

LOS DISCURSOS DE EMERGENCIA Y LA TENDENCIA HACIA UN DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.¹

Por Luis Raúl Guillamondegui

SUMARIO: Introducción. I. La finalidad del Derecho Penal. II. La importancia de las garantías constitucionales. III. Los discursos de emergencia. IV. El adiós al viejo y buen derecho penal liberal. Las nuevas tendencias. V. El endurecimiento de las penas y la prevención del delito en un Estado de Derecho. VI. A modo de conclusión. Bibliografía.

*“A un Estado se le puede pedir:
muéstrame tus leyes penales,
porque
te quiero conocer a fondo”²*

Sebastián Soler

Introducción.

Nuestra realidad cotidiana ha sido nuevamente sacudida por un repudiable crimen y el ímpetu-
esperanza de un padre dolido (acompañado por millones de sentimientos nacionales) ha conmovido
por igual a la clase dirigente, circunstancia que ha impulsado el tratamiento de un paquete de leyes de
naturaleza penal, procesal y penitenciarias en el Congreso de la Nación.

La petición de Blumberg³, la cual fue avalada por una importante cantidad de personas, resulta
legítima en cuanto al derecho constitucional de peticionar a las autoridades y no hace más que
refrescar la existencia de un problema social: la inseguridad ciudadana. Problema que ya estaba
inmerso en la sociedad, pero que lamentablemente fue necesario que corriera más sangre inocente para

¹ NOTA: El presente trabajo fue escrito en el mes de Abril del año 2004, luego de la Primera Marcha de Blumberg, y expuesto a fines de ese mes en el 1º Congreso sobre Seguridad Ciudadana, desarrollado en San Fernando del Valle de Catamarca. También fue publicado en el portal jurídico www.carlosparma.com.ar y en *La Ley Actualidad*, del 19 y 21 de Julio del año 2005. La reciente convocatoria de Blumberg, del 31/Ago/2006, motiva al autor su ofrecimiento a los amigos de Pensamiento Penal, en interés a una problemática aún no debatida y atendida lo suficientemente.

² Citado por OUVIÑA, Guillermo, “*Estado Constitucional de Derecho Penal*”, *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 56.

³ Se puede consultar en <http://www.todosporaxel2004.com.ar/petitorio.txt>. En líneas generales, el texto de los reclamos, dirigido a los titulares del Senado y de la Cámara de Diputados, es el siguiente: 1- "Una ley que reprima la portación de armas con pena de prisión no excarcelable". 2- "Una ley que obligue a la registración pública de la telefonía celular móvil con indicación de los datos personales del titular y su documentación. 3- "Adoptar un sistema de documentación personal (DNI) que impida su falsificación o adulteración, similar a lo implementado en los pasaportes". 4- "Legislar un sensible aumento en las penas mínimas y máximas para los delitos de homicidio, secuestro y violación (mínimo 20 años). Las penas sean siempre de cumplimiento efectivo y total sin salidas anticipadas en ningún caso". 5- "Modificar la pena en condena por dos o más hechos. las penas deben sumarse sin límite máximo". 6- "Que la pena perpetua sea perpetua. No más 25 años de máximo". 7- "Legislar imponiendo para los encarcelados, sean procesados o condenados, una reeducación a través del trabajo.

que nuevamente se preste atención al mismo y se procure dar una respuesta. Pero la respuesta que se espera debe ser “real”: ya es hora que la solución al problema sea cierta y no una mera respuesta “simbólica”, que calme momentáneamente a la sociedad y el problema persista en sus cimientos.

Ante la alarma social provocada por la creciente tasa de criminalidad, lo primero que se ofrece desde el sector político es una serie de reformas “sustanciales” al Código Penal y a institutos procesales y penitenciarios. Nuestros representantes echan mano al recurso más sencillo y económico (y hasta populista-electoral): la oferta de una “nueva ley penal”, publicitándola como la “salvadora de todos los males sociales”.

Pero con esta propuesta política, estimamos que no se hace más que seguir enfocando la cuestión como históricamente se la ha venido considerando (más de lo mismo): trabajar sobre los efectos y no sobre la causa del problema, es decir, el delito.

La inquietud que moviliza este trabajo es doble: por una parte, interrogarnos si existe el riesgo de que estos movimientos legislativos apresurados afecten garantías constitucionales y marchemos hacia un diseño de Derecho Penal del enemigo, esbozado por Jakobs desde el viejo mundo; y por otra parte, si la recién concebida “reforma penal” resultará suficiente para prevenir el delito, esto es, si el endurecimiento de las penas a ciertos ilícitos y la limitación a derechos penitenciarios servirán por sí solo para “intimidar” a los potenciales delincuentes y disminuir la creciente tasa de la criminalidad.

I. La finalidad del Derecho Penal.

De la lectura de cualquier manual de Derecho Penal podremos deducir que la finalidad del mismo es la protección de bienes jurídicos a través de la sanción de las acciones humanas consideradas por el legislador como delitos y de esa manera, procurar una ordenada convivencia social⁴.

