

## Algunos ejemplos de “enemigo” en el orden punitivo actual.

### I-El discurso de emergencia y la maleable aplicación del concepto de “enemigo”.

El derecho penal del enemigo tiene como mentor a Jakobs, cuyo pensamiento podría resumirse en la búsqueda de la eliminación de un peligro, a través de este derecho penal especial. Su estructura apunta a las amenazas que son generadas por las personas que se desvían por principio: terrorista, narcotraficante, etc.; pudiendo incluir en este catálogo -hoy ciertamente abierto- a cualquier otro individuo o grupo que afectando el legítimo derecho de los ciudadanos a la seguridad, sea “razón y motivo” para ser catalogados como enemigos y excluidos de seno social<sup>1</sup>.

Así, la teoría de Jakobs sienta sus bases en un pensamiento iusfilosófico (citando a varios ilustrados del “contractualismo social”, tales como Rousseau<sup>2</sup>, Fichte<sup>3</sup> y Hobbes<sup>4</sup>). De ella se desprende que existiría un derecho penal del ciudadano (personas que no delinquen persistentemente) y un derecho penal del enemigo, dirigido contra quienes lo hacen por principio. Entonces, el Estado debe garantizar la tranquilidad ciudadana frente a esta clase de individuos que constantemente se encuentran involucrados en actividades delictivas, combatiendo ese peligro en pro de la seguridad<sup>5</sup>.

Ahora bien, lo que en sus inicios fue instrumento jurídico para justificar la respuesta gubernamental para contrarrestar el “terrorismo” por los países centrales – Vgr. EE.UU., Inglaterra, etc.-, poco a poco, en el devenir político-sociológico fue usado, sopadamente o no tanto, por otros Estados para combatir hechos propios de delincuencia urbana y generar, por medio del progresivo socavamiento de garantías constitucionales, “seguridad” en la ciudadanía.

Lentamente, las principales ideas fuerza del derecho penal del enemigo fueron utilizadas por varios Países para sustentar la construcción y posterior relegamiento del “peligroso” y, en lo que aquí interesa, la constancia en el tiempo del discurso de emergencia y permanencia del Estado de excepción. Así, el adelantamiento de la

---

<sup>1</sup> JAKOBS, Günther, Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo, en JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho penal del enemigo, Hammurabi, Buenos Aires, 2005 (Cuadernos Civitas, Madrid, 2003 –versión española-), ps. 63/64.

Vale preguntarse cómo se logra ello. Una respuesta tentativa sería por medio de figuras punitivas que, en cierto modo, tiendan a penar anticipadamente futuros comportamientos más gravosos, e incluso, admite la aplicación de medidas de seguridad en tal sentido, teniendo en cuenta para ello la peligrosidad que genera al sistema y la paz ciudadana

<sup>2</sup> ROUSSEAU, Contrato social, 1959, p. 33, citado en JAKOBS, CANCIO MELIÁ, Derecho, cit., p. 26.

<sup>3</sup> FICHTE, t. 1, p. 260, citado en JAKOBS, CANCIO MELIÁ, Derecho, cit., p. 26.

<sup>4</sup> HOBBS, Leviathan, p. 242, citado en JAKOBS, CANCIO MELIÁ, Derecho, cit., p. 28.

<sup>5</sup> JAKOBS, *Derecho*, citado en JAKOBS, CANCIO MELIÁ, *Derecho*, cit., p. 30.

punición, la restricción de derechos del imputado, la disminución de las garantías procesales y el abandono de la proporción entre delito y pena, manifestaciones inequívocas del derecho penal del enemigo, parecen ser –desgraciadamente- los principales directrices en las políticas criminales y el orden jurídico vigente en la República Argentina. Lo expuesto se aduna a la necesaria aplicación de criterios jurisdiccionales que, ya sea validando normas que afectan principios constitucionales o interpretando *in malam partem* derechos y prerrogativas del imputado, patentizan la lenta pero continua migración del derecho penal del enemigo a ley positiva.

La introducción de los principios del derecho penal de autor en el discurso político-criminológico Argentino no fue un cambio repentino sino un proceso paulatino y gradual que llevó décadas, pero su existencia y consecuencias jurídico-penales actuales resultan son innegables, y lo que es más grave, parecieran permanentes. La migración, adaptación y utilización de conceptos puntales del derecho del enemigo en la administración y aplicación del ius punitivo local fue lenta y nunca –tampoco ahora- el sistema jurídico argentino se sinceró abierta y desembozadamente acerca su usufructo, lo que significaría cuanto menos un desatino político<sup>6</sup> y, ciertamente, significaría una letal achaque a nuestro sistema republicano y un quebrando de los Pactos Constitucionales receptados en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna<sup>7</sup>.

Con la irrupción del bloque de convencionalidad vía art. 75 inc. 22 y los demás tratados adaptado por Argentina, sin olvidarnos de las resoluciones de la CIDH y demás, no existe otra interpretación posible del sistema penal vernáculo que no se la de respetar y hacer cumplir las directrices supranacionales –tratados y/o decisiones de organismos- fijadas por tal plexo deóntico-normativo. Por desgracia, salvo en los casos de lesa humanidad para juzgar los horrores imborrables de la dictadura, tal necesaria

---

<sup>6</sup> Ciertamente, cuesta imaginarse a cualquier político, legislador o funcionario admitir o argumentar que so pretexto para “combatir”- tal es el lenguaje comúnmente utilizado en el discurso político- con chance del éxito la “delincuencia” utilizará como elemento de política criminal e ingerirá jurídica conceptos propios del derecho penal del enemigo para neutralizar al “peligroso” – Vgr. autor de un robo con armas- y excluirlo – si es posible permanentemente- del conjunto social. La intención, sustento y finalidad de utilizar el derecho penal del enemigo como forma de control social esta netamente presente en la actualidad Argentina, por más que nunca sea explicitada ni sincerada por ningún actor político.

Es usual entonces que diferentes actores se valgan de construcciones dogmáticas para, demagógica e irreflexivamente, acotar progresivamente libertades de una ciudadanía que clama por una acuciante realidad delictiva.

<sup>7</sup> Va de suyo que Esta tendencia expansiva y abrogatoria del estado de derecho para ciertos autores y determinados delitos que supone el derecho penal del enemigo no es compatible con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos (cfr. José Sáez Capel en: "Incompatibilidad del Derecho del Enemigo como Derecho Propio de un Estado Constitucional", en Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley N° 2, octubre 2011, págs. 261 a 270).-

correlación no se verifica en los delitos “comunes”. ¿Podemos afirmar sin titubear que respetan el bloque de convencionalidad la prisión perpetua en su misma y hasta aplicada a menores, las penas de hasta 50 años ( en el último proyecto de CP para el delito de Genocidio se preveía 30 años), el “instituto” de la reincidencia, ¡¡el de la “prisión” preventiva!! ( que es prisión a un inocente) , el mismo art. 41 bis, las exclusiones de beneficios de ejecución de pena para ciertos delitos ( art. 56 bis ley 24660 – Nación - y 100 ley 12256 – Provincia- , el estado de las penitenciarías, la criminalización al adicto – menguada por “Arriola”, pero todavía vigente -; la punición a condiciones personales del autor: el caso del art. 189 bis inc 3 fine., la anticipación de la respuesta punitiva: la ilegal equiparación del art. 872 del digesto Aduanero, etc. etc. , sin hablar de la ley de “subversión económica”, entre otros ejemplos ? Creo que no. No si se medita un poco sobre lo que inercial e irreflexivamente aplica y por ende legitima casi toda la administración de justicia.

Por ello, como fue progresiva la receptación y uso en nuestro orden jurídico penal del concepto de “enemigo”, y su consecuente negación de los derecho del individuo – y en el fondo del individuo mismo-, no surge con claridad si se aprecia a las distintas leyes y/o discursos en forma aislada y sin penetrar en su velo de aparente “legalidad” -que es sólo formal-. Pero si se analizan en perspectiva y en conjunto las distintas leyes – incluidos criterios judiciales- que, so pretexto de punir conductas disvaliosas específicas en un contexto de emergencia, se sancionan y aplican hace un par de décadas – en especial la última- , se vislumbra entre el supuesto caos, contradicción y hasta “anomia” normativa un hilo conductor tristemente perenne: la aplicación solapada y encubierta de las principales ideas fuerza del “enemigo” como política criminal y legislativa – o de Estado misma- para inocuizar al considerado peligroso y segregarlo – o diferir lo más posible su reintegro- al conjunto social.

A contrapelo de su concepción dogmática original pensada en la coexistencia paralela y diferenciada con el “derecho penal del ciudadano”<sup>8</sup>, la verificación de ciertos rasgos y/o tendencias neutralizantes de “enemigo” aparecen inadvertidamente camuflados en la rama punitiva nacional como la implementación de una política criminal para repeler ciertos fenómenos de delictuales cuya prevención, investigación, prueba y/o punición mas o menos compleja. Ante el cíclico auge de ciertos delitos

---

<sup>8</sup> JAKOBS, Günther, Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo, en JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho penal del enemigo, Hammurabi, Bueno Aires, 2005 (Cuadernos Civitas, Madrid, 2003 –versión española-), ps. 63/64.

complejos, las agencias políticas tienden a reaccionar, siempre bajo el amparo de la emergencia y necesidad de “combatir el delito”, utilizando ciertas características propias del derecho penal del enemigo, tales la restricción de derechos del imputado, la disminución de las garantías procesales y el abandono de la proporción entre delito y pena, lo que genera necesariamente fuertes tensiones con la pretendida matriz liberal y garantista que ostenta nuestro ordenamiento.

Tal vez uno de los principales, no el único, factores de la insidiosa penetración de ciertos conceptos del derecho penal del enemigo sea la desmedida e irreflexiva expansión del derecho penal “tradicional” como reacción -cuasi reaccionaria por cierto y de constatada inutilidad-, ante cierta criminalidad. Este acrecentamiento punitivo se trasluce en aumento de penas, creación de nuevos tipos penales y hasta llegar al cambio de paradigma basal del sistema del garantismo. Bien lo rubrica el Dr. Chiara Díaz con lúcidas palabras; : “...estamos asistiendo a una ampliación desmedida e irracional del derecho penal tradicional, que ve sustituido sus tipos penales protectores de bienes jurídicos básicos (*vida, integridad personal, física y síquica, patrimonio, etc.*), por un conjunto de figuras, como si se tratara de un anexo o de una especialización que incorpora un conjunto de prohibiciones y sanciones descriptivas de situaciones límites, desarrollando principios y valores nucleares, que los autonomizan de los conceptos tradicionales en la materia”.<sup>9</sup>

Además, la paulatina receptación y uso de las características del derecho penal del enemigo en nuestro orden jurídico fue propiciada y/o acelerada por el permanente discurso de emergencia que intenta reaccionar ante el clamor social solucionando ciertos fenómenos criminológicos mediante la expansión punitiva. La ausencia de una política de Estado contra el delito que contenga un serio, reflexivo, coherente, integral y

---

<sup>9</sup> Chiara Díaz, Carlos A, “El sistema penal tradicional y el derecho penal del enemigo”, en el Suplemento Penal y Procesal penal de [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar), <http://www.eldial.com/nuevo/suple-penal-solapa.asp?camara=Editorial, elDial.com - CC2B85>).

