICE: 1. ¿Defensa o castigo? Cuando la prisión preventiva reemplaza al juicio; 2. Cuando la defensa es solo un trámite; 3. Prisión preventiva: ¿medida cautelar o castigo anticipado?; 4. La práctica como parte del problema; 5. ¿Entonces cualquiera puede ser malo?; 6. ¿Y ahora qué?; 7. Bibliografía.

1. ¿Defensa o castigo? Cuando la prisión preventiva reemplaza al juicio

"El Proceso", la novela de Franz Kafka, narra la historia de Josef K., un hombre arrestado sin conocer el motivo y arrastrado por un proceso judicial enigmático y absurdo, en un laberinto burocrático interminable. A medida que intenta entender su situación, se enfrenta a instituciones opacas, reglas contradictorias y personajes excéntricos, en un sistema que encarna la deshumanización de la justicia moderna. La novela refleja la *angustia existencial de un individuo alienado*, consumido por la culpa y la impotencia frente a un poder que lo aplasta sin explicación. En este escenario descrito, donde la lógica está ausente y la vida parece carecer de sentido, Josef K. encarna la lucha desesperada por comprender su destino, simbolizando la búsqueda de sentido en un mundo marcado por la opresión, la incertidumbre y el absurdo.

Ahora, este Kafka que relata una ficción, que tan bien nos cae a los abogados, no deja de representar una caricatura novelesca de un gran problema que disimulamos en la modernidad: nuestros sistemas penales están sometidos a la dicotomía entre *funcionar como un sistema de garantías*, o *expresar lo más duro y crudo del poder represivo*.

Imaginemos esta escena: alguien es acusado de un delito y, antes de que un juez determine si es culpable o inocente, ya está preso. No hay sentencia, pero hay cárcel. No hubo juicio, pero sí castigo. ¿Suena raro? Debería. Pero en Argentina —y en buena parte de América Latina— es algo *cada vez más común*. Y lo preocupante es que muchos ya lo ven como normal.

Las voces de peso en el mundo jurídico encienden la alarma sobre este tema. Sendos pensadores recorren los pasillos de la facultad preocupados, y se prestan ávidos a dictar copiosas charlas. Y aun así, ninguna de estas elucubraciones suele llegar al público en general. No lo vemos en la tele o en las redes sociales. Con todo, nuestro problema es realmente doloroso: *el sistema penal está dejando de ser una garantía para convertirse en una herramienta de control.*

2. Cuando la defensa es solo un trámite

El catedrático de la UBA, Maximiliano Rusconi, llegó a plantear hace poco que el derecho de defensa, ese que tantas veces damos por sentado, ya no es sino un trámite². Tan debilitado está en la actualidad, que se ha transformado en una sola complementación de diligencias formales, para dar una *apariencia de legalidad*. Quizás muchas veces los operadores jurídicos —esos que toman las decisiones— se olvidan de que no alcanza con nominar un derecho, que no alcanza con decir que alguien tiene derecho a defenderse si después se lo priva de las condiciones mínimas para hacerlo.

Y en ese problema podemos dar buenos ejemplos. Muchas veces, el imputado no sabe exactamente de qué se lo acusa, no puede participar activamente de la investigación, no proponer pruebas o ni siquiera puede hablar con libertad con su abogado. Todo esto empeora cuando está *preso antes del juicio, como si ya fuera culpable*.

3. Prisión preventiva: ¿medida cautelar o castigo anticipado?

Todo esto viene de la mano de la forma en que se entiende en muchos casos la tarea de hacer justicia. Vamos ahora al hueso del problema: la prisión preventiva no se usa como una medida excepcional para garantizar el proceso, sino como un *modo encubierto de castigar antes del juicio*. Se aplica de forma rutinaria, sin justificar bien por qué, y —peor aún— con un sesgo al castigo.

² Maximiliano Rusconi, “Dr. Maximiliano Rusconi- Un juicio sin defensa (relato de una garantía olvidada)”, 2025, conferencia en la Asociación de Magistrados de Tucumán, <https://www.youtube.com/watch?v=3wQxIyAUzhI&t=2s>

¿Quiénes son los singularizados? Bueno, son los *estereotipos*... jóvenes pobres, vestidos de la misma manera, uniformados de “chorros”... aquellos que no tienen “contactos”.

Bueno, es que debemos entender que el sistema penal no actúa en el vacío. No es un organismo aislado que tiene autonomía y vida propia al margen de nuestra historia. Trabaja en una sociedad desigual, y trabaja con esas desigualdades. *El problema no es solo legal, es también político y social.*

El exjuez de la Corte Suprema, Raúl Zaffaroni, también ha sido una de las voces más firmes en advertir sobre este fenómeno. En una conferencia reciente, ante jueces locales, nos contó que muchas veces se impone la prisión preventiva *no por razones jurídicas válidas, sino por miedo al “clamor popular”*³. Es decir, por temor a cómo reaccionarán los medios o la sociedad si no se encierra a alguien. El proceso penal no actúa como garantía, salvaguardo de derechos individuales, sino que termina funcionando como un *espectáculo de control simbólico*. Lo que importa no es la legalidad, sino la apariencia de mano dura.