De esta noción surge que con el Derecho Penal se pretende proteger aquellos intereses que la sociedad considera relevantes de acuerdo a su idiosincracia (vida, libertad, propiedad, orden y seguridad públicas, el normal y transparente desenvolvimiento de la Administración Pública, etc.) a través de la represión, o sea, el castigo al infractor.

El Derecho Penal es esencialmente represivo⁵. Actúa cuando el daño ocasionado por el delito ya está consumado. Actúa *post-delictum*.

Y también representa la forma de control social formal o jurídica por excelencia, control a través de la ley penal y cuya actuación es posterior a las otras modalidades de control social no formales o no jurídicas, tales como las pautas de conductas derivadas de instancias familiares, educativas, culturales, profesionales, religiosas, políticas, económicas, etc. De allí deviene, el carácter

⁴ JESCHECK, Hans - WEINGEN, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Traducción de Olmedo Cardenette, Comares, Granada, 2002, p. 2.

⁵ NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4º Edición actualizada por Spinka y González, Lerner, Córdoba, 1999, pp. 15 y 17.

de *ultima ratio* del Derecho Penal, que comprende que la represión penal sólo debe funcionar cuando han fracasado las demás barreras protectoras del bien jurídico, previstas en otras ramas del ordenamiento jurídico (contravencionales, administrativas, civiles, etc.).

El sistema de control social formal que representa el Derecho Penal, únicamente tiene sentido si se lo considera como la continuación de las actividades de un conjunto de instituciones públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, instrucción religiosa, etc), cuya tarea consiste precisamente en socializar y educar para la convivencia de los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento. Así por ejemplo, todos sabemos que matar o robar está prohibido, pero este conocimiento primero lo adquirimos como norma social y posteriormente como norma jurídico-penal.⁶

Si fracasan estas formas de control social no formales, aparece el Derecho Penal, que se diferencia de las anteriores por razones formales (ley escrita y previa al hecho) y cuantitativas (la intensidad y gravedad de sus sanciones).

A la violencia que conlleva el delito, el Derecho Penal le responde con “violencia legal” (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)⁷.

II. La importancia de las Garantías Constitucionales.

Como vemos, ante el delito, el Derecho Penal responde con la pena, siendo la más grave la pena de prisión, que comprende la pérdida temporal de la libertad del condenado a través de su encierro en un establecimiento penitenciario.

Siguiendo a Roxin compartimos que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal⁸. Con ello queremos decir, que el ordenamiento jurídico no sólo debe preocuparse de establecer las consecuencias jurídicas para aquellas personas que vulneran bienes jurídicos, sino también de establecer los límites al empleo de la potestad punitiva del Estado, en busca de que el justiciable no quede desprotegido ante probables abusos estatales (policiales, judiciales, penitenciarios). En ese sentido, el Estado de Derecho brinda a sus habitantes las llamadas garantías constitucionales⁹ como instrumentos de protección.

Nuestra Carta Magna en dos disposiciones fundamentales consagra garantías de naturaleza penal y procesal penal.

⁶ MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 63.

⁷ *Ibidem*, p. 29.

⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, T. I, Civitas, Madrid, 1997, p. 137.-

⁹ BIDART CAMPOS la considera como el soporte de la seguridad jurídica y las define como *el conjunto de seguridades jurídico-institucionales deparadas al hombre*. Agrega que las garantías existen frente al Estado, en cuanto son medios o procedimientos que aseguran las vigencias de los derechos e ilustra *hay garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al Estado para que lo proteja*. BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 286/287.-

Así, dentro de las primeras, el Art. 18 C.N. al establecer que “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin ... ley anterior al hecho del proceso*”, está sentando el Principio de Legalidad Penal que significa que la determinación de aquella conducta humana (acción u omisión) que será considerada como delito -por ínfima que sea-, así como su correspondiente consecuencia legal (pena o medida de seguridad), deben estar establecidas de antemano (con anterioridad al hecho cometido) en una ley emanada exclusivamente del Poder Legislativo -como única fuente de producción del Derecho Penal-.

El Principio de Legalidad Penal nace con el Estado de Derecho como consecuencia de un largo y sangriento proceso histórico, que representó el paso del Estado Absolutista al Estado Liberal gracias a la influencia del pensamiento político y filosófico del Iluminismo y de la Ilustración del siglo XVIII. Empezará a plasmarse en textos legales¹⁰ de esta parte del continente con las *Petitions of Rights* de los Estados americanos de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776), y en el viejo mundo en la *Josephina* austríaca de 1787 (Código Penal austríaco de José II) y en la universal *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* del 26 de Agosto de 1789, que en su Artículo 8 establecía que “*nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada*”. Parafraseando a Georg Jellinek, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constituyente francesa de 1789 significa “*el presente más precioso hecho por Francia a la humanidad*”¹¹ y que dos siglos después aun representa una barrera cultural a favor de la dignidad y la libertad humanas¹².

De esta manera, nuestros constituyentes receptan la máxima propia del Derecho Penal liberal del “*nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*”¹³, la cual adquiere la categoría de una garantía política superior, limitadora y rectora de la legislación penal, en cuanto a su creación, interpretación y aplicación.

