

**Breve comentario crítico al proyecto de reformas del régimen excarcelatorio bonaerense.**

Por Emanuel Gonzalo Mora.

SUMARIO: El texto del proyecto y su exposición de motivos- El sentido y espíritu del texto- El inevitable paralelismo con la doctrina del Malleus Maleficarum- La prohibición de autoinculpación y presunción de inocencia- Consideraciones finales- Bibliografía.

El texto del proyecto y su exposición de motivos: Como es de público conocimiento, en estos momentos se está ante la posibilidad del debate en el seno de la Cámara de Senadores de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, de un proyecto de reformas (uno más y van...) al Código Procesal Penal estadual, que busca limitar la concesión de las excarcelaciones cuando se trate de delitos de tenencia y portación de armas de fuego, bajo el lema subliminar de las campañas mediáticas de ley y orden.

Si bien se ha informado medianamente cual resultaría ser el sentido de la reforma, no es abundante el acceso público al texto de la misma, el cual no ha sido hallado por mí en la página correspondiente del Poder Legislativo provincial, habiendo tomado contacto con el mismo a partir de fuentes periodísticas.

Resulta útil traer a colación la cita textual del texto en cuestión, a efectos de viabilizar correctamente el análisis del mismo y, de tal modo, emprender su testeado de constitucionalidad.

Se realizará una cita íntegra<sup>1</sup>, asumiendo el costo respectivo, con el objeto de que su verificación pueda efectuarse en su integridad, y no así fuera de contexto.

De tal modo, en su artículo primero, el proyecto reformula el texto del actual art. 171 del cuaderno ceremonial de tal forma: *“Denegatoria. En ningún caso se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. La eventual existencia de estos peligros procesales podrá inferirse de las circunstancias previstas en el artículo 148°. Tampoco se concederá la excarcelación cuando, en los supuestos de tenencia o*

*portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento. A fin de garantizar la correcta aplicación de las disposiciones precedentes y de lo normado en el artículo 189 bis apartado 2º párrafo octavo del Código Penal, a partir de la aprehensión la autoridad policial o judicial requerirá en forma inmediata los antecedentes del imputado”.*

Como se observa, la primera parte es el actual art. 171 sin aditamentos, el texto remanente consiste en el agregado por este proyecto, que limita la concesión del beneficio allí cuando el encartado, previo a su aprehensión, hubiera intentado fugar o, más específicamente, impedir el accionar policial (que es el presupuesto fáctico general), es decir, se agrava su situación procesal cuando haya intentado preservar su libertad ambulatoria mediante cualquier acción evitativa de su aprehensión, sea la fuga, su resistencia o simplemente, el mero hecho de evitar un control policial, que bien encuadraría en el supuesto (el proyecto expresa como una de las formulaciones que el imputado “*hubiera intentado... evadir un operativo público de control*”, no resultando necesaria una fuga cinematográfica), abriendo paso a la arbitrariedad de los funcionarios policiales en la redacción del acta de procedimiento.

El segundo artículo, no menos polémico que el primero, señala que “...*Las disposiciones de la presente Ley regirán en forma inmediata y se aplicarán aún respecto de los procesos, incidentes y recursos en trámite, sin afectar derechos adquiridos ni la validez de los actos cumplidos...*”. Cabe preguntarse si era necesario el agregado referido a la no afectación de derechos adquiridos, salvo que se considere dudosa la constitucionalidad del texto. Resulta por demás dudosa la constitucional de la pretensa norma, por su palmaria afrenta al principio de irretroactividad de la ley penal.

Finalmente, la exposición de motivos dice lo siguiente: “...Se somete a consideración de Vuestra Honorabilidad el proyecto de ley que se adjunta para su sanción, a través del cual se propicia la modificación del artículo 171 de la Ley Nº 11.922 y modificatorias -Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires-. Es convicción del Gobierno Provincial que los mayores esfuerzos en materia de seguridad **deben focalizarse en la prevención de los delitos y para ello**, además de potenciar la operatividad policial con la incorporación permanente de más personal, la renovación y fortalecimiento de la logística y la incorporación de nuevas tecnologías, **resulta determinante adecuar los marcos normativos a fin de aumentar la eficacia de las actividades preventivas.**

