

Trabajo de investigación – Derecho Penal y Criminología

Doctrina

**“EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO
PRIMA RATIO DE EXCLUSIÓN SOCIAL”**



Autor: Martín Augusto Mántaras ¹

- Año 2020 -

¹ DNI: 37.153.204 –Abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Correo electrónico: martinmantaras@hotmail.com

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad abordar la problemática de la exclusión social desde la perspectiva del Derecho Penal, brindando un amplio panorama acerca de los mecanismos que el sistema punitivo está implementado en detrimento de los sectores más vulnerables de la sociedad y de sus garantías fundamentales. La creciente tendencia a la expansión de tipos penales y la aclamada seguridad como nuevo paradigma que todo lo justifica, ha puesto en crisis el clásico principio de *última ratio* haciendo que el Derecho Penal sea el primer instrumento que el Estado utiliza para la solución de los conflictos sociales que se traduce en la protección de bienes jurídicos de escasa relevancia penal y la consecuente criminalización de la pobreza. Es por esto que durante el desarrollo del trabajo también propondré algunas vías posibles para revertir este fenómeno, invitando al lector a reflexionar sobre los nuevos desafíos que tenemos como sociedad para superar estas tendencias retrógradas.

Palabras claves: exclusión social, derecho penal, *última ratio*, criminalización de la pobreza.

Abstract

The purpose of this work is to address the problem of social exclusion from the perspective of criminal law, providing a broad picture of the mechanisms that the punitive system is implemented to the detriment of the most vulnerable sectors of society and its fundamental guarantees. The growing trend towards the expansion of criminal rates and the acclaimed security as a new paradigm that justifies everything has put in crisis the classic principle of last ratio making Criminal Law the first instrument that the State uses for the resolution of social conflicts that results in the protection of legal assets of little criminal relevance and the consequent criminalization of poverty. This is why during the course of the work I will also propose some possible ways to reverse this phenomenon, inviting the reader to reflect on the new challenges we have as a society to overcome these retrograde tendencies.

Keywords: social exclusion, criminal law, *ultima ratio*, criminalization of poverty.

Índice

Introducción	4
Breve diagnóstico del Derecho Penal moderno	5
Políticas criminales excluyentes: tolerancia cero y populismo punitivo	10
En la búsqueda de soluciones alternativas	16
El rechazo y castigo al pobre	23
Derecho Penal del enemigo en la actualidad	25
Conclusiones	34
Bibliografía	37

Introducción

El fenómeno de la exclusión social es una realidad que caracteriza los tiempos modernos en que vivimos y representa el consecuente resultado de una estructura social desigual, discriminante que atenta contra los derechos fundamentales de las personas afectando así a más de la mitad de la población en Latinoamérica. De los tantos conceptos elaborados que giran en torno a la exclusión social creo importante resaltar aquellos que definen al excluido como el individuo que es dejado de lado por un sistema social, político o económico determinado por no cumplir con los estándares requeridos en el ideario de la sociedad para poder integrarse; al no formar parte de ese contrato social no puede obtener los beneficios comunes al sistema por estar fuera de ese sector o colectivo que a su vez los excluye y los obliga a emplazarse en un entorno marginado, poco propicio para su desarrollo como ser humano.

Las consecuencias para estos individuos son terribles y pueden ir desde angustiosos sentimientos de frustración, impotencia, complejos de inferioridad y depresión o hasta producir secuelas en la salud física como desnutrición por mala alimentación, la transmisión de enfermedades y un grave deterioro en la esperanza de vida, por poner algunos ejemplos. La sociedad y el Derecho Penal en especial no son ajenos a los efectos de este fenómeno y esto se ve reflejado en un sostenido incremento de la delincuencia, de la agresividad y violencia urbana (apareciendo en el centro de la escena los delitos de odio) y de otros problemas específicos como el consumo de drogas y las adicciones, la trata de personas, la prostitución, el contrabando, etc. Tanto en países del tercer mundo como del primero la exclusión y la pobreza propician el aumento de la violencia y viceversa, por eso esta criminalidad es mucho más alta entre las personas que viven en situaciones excluyentes que en el resto de la sociedad.

Tomando conciencia acerca de la gran amplitud y perplejidad del tema al analizar la multidimensionalidad de ideas, opiniones y criterios en general no debería situarme a explicar los numerosos factores que generan esta exclusión ya que me obligaría a extenderme demasiado en el trabajo y ocasionalmente a alejarme del tema que realmente me interesa desarrollar y profundizar; es por esto que voy a circunscribir mi investigación en

el ámbito del Derecho Penal y específicamente en cómo esta rama se está transformando hoy por hoy en un instrumento *prima ratio* generador de exclusión social que opera sobre los sectores más débiles.