Sigue el autor destacando que detrás del debilitamiento de las garantías constitucionales subyace la aparición del Estado Policial: Ya no se trata entonces de situaciones como la del derecho penal económico, que fue concebido como una rama novedosa pero no sustitutiva del derecho penal clásico, donde lo discutible era si existía un bien jurídico concreto a proteger, sino que ahora se quiere aceptar y justificar un sistema autoritario y policíaco que se proyecta en el edificio institucional haciendo tabla rasa con los derechos y garantías esenciales y, lo que es peor, tratando a los seres humanos que incurran en ese tipo de infracciones como si no fueran personas con dignidad, sobre la base de que las mismas tampoco valoran como tales a quienes agreden en sus posibilidades de realización y en su forma de vida con métodos de destrucción masiva. Esto puede llevarnos hacia un estado despótico que no reconozca límites en la persecución de quienes estima son sus enemigos, tal cual emerge de las decisiones de la única superpotencia, EE.UU., quien se arroga la facultad de eliminar a los cabecillas de Al Qaeda sin siquiera pasar por el debido proceso para justificar y poder imponer legítimamente esas penas terminales.- ( Chiara Díaz, ob. cit.)

sostenido contra los factores criminógenos de base – en el cual la rema punitiva es un medio más-, junto con el insistente fogoneo mediático y social que exige “efectividad” y respuestas rápidas ante hechos luctuosos, generaron que los actores políticos<sup>10</sup> utilicen la respuesta punitiva como golpes de efecto para generar un ilusorio manto de seguridad ciudadana, afectando ciertamente la inseguridad jurídica<sup>11</sup>.

La magnificación mediática zarandado por el reclamo social posibilitó que los poderes políticos echen mano al sistema penal respuesta rápida, barata y efectista; lo que generó el campo propicio para la introducción subrepticia e indiferenciada de las principales características del derecho penal enemigo.

El derecho penal, desde hace tiempo dejó de ser la última<sup>12</sup>, excepcional, grave y restringida respuesta Estatal reservada a conductas humanas que afectan intereses considerados valiosos<sup>13</sup> cuya afectación conlleva un castigo previsto por el orden jurídico<sup>14</sup>. Hoy, por varios factores, el derecho penal se convirtió en la primera alternativa con la que el Estado intenta, o eso cree, calmar demandas sociales de seguridad, siendo el medio más común<sup>15</sup> para “solucionar”, casi mágicamente, conflictos sociales<sup>16</sup> complejos.

---

<sup>10</sup> O sea, poder legislativo y ejecutivo.

<sup>11</sup> La sanción y reforma de las leyes penales (ya sea de fondo o procesales) generan incoherencias y contradicciones normativas, más allá de de fuertes tensiones con basales garantías constitucionales.

<sup>12</sup> Citamos al maestro alemán Roxin “La protección de bienes jurídicos no se realiza solo mediante el Derecho Penal, sino que ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Penal sólo es incluso la última de entre todas la medidas protectoras que hay que considerar , es decir que solo se la puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social al problema – como la acción civil , las regulaciones de policía jurídica técnicas, las sanciones no penales , etc.- Por ello se denomina a la pena como la última ratio de la “política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos”(Claus Roxin, “ Derecho Penal Parte General , Tomo I , 2º edición alemana traducida por Diego Manuel Luzón Peña , Javier de Vicente Remesal y Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Editorial Civitas , SA, 1997, pag 65, nº 28)-

<sup>13</sup> O sea “bienes jurídicos” cuya lesión sea relevante para el orden jurídico.

<sup>14</sup> En este sentido: “...habrá que tener en cuenta los niveles de previsión de los comportamientos disvaliosos socialmente –*sin que lleguen a constituir un delito*-, en los que implicara la interacción de otras políticas (sociales, económicas, culturales, educacionales, etc.), debiéndose desarrollar un plan de control del riesgo. Cuando las conductas filtran las barreras de este nivel, deberá pasarse a la siguiente, donde se establezca las conductas antijurídicas por parte del órgano legisferante y actúen las agencias cuya misión es la prevención de las contravenciones y delitos. Sólo así llegaremos a la tercera etapa, en la que, como *última ratio*, el órgano jurisdiccional aplicará la norma en el caso concreto y, según corresponda, ejecutará la pena con la participación de los organismos dependientes de la administración pública (nacional o provincial) (conf. Gastón E. Barreiro, “Política criminal y vestigios del derecho penal del enemigo ¿qué sucede en el secuestro extorsivo?” Ponencia expuesta en el “I Congreso Nacional de Criminología”, organizado por La Comisión del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, celebrado en las jornadas del 5, 6 y 7 de septiembre de 2007, disponible en [www.pensamientopenal.com.ar/16092008/doctrina01.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/16092008/doctrina01.pdf) )

<sup>15</sup> Las personas, hartas de no hallar soluciones a sus intereses, recurren al orden penal.

<sup>16</sup> Sin contar los problemas que tiene la administración de justicia: escasez de recursos, poco personal, mala distribución del presupuesto, falta de inversión, pésimas condiciones edilicias, capacidad de trabajo saturada, etc.

Así, partir de la creencia de que el derecho penal -dentro de él su faceta creadora y neutralizadora del “enemigo”-es la “respuesta mágica”, que resolverá el delito, aumentó la crudeza del poder punitivo estatal. Sucede el actual desboque e inflación punitiva en esta parte de América latina, auspiciado por actores políticos de turno, por algunos llamada “autoritarismo cool”<sup>17</sup> el aumento de penas, la constante tipificación de conductas y el endurecimiento en la ejecución de las condenas<sup>18</sup> junto con la natural disminución en la observancia de las más esenciales garantías constitucionales. En consecuencia, se produce una expansión del derecho penal forzándolo a ocupar espacios que no le pertenecen (porque no remedia problemas sociales) o, en lo que aquí importa, es utilizado con la velada intención de ir señalando, persiguiendo y reprimiendo a ciertos justiciables catalogados -aunque nunca se explicita- y tratado como “enemigos”.

**Lo expuesto se corrobora en la siempre lúcida pluma de Zaffaroni: “Necesitamos movernos con mayor cuidado y precisión, por que el estado nos hace cada día más garantes de lo que nunca nos imaginamos ni se nos ocurriría garantizar” y sobre todo “La introducción del enemigo en el derecho ordinario de un estado de derecho lo destruye, porque borra los límites del derecho penal invocando la guerra y los del derecho humanitario invocando la criminalidad”<sup>19</sup>.**

Así, la tendencia legislativa y político criminal<sup>20</sup> de los últimos tiempos Argentina, que cíclicamente se reactiva con el acaecimiento de hechos luctuosos, se

---

<sup>17</sup> Es de especial interés la mención en la obra del momento histórico que vive América Latina, el llamado "autoritarismo cool" que no es más que retazos de discursos reciclados de la doctrina de la seguridad nacional (ahora ciudadana), que carece de respaldo académico y se enorgullece de ello.

Cabe destacar que la irracionalidad de los discursos actuales de seguridad ciudadana es de tal magnitud que su legitimación no puede provenir ni siquiera de groserías míticas, sino que se reduce a puro mensaje publicitario con predominio de imágenes dado que su técnica responde a una investigación de mercado, que vende el poder punitivo como una mercancía. En la medida en que se verifica que la promoción emocional de impulsos vindicativos tiene éxito comercial, se la perfecciona.

<sup>18</sup> La ley 25.496 establece que no podrá otorgarse los beneficios previstos en el período de prueba de los condenados a los autores de ciertos delitos, con ello se pretende que la condena se cumpla en toda su duración de manera efectiva.

<sup>19</sup> Confr. ZAFFARON, Eugenio Raúl I2. El enemigo en el Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 21 y 169.

Es su ensayo Zaffaroni nos advierte que es imposible la incorporación del concepto de "enemigo" en el Derecho Penal, salvo que se pretenda el aniquilamiento del Estado de Derecho y su reemplazo por la versión absolutista y totalitaria del mismo. "La admisión jurídica del concepto de enemigo en el derecho (que no sea estrictamente de guerra) —dice el autor— siempre ha sido, lógica e históricamente el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del estado de derecho". Para llegar a esta conclusión, Zaffaroni nos sumerge en la historia de las teorías políticas y cómo en ellas siempre estuvo la noción romana de hostis, al cual había que inocular a través de la segregación o simple eliminación.

<sup>20</sup> Por *política criminal* podemos decir que es la actividad estadual que se relaciona con la obtención y realización de criterios en el ámbito de la prevención y en su caso represión de la criminalidad. Se trata de un sector objetivamente delimitado de la política general del Estado, y por ello, uno de sus objetivos es configurar un derecho penal eficaz para la protección de la sociedad, estableciendo un equilibrio entre el

orienta unívocamente a restringir – en forma solapada y/o explícita- la vigencia de garantías constitucionales del imputado para conseguir mayor “eficacia” y “celeridad”<sup>21</sup> en la obtención de una sentencia – si es condenatoria y con pena alta mejor-, con la mediata e inocultable intención de expandir el poder punitivo como forma de control social. Muchas de las reformas normativas – aún la aquí glosada- que fue diagramada por consensos- tuvieron, aún con lícitos fundamentos y con apariencia válida, un férreo hilo conductor: retacear y socavar garantías y derechos del imputado –o maximizar los del Ministerio Público Fiscal - para obtener “resultados”, como de un simple cuestión de costos – “garantías”- y beneficios – “eficacia procesal”-.

A caballo de discursos de emergencia, sustentados la urgencia de “contener” y/o combatir al “delincuente”, se fueron recortando derechos y garantías del ciudadano, dando el paradójico resultado que el ciudadano se cree y/o siente –ilusoriamente- más “seguro” cuando más derechos y/o garantías relega: ante la permanente emergencia se resignan cada vez más libertades con la promesa de una ficticia seguridad – contra supuestos ataques a la propiedad o integridad-. En realidad, el clamor social por seguridad urbana es usufructuado por los discurso de urgencia para “legitimar”, en la gravedad que pareciera imponer ciertos hechos delictivos – Vgr. robo con armas a bancos y/a domicilios-, la solapada y mudable construcción del “peligroso” de turno – vgr. ayer fue el abusador sexual, hoy quien roba con arma de fuego y mañana será “rellenado” a provecho del azote delictual en boga.