La otra cláusula constitucional es la del Art. 19 C.N. que establece que “*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de hacer lo que ella no prohíbe; como así también las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública están*

¹⁰ Aunque se reconoce como primer precedente el Art. 39 de la Magna Charta Libertatum del Rey inglés Juan sin Tierra de 1215, conforme JESCHECK, Hans - WEINGEN, Thomas, *op. cit.*, p. 140.

¹¹ JELLINEK, Georg, *La Declaración de Los Derechos del Hombre y del Ciudadano* en Serie de Estudios Jurídicos N° 12 del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 2000, en línea <http://www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/jellineks.pdf>, p. 81.

¹² CARBONELL, Miguel, *Estudio introductorio. Jellinek y la Declaración Francesa de 1789, Ibidem.*, p. 23.

¹³ Cuya formulación latina se le atribuye a Feuerbach (1775-1833). Así este principio es una consecuencia inmediata de su teoría de la pena como “coacción psicológica”, y para que ésta cumpla esa función es necesario que se describan previamente en la ley las conductas prohibidas y las penas con las que se castigan dichas conductas, para de esa manera motivar al potencial delincuente para que se abstenga de cometerlas.-

exentas de la autoridad de los jueces.”, encontrándose íntimamente relacionada con la anterior, y sentando el Principio de Reserva Penal¹⁴.

También el Art. 18 C.N. (“...sin juicio previo... Es inviolable la defensa en juicio de la persona y los derechos...”) recepta garantías procesales-penales, siendo la más importante y en lo que a nuestra exposición interesa, el Principio de Legalidad Procesal (que exige que la determinación de la responsabilidad penal de un acusado sea consecuencia de un *debido proceso* -acusación, defensa (prueba), alegatos y sentencia- y con la intervención del órgano judicial), que comprende el respeto por la amplitud del derecho de defensa y el estado de inocencia del justiciable.

Del análisis de los mandamientos constitucionales precedentes se derivan las siguientes exigencias para el legislador y el juez penal:

- 1º) Los pensamientos no son punibles;
- 2º) Sólo la ley puede definir y castigar los delitos y sus penas;
- 3º) La exclusividad del Congreso de la Nación como órgano-fuente de producción de la ley penal;
- 4º) La prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía;
- 5º) Irretroactividad de la ley penal (salvo que la nueva ley favoreciera al justiciable);
- 6º) La necesidad de un proceso penal, como instrumento para investigar y determinar la responsabilidad penal del acusado, respetándose desde el inicio del mismo su estado de inocencia y permitiéndole amplias posibilidades de defensa.

De lo expuesto, en un Estado de Derecho es imperativo que, ante la gravedad que significa la posibilidad de la pérdida de la libertad por la comisión de un delito, se le ofrezcan al justiciable todas las posibilidades de defensa y se arbitren los medios técnicos y materiales para respetar su dignidad humana. Ello no debe interpretarse como -habitualmente sucede- que la ley “*está a favor del delincuente*”, sino que es una garantía o principio propio de la forma de vida que políticamente elegimos vivir.

Únicamente podrá reconocerse el inmenso valor de una garantía personal si, mental e hipotéticamente, nos situamos por un instante en el lugar de una persona que ha sido acusada de un delito grave y con repercusión mediática, y que durante la tramitación del proceso penal, a causa del insuficiente compromiso del funcionario público interviniente con sus deberes (a veces *influenciado* su ánimo por el clamor social o por la condena anticipada de los medios de prensa), éste provoque o permita un abuso funcional (policial, judicial o penitenciario).

¹⁴ Zaffaroni ilustra que “*Legalidad y reserva constituyen dos manifestaciones de la misma garantía de legalidad, que responde a un único requerimiento de racionalidad en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno (art. 1º C.N.)*”. ZAFFARONI, Eugenio-ALIAGA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 106.

La inobservancia de una garantía constitucional se la sufre en “carne propia”. No debemos olvidarnos que para ocupar el “banquillo del acusado”, simplemente se necesita un acto de voluntad: una denuncia penal (cuya verosimilitud se determinará a través de la investigación).

Un Estado que para reconstruir la posible verdad de lo ocurrido o denunciado, utiliza todos los medios a su alcance sin observar los límites impuestos por la Constitución (el “vale todo”)¹⁵, es un Estado que se ubica al mismo nivel del delincuente¹⁶, y esa actitud resulta sumamente perjudicial para el mantenimiento de la forma de vida democrática, que tantas vidas, sufrimientos y exilios costaron desde nuestra última experiencia de un régimen de facto.

El compromiso funcional pasa por el hecho de que se investigue y oportunamente se determine la responsabilidad penal del acusado a través de las herramientas que otorga la ley (“dentro de la ley, todo”), y para ello resulta necesario la internalización del funcionario público con los principios democráticos y la capacitación profesional continúa.

III. Los discursos de emergencia.

Al decir de Zaffaroni, “*las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo*”¹⁷, ya con la Inquisición aquellos se fundaban en el ataque de Satán y de las brujas.