Breve diagnóstico del Derecho Penal moderno

El Derecho Penal desde hace tiempo ha dejado de ser esa última, seria y limitada herramienta de respuesta/intervención del Estado contra los indeseados comportamientos humanos que afectaren bienes jurídicos penalmente relevantes y se ha transformado, por diferentes causas, en la primera opción con que el Estado cuenta para tratar de contener la demanda social de la seguridad. Esto ha hecho que se considere como la solución prodigiosa a todos nuestros males, incluso los más complicados e intrincados, llevándola a irrumpir violentamente en lugares donde no está llamado a intervenir y dejando a un lado la racionalidad y legitimidad legislativa que requiere su implementación.

En los últimos años la seguridad se ha convertido en un paradigma que todo lo justifica y esto ha puesto en crisis nuestro sistema garantista de Derecho Penal, todo parece estar permitido en aras de la seguridad ciudadana. Dentro de la llamada “sociedad del riesgo”² en la que vivimos la legislación penal ha tomado un tinte represivo, que promueve el castigo con una absoluta ineficacia frente a los problemas reales. La Argentina como muchos otros países democráticos está aquejada de una serie de políticas criminales indebidamente utilizadas, de manifestaciones, de tendencias que están acabando con el garantismo penal en la actualidad y progresivamente notamos cómo el Derecho Penal escora cada vez más hacia un modelo aporofóbico, de exclusión social y actúa como un medio de control de esos individuos excluidos.

Este garantismo se ha desarrollado en Italia dentro del ámbito del Derecho Penal como teoría y como práctica jurídica y social en oposición a la legislación de emergencia y la demagogia del populismo penal que se basa en la ilusión de que la disminución de las garantías puede producir más seguridad. En este sentido el garantismo se vincula a la tradición clásica del

² BECK, U. (2006). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A.

pensamiento penal liberal y expresa la minimización del terrible poder, como llamaba Montesquieu, que es el poder punitivo. La definición de garantismo penal es sencilla de comprender, pero no tanto de ponerla en práctica. Luigi Ferrajoli³ nos dice que se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado y puede considerarse como la otra cara del constitucionalismo y los derechos fundamentales. Entre esos límites encontramos los principios fundamentales de esta materia, es decir las garantías de inmunidad frente al arbitrio del *ius puniendi*, que son el principio de legalidad, taxatividad, intervención mínima (última ratio), *non bis in ídem*, culpabilidad, resocialización de la pena, proporcionalidad, etc.

Dicho esto, comenzaré con el trabajo de investigación abordando de manera sintética algunos de los factores que ponen al Derecho Penal frente a nuevas situaciones complejas y problemáticas y que afectan nada más ni nada menos que a los pilares primordiales en los que descansa y se sustenta esta rama del saber jurídico. Si bien dentro de nuestras legislaciones son muchas las patologías que padece el Derecho Penal actualmente que deben ser neutralizadas y a su vez muchos los principios fundamentales afectados, voy a centrarme en aquellos que he considerado trascendentales en la relación del Derecho Penal y la exclusión social como consecuencia inherente a la violación de estos principios. No solamente pondré de manifiesto por qué están en crisis, sino que también propondré algunas de las posibles vías para volver al garantismo, para reivindicar esos principios clásicos que limitan el *ius puniendi* del Estado en el momento actual de la República Argentina y el resto del planeta y así comenzar a revertir el fenómeno excluyente del sistema.

En primer lugar, debemos referirnos al **principio de legalidad** porque estamos hablando de uno de los principios más importantes del Derecho Penal en la actualidad, cuya esencia es como lo consagró Paul Johann Anselm Von Feuerbach en su máxima "*nullum crimen nulla poena sine previa lege*", que significa: no hay delito ni pena sin ley previa. Este constituye el pilar esencial de un sistema penal que se considere garantista y el principal límite al ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, pues los poderes públicos se hallan sometidos a la autoridad

³ FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.

de la ley en toda su dimensión y esto supone que el procedimiento penal se pueda desarrollar con plenas garantías. La primera crisis que encontramos en la actualidad es respecto a la reserva absoluta de ley y la inflación penal. La reserva absoluta de ley impone que la materia penal esté exclusivamente recogida en determinadas leyes y con un rango determinado. Sin embargo, cada vez proliferan más los tipos penales en los que no solamente aparecen elementos normativos, sino que son leyes penales en blanco y remisiones interpretativas o en bloque, es decir, nos remiten a otra rama del ordenamiento jurídico que normalmente tienen un rango inferior a la ley que es exigible en la normativa penal configurándose así un confuso laberinto normativo, por lo tal está habiendo una infracción de este principio de reserva absoluta de ley. Las remisiones en bloque se caracterizan cuando se dice “*con infracción de la ley y sus reglamentos*”. Por ejemplo, en el Código Penal español cuando se describe a los delitos contra la salud e higiene del trabajo, se exige “*con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales*”⁴; está remitiendo en bloque ahí, porque eso se convierte en un presupuesto, por lo cual tenemos que ir primero y ver en esa normativa si hay alguna infracción de las leyes y reglamentos y después ya analizar si se dan los elementos del tipo penal. En materia de medioambiente ocurre lo mismo, primero tenemos que ir a las leyes administrativas, ver si se da esa contradicción de esa conducta con las leyes y reglamentos en materia medioambiental y después ya ver si ya se dan los elementos del tipo⁵. En el Código Penal argentino también lo podemos encontrar en diferentes tipos legales con la fórmula “*por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas/ o deberes*”⁶. Así vemos como hay remisiones en bloque y aunque es una técnica necesaria porque tampoco en el Código Penal se puede definir absolutamente todo, algunas de las exigencias propias del principio de legalidad penal (ley escrita, ley cierta) se ven afectadas por la existencia de leyes penales que reenvían a normas de rango inferior.