En tal sentido, esta gestión de gobierno ha centrado los mayores esfuerzos en la persecución del narcotráfico, los desarmaderos ilegales, la trata de personas, **y la provisión y circulación ilegítima de armas de fuego**. Sin perjuicio de los distintos programas de desarme voluntario en curso y de la decisión de proceder a la destrucción de las armas incautadas o entregadas por la ciudadanía, **se estima ahora conveniente readecuar el marco normativo procesal** para lograr por un lado la aplicación eficaz y uniforme en la provincia de la normativa nacional que reprime la tenencia o portación ilegítima de armas de fuego y, por otro, **propiciar un análisis particularizado y cuidadoso de determinados supuestos de hecho que se vinculan en forma directa con la problemática de la seguridad ciudadana** y –lo que resulta determinante- exhiben además desde lo procesal aristas relevantes en orden a los principios que rigen la coerción durante el proceso. Como es sabido, tanto la Constitución Nacional como la Provincial imponen como principio básico la libertad del imputado durante la sustanciación del proceso, regla que, por otra parte, recepta también claramente el Código Procesal Penal en los artículos 1, 3, 144 y cctes; empero existe también en nuestro medio suficiente consenso doctrinario y jurisprudencial en el sentido que la libertad durante el proceso puede ser limitada cuando exista peligro de frustración de los fines del proceso, básicamente mediante la posibilidad de fuga o de entorpecimiento de la investigación (conf. art. 148 del Código Procesal Penal). En ese marco, la presente propuesta conjuga **la decisión de política criminal de dotar de mayor eficacia a las actividades y programas de prevención** con la de propiciar un análisis focalizado de la situación procesal de quienes sean aprehendidos por los delitos de tenencia o portación de armas de fuego (ilícitos que, con razón, la doctrina considera de peligro o, en su caso, preparatorios de otros delitos) sin renunciar ni limitar en modo alguno los principios básicos que rigen la restricción de la libertad durante la tramitación del proceso penal. Por eso, la norma que se propone apunta por un lado a que los órganos judiciales cuenten con la imprescindible información de antecedentes **a fin de considerar la eventual aplicación -a los efectos excarcelatorios- de la agravante de pena contenida en el artículo 189 bis, apartado segundo párrafo octavo del Código Penal**. Y por otro, a que sea especialmente considerada la situación de quienes, encontrándose incurso en alguno de los delitos mencionados, **evidencien durante el procedimiento policial su voluntad de no someterse a la persecución penal**, sea por intentar eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento (conforme artículo 148 inciso 4° del Código Procesal Penal). En concreto, el presente proyecto **pretende entonces profundizar la política criminal tendiente a combatir el circuito ilegal de armas de fuego**, proponiendo dos modificaciones esenciales: 1) *limitar la excarcelación en los supuestos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego cuando el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o resistirse al procedimiento*; 2) *obligar a la autoridad policial y judicial a que desde los primeros momentos requiera los antecedentes del imputado para la plena aplicación de las normas excarcelatorias*. En relación a este último punto, debe recordarse que en el artículo 189 bis apartado segundo párrafo octavo del Código Penal se agrava especialmente la pena