El contexto social y político de excepción permanente es invocado para justificar la velada utilización de leyes que restringen y/o limitan derechos o garantías en pos de perseguir al individuo o grupo sindicado como culpable de la ola de inseguridad de turno, construyéndose así el “enemigo” social plasmado en la positivización de leyes penales. Pero al mismo tiempo, el conjunto social que complaciente recibe la ley que “categoriza” y castiga al “enemigo” es víctima de una doble afectación: por un lado, la cíclico ataque del “desviado”, por otro, el gradual pero continuo recorte de derechos y garantías para justamente hacer frente a la delincuencia que lo “aqueja”. La permanencia del los discursos de excepción que convalidan tácita o expresamente el derecho penal

---

derecho de coerción y el ámbito de libertad de los ciudadanos (Conf. ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, Revista Derecho Privado, Madrid, 1979, en RIGHI, Esteban, FERNÁNDEZ, Alberto, *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Hammurabi, ed. 1ª -1996, reimp)

<sup>21</sup> En este sentido “... se puede afirmar que el Estado intenta por medio del proceso penal no solo aplicar de la mejor manera posible la coerción estatal, sino también intentar proteger al individuo frente al uso o abuso de éste (*Ariel Ciano, ¿Se puede ejercer debidamente el derecho de defensa sin oralidad plena?*, publicado en el Suplemento de derecho penal de [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar), el 22/10/09)

del enemigo resulta incompatible con el Estado de Derecho y sólo como beneficiario al un Estado despótico que acumula poder perpetuando y ampliando el tributo de libertades civiles para llenar sus arcas de desigualdad, inseguridad jurídica y autoritarismo: el pueblo es el perjudicado por las normas que, supuestamente, los protegen de su “enemigo”.

Así, casi siempre con *visus* de legalidad y como respuesta al reclamo punitivista de la sociedad – cuando no alentado con el afán mercantilista de algunos medios difusores-, cíclicamente se apuesta al sistema penal como solución cuasi mágica a complejos problemas criminológicos de raíz compleja, y ante la falta de implementación y/o fracaso de otras políticas estatales – tales como educación, empleo, seguridad social, etc.-, se fue construyendo en forma encubierta pero constante un concepto e implementación de un “enemigo”, convenientemente difuso y abierto, en el orden penal Argentino.

Ahora enemigo no será el que pensó Jakobs, o sea el “terrorista”<sup>22</sup> o el desviado por “convicción”, sino que tal categoría fue inserta poco a poco en el sistema legal y fue subrepticia y apropiadamente adaptada según el molde del vulnerable o fenómeno criminal de turno<sup>23</sup>, por ejemplo, asalto a mano armada, atentados contra la integridad sexual, secuestros extorsivos, imputados que son excarcelados, condenados que salen condicional o provisoriamente de su encierro, etc. etc.

No habrá tampoco un “Guantánamo”<sup>24</sup> o un “Abu Ghraib”<sup>25</sup> en la Argentina, pero sí un pasmoso hacinamiento y superpoblación carcelaria; no habrá “military orders” o Patriot acts” pero sí un aumento irracional de penas y descontrolada creación

---

<sup>22</sup> Paradojalmente, el derecho penal del enemigo, más allá de sus achaques dogmáticos, tampoco resulta eficaz que los “terroristas” ni aún los delincuentes comunes no hacen la ecuación costo/beneficio ni se amedrentan por un derecho penal especial sin garantías, ni por ningún otro.

<sup>23</sup> En efecto, uno de los ejemplos más vigentes del endurecimiento de las medidas de coerción penal es el aberrante uso de la prisión preventiva. En efecto, el encarcelamiento preventivo ya no es una medida cautelar sino una perversa muestra de cómo la práctica judicial puede desvirtuar un instituto y convertirlo en la forma más barata de sacar de la calle a individuos “peligrosos” y mandarlos a llenar las cárceles mientras esperan, casi eternamente, para ser juzgados.

<sup>24</sup> Muñoz Conde señala que frente a una situación internacional donde se detienen ilegalmente a personas por simples sospechas de planes terroristas y se los someten a torturas indignas, no es una cuestión menor analizar y discutir las teorizaciones que legitiman aquellos extremos (conf. MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 81)

<sup>25</sup> Prisiones situadas en Cuba e Irak, respectivamente.

El mismo Muñoz Conde, en un breve opúsculo señala que frente a una situación internacional donde se detienen ilegalmente a personas por simples sospechas de planes terroristas y se los someten a torturas indignas sin ningún tipo de garantías, no es una cuestión menor analizar y discutir las teorizaciones que legitiman aquellos extremos (conf. MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 81 y sigs)



de tipos penales; la imposición de una pena se regirá por los principios humanitarios y legales insertos la Constitución y todos los Tratados Internacionales que de ella son parte, pero seguirá vigente – al menos formalmente- el cómputo diferenciado del encierro cautelar en la pena de reclusión ( art. 24 CP), la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado ( art. 52 CP), se podrá poner una pena de hasta 50 años a un ciudadano (art. 55 según ley 25.928 del CP), será posible legalmente aplicar pena perpetua a un menor de 18 años, se vedarán institutos libertarios sólo por la índole del delito (art. Art. 56 bis ley 24660), etc.; no habrá detenciones indefinidas ni ausencia de control jurisdiccional pero sí abuso del encierro cautelar y sistemática violación del plazo irrazonable para ser juzgado; no habrá tipificaciones abiertas que castiguen al “peligroso” pero sí proliferación de tipos de peligro abstracto y agravantes genéricos de dudosa constitucionalidad<sup>26</sup> ( vgr. arts. 41 *bis*, *quater*, y *recientemente quinquies* del CP<sup>27</sup>), etc. y todo un catálogo de usos punitivos en pos que se gradúa teniendo en cuenta la “peligrosidad” que genera al sistema y la paz ciudadana el supuesto “enemigo”..

---

<sup>26</sup> Autorizada doctrina ha sostenido lo siguiente: “...hay que destacar que las ‘agravantes genéricas’... tienen el *déficit*, desde el punto de vista del principio *nullum crimen nulla poena sine lege, sub specie ‘lex certa’*, de no vincular de modo suficientemente estrecho la descripción de la agravante... con un hecho específico. La ley allí se relaja, sin demostrar acabadamente si lo que se incluye como agravante genérica se enlaza realmente con el núcleo del tipo de la parte especial... Si el juez tiene que adivinar a qué tipos penales se vincula realmente la agravante, es porque no se cumple con la *lex certa* sin más ni más, es decir, que esa regulación es contraria al principio de legalidad”( SANCINETTI, Marcelo, Casos de derecho penal. Parte general, 3ª edic., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 231 y ss.; cursivas en el original).

Respecto al art. 41 bis: “En consecuencia, y en la medida en que ni siquiera en el ámbito más obvio de su aplicación puede sostenerse sin serias dudas la operatividad de dicha agravante, de ninguna manera puede decirse que su extensión sea clara, precisa y determinada, en el sentido en que lo exige el principio de determinación o de máxima taxatividad de la ley penal (*nullum crimen, nullum poena sine lege certa*), derivado directo del principio constitucional de legalidad (CN, art. 18; CADH, arts. 8.1 y 9; PIDCyP, arts. 14.1 y 15.1).”(Conf. “Arce, José Alberto p.s.a. homicidio agravado por el art. 41 bis” (expediente “A-63/08”). Cámara de Acusación Córdoba, auto número: trescientos seis del 26/6/09, de los Dres. Gabriel Pérez Barberá y Francisco Horacio Gilardoni; disponible en [http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6211:qarceq-camara-de-acusacion-cordoba-agravante-generica-articulo-41-bis-codigo-penal-inconstitucionalidad&catid=41:cordoba&Itemid=66](http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=6211:qarceq-camara-de-acusacion-cordoba-agravante-generica-articulo-41-bis-codigo-penal-inconstitucionalidad&catid=41:cordoba&Itemid=66)

Además : la escala penal establecida en el texto del artículo 41 quáter del Código Penal también es inconstitucional, debido a su irrazonabilidad e incongruencia valorativa (Conf. Gustavo L. Vitale, Artículo 41 quáter del Código Penal (adultos que se valen de menores para delinquir), Artículo 41 quáter del Código Penal, disponible en: [www.pensamientopenal.com.ar/VITALEARTICULO41QUATERSobreelautomentodepenasparalosquesevalganmenoresparadelinquir.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/VITALEARTICULO41QUATERSobreelautomentodepenasparalosquesevalganmenoresparadelinquir.pdf)).

<sup>27</sup>La ley n° 26.734 -B.O.: 28/12/2011- en su art. 3 dispuso: Incorpórese al Libro Primero, Título V, como artículo 41 quinquies del Código Penal, el siguiente texto: Artículo 41 quinquies: Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo. “

**Concluyendo, la idea y justificación del “enemigo” en el derecho penal fundado en el delincuente por principios<sup>28</sup>, fue objeto de apropiación, adaptación y utilización en forma abierta y genérica por e permanente discurso de excepción y plasmó – al calor de la continua urgencia de seguridad ciudadana- paulatinas y veladas –pero cada vez menos- manifestaciones en nuestro ordenamiento positivo patrio.**

## **2- Algunos ejemplos de la presencia del derecho penal del enemigo en la ley positiva argentina**

Como vimos, la categoría del derecho penal del enemigo es tan provocativa que invita pensar en imágenes un poco lejanas: los presos sin proceso de Guantámo, en las torturas y abusos cometidos en la cárcel Iraquí de Abu Ghraib<sup>29</sup>, lo que sería una visión tranquilizadora porque, insisto, son manifestaciones ajenas a nuestra realidad.

Pero a poco que se analiza en profundidad y con sentido crítico la legislación penal edictada por nuestro sistema punitivo se constata que el derecho penal del enemigo, con su mayoría de elementos caracterizantes, penetró en nuestro sistema penal vigente<sup>30</sup>.

La presencia del derecho penal del enemigo en nuestro orden legal tiene la siguiente particularidad: a diferencia de lo que propone Jakobs como un cuerpo orgánico, sistemático y deliberadamente orientado a cierto un grupo de personas o actividades, el “enemigo” en el derecho penal argentino se presenta de manera difusa y por tanto más insidiosa penetrando en nuestras instituciones<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Ej. el todavía no del todo clarificado concepto de “terrorista”.

<sup>29</sup> Para mayor ilustración de las atrocidades consultar: [http://es.wikipedia.org/wiki/Tortura\\_y\\_abuso\\_de\\_prisioneros\\_en\\_Abu\\_Ghraib](http://es.wikipedia.org/wiki/Tortura_y_abuso_de_prisioneros_en_Abu_Ghraib).

<sup>30</sup> Como bien menciona POLAINO-ORTS : “(...) supuestos reales de Derecho penal del enemigo, en el sentido en que Jakobs emplea el término (...) no sólo existen en la actualidad, sino que han existido siempre, aunque no se les llamara de ese modo”. (POLAINO-ORTS, Miguel.2006 Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, Págs. 188-190

<sup>31</sup> Lo expuesto aquí no pretende ser alarmista ni tampoco tratarlo como un hecho consumado e irreversible. Se trata sólo de describir, fundar y señalar aspectos de la realidad actual de las leyes penales argentinas sin claudicar un ápice del patrón Republicado y libertario que marca nuestra Constitución.