Así, es considerado como el primer discurso de emergencia, con alto nivel de desarrollo teórico, el *Malleus maleficarum* o *Martillo de las brujas*, escrito por Heinrich Kramer y James Sprenger, en 1484, y sancionado como manual de inquisidores por bula de Inocencio VIII del 9 de diciembre del mismo año¹⁸.

En nuestro país, el primer antecedente puede apreciarse con la sanción de la Ley 49 (pionera en materia de delitos federales), surgida bajo el apremio de las guerras civiles en las provincias (especialmente en nuestra vecina La Rioja, con su caudillo, el “Chacho” Peñaloza). Y más adelante, en 1910, la Ley 7.029 de “Defensa Social”, sancionada bajo los efectos de los atentados anarquistas y al día siguiente de la explosión de una bomba en el Teatro Colón. Y así, nuestra historia posterior es rica y siempre vinculada a los cambios de gobierno a partir del golpe de estado de 1930.

¹⁵ Al respecto, CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 2º edic. actualiz., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 125-132 y 201-213.

¹⁶ Así lo sostiene ROXIN cuando manifiesta que: “*esto* (en relación a un caso de tortura a un secuestrador para obtener datos del secuestrado) *no legitima al Estado para atacar por su parte la dignidad humana del autor porque su superioridad moral frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste*”, Conferencia: *¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?*, brindada el 04/Marzo/2004 en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. En idéntico sentido, Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.*, Trotta, Madrid, 1997.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio R., “*La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*”, *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 618.

¹⁸ Representando la *Cautio criminalis* (Prudencia criminal) del jesuita Friedrich Spee von Langenfeld, de 1631, la primera respuesta orgánica al *Malleus*, tal como lo expresa el Profesor Zaffaroni en su Lectio Doctoralis, titulada “*El derecho penal liberal y sus enemigos*”, en la Universidad de Castilla-La Mancha (España), Enero/2004; a quien agradecemos profundamente su actitud de compartir dicho material.

Siguiendo a Zaffaroni, la legislación penal de emergencia se caracteriza por: a) fundarse en un hecho nuevo o extraordinario; b) la existencia de un reclamo de la opinión pública a su dirigencia para generar la solución al problema causado por ese hecho nuevo; c) la sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal liberal (vulnerándose principios de intervención mínima, de legalidad -con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro-, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, de resocialización del condenado, etc.); d) los efectos de esa legislación “*para el caso concreto*” sancionada en tiempo veloz, que únicamente proporcionan a la sociedad una sensación de solución o reducción del problema, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente¹⁹, dando nacimiento a un *Derecho Penal simbólico*²⁰.

Díez Ripollés reconoce en el proceso de surgimiento de una ley penal una serie de fases sucesivas: a) la apreciación de la sociedad de cierto desajuste entre la realidad socioeconómica y la jurídica; b) el decisivo protagonismo de los medios de prensa en la promoción de la discusión y canalización de la opinión social; c) la actuación de los grupos sociales de presión que también canalizan la opinión social hacia determinados intereses (legítimos o no); d) la formulación del proyecto de ley (obviando a veces mecanismos capaces de garantizar una adecuada calificación político-jurídica o técnica-jurídica); y e) el tratamiento parlamentario²¹.

De acuerdo a lo expresado y confrontándolo con nuestra actualidad, nos surgen una serie de interrogantes:

¿ Los repudiables delitos que llevaron a la muerte de Axel Blumberg representan “hechos nuevos” ?

¿ La sociedad reclama un cambio ?

¿ Qué papel juegan los medios de prensa ?

¿ Qué intereses mueven a los grupos de presión que se presentan cada día ?

¿ La legislación penal, procesal-penal y penitenciaria que se está concibiendo es producto de un proceso reflexivo y observador de indicadores técnicos-científicos?

¿ Esta nueva legislación flexibilizará principios constitucionales y del Derecho Penal liberal ?

¿ El paquete legislativo solucionará el problema de la inseguridad ciudadana de raíz o simplemente nos otorgará tranquilidad por un tiempo ?

IV. El adiós al viejo y buen Derecho Penal liberal. Las nuevas tendencias.

¹⁹ *Ibidem*, p. 617.

²⁰ Con mayor extensión, DIEZ RIPOLLES, José Luis, “*El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*”, *Actualidad Penal*, N° 1, 2001, Madrid, pp. 1-22.

²¹ DIEZ RIPOLLES, José Luis, “*La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*”, *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 440-442.

Nuestra realidad es de por sí bastante explicativa de los constantes cambios (positivos o negativos) que va sufriendo la sociedad.

Ante ella, está el Derecho -como instrumento de regulación de la convivencia social- y a su sector más represivo, la comunidad le demanda soluciones, las cuales no necesariamente dependen del Derecho Penal, más allá de las expectativas mesiánicas depositadas en él y generadas usualmente por otros sectores de esa misma comunidad.