para los delitos de portación de armas de uso civil o de guerra, cuando los mismos fueren cometidos por quienes cuenten con antecedentes por la comisión de algún delito doloso contra las personas, o de un delito cometido con el uso de armas, o bien cuando el imputado se encontrare gozando de una excarcelación o eximición de prisión anterior. No obstante, se ha advertido que en muchas ocasiones la libertad del imputado se hace efectiva sin verificar previamente la existencia de antecedentes penales, lo que impide constatar –al momento de decidir la excarcelación- si resulta o no de aplicación la agravante mencionada. A partir de ello, se observa la necesidad de asegurar la plena operatividad de dicha previsión legal, siguiendo la metodología y lineamientos de la reforma introducida por Ley N° 14128, de manera de dotar a la justicia de nuevas herramientas para que pueda actuar con la máxima certeza y equilibrio al momento de decidir sobre un tema esencial como es el referido a la libertad o el encarcelamiento de una persona. Como queda claro, el presente proyecto –al igual que la mencionada reforma realizada por la Ley N° 14.128- no reconduce a experiencias anteriores de dudosa constitucionalidad, en que se pretendieron establecer nóminas de delitos inexcarcelables (ver, entre otros, fallo “Nápoli, Erika Elizabeht s/ infracción al artículo 139 bis del C.P.” sentencia 22 de diciembre de 1998), sino que se mantienen absolutamente incólumes los principios generales aplicables a la materia. La sanción de este proyecto por esa Honorable Legislatura, complementará el sentido de las reformas introducidas por Leyes N° 13.811 (de Flagrancia), N° 13.812 (de Casación) y N° 13.943 (armonización integral del C.P.P.), y N° 14.128 (también de adecuación del régimen excarcelatorio), como instrumentos aptos para fortalecer el respeto de las garantías de imputados y víctimas y dotar a la justicia de las herramientas legales necesarias para resolver con equilibrio y prudencia casos y situaciones de hecho que exhiben evidente incidencia en materia de seguridad ciudadana. En definitiva, la aprobación de la presente iniciativa va a permitir potenciar las distintas acciones que se han implementado desde la Provincia para reducir el circuito ilegal de armas de fuego, aportando una herramienta más para la prevención de los delitos violentos manteniendo siempre el respeto por los lineamientos de la Constitución Nacional y Provincial. A mérito de las consideraciones vertidas, es que se solicita de ese Honorable Cuerpo la pronta sanción del proyecto adjunto. Dios guarde a Vuestra Honorabilidad...”.

El sentido y espíritu del texto: Aquí realizaremos una breve referencia a que es lo que se pretende con dicha potencial reforma, siendo en este punto se justifica la cita textual íntegra de la exposición de motivos antes efectuada.

Allí se focaliza en la necesaria prevención de la futura y eventual comisión de delitos, para lo cual se considera menester readecuar el marco legislativo, acorde a dicho objetivo político, en lo cual se enrola la evitación de la circulación ilegal de armas de fuego en el territorio provincial.

Se referencia que resulta necesario *“propiciar un análisis particularizado y cuidadoso de determinados supuestos de hecho que se vinculan en forma directa con la problemática de la seguridad ciudadana”*, lo cual evidencia que la inexcusabilidad se encamina a evitar que sujetos considerados parte integrante de la cadena de tráfico de armas de fuego no puedan continuar con su actividad, por más que se lo matice con frases tendientes a evitar la frontalidad que provocaría considerar culpables en forma apriorística a personas aún presumidas inocentes.

También se postula la decisión de otorgar mayor eficacia a los programas de prevención con dicha reforma, en buen romance: se considera conveniente mantener la privación cautelar de la libertad de los imputados por tales hechos, en razón de que el delito de peligro abstracto justifica ello, ya sea por el peligro en sí mismo, o bien en virtud de que la portación de armas significa un acto preparatorio previo a la comisión de posteriores crímenes, adelantando así la punibilidad.

Se constata la preocupación (al menos declarada) de la administración, puesto que refiere que es trascendente que la autoridad judicial cuente inmediatamente con los informes de antecedentes del causante, a fin de verificar la posible aplicación de la agravante contenida en el art. 189 bis, inciso 2, 8vo párrafo del Código Penal de la Nación, que eleva la escala penal de 4 a 10 años de prisión, tornando inexcusable, conforme al art. 169 del ritual, la portación de armas de fuego de aquél que registre una condena previa por delito doloso contra las personas o con armas, o bien que se encuentre gozando de una eximición de prisión o excarcelación anterior.

Ello se torna palmario cuando se expresa que *“...se ha advertido que en muchas ocasiones la libertad del imputado se hace efectiva sin verificar previamente la existencia de antecedentes penales, lo que impide constatar –al momento de decidir la excarcelación- si resulta o no de aplicación la agravante mencionada...”*.

Esta última circunstancia desnuda la finalidad verdadera de la reforma: que la mayor cantidad de aprehendidos portando armas de fuego permanezcan en detención cautelar la mayor cantidad de tiempo posible, a fin de viabilizar la lucha contra la “delincuencia organizada”, cual es, subliminarmente, el enemigo o emergencia de turno. Ello desnaturaliza la decisión política suscitada a partir del precedente “Verbitsky”, dado que potenciará la superpoblación carcelaria.