Además, frente a esta tensión que provoca el poder que tiene a ser absoluto existen ineludibles valladares que custodian las vigencia nuestro sistema garantista: 1) La Corte Suprema de Justicia de la Nación como última custodia del sentido de la Constitución junto con los Tribunales inferiores que acompañan e incluso van a la vanguardia en pro de la libertad 2) un fortísimo sistema internacional de los derechos humanos, con la Corte Interamericana a la cabeza como garante del plexo legal de *derecho humanos al que nuestro país forma parte desde el año 1994 ( art. Art. 75 inc. 22 CN)*

Recordemos que los elementos principales del derecho penal del enemigo eran: 1) anticipo de la punibilidad a estadios previos a la lesión al bien jurídico<sup>32</sup>; 2) intensificación de la reacción punitiva, tanto en la cuantía de la pena como por el modo de su cumplimiento<sup>33</sup>; 3) y funcionalmente de los dos anteriores, una flexibilización de las garantías procesales.

A estos factores universales que identifican el derecho penal del enemigo se le adunan algunas patologías propias de nuestro sistema penal.

En primer lugar se registra en el ejercicio del sistema punitivo argentino una selectividad estructural que determina que siempre que la acción punitiva -a través de la criminalización secundaria- recaiga y se dirija prevalentemente casi de manera excluyente sobre ciertos sectores sociales económicamente vulnerables que además son estereotipados y terminan asimismo como propio el rol que les asigna. Segundo, el fenómeno descodificación en materia penal que es de naturaleza inconstitucional: el art. 75 inc. 12 de la Carta Magna determina que es el Congreso Nacional el encargado de dictar distintos códigos en materia de fondo, entre ellas la penal en cuerpo unificado o separado, mandato que estaría aparentemente cumplido con la vigencia del actual Digesto Punitivo. Empero, el Código Penal actual producto de sus innumerables reformas<sup>34</sup> es desvirtuado por la irreflexiva sanción de leyes especiales opuestas a sus principios generales que lo hacen, justamente, un Código de fondo<sup>35</sup> y no una ley común. El último de los males locales serían ciertas interpretaciones que dan un carácter disfuncional a la exigencia de centralidad del Código Penal<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Se construyen tipo panales con el objeto de sancionar al individuo, antes de que el riesgo concreto exista en la realidad. Se pretende así aplicar penas asentadas sólo en posibles hechos futuros, incurriendo en flagrante violación a derechos humanos y garantías procesales protegidas constitucionalmente.

<sup>33</sup> El abandono de la proporcionalidad de la pena con respecto al delito quebranta así el principio de equidad que reguló y controló el sistema penal desde tiempos inmemoriales (vgr. el primer límite tribal a la magnitud de la venganza fue el "ojo por ojo, diente por diente").

Actualmente se intenta dar un peligroso giro copernicano sin importar el riesgo de condenar al inocente siempre que ello sea un dispositivo útil para evitar posibles conflictos sociales, lo que resulta funcional al régimen político imperante.

<sup>34</sup> Va de suyo que las innumerables reformas le quitaron toda coherencia interna.

<sup>35</sup> Es saludable proponer entonces una despenalización saludable y racionalizadora de las prohibiciones penales para mediante la recodificación penal y la consideración del principio de reserva de código -como derivación sistematizadora del principio de reserva de ley en materia penal (CN, 18, 19 y 75, inciso 12)-, que pongan fin al caos, a la incertidumbre jurídica y a la violación de la Constitución que constituyen la inflación, disgregación y contradicción legislativa actual en materia penal.

<sup>36</sup> Coincidiendo en esta tendencia se destaca un reciente opúsculo del Dr. Chiara Díaz: "Sin embargo, el mundo globalizado de nuestro tiempo ha convertido en ineficiente a ese derecho penal donde se pretendía proteger mejor a bienes jurídicos individuales, dando paso a la necesidad de prestar cobertura a bienes colectivos y sociales de magnitudes desconocidas hasta el presente en función de actos de terrorismo y de ataques que convertían a países y a lugares geográficos en verdaderos campos de batalla de una guerra no declarada pero que permitió justificar la existencia del denominado "derecho penal del

Algunos ejemplos legislativos vigentes que demuestran la insidiosa presencia – más o menos velada en unos casos, explícita en otros- del derecho penal de enemigo en nuestro orden punitivo son:

**A- Prisión perpetua impuesta a niños:** Argentina es el único país latinoamericano que aplica prisión perpetua a niños, esto es, a personas que cometieron el hecho punible antes de cumplir los 18 años. Vale aclarar que la franja etaria por la cual una persona es considerada niño, o sea quien no cumplió los 18 años, esta definida en el art. 1 de la Convención sobre los derechos del niño<sup>37</sup>, la aclaración vertida en la opinión consultiva n° 17 de la Corte Interamericana de derechos Humanos<sup>38</sup> y en el orden interno el art. 126 del Código Civil según ley 26579<sup>39</sup>.

Además, se destaca que el Régimen penal de la minoridad<sup>40</sup> nacional según ley 22.278, si bien en su art. 4 supedita a algunos requisitos la imposición de una pena a los menores de 16 a 18 años y otorga facultades al juez para absolverlo o aplicarle la reducción prevista en la tentativa<sup>41</sup>, lo cierto es que no prohíbe ni impide, por ende permite, aplicarle al menor pena perpetua.

El hecho de imponer la prisión perpetua a un menor, o lo que casi lo mismo una pena de 30, 40 o 50<sup>42</sup> años o similar; implica no sólo pena de muerte diferida en el

---

enemigo", caracterizado por: -La desaparición del bien jurídico como objeto de protección de las conductas criminales, extendiendo la imputabilidad como simple infracción a deberes normativos específicos y sin reparar en resultados ciertos.-

- Consecuente criminalización de las fases previas o anteriores a la lesión de uno o más bienes jurídicos.
- Aumento irracional de las escalas penales y de las medidas de seguridad.-
- Desconocimiento de las garantías procesales y del debido proceso como antecedente insoslayable para poder aplicar pena legítima.- (Chiara Díaz, Carlos A, El sistema penal tradicional y el derecho penal del enemigo", en el Suplemento Penal y Procesal penal de [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar), <http://www.eldial.com/nuevo/suple-penal-solapa.asp?camara=Editorial>, elDial.com - CC2B85)

<sup>37</sup> Positivizada por nuestro país por ley n° 23.849

<sup>38</sup> CIDH, Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos " Condición Jurídica y derechos humanos del Niño ( disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2212.pdf>

<sup>39</sup> B.O. 22/12/09.

<sup>40</sup> BO 28/8/80.

<sup>41</sup> Artículo 4°. La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2° estará supeditada a los siguientes requisitos: 1°) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales. 2°) Que haya cumplido dieciocho años de edad. 3°) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2°

<sup>42</sup> El art. 55 del código penal permite la condenación de hasta 50 años: "Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a

tiempo sino una renuncia expresa al núcleo central de la Convención sobre los derechos del niño que es “el interés superior de menor”<sup>43</sup>. Cuesta imaginar como se protege el interés del menor con la aplicación con una reacción punitiva de tal alta magnitud: se trata, sin embargos, de una forma de apartar definitiva y tempranamente de la sociedad al implícitamente considerado, aunque nunca se lo sincere o explicita, “peligroso”, o lisa y llanamente, “enemigo”.

Sin perjuicio de las facultades que le otorga al Juez el art. 4 de la ley 22.278 – reducción a la escala de la tentativa o absolució- **el solo hecho que el sistema legal todavía vigente habilite la posibilidad de imposición y cumplimiento de pena perpetua a un menor de 18 años resulta incompatible con nuestro sistema republicano y constituye una notoria expresión del derecho penal de autor. El Estado Argentino deberá encarar y remediar esta disfuncionalidad antes que sea responsabilizado en Cortes Internacionales** y, lo que es más grave, permitir por su inacción el inaceptable apartamiento social de niños víctimas de un irracional y neutralizante ejercicio de su propio poder punitivo.

Lo expuesto fue señalado en 2005 por la Corte Suprema en la causa “Maldonado, Daniel”<sup>44</sup> al anular una condena a pena perpetua impuesta a un menor por la Cámara de Casación<sup>45</sup> y obligar la Tribunal inferior a que aplique la reducción

---

los diversos hechos. **Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión.**” (Artículo sustituido por art. 1º de la [Ley Nº 25.928](#) B.O. 10/9/2004, la negrita me pertenece.)

<sup>43</sup> Vale recordar que el art. 3 apartado 1 de la Convención expresa “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

<sup>44</sup> M. 1022. XXXIX, “RECURSO DE HECHO Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, causa Nº 1174C, 7/12/2005.

<sup>45</sup> En primera instancia, el imputado había sido condenado a catorce años de prisión por el delito de robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad.

Sucedo que el Tribunal Oral de Menores Nº 2 lo halló culpable de homicidio agravado, previsto en el art. 80 de Código Penal que tiene la pena de prisión perpetua, pero el 4º de la ley 22.278 permite que el juez reduzca la condena que va a aplicar a un menor de 18 años (son punibles desde los 16, siempre que se trate de delitos que tengan prevista una pena superior a dos años). De hecho, incluso podría no aplicar condena alguna. Dice que si por “las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa”. En la tentativa el art. 44 prevé la reducción en la escala aplicable de un tercio a la mitad, y si fuera de prisión perpetua -como era en el caso- la pena de 10 a 15 años. Eso fue lo que se hizo en primera instancia.

Pero en segunda instancia, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal entendió que la peligrosidad del menor -que mientras se sustanciaba la causa, y en ocasión de una salida transitoria del instituto donde estaba destinado, habría cometido un nuevo delito violento- hacía improcedente estimar favorablemente esa facultad de reducción de pena.

Lo que hizo la Corte Suprema fue revocar el fallo de Cámara y fijar pautas para que ésta dicte una nueva condena, que ya no podrá ser perpetua

prevista para la tentativa<sup>46</sup>. Allí la Corte estableció como doctrina central: “en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto.”<sup>47</sup>

Una de las necesarias derivaciones del derecho penal del enemigo es que sea considerado como un derecho penal de autor, porque se dirige en forma directa y específica a los enemigos (no personas) eliminándolos porque representa un peligro muy grave y serio para la sociedad.

Pues bien, el instituto de la reincidencia, sin perjuicio de otros achaques dogmáticos vgr. Afectación de los principios de culpabilidad, proporcionalidad de la pena<sup>48</sup>, igualdad ante la ley, *non bis in idem*, principio de resocialización<sup>49</sup>, entre otros.,

---

<sup>46</sup> Conf. art. 4, anteúltimo párrafo, de ley 22.278.