Así, aquellos fundados postulados del liberalismo receptados por el clásico Derecho Penal pareciera que de a poco van perdiendo fuerza o flexibilizándose ante las nuevas exigencias de las sociedades post-industriales, y empezamos a ser testigos que, a la par de los bienes jurídicos individuales y colectivos, ahora se refuerza la protección de los llamados bienes jurídicos universales, cada vez más inaprensibles y difíciles de delimitar (así por ejemplo, el Título XVI del Código Penal español que, entre otros, protege la ordenación del territorio, el patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, la flora y la fauna), utilizando el legislador a esos fines particulares diferentes técnicas de creación, tales como la de los denominados *tipos penales en blanco*, o el recurso de *los delitos de peligro abstracto*, o la configuración de *los delitos de comisión por omisión*, que ante determinados supuestos de hecho pueden resultar vulnerados los Principios de intervención mínima, de legalidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, etc., o sintéticamente, el derecho de defensa reconocido constitucionalmente²².

Al respecto, nos parece oportuno hacer mención a diversas posturas que sobre el fenómeno de la “expansión del Derecho Penal” han planteado distinguidos juristas.

1. Derecho de la Intervención de Hassemer.

El catedrático de la Universidad de Frankfurt (Alemania) considera que aquel Derecho Penal clásico de la Ilustración, asentado en los principios de intervención mínima y legalidad, y que representaba una imagen de delito como delito de lesión a un bien jurídico, en la actualidad no se encuentra en condiciones de dar respuesta a las modernas exigencias sociales y llega a considerarlo como “contraproducente y anacrónico”²³, y el nuevo Derecho Penal rompe con esa tradición en la medida que lo consume (fenómeno que él denomina “*la dialéctica de lo moderno*”), pasando a caracterizarse por tres notas: a) Protección de bienes jurídicos con un criterio positivo de criminalización; b) La prevención como paradigma penal dominante, en el sentido de que al “*Derecho Penal ya no preocupa tanto una respuesta adecuada al pasado, como prevenir el futuro*” y en la que

²² Véase los costos que significa el moderno Derecho Penal para las garantías tradicionales del Estado de Derecho en HASSEMER, Winfried, “*Crisis y características del Moderno Derecho Penal*”, *Actualidad Penal*, N° 43, Madrid, 1993, pp. 643-644. En la doctrina nacional puede consultarse el didáctico trabajo de VITALE, Gustavo L., “*Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*”, *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pp. 71-130.

²³ HASSEMER, W., *Ibidem.*

subyace subliminalmente la noción de que “el fin parece justificar los medios”; y c) La orientación a las consecuencias como meta dominante en la que el Derecho Penal pretende ser considerado “*un instrumento de pedagogía social y de transformación*”.

Hassemer sostiene que todo ello “*conduce a la “dialéctica de lo moderno” que ha transformado el Derecho Penal en un instrumento de solución de los conflictos sociales que no se diferencia ni en su idoneidad ni en su peligrosidad de otros instrumentos de solución social. El Derecho Penal se ha convertido, a pesar de la contundencia de los instrumentos, en una soft law, en un medio de dirección social.*”²⁴.

Este moderno Derecho Penal, que implica costos importantes traducidos principalmente en la vulneración de aquellas reconocidas garantías constitucionales, tiene sus déficit (procesos que no pasan de la fase instructora, alta cifra negra de los delitos en general, la aprehensión de los pequeños delincuentes y no de los grandes -“la delincuencia de cuello blanco”-, etc.), que algunos apuntan sus causas a la aplicación parcial de la legislación y reclaman mayor contundencia (*more of the same*); otros creen que los déficit son provisionales y recurren para la solución al derecho penal simbólico, circunstancia que a corto plazo puede ser gratificante, pero que a largo plazo resulta destructiva; y quienes como Hassemer consideran que los déficit son el resultado de problemas estructurales y demuestran hasta que punto el Derecho Penal se utiliza en sectores que no son los suyos, lo que acarrea su continua desnaturalización.

Ante éste panorama la propuesta del profesor alemán es la de “*eliminar una parte de la modernidad*”, lo que supone reducir el Código Penal a un “Derecho Penal básico”, cuyo núcleo comprenda las lesiones a los clásicos bienes jurídicos individuales e igualmente las puestas en peligro graves y evidentes, procurándose también proteger los bienes jurídicos universales a través de una formulación típica clara y precisa, y siempre funcionalizados al servicio de los bienes jurídicos individuales. Asimismo, se deben alejar del Derecho Penal los problemas que no le competen, tales como infracciones administrativas, civiles, etc., y concluye que “*mejor sería que los problemas de las sociedades modernas que han llevado al Derecho Penal a la modernidad, se hubieran regulado en una especie de “Derecho de la Intervención” situado entre el Derecho Penal y el Derecho sancionatorio administrativo, el Derecho civil o el Derecho público*”²⁵.