Dicho objetivo político-criminal se logrará, según el proyecto, desde los dos caminos señalados: 1.- uno por vía directa, prohibiendo la excarcelación en aquellos supuestos de tenencias de armas de fuego o portación, cuando el aprehendido haya intentado evitar su privación de la libertad, 2.- el restante en forma indirecta, cuando, a pesar de que el sujeto se entregare voluntariamente a la pesquisa policial, el mismo deba ser necesariamente detenido conforme a la praxis fiscal, en virtud del máximo de pena en expectativa (10 años de prisión) allí cuando registre una condena por delito contra las personas, o con armas, o bien goce de una excarcelación o eximición de prisión precedente.

El inevitable paralelismo con la doctrina del Malleus Maleficarum: Nótese, en efecto, el incuestionable espíritu inquisitorial del proyecto, resultando insoslayable recordar las prácticas inveteradas que legitimó el Malleus en el pasado.

En la famosa obra de los monjes dominicos Kramer y Sprengel, escrita en 1486, se afirmaba que era válido torturar a los herejes a fin de descubrir la verdad de sus pecados, en la especie, vale la pena traer referencia textual de lo expuesto en el Malleus: “...se permite el mismo procedimiento en una acusación de herejía. Cuando se presenta tal acusación, cualquier testigo puede prestar testimonio, tal como si se tratara de un caso de lesa majestad. Porque la brujería es alta traición contra la Majestad de Dios. Y deben ser sometidos a tortura para hacerlos confesar. Cualquier persona, fuese cual fuere su rango o profesión, puede ser torturada ante una acusación de esa clase, y quien sea hallado culpable, aunque confiese su delito, será puesto en el potro, y sufrirá todos los otros tormentos dispuestos por la ley, a fin de que sea castigado en forma proporcional a sus ofensas...”<sup>ii</sup>.

Obsérvese que la idea principal del tormento era obtener la confesión por parte del herético, a fin de viabilizar la aplicación del castigo, con lo cual, se lo obligaba a sufrir física y psíquicamente, contra su voluntad, el padecimiento, a fin de obtener el conocimiento necesario de los hechos. Así, se legitimaba la imposición de torturas en una causal que se justificaba en si misma: la verificación pecaminosa del acusado.

El paralelismo se traduce en el texto de la reforma en que se obliga, solapadamente, al imputado a entregarse a la autoridad, con tal de obtener el objeto de conocimiento, en la especie: la constatación de que portaba un arma de fuego.

Entonces, quien porta un arma de fuego y pretende impedir su aprehensión, aunque sea para evitar la iniciación del sumario judicial, equivale en los inicios de este siglo XXI a aquella bruja que haya osado negarse a sufrir el tormento, con el objeto de evitar la comprobación de su presunta herejía.

Como se aprecia fácilmente, en pos de obtener el conocimiento del hecho histórico, que posibilite jurídicamente la imposición de la penalidad establecida, se habilita, con invocación de la emergencia de turno, el sacrificio de la propia voluntad individual, confiscada por el propio legislador.

En el medioevo, el discurso inquisitorial se justificaba en la existencia de Satanás, su influencia en el mal del mundo y en la complicidad de sus siervas: las brujas.

Hoy, este discurso, también materialmente inquisitivo, aunque formalmente en un código cada vez menos acusatorio, se legitima la pérdida de derechos en la delincuencia organizada<sup>iii</sup>, concepto por demás difuso en sus contornos, que habilita, en el espíritu del proyecto, a la necesaria autoinculpación del acusado, a fin de viabilizar la aplicación del castigo penal, ya en forma anticipada con su encerramiento preventivo.

Concordando con Zaffaroni<sup>iv</sup>, se logra advertir cómo es discurso inquisitivo busca, en su apetito de conocimiento, acceder a la verificación del objeto inquirido, lo cual habilita su violencia, a cualquier costo, a fin de posibilitar la constatación de la verdad.

En su momento, los inquisidores medievales, a partir de la aplicación del tormento, solo estaban preparados para obtener una única respuesta: la confesión del hereje, a fin de posibilitar la aplicación de la penalidad acorde a su actuación pecaminosa. La tortura compulsiva, el consecuente dolor y la privación de la libertad de movimientos estaba discursivamente justificada en el descubrimiento de la verdad del pecado.

En el proyecto de reformas, la compulsiva mantención del encierro se justifica también en una emergencia: la necesidad de verificar la comisión del delito, con el objeto de aplicar el castigo previsto en la ley penal.