<sup>47</sup> Conf. considerando 40 del voto de la mayoría. Culmina el fallo expresando en el considerando 41:” se advierte que en la sentencia en recurso no se han respetado las exigencias derivadas de las normas legales y constitucionales aplicables al caso. En efecto, la decisión de la cámara no exhibe argumento alguno que permita entender por qué una pena de 14 años de prisión por un hecho cometido a los 16 años resultaba insuficiente. Y, ciertamente, sus fundamentos mucho menos alcanzan para explicar cómo es posible promover la reintegración social del condenado por medio de una pena que se define ex ante por la decisión de, llegado el caso, excluirlo para siempre de la sociedad.”

<sup>48</sup> Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales.

La aludida violación al principio de proporcionalidad surge con evidencia si se advierte que el plus punitivo que se impone no deriva de la mayor gravedad de los hechos por los que se condena.

<sup>49</sup> Así se razona en un reciente fallo: “la reincidencia viola el *principio de resocialización*, como fin de la pena privativa de libertad, en cualquiera de sus modalidades. En tal sentido se sostiene que si el Estado, luego de someter a una persona a pena de prisión, falla en el cumplimiento de aquel objetivo, no es legítimo atribuir dicho fracaso al individuo que la sufre sino que esa falencia debe achacarse al propio Estado. El tema tiene directa relación con la incorporación a nuestro derecho interno de los tratados de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicha incorporación, legal en un principio, ha sido ratificada por el constituyente de 1994 al dotar de jerarquía constitucional los criterios de política criminal, y también penitenciaria, que emanan de dichos instrumentos. El art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos sienta la teoría de la llamada prevención especial positiva, al establecer que *las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*,

entendemos que lesiona la idea de un *derecho penal de acto*, toda vez que configura una medida basada en una mayor contrariedad del sujeto con la norma y no en la lesión concreta a un bien jurídico, único fundamento legítimo de la punición.

**En el instituto de la reincidencia se verifican rasgos inequívocos del derecho penal de autor, ya que resulta ilegítimo e ilegal el incremento de la respuesta punitiva estatal que habilita la reincidencia puesto que ese “plus” de pena se cimienta, en definitiva y más allá de las justificaciones intentadas<sup>50</sup>, en la supuesta peligrosidad del sujeto<sup>51</sup>. En la misma senda, no puede soslayarse la contradicción entre la reincidencia y la garantía constitucional del derecho penal de acto, si se tiene presente que en los antecedentes legislativos del instituto el fundamento fue la idea de una mayor peligrosidad, mayor perversidad, profesión o tendencia a la criminalidad, y que en la última reforma al Código Penal por ley 23.057, se tuvo en cuenta que: “si la reincidencia debe permanecer en el Código Penal, debe ser fundada en la demostración de la insuficiencia de la pena aplicada para cumplir su fin de prevención especial.”<sup>52</sup>**

En suma, resulta un desatino legitimar constitucionalmente la pretendida agravación legal de la situación punitiva por “reincidencia”. Por el contrario, toda orden legal represivizante, que tome en cuenta las condenas o penas que haya sufrido *antes* la persona condenada, violenta abiertamente las garantías básicas del Estado Constitucional de Derecho, **pues se basa en un presumido reproche de las características personales del autor, manifestadas por aspectos de su vida pasada,**

---

doctrina legalmente receptada en la Ley 24660. Es preciso, pues, interrogarse acerca de si el mecanismo de agravación punitiva que implica la declaración de reincidencia resulta compatible con la finalidad, legal y constitucionalmente consagrada, de la pena de prisión. Teniendo en cuenta que la reincidencia sólo puede aplicarse a quien ha cumplido pena (reincidencia real), hay quienes afirman que su fundamento debe buscarse en la “insuficiencia” del tratamiento resocializador anterior o su incapacidad para transformar la conducta del penado, por lo cual cabría intensificar el mismo. (Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, “PROVINCIA DEL CHUBUT c/ SOA”, de la Oficina Judicial Esquel NIC N° 1347 Legajo de Investigación Fiscal N° 12615,29/12/10, considerando 13 del voto de la Dra. Mónica Rodríguez.)

<sup>50</sup> Ha dicho Roxin, en relación al derogado instituto en la legislación alemana: “...pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida y por tanto era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho...” (cita de Santiago Vismara en “*Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia*”, N° 5, dirección Leonardo G. Pitlevnik, Hammurabi, Buenos Aires, p.52).

<sup>51</sup> Los Dres. Zaffaroni, Alagia y Slokar, afirman que “el plus de poder punitivo que habilita la reincidencia se funda en razón de un delito que ya fue juzgado o penado por lo que importaría una violación constitucional al non bis in idem. De este modo, la idea tradicional de reincidencia como inevitable causa de habilitación de mayor pena deviene en inconstitucional” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, “Manual de Derecho Penal - Parte general”, op. cit., pág. 769.)

<sup>52</sup> Código Penal comentado, David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, pág. 214.

**ya valorados en otro juicio penal anterior, constituyendo una indiscutible presencia del derecho penal del enemigo en nuestro sistema legal.**

*C -Abuso de la prisión preventiva. Su homologación discursiva y jurisdiccional a la pena.*

La prisión preventiva<sup>53</sup> además de ser disfuncional, contrariar garantías constitucionales<sup>54</sup> y convencionales, tiene un modo de cumplimiento que fue caracterizado por el Cíbero Tribunal Nacional como de una realidad dolorosa irreparable del cual es emblema y un –mal- paradigma de la forma en que ocurre en encierro cautelar en provincias como Buenos Aires y Mendoza.

En este sentido, el cimero Tribunal Nacional dio cuenta de la superpoblación que existe en las cárceles Bonaerenses y de las consecuencias gravosas que implica el encarcelamiento cautelar :“Que respecto de la prisión preventiva, cualquiera sea la tesis que se adopte acerca de su naturaleza, lo cierto es que importa en la realidad un contenido penoso irreparable, lo que lleva a asimilar las controversias a su respecto a casos de sentencia definitiva, según inveterada jurisprudencia de esta Corte”.<sup>55</sup>

De este forma un instituto que por esencia es de uso excepcional y restrictivo, es utilizado, mediante su aplicación inercial su por como una herramienta más de política criminal para excluir al considerado “peligroso”, pero cuya “peligrosidad” no radica ya

---

<sup>53</sup> Un fallo que resume toda la normativa aplicable en materia de excarcelación es el precedente “Barbará” que aunque sea de Capital, merece reproducirse “En nuestro sistema constitucional..., el imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso, ya que se garantiza el derecho de entrar, permanecer y salir del territorio argentino, mientras no exista una condena concreta que le impida tal derecho (art. 14 C.N). La privación de la libertad antes de la sentencia, afecta este derecho constitucional, que además tiene cómo base al art.18 de la Constitución Nacional, que exige sentencia firme para restringir la libertad personal. A este panorama se agregan los Tratados sobre Derechos Humanos, antes explicitados, en virtud el art. 75 ,inc. 22 CN.14 .En este sentido, las leyes procesales penales sólo vienen a reglamentar la Constitución Nacional, para que se determinen las restricciones que se podrán hacer a la libertad de la persona, dentro de ese marco normativo, ya que de lo contrario, esas normas procesales serían inconstitucionales (Véase los artículos 71 CADH; art. 91 DUDH; art. XXV DADDHy art. 91 PIDCP). Por eso la interpretación de las normas procesales, en este ámbito debe ser restrictiva, prohibiéndose la analogía en contra del imputado.” “...El estado de inocencia, entendido de esta manera, acompaña a la persona durante toda su vida (art. 18 C.N. y art. 14.2. PIDPC); luego las medidas de imposición y cautelares deben ser restrictivas y de acuerdo a los artículos antes mencionados. De estas ideas básicas se deduce que el estado normal de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada, es la libre locomoción (art. 14 C.N.), por consecuencia, la privación de libertad será excepcional (Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I - 21.143 - "Barbara, Rodrigo Guy. s/ exención de prisión", voto del Dr. Donna).

<sup>54</sup> Por caso, el art. 18 CN, pues contraría el principio de inocencia al tratar como culpable a quien es inocente.

<sup>55</sup> V-856-XXXVIII “Recurso de hecho “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus, considerando 57.

Las consideraciones del Alto Tribunal Provincial, respecto a la aplicación de medidas que minimicen los efectos nocivos del encierro preventivo, concuerdan con el alcance restrictivo que tiene toda coerción en la libertad ambulatoria, derecho elemental que por otra parte es amparado por la Carta Magna Nacional ( arts. 14 y 18 ,.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la Constitución Provincial en su art. 21.



en riesgo procesal -fuga o destrucción probatoria-, sino en la alarma que representa para el conjunto social.

Pues bien, en este extraordinario precedente, la CSJN dio a entender, con inusual claridad, el excesivo uso de la prisión preventiva: “Que el 75% de presos sin condena, en caso de no hallarse colapsado casi totalmente el sistema judicial, está indicando el uso de la prisión preventiva como pena corta privativa de la libertad, contra toda la opinión técnica mundial desde el siglo XIX a la fecha...”<sup>56</sup>

El abuso irracional del encierro cautelar- usado solapadamente como prevención especial negativa para neutralizar sujetos “peligrosos”<sup>57</sup>- que apareja la superpoblación carcelara, en conjunción con la deficiente infraestructura edilicia y habitacional del Servicio Penitenciario conspiran no solo contra la efectiva vigencia de los derechos y garantías de los justiciables detenidos, sino también consta su propia integridad psicofísica.

Al mismo tiempo esta práctica disvaliosa -abuso y justificación como pena del encierro cautelar- intenta otorgar una pátina de “legalidad” al discurso de emergencia impulsado por actores políticos y sociales – con eco, magnificación” y feedback de los medios difusores- que, bajo el ropaje de continuos reclamos de “eficacia” al Órgano Jurisdiccional Penal, propugnan en el fondo aislar y neutralizar a franjas vulnerables de la sociedad.

Por otro lado, existe una tendencia novedosa que demuestra como el derecho penal del enemigo pugna por colarse en las instituciones republicanas y que consiste en la conversión de prisión preventiva en una respuesta de fondo de la facultad punitiva estatal, borrando su carácter y finalidad netamente procesal. Lo expuesto se verifica si, por ejemplo, se computa como “pena” a los fines de la reincidencia el tiempo transcurrido encierro cautelar, perversa propensión que fue identificada y subsanada por la Corte Suprema Nacional en la causa “Mannini”<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Considerando 62 del fallo “Verbitsky”.

<sup>57</sup> Así en forma incubierta y nunca explicitado se mensura la posibilidad de “reiteración delictiva”: no se encierra al sujeto porque se cree que se escapará o dilapidará prueba, sino que se aparta de la sociedad porque se teme que volverá a delinquir.