2. Derecho Penal de Dos Velocidades de Silva Sánchez.

El profesor español manifiesta que en la nueva sociedad (“*sociedades postindustriales*”, tal como él las denomina), se presentan una serie de fenómenos sociales, jurídicos y políticos que representan una serie de exigencias al Derecho Penal. Entre dichos factores podemos mencionar la

²⁴ *Ibidem*, p. 639.-

²⁵ *Ibidem*, pp. 645-646.

aparición de nuevos bienes jurídicos o el aumento de valor de algunos existentes (el medio ambiente, el patrimonio histórico, la estabilidad del orden económico, etc.), situaciones alarmantes: el terrorismo y la criminalidad organizada y otras, como la ciberdelincuencia, el aumento de la delincuencia callejera, la inmigración ilegal y la marginalidad, la institucionalización y la sensación social de inseguridad (al respecto, no puede dejarse de mencionar la tarea de los medios de comunicación que muchas veces “*transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del mensaje del receptor del mensaje*”²⁶), etc., que conducen a la sociedad a pedir respuestas, no al Derecho de Policía, sino al Derecho Penal, al que lo ven como a un instrumento capaz de generar consenso y reforzar la comunidad²⁷. Ello, trae como consecuencia el fenómeno de “expansión del Derecho Penal”, en la que éste a través de la flexibilización de principios políticos-criminales o de las reglas de imputación, la “administrativización del Derecho Penal” y hasta con el retorno a las políticas de inocuización²⁸ procura dar una respuesta.

Ante esta realidad, Silva Sánchez opina que resulta imposible “*volver al viejo y buen derecho penal liberal*”, y que la propuesta de devolver al Derecho Administrativo todo lo nuevo del Derecho Penal representa una postura loable desde perspectivas academicistas²⁹.

Así ante el conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible (convertido en una indeseable *soft law*) y un Derecho penal mínimo y rígido (probablemente imposible en nuestra realidad), se debe hallar un “punto medio”, y partiendo de las calidades de las penas existentes, sostiene que la “*función racionalizadora del Estado sobre una demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado funcional y, por otro lado, suficientemente garantista. Así se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión. Por el contrario, a propósito del Derecho penal económico, por ejemplo, cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, etc.), como también de los principios políticos criminales (por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad)*”.

En ese orden de ideas, si la pena es de prisión, se debe mantener el sistema rígido de garantías del Derecho penal clásico; y si la pena es privativa de derechos o pecuniaria, se permite la flexibilización de dichos criterios, lo que resulta más cercano al Derecho Penal moderno (sin embargo, se debería a través de una reforma penal cambiarse la pena de prisión por estas de menor entidad a fin de encuadrar en este campo a delitos que responden a estas características, como ser delitos de

²⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2ª edición, 2001, p. 38.

²⁷ *Ibidem*, pp. 41-42.

²⁸ *Ibidem*, pp. 141-147.

²⁹ *Ibidem*, p. 150.

acumulación, de peligro presunto y hasta algunos atentatorios de bienes supraindividuales); quedando así caracterizadas a juicio del autor las “dos velocidades” del Derecho Penal, una primera velocidad representada por el “Derecho penal de la cárcel” y una segunda velocidad para los delitos de “penas privativas de derechos o pecuniarias”.

3. Derecho Penal del Enemigo de Jakobs.

Por su parte el ex catedrático de la Universidad de Bonn (Alemania), también preocupado por los peligros de la nueva sociedad de riesgos, y partiendo de las construcciones contractualistas del Estado de Hobbes y Kant, propone el Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*) en oposición al de los ciudadanos (*Bürgerstrafrecht*). Según este autor, el “enemigo” es un individuo que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental; es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta. El tránsito del “ciudadano” al “enemigo” se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de *peligrosidad*, a la que habría que hacer frente de modo expeditivo a través de un ordenamiento jurídico especial. Así, esta modalidad de Derecho podría interpretarse como un Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos.

Las características de este Derecho serían, según Jakobs, la *amplia anticipación de la protección penal* (lo que representa el cambio de perspectiva del hecho pasado al futuro³⁰); el *aumento sensible de las escalas penales*; el *tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha*; y el *socavamiento de garantías procesales*³¹.

Estaríamos así ante un derecho de emergencia, en la que la sociedad ante la situación excepcional de conflicto creada, renuncia a sus garantías personales. Estas características del derecho material punitivo también se trasladan al Derecho Procesal y se hacen visibles ante determinados imputados “peligrosos” mediante institutos como la prisión preventiva, la incomunicación, las intervenciones telefónicas, los investigadores encubiertos.

Ello, lleva a Silva Sánchez a preguntarse si ante esta postura nos encontramos ante un *Derecho Penal de Tercera Velocidad*³², el cual pareciera que de a poco va tendiendo a estabilizarse y crecer.

³⁰ Conforme el pensamiento de Jakobs, la reacción del ordenamiento jurídico frente a delitos tales como la criminalidad organizada, terrorismo, delincuencia macroeconómica, delitos sexuales aberrantes, etc., no se concibe como la compensación de un daño a la vigencia de la norma penal, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros.

³¹ Extensamente pueden verse los fundamentos de la construcción del catedrático alemán en JAKOBS, Günther-CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 21-56.

³² SILVA SANCHEZ, J., *op. cit.*, p. 163.