En uno y otro caso se invocan emergencias, el diablo y la delincuencia organizada, cuya alegada existencia incorpórea genera la percepción de un enemigo invisible, del cual es imposible defenderse, con ello se legitima la iniciación de una guerra (en la edad media, contra Satán, hoy, contra el crimen organizado), que, como todo conflicto bélico, habilita medidas de emergencia, como es la privación de derechos civiles (las brujas eran torturadas, los imputados son mantenidos en su encierro), con lo cual se robustece el Estado Policial, en desmedro del Estado de Derecho, por mucho que se lo matice.

La prohibición de autoinculpación y presunción de inocencia: Con lo expuesto no es posible agotar el análisis, puesto que a la luz de lo referido, cabe apreciar si el texto es extraño a las mandas constitucionales vigentes.

Como es sabido, el art. 18 de nuestra Carta Magna, impone el derecho de todo ciudadano a no ser obligado a declarar contra sí mismo, concordante con la presunción de inocencia y el derecho a mantener silencio, sin que el mismo sea interpretado como indicio de culpabilidad (arts. 1 y 310 del C.P.P).

Si bien cabe observar que la letra procesal se refiere a la “declaración”, una interpretación conforme al principio *pro homine* debe llevar a que no se requiera compulsivamente del imputado ninguna actividad positiva que lo pueda incriminar, lo cual hace, justamente, al derecho de negarse a reconocer su culpabilidad por el hecho.

Justamente, la circunstancia de que establezca la inexcusabilidad en aquellos supuestos donde el imputado ha intentado evitar su aprehensión violentan la prohibición de admitir su responsabilidad en el evento, desde que dejarse atrapar por la autoridad implica, justamente, perjudicar su situación de cara al proceso penal.

Agravar sus condiciones de detención, a partir de la libre elección de haber intentado evitar su aprehensión, equivale funcionalmente a achacarle en su perjuicio el no admitir su culpabilidad en oportunidad de prestar declaración indagatoria.

La Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, causa n° 33.916. “G., Vanesa s/Robo” rta. 9/4/08<sup>v</sup>, señaló la validez procesal de la extracción hemática como prueba en el proceso, en virtud de que implica una mera inactividad del imputado, a quien no se le exige comportamiento alguno en colaboración con el proceso que se le sigue, distinto sería el caso en que sí le lo compeliere a un hacer, como ser declarar, redactar un cuerpo de escritura, etc, donde allí se afectaría la garantía contra la autoincriminación.

El encartado no tiene por qué colaborar con el descubrimiento de la verdad, ello cae en la propia esfera del Ministerio Público Fiscal, órgano encargado en la Provincia de Buenos Aires de su averiguación.

Justamente, al castigarse al imputado que pretende evitar su aprehensión con la imposibilidad de obtener su excarcelación, considerada su acción como conducta



procesal, inclusive previo a estar sometido al proceso, no se hace otra cosa que violentar la garantía de negarse a declarar contra sí mismo, imponiéndose su prisionización preventiva que se transforma, en la praxis, en un verdadero anticipo de pena, sabiendo que dichas pesquisas finalizan con un acuerdo de pena en juicio abreviado en la mayoría de las ocasiones.

Luego, la exposición de motivos también finaliza menoscabando seriamente la presunción de inocencia, teniendo presente que se considera en forma previa que quien porta armas de fuego interviene, en alguna medida, en la circulación ilegal de las mismas, resultando necesaria también la punibilidad para evitar delitos futuros.

Si bien el criterio de la peligrosidad procesal (por la fuga) ya era cuestionable, en razón de violar la garantía contra la autoincriminación, tal como expuse precedentemente, el criterio de la evitación de delitos futuros y/o el rol desenvuelto en el tráfico de armas, lisa y llanamente, no resiste en más mínimo análisis constitucional a la luz de la presumida inocencia del encausado.

Tratándose de un criterio material, es decir, que requiere la necesaria comprobación del *corpus delicti*, es decir, la autoría y la responsabilidad penal del acusado en el hecho, no existe otro camino que la futura declaración de inconstitucionalidad, considerando que el etiquetamiento de “delincuente” del aprehendido en forma previa a la sentencia condenatoria firme, aun recayendo esta, no hace más que destruir la presunción de inocencia, instaurando una culpabilidad presumida *iuris tantum*, donde deberá, en su caso, demostrarse lo contrario a la misma, es decir, la inocencia del acusado.