El razonamiento apuntado se corrobora en que la enorme proporción de presos preventivos están porque atacaron en forma ostensible el bien jurídico propiedad (hurto o robo) o vida (lesiones, homicidios), debiendo el poder judicial actuar en forma inmediata para frenar e impedir que continúen tales ataques al conjunto social.

<sup>58</sup> M. 619. XLII. RECURSO DE HECHO Mannini, Andrés Sebastián s/ causa N° 12.678, 17/10/2007. En ese entonces el dictamen del Procurador General al cual adhirió la Corte estableció: “En efecto, según V.E. lo ha reconocido, la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, sin que sea admisible efectuar

Mezcla de prevención especial negativa, refinamiento de pulsión vindicativa del conjunto social –la “venganza” ahora la hace la Justicia y no el ciudadano por mano propia- y anticipo de pena –incluso con acogida jurisdiccional hasta que fue invalidada por la Corte- hasta la aplicación generalizada de la prisión preventiva, convalidada y justificada por el discurso de emergencia para luchar contra el “delito”, excede la mera aplicación abusiva, irracional e irreflexiva de un instituto jurídico sino que constituye, mirada en perspectiva, una política coherente y sistemática de señalamiento, categorización y consecuente apartamiento del “enemigo” del conjunto social nulificando la vigencia de su derecho constitucional de conservar su libertad ambulatoria durante la substanciación de un proceso penal<sup>59</sup>.

#### ***D- La prisión perpetua y el modo de cumplir la pena:***

La prisión perpetua una de las expresiones más acabadas del derecho penal del enemigo<sup>60</sup> ya que implica la relegación e inoquización indefinida del sujeto, lo que se da de bruces –entre otros principios jurídicos- con el fin mismo que tiene la pena en un Estado de Derecho: la progresiva reinserción social del penado.

---

consideraciones ajenas al caso que aquélla contempla (Fallos: 313:1007; 314:458; 315:1256; 318:950; 324:2780). En este sentido, debe repararse que el artículo 50 del Código Penal no ofrece mayor dificultad hermenéutica, pues establece que habrá reincidencia en tanto quién recaiga en el delito haya cumplido "pena" anterior, total o parcialmente". "Si aún cupiera alguna duda acerca de cuál es la voluntad de la ley, en los antecedentes parlamentarios cuya utilidad para conocer su recto sentido y alcance ha sido siempre reconocida (Fallos 321:2594; 323:3386; 325:2386) el senador De La Rúa señaló que "...debe quedar en claro que no debe computarse la prisión preventiva como parte de la pena, es decir, como pena efectivamente cumplida, a los efectos de la reincidencia..." (Diario de Sesiones del Senado de la Nación, pág. 578)."

Entonces, el art. 50 del C.P. exige como modo específico de cumplimiento de la pena privativa de la libertad el tratamiento penitenciario, por ende el imputado debe haber estado privado de su libertad en calidad de penado y no de procesado para ser considerado reincidente.

Esta doctrina había sido aplicada anteriormente por el tribunal en C.1700.XLII "Chaparro, Diego Damián s/ robo agravado por el empleo de arma", 27 de marzo de 2007.

<sup>59</sup> Conf. Arts. 14 y 18 CN.

<sup>60</sup> Inclusive ampliamente aceptadas las teorías de la preventistas de la pena, receptadas en el art. 1 y cc de ley 24660, son pasibles de encubrir y/o legitimar una aplicación solapada de un derecho penal de autor:

En este sentido"... el preventivismo –hijo dilecto del utilitarismo- resulta más apto para contestar la pregunta acerca del para qué (se pena para que el sujeto no vuelva a delinquir y/o para que el resto de la sociedad no delinca) y huelgan a su respecto respuestas que nos digan por qué se castiga, ya que se limitan a prescribir normativamente su finalidad. Claro que, como las teorías preventivas conciben a la pena como medio para fines exteriores a ella, terminan asignando al individuo el papel de medio para fines ajenos a sí mismo. Si a ello adunamos que se puede prevenir (hacia el futuro) sin necesariamente retribuir (por un acto del pasado), en tanto la prevención no implica la retribución, por más nobles que aparezcan diseñados algunos de sus propósitos, las teorías preventivas revelan su aptitud para ser funcionales a un Derecho Penal de autor y no de acto, de corte contra-ilustrado."( Berros, Noemí M, "Algunas reflexiones trialistas sobre la pena (un esfuerzo jurídico de des-encubrimiento; Suplemento de derecho penal y procesal penal de la web [www.eldia.com.ar](http://www.eldia.com.ar), publicado el 17/08/2010.)

Pues bien, algo muy parecido sucede en nuestro sétima penal para los condenados a prisión perpetua ya que el Código Penal no les fija un límite de duración máximo ya que su extensión temporal es indeterminada – más allá que a los 35 años podrían obtener la libertad condicional-, cuando en realidad, las penas perpetuas propiamente dichas son constitucionalmente inaceptables. Lo expuesto se agrava si el penado a perpetua es reincidente ya que eno puede obtener tampoco la libertad condicional<sup>61</sup>

La Corte Suprema con su composición actual en la causa “Giménez Ibáñez”<sup>62</sup> donde un condenado a prisión perpetua con declaración de reincidencia – y por ende, imposibilitado de obtener la libertad condicional según el art. 14 del CP-, tangencialmente – ya que asintió un argumento alegado por el defensor- se refirió a la incompatibilidad de la pena perpetua con le art. 18 de la Carta Magna: “Que una vez llevada la cuestión ante la superior instancia provincial a través del recurso de inaplicabilidad de ley (**en el que se alegó -con acierto- que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional**), el a quo lo declaró mal concedido por considerar ....”<sup>63</sup>.

Más allá que la decisión sólo determino que el Tribunal Inferior tratara el pedido de libertad por agotamiento de pena, si se considera la fuerza normativa derivada leal acatamiento de los fallos de la Corte como intérprete último de la Constitución, el Cintero Tribunal Nacional afirmó que la prisión efectivamente perpetua deteriora a la persona y por ello resulta incapaz de cumplir los únicos fines de resocialización que tiene la pena según el art. 18 de la CN, art. 5. ap. 6 del CADH y art. 10 ap. 3 de PIDCyP; sin mencionar su contenido potencialmente inhumano, cruel o degradante<sup>64</sup>.

**Tal vez la Corte no lo dijo no con la contundencia y explicitud deseada, pero lo dijo y eso lo relevante: la posibilidad de mantener indefinidamente a un ciudadano en prisión o lo que es lo mismo, establecer penas indeterminadas**

---

<sup>61</sup>Art. 14 del CP.

<sup>62</sup> G. 239. XL., RECURSO DE HECHO “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/ libertad condicional”, 4/6/2006.

<sup>63</sup> Considerando 4, es mío el destacado.

<sup>64</sup> Art. 5 DUDH, Art 5 ap. 2 CADH y art 7 PIDCP.

**temporalmente como la prisión perpetua<sup>65</sup>, viola la finalidad de reinserción prevista para la pena y se homologa un tormento abolido por el art. 18 de la Cargas Magna, lo que haría a nuestro país responsable por eventuales violaciones a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.**

El derecho penal del enemigo también se expresa en la tendencia legal de cumplir la totalidad de la pena, expresa en varias disposiciones de nuestro Catálogo Punitivo.

En efecto, La intensificación punitiva se plasma en el modo de cumplimiento de prisión perpetua con las modificaciones producidas en el régimen de libertad condicional y en el régimen de ejecución de la pena.

Así, el discurso de emergencia que propende que la exclusión del “peligroso” por el mayor tiempo posible, se verifica en, por ejemplo la regulación de los presupuestos de concesión de la libertad condicional (Arts. 13, 14 y 15 C.P. modificados por Ley 25.892<sup>66</sup>), pone en riesgo la operatividad del principio de resocialización, pues se constata un plazo sumamente extenso en los supuestos de penas perpetuas para el cumplimiento del presupuesto temporal -35 años<sup>67</sup>-, "puesto que nadie niega que cuanto más prolongada sea la duración de la pena, tanto más dificultosa resultará la reinsertación del penado en la sociedad, al momento de su regreso al medio libre" <sup>68</sup>.

Por su parte, el art. 14 en cuanto niega la libertad a los reincidentes, es un claro ejemplo de derecho penal de autor y ya dos fallos de tribunales inferiores – que esperamos tengan eco en los superiores- lo han tachado de inconstitucional

El primero reza: “analizada aún la cuestión desde la óptica de los fines de la pena, hoy no cabe duda alguna que a partir de la reforma de la Constitución en el año

---

<sup>65</sup> Por ello, hacemos nuestras las palabras de Schall-Schreibauer cuando expresan que “una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto, quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad” (Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús, “El retorno de la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Dir. Arroyo Zapatero-Berdugo Gómez de la Torre, Vol. I, Ediciones de la Universidad Castilla de la Mancha-Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 710.)

<sup>66</sup> B.O.: 26/05/2204.

<sup>67</sup> Conf. art. 13 1º párrafo del CP.

<sup>68</sup> Compartimos la posición de DE LA FUENTE, Javier E y SALDUNA, Mariana, “Ejecución Penal. Reforma de los artículos 13, 14 y 15 del Código Penal”, AA.VV., Reformas penales, Coordinador Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004, pp. 40-41.

1994 ha quedado definitivamente incorporado el concepto de ‘prevención especial’ o ‘readaptación social’ (art. 75, inc. 22 C.N.; art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5.6. de la Convención Americana de Derechos Humanos; y con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU. de 1957 -regla 63 y siguientes-), constituyendo ‘un deber del Estado frente al condenado proporcionar los medios para evitar el deterioro y la estigmatización y poder con ello disminuir los niveles de vulnerabilidad’ (Francisco CASTEX, ob. cit.). En tales términos, impedir al reincidente la posibilidad de acceder a la libertad condicional es una contradicción en sí misma, ya que importa negar que la pena haya surtido su efecto resocializador en la persona del delincuente, impidiéndole reintegrarse a la sociedad, quebrantando por añadidura el principio de "igualdad ante la ley" (art. 16 C.N.), ya que por un mismo hecho asiste tal posibilidad al delincuente primario”<sup>69</sup>.

Por su parte, el segundo es muy reciente: “... la prohibición a obtener libertad condicional del art. 14, constituye una vulneración del derecho del penado a obtener una tutela judicial efectiva y al amplio ejercicio de control jurisdiccional, al establecer la norma cuestionada, una presunción iuris et de iure, ab initio, en contra del penado y violatorio del sistema republicano de gobierno, por todo lo cual resulta claramente inconstitucional.” y “... la taxatividad en la redacción de la norma cuestionada, en tanto constituye una presunción que no admite prueba en contrario, impide a todas luces, una interpretación de la misma dentro de parámetros constitucionales, por todo lo cual considero que corresponde **declarar su inconstitucionalidad por lesionar los principios de culpabilidad, lesividad, reserva, derecho penal de acto, autonomía moral, derecho de defensa, readaptación social mínima, principio de judicialidad y tutela judicial efectiva que se desprenden de manera expresa o por derivación de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 C.N.), entre los mismos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts.8 y 9) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7)”<sup>70</sup>.**

---

<sup>69</sup> Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, "Navarro, Zacarías Andrés s. robo calificado" (Expte. N° 3603-0296), 4/8/2004, voto de la Dra. Bernard.