Más allá de su postura, Jakobs afirma que “*un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo*”³³.

V. El endurecimiento de las penas y la prevención del delito en un Estado de Derecho.

De lo que podemos informarnos por la prensa, podemos interpretar que la más eficaz e inmediata solución política al problema de la inseguridad lo representan propuestas legislativas:

- a) la tipificación de nuevos delitos;
- b) el aumento de las escalas penales (en su mínimo y en su máximo);
- c) la limitación de derechos penitenciarios; y
- d) la disminución de la edad de imputabilidad de los menores.

Y ante una primera sensación social de satisfacción ante la pronta respuesta política, ahora nos preguntamos: *¿ ello será suficiente para disminuir la tasa de criminalidad ?*

Estudios criminológicos enseñan que los delitos no ceden ante tales propuestas.

Al respecto, resulta anecdótico mencionar la experiencia cercana española, donde a mediados del pasado año se aumentan las penas de prisión para delitos de terrorismo y se imposibilita el acceso a la semilibertad y a la libertad condicional de personas condenadas por dichos delitos (L.O. 7/2003) y hace un par de meses se ha producido el mayor atentado terrorista en la península ibérica, con 191 muertos que difícilmente dejen de llorarse.

En nuestro país, uno de los primeros proyectos de ley aprobados en la gestión del actual gobierno es la Ley 25.742 (en vigor desde el 20/Junio/2003), conocida como la “Ley Anti-Secuestros” que incrementaba las escalas penales de los tipos de secuestros extorsivos notablemente. Sin embargo, meses después era secuestrado Axel Blumberg y la amenaza de “cadena perpetua” no pudo detener el afán disvalioso de la banda delictiva.

Creemos que la cuestión pasa más bien por trabajar sobre las causas de la delincuencia y no sobre sus efectos a los fines preventivos generales.

El delito tiene múltiples causas, y sobre ellas, el Estado debe trabajar responsablemente en busca de su disminución.

Palabras simples y repetidas como educación personal y familiar, igualdad de oportunidades laborales y sociales, generación de empleos genuinos y no subsidios estatales temporales, provisión de recursos humanos y materiales a las fuerzas de seguridad y al Poder Judicial, capacitación profesional y reestructuración ética de sus integrantes pueden -quizás- marcarnos un camino más factible para llegar a disminuir el delito.

³³ *Op. cit.*, p. 56.

Y en el plano legislativo, la propuesta debe surgir de las mismas bases que cimientan un Estado de Derecho³⁴, con las cuales provea un plexo normativo que procure alcanzar un punto de equilibrio entre el patrón empírico de “eficacia” y el patrón valorativo de “garantías”³⁵, es decir, entre el Derecho Penal como manifestación de la pretensión punitiva del Estado en pro de la convivencia social y la reglamentación garantística de un debido proceso que resguarde la dignidad humana de la persona.

De ninguna manera, debemos marchar hacia construcciones jurídicas que buscan “proteger” mejor a la sociedad mediante la flexibilización o vulneración de principios clásicos de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal, porque no debemos olvidarnos que en la postura de Jakobs, el mayor riesgo lo representa la incertidumbre de las pautas y el órgano-persona encargado de determinar *quien es* “el enemigo”.

Y en la praxis policial-judicial-penitenciaria es un ejercicio cotidiano procurar que el péndulo que se desplaza entre los dos polos opuestos de “Seguridad-Utilidad” y “Justicia-Garantías” se ubique en un término medio, y así la sociedad pueda sentirse protegida dentro del marco que comprende un Estado de Derecho.

VI. A modo de conclusión.

Creemos en la legitimidad del reclamo del padre de Axel Blumberg, en el sentido de reconocer un grave problema y de la necesidad de “despertar conciencias”.

El problema de la inseguridad ciudadana está -más allá de la “sensación” promovida por los medios de prensa-, y no es un problema nuevo.

Antes de las nuevas reformas penales del último lustro³⁶, ya nuestro vetusto Código Penal de 1921 servía para dar una respuesta punitiva. Quizás faltaba mayor decisión en su aplicación.

Como decíamos, el delito está y sigue creciendo.

Pero la solución no viene por la “inflación penal” o por el “endurecimiento de las penas”.

Al delito, como fenómeno complejo y pluricausal, hay que atacarlo de raíz y por cada una de las causas que lo promueven, a la par de poner en prácticas programas de prevención.

Es responsabilidad del Estado y de la comunidad empezar a trabajar en serio, a través de la promoción de políticas sociales, económicas, educativas, sanitarias que generen igualdad de oportunidades y tengan como destinatario al ser humano.

³⁴ HASSEMER, Winfried-MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 386 y ss.

³⁵ LASCANO, Carlos J. (h), “La insostenible Modernización del Derecho Penal basada en la Tolerancia Cero desde la perspectiva de los países emergentes”, ponencia presentada en el III Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Penal, Mendoza, Octubre, 2003.