Como se observa con suma claridad, invocar la previa selectividad del sistema penal, y una pretendida razón de estado justificante del encerramiento preventivo, no hace más que instalar los postulados del enemigo, es decir, del “delincuente” que forma parte del crimen organizado, entidad abstracta que genera la emergencia de la seguridad ciudadana, todo lo cual destroza increíblemente la presunción de inocencia.

Características del derecho penal del enemigo presentes en el texto: El proyecto de reforma debe ser interpretado en el marco de la alegada campaña de ley y orden instalada, favorecida por los medios masivos de comunicación que utilizan a las víctimas de los delitos como muestreo de los males que vivencia la sociedad,

favoreciendo un clima de descontento popular que logra, en definitiva, apresar a la dirigencia política necesitada de revalidar su poder en épocas electorales, las cuales se avecinan.

Como se señaló, se invoca la emergencia de la inseguridad y su fantasma, concibiendo a un enemigo que resulta necesario vencer (la delincuencia organizada), siendo que aquellos que formen parte de la misma resultarán integrantes, en mayor o menor medida, de dicha red ilegal, a los cuales se busca neutralizar en su peligrosidad (no otra cosa justifica su inexcusabilidad).

Se aprecia cómo se instala una situación excepcional para validar medidas excepcionales, lo cual en el marco de una guerra contra la delincuencia organizada es muy lógico y coherente.

Ahora bien, cabe advertir como se aplica la doctrina de un verdadero adelantamiento de la punibilidad, tanto material como procesalmente.

Desde el derecho penal material, se busca la comprobación del delito de tenencia o portación de armas de fuego, no por el riesgo concreto del arma de fuego en sí misma, sino para evitar la circulación de las mismas en el territorio de la provincia, como así también para prevenir delitos futuros. El peligro se traslada y no se focaliza en el objeto (el arma de fuego), sino en el sujeto, es decir, el potencial delincuente, que es quien fomenta la inseguridad ciudadana, comprobándose allí el adelantamiento.

Desde lo procesal, se lo considera, también en forma previa a su verificada culpabilidad, como autor del evento e implícitamente, de las desgracias de la sociedad, baste para comprobarlo la lectura del discurso de elevación al Senado.

Vale la pena traer a colación las expresas palabras de Jakobs, cuando refiere que "...El Derecho penal de enemigos sigue otras reglas distintas a las de un Derecho penal jurídico-estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión de si aquél, una vez indagado en su concepto, se revela como Derecho. Particularidades típicas del Derecho penal de enemigos son: ...amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir... paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, y, en concreto, la delincuencia económica... el terrorismo... delincuencia organizada... delitos sexuales y otras conductas

penales peligrosas...así como... la delincuencia en general... supresión de garantías procesales, donde la incomunicación del procesado constituye actualmente el ejemplo clásico...»<sup>vi</sup>.

Como se observa, la lucha contra la delincuencia legitima discursivamente el tratamiento diferenciado de personas, consideradas enemigos de la sociedad, lo cual, al mejor estilo de la quema de brujas, habilita a negar garantías constitucionales a los mismos, alegando la razón de estado.

Como expresa el profesor de la Universidad de Bonn: "...quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido..."<sup>vii</sup>. Palabras de Jakobs, a las que poco cabe agregar, bastando las referencias ya efectuadas ut-supra.

Consideraciones finales: Para concluir, solo resta puntualizar, muy sintéticamente, las reflexiones que epiloguen el presente trabajo.

Tal como señala Zaffaroni, el autoritarismo cool en América Latina<sup>viii</sup> impone concretar reformas legislativas por las necesidades electorales que imprime la emergencia invocada, en este caso, la falta de seguridad ciudadana, lo cual es magnificado por los medios masivos de comunicación.

Luego, se renueva el inquisitorio a partir de la citada emergencia, para lo que se concibe un enemigo al cual combatir, es este caso, la delincuencia organizada, cuando no la lisa y llana delincuencia callejera, que provoca, en el discurso, la falta de seguridad.