<sup>70</sup> Tribunal Oral Federal n° 1 de Córdoba, “auto interlocutorio N° 104/102”, GOMEZ, Roque S/Legajo ejecución” (Expte. N° 06/08), 27/7/2010, resuelta por el Dr. Jaime Díaz Gavier

Respecto de la afectación del derecho penal de actor que supone el art. 14 del magistrado se exployó así: “... en primer término, tal juicio y prognosis implica el reconocimiento de que la reinserción no

En suma, con la suba generalizadas de penas, la arbitrariedad en su cuantificación judicial cerca del máximo, la vigencia de la pena perpetua y el largo plazo para obtener la posibilidad de libertad condicional – 35 años-, sumado al endurecimiento y exclusión de basales institutos de la ejecución penal para los reincidentes, o ciertos tipos de delitos, lo cierto es que el sistema penal tiene al cumplimiento efectivo y total de las penas en prisión -sean perpetuas o no-, encierros prolongados que provocan per se un deterioro en la persona homologado al “tormento” vedado por nuestro art. 18 CN según el precedente “Giménez Ibáñez”<sup>71</sup>.

*F-El solapado adelanto punitivo en la facultad policial de detención con fines de identificación. El caso del art. 15 de la ley 13482 inc. C y último párrafo de la Provincia de Bs. As.*

A lo largo de los distintos ejemplos se evidencia que el fin principal del Derecho Penal del enemigo es la seguridad cognitiva, dado no se trata ya como sucede en el Derecho Penal general de la conservación o mantenimiento del orden, sino de la producción en el entorno de las condiciones soportables por medio de los cuales sean

---

podrá cumplir con sus objetivos y finalidades, -no obstante los esfuerzos en contrario que pueda poner de manifiesto el penado, los equipos técnico-criminológicos que acompañen al mismo y el control que pueda ejercer el juez de ejecución en este proceso de individualización ejecutiva de la pena. En efecto, la prohibición y juicio implícito en la misma, conlleva la afirmación de que no podrá cumplirse con la finalidad constitucional garantizada por los pactos internacionales y nuestro plexo constitucional para la etapa de ejecución de pena, esto es, la reinserción social. Podríamos decir que la ley 24.660 y su objetivo resocializador en su intento de propuesta individualizadora y voluntaria carecen de sentido y eficacia en el caso, pues se presume sin admitir prueba en contrario que este sujeto, por la sola condición de reincidente, esto es, por “ser” reincidente, no puede enervar esta presunción por medio de acción o proceso alguno, es decir, por medio de un “hacer”. Se trata en consecuencia de un juicio de peligrosidad con fundamento en el Derecho Penal de Autor, por tanto, contrario al Estado de Derecho, que se “cristaliza” en un pre-juicio al momento de individualización de la pena y acompaña al penado bajo la forma de juicio desfavorable, no obstante su elección de actividades, acciones, tratamientos y todas las modificaciones que éste pueda libre y voluntariamente efectuar con miras a procurar su reintegración social. En este orden de ideas se pronunció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, in re: “Varela, Luis R.”, del 27/12/85, (Voto del Dr. Zaffaroni) “...la peligrosidad, es obviamente, un juicio de probabilidad y como tal, no puede ser presunto, y menos aún presumido “*juris et de jure*”. Por otra parte, la misma idea de peligrosidad entendida en el sentido positivista de la misma, es violatoria de la dignidad humana, dado que se reduce a una persona a la condición de una cosa regida por la mera causalidad...”. Por tanto, la privación contenida en el art. 14 C.P. incorpora cuestiones y valoraciones relativas a la peligrosidad del sujeto, con asiento en una condición previa del mismo y ajenas a los hechos y conducta de que pueda dar cuenta durante la ejecución de pena, lo cual es inconstitucional, en tanto lesiona el **principio de culpabilidad y de derecho penal de acto**, que se derivan en forma directa del Estado de Derecho y hallan su fundamento expreso en el art. 19 de la C.N.”

<sup>71</sup> G. 239. XL., RECURSO DE HECHO “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/ libertad condicional”, 4/6/2006.

eliminados todos aquellos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas <sup>72</sup>.

También hemos visto la que si bien esta vertiente fue planteada en forma sincera y explícita por Jakobs en el plano académico – donde fue y es criticada y rechazada <sup>73</sup>-, no lo es menos que algunos de sus repudiables características se cuelean subrepticamente y bajo apariencia de “legalidad” - al menos formal- en el ordenamiento jurídico so pretexto de brindar efectividad a las agencias estatales en la “lucha contra el crimen”. A ello le sumamos que el sistema punitivo argentino ostenta una selectividad estructural que determina que siempre que la acción punitiva -a través de la criminalización secundaria- recaiga y se dirija prevalentemente casi de manera excluyente sobre ciertos sectores sociales económicamente vulnerables.

Y si para completar el cuadro, las agencias estatales- vgr. policía- con motivo de prevenir las acciones criminosas ejercitan un poder punitivo subterráneo y paralelo al legal para ejercer sus funciones, teniendo una tendencia natural <sup>74</sup> a excederse y abusar sus facultades regladas para brindar la pretendida “seguridad” que demanda el conjunto social”. Si agencias policiales comenten abusos en la práctica con un plexo normativo claro y respetuoso de las garantías constitucionales, más cuando tales normas desde su misma letra permiten el ejercicio de facultades discrecionales que potencialmente

---

<sup>72</sup> Jakobs, G et al (2003) Derecho penal del enemigo. 1era edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina. p.33

<sup>73</sup> Abanto Vázquez relata que “la doctrina alemana ha rechazado esta teoría del DPE en primer lugar por los términos utilizados por Jakobs, pues recuerdan a los empleados durante el régimen nazi-fascista: “enemigo”, “no persona” (Schünemann)...”. Para concluir éste doctrinario peruano que “el análisis de Jakobs no puede servir, en la práctica, de base constitutiva de un Derecho Penal enclavado en un Estado social y democrático de Derecho” (Abanto Vázquez, Manuel; “¿Normativismo Radical o normativismo moderado?; en “Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales”, nro. 5, Editorial Grijley, año 2004, ps. 74 y 79.)

Pastor dice que “Todo lo que se hace contra los enemigos no es jurídico” y recuerda que el hecho del 11 de Setiembre de 2001 no es un “caso penal” (Pastor, Daniel; “El derecho penal del enemigo”, en “Los desafíos del derecho penal del siglo XXI”, Ara Editora, Lima, 2005, ps. 809/810.).

Zaffaroni ha expresado su desacuerdo con esta idea en un reciente fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina expresando que el derecho penal no debe teorizar sobre la enemistad al derecho como exclusión de la dignidad de la persona (Causa “Gramajo, Marcelo”, nro. 1573C, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, fecha: 5 de Setiembre de 2006)

<sup>74</sup> Conviene entonces la función primigenia del derecho penal: “La función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma (-Zaffaroni –Slokar-Alagia, “Tratado de Derecho Penal parte general”, Editorial Ediar, 2º Edición, 2003, Pág. 5).

permiten afectar discrecionalmente y sin intervención judicial – por lo menos en forma - inmediata y coetánea la libertad individual de los ciudadanos.

Para lograr esta sensación psicológica de seguridad en el conjunto social-seguridad cognitiva-, el derecho penal del enemigo utiliza el anticipo de la punibilidad de manera de identificar precuatoriamente al sujeto hipotéticamente peligroso con anterioridad a cualquier acto que afecte concretamente a un bien jurídico<sup>75</sup>. Lógicamente que para tal cometido se verifica una necesaria flexibilización – cuando no aniquilación- de elementales garantías constitucionales- por caso, la básica libertad ambulatoria, el derecho de circular libremente, etc.

Los hechos descriptos si bien reprobables y en apariencia ajenos a cualquier orden jurídico celoso de las garantías constitucionales, se constatan bajo un aparente velo de legalidad y aún de legitimidad en algún resabio autoritario de la legislación que permite a las agencias policiales prácticas en franca tensión – o directamente reñidas- con la vigencia irrestricta del Estado de Derecho.

Es así que con pretexto de “defensa social” de la sociedad, a menudo las fuerzas policiales<sup>76</sup> dirigen su accionar a los sectores más vulnerables de la población valiéndose – vgr. Jóvenes de escasos recursos- a los que detienen con la sola excusa de “identificarlos”, luego los retienen en la Comisaría – muchas veces les toman fotografías que formaran álbumes para individualización -, para luego liberarlos sin ninguna intervención jurisdiccional, y lo peor de todo, existe una norma que lo permite.

Para el análisis tomaremos una ley vigente de la Provincia de Buenos s. Aires.

El art. 15 de la ley 13.482 titulada “Ley de unificación de las normas de organización de las policías De La Provincia De Buenos Aires” estipula “El personal policial está facultado para limitar la libertad de las personas únicamente en los siguientes casos:” y en su inc. C establece “Cuando sea necesario conocer su identidad,

---

<sup>75</sup> El Derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, el Estado no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir combate peligros, de ahí que la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. (Jakobs, Gunter **Derecho penal del enemigo**. 1era edición, Editorial Hammurabi, 2003) Buenos Aires, Argentina, p.40).

<sup>76</sup> En este sentido Adrián Norberto Martín expone: “Esas concepciones afines a la ideología de la defensa social de un sector de la población, respecto de un otro que, mutando a lo largo del tiempo, siempre fue pensado como un enemigo contra el cual debía lucharse. Ese campo de lucha ha sido el espacio público y la policía emergió con la necesidad de llevar adelante la defensa de un sector social denominado como la sociedad” (Autor cit. Detenciones policiales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, ed. Del Puerto, Bs. As. 2010, pág. 32).



en circunstancias que razonablemente lo justifiquen, y se niega a identificarse o no tiene la documentación que la acredita”. Y el último párrafo del artículo estipula “Tales privaciones de libertad deberán ser notificadas inmediatamente a la autoridad judicial competente y no podrán durar más del tiempo estrictamente necesario, el que no podrá exceder el término de doce (12) horas. Finalizado este plazo, en todo caso la persona detenida deberá ser puesta en libertad y, cuando corresponda, a disposición de la autoridad judicial competente.”