Cuando los jueces deciden en función del ambiente mediático y no del expediente, dejan de impartir justicia para convertirse en *operadores del poder punitivo*. La prisión preventiva deja de ser una medida de excepción y se convierte en una *herramienta de castigo social anticipado*. En vez de proteger la presunción de inocencia, la vulnera. En vez de aplicar el derecho, se rinde a la presión del afuera. Y esa es, tal vez, una de las señales más claras de que algo está fallando en nuestro sistema judicial.

4. La práctica como parte del problema

Apuntemos al corazón del asunto: el derecho, que debería servir para limitar los excesos del poder estatal, muchas veces *los legitima*. Con tecnicismos, con excusas, con peligrosidades presumidas que nadie se preocupa por comprobar.

³ La Gaceta, “Ante jueces locales, Zaffaroni cuestiona la prisión preventiva”, 12 septiembre 2020, <https://www.lagaceta.com.ar/nota/860198/actualidad/ante-jueces-locales-zaffaroni-cuestiona-prision-preventiva.html>

Se volvió común que la prisión preventiva *sea la regla y no la excepción*, y eso convierte al juicio en una formalidad. Cuando el acusado llega a la audiencia ya pasó meses —o años— preso. ¿Qué defensa real puede tener en esas condiciones?

Tampoco es cuestión de ser crueles. No sabemos hasta qué punto es un problema estructural del modelo. Sí es cierto, que parte del problema (y de la solución) está en los jueces y fiscales. Pero no para que hagan más de lo mismo, sino para que *se animen a pensar distinto*. Que no apliquen el derecho como si fueran máquinas, sino que se pregunten por el sentido de lo que hacen. Que se hagan cargo de que mandar preso a alguien sin condena debería ser una decisión extremadamente delicada. No un trámite.

Este tipo de reflexiones nos llena de interrogantes: ¿acaso los jueces son simples burócratas? ¿Acaso es otro capítulo de nuestra relación humana con la banalidad del mal?

Esta imagen del juez como burócrata del poder punitivo nos presenta un problema que ya no es simplemente jurídico, ya que nos remite a la noción de la banalidad del mal que desarrolló Hannah Arendt a partir del juicio a Adolf Eichmann. Esto en su obra *Eichmann en Jerusalén: Un estudio sobre la banalidad del mal* publicado en 1963⁴.

En un sentido técnico, los jueces *sí forman parte de la burocracia estatal*, eso no es susceptible de duda. Son funcionarios que aplican normas, dentro de un aparato institucional jerarquizado, regido por procedimientos y protocolos. Pero cuando hablamos de “juez burócrata”, desde un punto de vista más bien crítico, no nos referimos solo a su rol formal, sino actitudinal; la del operador que *se limita a ejecutar reglas sin reflexionar sobre su sentido, sus consecuencias o su legitimidad*, muchas veces desentendiéndose del drama humano que atraviesa cada caso.

⁴ Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal* (Barcelona, España: Editorial Lumen, 2003),
<https://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/09/Eichman-en-Jerusalem.pdf>

Este tipo de juez —formalista, indiferente, obediente— puede encajar perfectamente en el análisis que hizo Arendt.

En *Eichmann en Jerusalén*, Hannah Arendt observa que el acusado —uno de los organizadores logísticos del Holocausto nazi— *no era un monstruo sádico, sino un funcionario gris, obediente, que no pensaba en el contenido moral de sus actos*, solo en cumplir órdenes y escalar dentro de su estructura⁵. De ahí su noción de *banalidad del mal*: el mal no siempre es espectacular o abiertamente perverso; muchas veces es trivial, burocrático, administrado desde escritorios por personas que “solo hacen su trabajo”.

Aplicado a la justicia penal contemporánea, especialmente en lo que respecta a la prisión preventiva y otras decisiones que afectan directamente derechos fundamentales, el juez que impone medidas sin una evaluación crítica, repitiendo fórmulas vacías (“peligro de fuga”, “alarma social”), podría estar *banalizando el sufrimiento humano*. Al actuar como engranaje de un sistema que castiga sin juicio o sin prueba suficiente, contribuye a la producción de daño desde la comodidad del procedimiento, como quien firma porque así lo indica el protocolo. “*Ante mí que doy fe*”, dice la vieja fórmula judicial.

Cuando el proceso penal se vuelve una rutina sin conciencia, cuando se juzga por “reflejo” o por miedo al noticiero de la noche, el sistema se acerca peligrosamente a esa burocratización del mal que Arendt denunció.

Pensar al juez como un sujeto que no solo aplica la ley sino que la interpreta críticamente —que se incomoda, que se interroga— es una forma de resistir a esa maquinaria.