Como resulta necesario combatir al enemigo, se justifica en pos de la victoria en tal alucinación de la guerra que todo será válido para conseguir el éxito, aun cuando ello implique sacrificar garantías constitucionales, como es la facultad de no declarar contra sí mismo y la presunción de inocencia.

Esta naturaleza, ciertamente perversa, legitima el trato diferenciado de personas, a las cuales se las considera simplemente individuos, dado que se los despersonaliza, al ser considerados enemigos sociales, lo cual habilita su prisión preventiva sin factibilidad de excarcelación.

Este discurso busca, una vez más, una solución penal para problemas que no son del derecho penal, sino de la política general del país, (y no solo de la seguridad), donde se encubre la falta de respuesta a la insatisfacción de necesidades básicas como la falta de

empleo, de alimento, de vivienda, la destrucción de la educación, la radicalizada concentración de los mayores recursos en menores manos, la corrupción funcional generalizada, la despersonalización de individuos que precisan subsidios sociales para subsistir, la realidad de la droga y la ineptitud estatal para su tratamiento no victimizado, la verticalización policial y su falta de sindicación, con salarios mal pagos, etc, ofreciéndose como solución mágica mayor represión penal, soslayando que el derecho penal siempre llega tarde, dado que interviene cuando el delito ya ha sido cometido.

Funcionalmente, el discurso de la prevención general positiva se amolda perfectamente a su cometido, dado que se justifica a sí mismo, circularmente, en la mera estabilización normativa, lograda, según sus defensores, en la confianza que los ciudadanos ostentan en la vigencia del orden jurídico, el cual desautoriza al delincuente mediante la aplicación de la pena, indicando que la norma se encuentra en vigencia (aunque soslaya que su previa violación y la afectación del bien jurídico son ya de imposible reparación temporal, desde que no se puede retroceder en el tiempo y evitar la infracción y la lesión).

Claro que este discurso nada tiene de nuevo (con lo cual se cae el mito del “derecho penal moderno”), ya lo decía Jean Bodín, conforme las postulaciones del siglo XVI, cuando expresaba que “...hay dos medios por los cuales las Repúblicas mantienen su estado y su grandeza: los premios y los castigos. Los primeros para los buenos, los otros para los malos. Si no existe este equilibrio, habrá que esperar su inevitable ruina. Sin embargo, no es necesario que todos los hechos criminales sean castigados, porque no habría suficientes jueces para hacerlo y tampoco verdugos para ejecutar sus órdenes. De este modo, de diez crímenes, hay tan sólo una condena y ordinariamente los condenados son pícaros... Es saludable para el cuerpo de la República buscar y penar severamente a los brujos. De otra manera existe el peligro de que el propio pueblo lapide a los magistrados y a los brujos...”<sup>ix</sup>.

---

<sup>i</sup> Puede observarse en la fuente consultada, [http://www.latecla.info/3/nota\\_1.php?noticia\\_id=54519](http://www.latecla.info/3/nota_1.php?noticia_id=54519), considerando que no resulta sencillo ubicar el texto oficial en la página del parlamento bonaerense, de hecho, se informa los movimientos del expediente, pero no está disponible su contenido.

<sup>ii</sup> Malleus Maleficarum, pág. 12, versión traducida por Floreal Mazza.

<sup>iii</sup> Zaffaroni, “El enemigo en el derecho penal”, Ediar, 2009, pág. 61 y siguientes.

<sup>iv</sup> Zaffaroni, obra citada, pág. 37

---

<sup>v</sup> Fuente: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=31,509,0,0,1,0>.

<sup>vi</sup> Jakobs, “Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”, ed. Thompson Civitas, 2004, pág. 43/4.

<sup>vii</sup> Jakobs, “Derecho Penal del Enemigo”, ed. Thompson Civitas, 2003, pág. 55/6.

<sup>viii</sup> Zaffaroni, obra citada, pág. 67 y siguientes.

<sup>ix</sup> Zaffaroni, obra citada, pág. 87.

### Bibliografía:

Kramer-Sprengel, “Malleus Maleficarum”, versión traducida por Floreal Mazza.

Zaffaroni, “El enemigo en el derecho penal”, Ediar, 2009.

Jakobs, “Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”, ed. Thompson Civitas, 2004

Jakobs, “Derecho Penal del Enemigo”, ed. Thompson Civitas, 2003.