**Esta normativa sirve apoyatura de una arbitraria y sistemática práctica por parte de efectivos policiales consistente en el “levantamiento” en la vía pública de jóvenes<sup>77</sup> –sin que exista indicio de comisión de delitos-; extracción de fotos y recolección de datos de los mismos, los que son almacenados, como así también continuas vejaciones y humillaciones dentro de ese marco de detención.**

Tanto la detención como la toma ilegal de fotografías de jóvenes y niños, contiene rasgos del “derecho penal del enemigo”, y no solo por la violación de las garantías constitucionales que todo “enemigo” padece, sino, además, en ese “adelantamiento sustancial en los momentos que el autor ha de ser sancionado está relacionado directamente con la búsqueda de seguridad cognitiva: el cuerpo político .policía en el caso no sabe quién es el individuo o los individuos que permanecen en estado natural (término Hobbsiano) y que pone en riesgo su propia subsistencia, y necesita identificarlos antes de que ese riesgo tenga lugar”<sup>78</sup>

Se puede percibir fácilmente que todos aquellos ciudadanos, en este caso jóvenes, que han sido excluidos comienzan a ser vistos como un potencial enemigo que representa un peligro y así, ante la necesidad de adelantarse en la protección de los bienes jurídicos, se cae en esta especie de “sobrepredicción” delictiva fundamentada en estas cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio.

---

<sup>77</sup> Verificándose muchas veces golpizas aplicadas por parte del personal policial tanto en la vía pública como en la propia dependencia.

Esta situación, evidencia un estado de vulnerabilidad de los jóvenes realmente alarmante, pues si no se tiene –porque nadie se ha demorado en señalarles- las mínimas herramientas jurídicas para mitigar el accionar policial tal como se viene viendo, no es forzado pensar que a la lógica del enemigo de los uniformados se les responda, salvando las enormes diferencias, con una lógica violenta. Así, poner al alcance de éstos jóvenes las herramientas necesarias para que puedan hacer valer sus garantías constitucionales a través de las instituciones es una de las formas de disminuir la violencia cotidiana y naturalizada que se vive.

<sup>78</sup> Aportes para una sociología del castigo; 2da. Jornadas interdisciplinarias sobre el castigo; Los laberintos del patriot act. Mezcla rara de miedo y de venganza. La materialización del derecho penal del enemigo, Ed. Suárez, 2004 pág. 86).

**Mediante la desviada aplicación de una facultad legal que posibilitar privaciones de libertad sin motivo<sup>79</sup> ni intervención judicial, con el consecuente flexibilización de las garantías constitucionales que ello supone- se acredita por parte de las agencias policiales una presencia encubierta pero perceptible de algunas características de derecho penal de autor, consistente en la velada identificación del enemigo a través de detenciones arbitrarias y toma de fotografías ilegales, lo que significa una anticipación punitiva injustificada.**

Esta repudiable accionar como las norma que lo posibilitan fue señalado e invalidado recientemente en categóricos términos por una la Jueza de Garantías del Joven de Mar del Plata: “Que este proceder, si bien con rasgos del derecho penal de enemigo, como ser la aplicación de un poder de hecho subterráneo, falta de notificación de las razones de detención, o detenciones ilegales, encuentra su límite, precisamente, en el derecho penal y procesal penal, y en la aplicación de estos que este órgano jurisdiccional realiza como limite a aquel poder punitivo.”...”sigue “. Debe entenderse en ese sentido y no como obstrucción. La Ley 13.298, en consonancia con la Ley 13.634, determina en el art. 4 que debe velarse por los intereses de los Jóvenes, pero en equilibrio con los de una sociedad justa y democrática. En ese marco, resulta imposible pensar que, de la manera en la que quedó evidenciado el accionar de los efectivos de la Comisaría Quinta de Mar del Plata, que sus jefes no podían desconocer, se puedan sostener los básicos pilares de esta Democracia. La agencia policial tiene un claro rol dentro de un Estado, y de ninguna manera el mismo puede atentar contra las Garantías de los habitantes de un territorio –sin distinción económica, social y cultural-, porque de esa manera, se deslegitiman las Instituciones y se confunde a la población, haciéndole sentir que la policía “hace lo que tiene que hacer” y que somos los Jueces los que consagramos la impunidad, cuando tomamos decisiones como la presente.”<sup>80</sup>

En su parte resolutive el Sentenciante resolvió: “declarar la inconstitucionalidad, con relación al cuadro fáctico de autos, del último párrafo del art. 15 de la ley 13482, en cuanto prevé el plazo de 12 horas para la detención en casos de jóvenes que fueran

---

<sup>79</sup> Que tal falta de imposición de los motivos de detención, se encuentra en franca contradicción con lo resuelto por la Corte IDH, la que recalcó en el caso “Levoyer Jiménez, Dayra María vs. Ecuador”, con cita del caso “Juan Humberto Sánchez”, que “la información de los motivos y razones de detención deben darse cuando ésta se produce, lo cual constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantías el derecho de defensa del individuo”.

<sup>80</sup> Juzgado de Garantías del Joven Nro. 2 de Mar del Plata “RAVINO, JUAN MANUEL S/ HABEAS CORPUS-HABEAS DATA,” expte. Nro. 915/10, 11/7/2011

fehacientemente identificados, toda vez que la constatación de capturas o paradero puede realizarse en escasos minutos y desde la vía pública; y del inc. c) del art. 15 de la ley 13.482, con relación al cuadro fáctico de autos, y en cuanto prevé la posibilidad de detener a los jóvenes en los casos que se nieguen a ser identificados o no tengan la documentación que acredite la identidad, ya que la misma podría corroborarse por medios alternativos, en especial con la intervención de organismos del Sistema de Promoción y Protección de Derechos que operan en la ciudad, tal como el Cuerpo de Prevención del Equipo de Atención a la Niñez en riesgo, todo ello por resultar las mismas contrarias a las Constituciones de la Nación y la Provincia y a los Tratados Internacionales de Derechos humanos, como así también Convención de los Derechos del Niño y leyes 13.634 y 26.061, en particular.”

**Vemos entonces como dicho accionar policial tiene como eje central ese adelantamiento punitivo en la protección del bien jurídico impropio de un derecho penal de acto, materializado en detenciones arbitrarias e inmotivadas por parte de la agencia policial – a menudo añadido a un amedrentamiento y hostigamiento constante-, con fines de detener, individualizar e identificar a ciudadanos jóvenes y “limpiar” así el espacio público<sup>81</sup> de quienes son seleccionados y etiquetados como enemigos.**

**Pero lo más grave es que esta abusiva práctica policial, propia del derecho penal del enemigo, es posible gracias a una norma del plexo legal vigente – en este caso de la Provincia de Buenos Aires- que socava elementales garantías constitucionales – Vgr. libre circulación, libertad ambulatoria, debido proceso, inmediata intervención judicial, etc.- y brinda facultades discrecionales para privar de la libertad a la agencia policial que tiene natural tendencia a cometer abusos, sustrayendo tales actos al debido e inmediato control jurisdiccional.**

**Sin dudas, la flexibilización de las garantías que entraña la norma comentada como la anticipación punitiva que en su aplicación trasluce la agencia policial mediante la detención arbitraria y toma de fotografías ilegales en vista a identificar posibles “enemigos”, constituye inequívocos rasgos del derecho penal y por lo tanto contrarios al accionar de una agencia policial compatible con el Estado de Derecho.**

---

<sup>81</sup> La cual resulta una de las aristas de la tolerancia cero o de la teoría de las ventanas rotas, en la cual resulta primordial sacar de circulación a los excluidos, obedezcan a la razón de exclusión que obedezcan.

### III-Conclusión:

La receptación subrepticia y camuflada de legalidad de los principales aspectos del “enemigo” en nuestra rama punitiva es innegable. Y no es hoy el cuerpo diferenciado y cerrado que proponía expresa y desembozadamente Jakobs<sup>82</sup>, sino que hoy se presente subrepticamente entremezclado y esparcido en multiplicidad de leyes y aún en interpretaciones jurisdiccionales que las legitiman. Ya no es el “terrorista”, sino el autor del delito que eventualmente aqueje al conjunto social y cuya punición desmesurada e irracional aparezca conveniente, convalidándose la relegación y/o neutralización del “peligroso” en la cárcel o en otro instituto<sup>83</sup>.

Pero a no engañarse, el sesgo netamente expansivo, autoritario e insidioso del derecho penal de autor volverá incontrollable la expansión punitiva y, junto con la naturalizada restricción de garantías, se volverá contra sus propulsores catalogando de “peligrosos” a simples ciudadanos que ejercen lícitamente sus derechos. Vgr. derecho de protesta, de libre expresión, de huelga, etc. El derecho penal de autor es caja de Pandora que encierra una agresiva pulsión autocrática que poco de liberada va fagocitando los pilares democráticos que cimientan nuestro Estado.

Muchas aplicaciones encubiertas del derecho penal del enemigo, y su manifestación de “autor”, fueron invalidas por la Corte, pero otras continúan vigentes y serán muchas más si la dogmática penal, los actores políticos y el mismo el conjunto social reflexione sobre las implicancias de que genera los incontenibles bríos punitivos que son inútiles para remediar incesantes olas delictivas sino que legitiman un obrar cada vez mas autoritario, irracional y anti-republicano del sistema penal argentino.

---

<sup>82</sup>Confr. ZAFFARON, Eugenio Raúl. El enemigo en el Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 21 y 169.

Sobre el final del libro se menciona el más conocido de los revival de "derecho penal del enemigo": la versión del Profesor de Bonn Günther Jakobs, donde se pretende la coexistencia de un compartimiento cerrado de "derecho penal del enemigo" paralelamente al "derecho penal del ciudadano" que seguiría delimitado por los principios liberales.

Zaffaroni no es un contradictor más de Jakobs, de hecho reconoce que esta propuesta autoproclamada "reductora" tiene en principio la gran ventaja de la sinceridad absoluta y el acierto semántico de la nomenclatura, lo que obliga a poner sobre el tapete de discusión con toda su crudeza lo que el derecho penal tradicional venía escondiendo detrás de irrisorias teorizaciones y poco inocentes eufemismos: que hay seres humanos que deben ser sometidos a tratamientos diferenciados a causa de su "peligrosidad". De hecho la única crítica que Zaffaroni le hace a Jakobs es la misma que le hizo Schmitt a Hobbes: la de no ser consecuente con su propia teoría. "Schmitt tenía razón —dice Zaffaroni— el concepto jurídico de enemigo sólo es admisible en un estado absoluto".

<sup>83</sup> Zaffaroni dice que "la peligrosidad y su ente portador —peligroso— o enemigo ópticamente reconocible, proveniente de la mejor tradición positivista y más precisamente garofaliana, debido a su seguridad individualizadora, tarde o temprano termina en la supresión física de los enemigos. El desarrollo coherente del peligrosismo, antes o después, acaba en el campo de concentración".(Conf. ZAFFARON, Eugenio Raúl I2. El enemigo en el Derecho Penal, ob. cit pag. 30 )

Juan Fernando Gouvert.-