³⁶ Así a modo ilustrativo: Ley 25.184 de aumento de escalas penales a delitos culposos (1999), Ley 25.297 de aumento de escalas penales a delitos con armas de fuego (2000), Ley 25.061 de aumento de escalas penales por matar funcionarios de fuerzas de seguridad (2002), Ley 25.472 de aumento de escalas penales para secuestros extorsivos (2003), Ley 25.767 de aumento de penas cuando interviene un menor (2003), entre otras.

No debemos olvidar que el Derecho Penal, como sistema de control social, sólo podrá tener eficacia si va acompañado y apoyado por otros sistemas de control social, los informales, que tiene su inicio en el núcleo familiar, en la comunidad educativa, en las asociaciones civiles (clubes, centros vecinales, etc.), en las asociaciones profesionales, religiosas, etc.

Se debe aportar recursos materiales y humanos a los organismos de seguridad y de justicia que trabajan contra el delito, fomentar su capacitación profesional y promover una reestructuración ética y un compromiso vocacional con la función pública, entendida ésta como *servicio público*.

Y creemos que todo esto se puede hacer dentro de los principios de un Estado de Derecho, es decir, de aquellos postulados que nos da la democracia, como forma de vida que elegimos vivir y que supo costar vidas y exilios.

La solución no debe venir de las directrices de un Derecho Penal de Dos Velocidades o de un Derecho Penal del Enemigo, aunque esta pareciera ser la tendencia mundial y a la que, tal como estamos caminando, difícilmente podamos sustraernos.

No existe razón lógica-científica, para que la preocupación obsesiva por una forma de delincuencia *condicione* la totalidad del sistema penal-procesal-penitenciario.

Seguimos creyendo que las leyes penales, deben ser el resultado de un proceso reflexivo y científico, en el que se escuchen a los diferentes sectores de la comunidad, desde O.N.G., asociaciones civiles, colegios profesionales y hasta institutos científicos del ámbito académico. Se debe dejar de generar un Derecho Penal simbólico, que como está demostrado, empíricamente, de nada sirve.

Las soluciones deben ser reales, y ésta es la oportunidad social y política para producir el cambio en los distintos estamentos, aunque en el plano legislativo, la sanción de las leyes penales necesarias requieran un poco más de tiempo y siempre enmarcadas en los límites que supone un Estado de Derecho.

Y en ese sentido, estimamos que el legislador debe trabajar como un *“hábil arquitecto, cuyo oficio es oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad, y mantener las que contribuyen a la fuerza del edificio”*³⁷, en palabras de Cesare Bonesana, el Marqués de Beccaria, expresadas ya en el siglo XVIII.

Y vale recordar lo que Beccaria sostenía sobre la eficacia de las penas: la pena será *“más justa y útil, cuanto más pronta y vecina fuere al delito cometido”*³⁸, lo que hace referencia a la necesidad de un proceso penal ágil que sirva como instrumento para la aplicación efectiva del Derecho Penal, puesto que *“No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos al delitos, sino la infalibilidad de ellas”*, ya que *“La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión, que el*

³⁷ *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Trad. Juan A. De Las Casas, Di Plácido, Buenos Aires, 1998, p. 38.

³⁸ *Ibidem*, p. 79.

temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres”³⁹.

BIBLIOGRAFÍA

³⁹ *Ibidem*, p. 99.

BECARRIA, Cesare, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Trad. Juan A. De Las Casas, Di Plácido, Buenos Aires, 1998.

BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Ediar, Buenos Aires, 2000.

CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 2º edic. actualiz., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

DIEZ RIPOLLES, José Luis, “*El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*”, *Actualidad Penal*, N° 1, 2001, Madrid.

DIEZ RIPOLLES, José Luis, “*La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*”, *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

DONNA, Edgardo A., “*¿ Es posible el derecho penal liberal ?*”, *Revista de Derecho Penal*, 2003-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.*, Trotta, Madrid, 1997.

HASSEMER, Winfried, “*Crisis y características del Moderno Derecho Penal*”, *Actualidad Penal*, N° 43, Madrid, 1993.

HASSEMER, Winfried-MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

JAKOBS, Günther-CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

JESCHECK, Hans - WEINGEN, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Traducción de Olmedo Cardenette, Comares, Granada, 2002.

LASCANO, Carlos J. (h), “*La insostenible Modernización del Derecho Penal basada en la Tolerancia Cero desde la perspectiva de los países emergentes*”, ponencia presentada en el III Congreso Nacional de Profesores de Derecho Penal, Mendoza, Octubre, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco- GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4º Edición actualizada por Spinka y González, Lerner, Córdoba, 1999.

OUVIÑA, Guillermo, “*Estado Constitucional de Derecho Penal*”, *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, T. I , Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, “*¿ Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales ?*”, Conferencia brindada en la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla), Marzo, 2004.

SILVA SANCHEZ, Jesús Maria, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2º edición, 2001.

VITALE, Gustavo L., “*Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal*”, *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio R., “*La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*”, *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio R., “*El derecho penal liberal y sus enemigos*”, *Lectio Doctoralis*, Universidad de Castilla-La Mancha, Enero, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio-ALIAGA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.