5. ¿Entonces cualquiera puede ser malo?

La respuesta es tan terrible como evidente: Sí. *No hace falta ser un monstruo para hacer el mal*. En concreto, este es el mensaje más poderoso e inquietante de la obra de Hannah Arendt. *Hacer obras monstruosas no está tan lejos de nosotros, sino que puede estar en lo cotidiano*; en el simple

⁵ Ibid.

cumplimiento de órdenes, en el común seguimiento de reglas, en la repetición de fórmulas sin considerar a quién dañamos⁶.

¿Cuándo puede aparecer ese mal? En cualquier tarea, en ocasiones en que actuamos sin hacernos preguntas. Puede expresarse en cosas muy grandes —como genocidios organizados desde oficinas— o en cosas más pequeñas, como cuando un juez dicta una prisión preventiva automática, un funcionario niega un derecho sin revisar el caso, o alguien mira para otro lado ante una injusticia “porque no es su responsabilidad”.

Es evidente que en cuestión de grados no se habla del mismo tipo de daño; pero no quiero que dejemos de lado que se trata de la misma naturaleza irreflexiva.

Estamos hablando de una “maldad” que *no se reviste de un odio o una crueldad explícita*; porque no todo se reduce a obras “con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso”. A veces se presenta con traje y corbata, con lenguaje técnico, con formularios y sellos; es decir, *está más cerca de lo que creemos*. Puede ser normal, cotidiano, sin gritos ni violencia visible, en el marco de instituciones perfectamente legales.

Quizás siempre nuestra cultura estuvo ligada a este miedo... No por nada existe la visión de pecado que nos dice “*pensamiento palabra obra y omisión*”; es decir, ya la concepción judeo-cristiana se hace eco de este tipo de reflexiones. Y quizás uno de los males de la modernidad, fue desligarnos de ese sabio temor que tenían nuestros antepasados.

Es importante tener en cuenta esa directriz —aunque lavada de pensamiento teológico si se quiere: *somos responsables por lo que hacemos, sino también por lo que dejamos de hacer*, por lo que callamos, por lo que toleramos sin intervenir.

Esto conecta de manera directa con Arendt; no obra mal solo el verdugo sádico, sino la del que “omite” pensar, la del que calla cuando debería hablar, obedece cuando debería cuestionar, deja pasar lo injusto porque no lo

⁶ Ibid.

considera su problema. Esa figura del funcionario que “sólo cumple con su deber” puede ser leída también como alguien que peca por omisión, según el lenguaje moral.

La responsabilidad ética es individual e indelegable. Esa es la advertencia que se nos hace desde estos puntos de vista. Nadie puede hacerse el desentendido diciendo “yo nada más cumplí órdenes”, “solo hice lo que me dijeron”. Ni el burócrata que firma un dictamen injusto, ni el juez que aplica una medida sin convicción, ni el ciudadano que ignora una injusticia. Lo notable es que estas ideas *se cruzan entre la filosofía política, la teología y el derecho*.

6. ¿Y ahora qué?

La pregunta que queda flotando es sencilla, pero a la vez muy profunda: ¿queremos un sistema penal que respete las garantías, o uno que castigue por las dudas?

Y en ese razonamiento, es imposible no mencionar la vieja *ratio Blackstone*, la fórmula de Blackstone, que pronunció en el siglo XVIII, "es mejor que diez personas culpables escapen a que un inocente sufra".

Restituir el derecho de defensa como una herramienta viva, y no como un sello en un expediente, implica revisar de raíz nuestras prácticas judiciales. Y sobre todo, entender que detrás de cada caso hay una persona. Una persona que, mientras no se demuestre lo contrario, es inocente.

Porque si no somos capaces de defender a quien es acusado antes de que se pruebe su culpabilidad, quizás algún día nos toque estar del otro lado. Y ahí sí, será demasiado tarde para darnos cuenta de lo que perdimos.

7. Bibliografía

Arendt, Hannah. *Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal*. Barcelona, España: Editorial Lumen, 2003.

<https://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/09/Eichmann-en-Jerusalem.pdf>.

D'Auria, Andrea. “La presunción de inocencia en el derecho penal canónico. Cuestiones problemáticas abiertas”. *Ius Canonicum* 64, no. 127 (2024): 109-162. <https://doi.org/10.15581/016.127.003>.

La Gaceta. “Ante jueces locales, Zaffaroni cuestiona la prisión preventiva”. 12 septiembre 2020.
<https://www.lagaceta.com.ar/nota/860198/actualidad/ante-jueces-locales-zaffaroni-cuestiona-prision-preventiva.html>.

Rusconi, Maximiliano. “Dr. Maximiliano Rusconi- Un juicio sin defensa (relato de una garantía olvidada)”. 2025. Conferencia en la Asociación de Magistrados de Tucumán. 1:07:45.
<https://www.youtube.com/watch?v=3wQxlyAUzhl&t=2s>.