Otro principio que en la actualidad se está viendo cuestionado es el **principio de taxatividad y certeza**. La superación del mandato de certeza es uno de los instrumentos

⁴ Ver Art. 316 del Código Penal de España

⁵ Ver Art. 325, 1er párr. del Código Penal de España

⁶ Ver Arts. 84, 94, 189, 196, 253 ter del Código Penal de Argentina

básicos con que avanza la pretensión del moderno Derecho penal de ampliar el ámbito de su intervención penal. Cada vez son más los tipos penales emplean términos difusos, flexibles, no definidos para que existan interpretaciones vagas y así crear inseguridad e incertidumbre jurídica sumado a un alto grado de arbitrariedad judicial. Por poner dos ejemplos de términos básicos que no hemos llegado a un acuerdo, no los hemos definido y que los empleamos continuamente: ¿Qué es el tráfico? (Tráfico de drogas, tráfico de inmigrantes, tráfico de bienes prohibidos, tráfico de bienes culturales, etc.). ¿Qué es la violencia? o ¿Por qué la violencia tiene un significado en el ámbito sexual y otro en el ámbito patrimonial? Se han elaborado numerosos y extensos trabajos de investigación para tratar de definir estos conceptos vagos, oscuros, ambiguos porque como consecuencia de ellos se suprime la estricta legalidad de los delitos y se permite el adelantamiento de las barreras defensivas del Derecho penal, facilitando la imputación penal.

Siguiendo con los lineamientos críticos, nos enfrentamos con la violación del **principio *non bis in ídem*** que cada vez es más frecuente sobre todo por la administratización del Derecho Penal: nos encontramos con numerosas conductas que se sancionan en el ámbito administrativo pero también en el penal. Este prohíbe sancionar dos veces la misma conducta cuando existe identidad del sujeto, hecho y fundamento de la sanción pero podemos ver como en España, por ejemplo, se creó una medida para justificar la imposición de sanciones disciplinarias a los internos en un centro penitenciario además de la responsabilidad penal en su caso. ¿Cómo hicieron para compaginar el injusto penal y el injusto disciplinario? Creando un término que se estableció en el ámbito penitenciario para justificar la no infracción del *non bis in ídem* e imponiendo ambos tipos de sanciones y es lo que se conoce como “libertad vigilada”⁷: una vez que los reclusos cumplen condena de determinados delitos graves, se les impone una medida durante un período de tiempo que puede ir hasta diez años en el peor de los casos. De esta forma con esta medida se está castigando el mismo hecho dos veces porque es una medida pos penitenciaria, una vez que

⁷ Ver Ley Orgánica 1/2015 de España, se amplía el ámbito de aplicación de la medida de libertad vigilada imponiéndose además de los delitos de terrorismo y delitos sexuales a los delitos contra la vida, los malos tratos domésticos y las lesiones.

se ha cumplido la condena. Otro tema en el que me detendré más adelante es el del instituto de la reincidencia que también configura una vulneración a este principio porque lo que hace es agravar una pena valorando hechos delictivos que el mismo individuo cometió anteriormente y ya fueron juzgados debidamente en su momento; de esta manera se está “reiniciando” ese proceso, se lo está juzgando otra vez por aquellos hechos y se los utilizan para juzgar el nuevo ilícito penal y así consecuentemente aumentar la sanción por ser considerado reincidente; esto afecta precisamente a la reintegración del sujeto en la comunidad contrariando a su vez principios fundamentales del Derecho.

Con respecto al **principio de intervención mínima** sabemos que el Derecho penal se justifica sólo en cuanto protege a la sociedad y pierde su justificación si la intervención se demuestra inútil, incapaz para evitar y, habida cuenta de la gravedad de los instrumentos de los que se sirve, también perderá su justificación si existen otros mecanismos de control social menos graves y violentos para la tutela de bienes jurídicos. Este principio también aparece lesionado por la dialéctica de la modernidad y nos encontramos con que en la actualidad se llevan a cabo determinadas intervenciones penales basadas, ya no en el principio de prevención sino en el principio de precaución (sospecha). Este principio de precaución presume que una determinada conducta va a producir un resultado lesivo. Hay que recordar que es necesario optimizar la libertad de los ciudadanos y que el Derecho Penal siempre conlleva violencia, es por ello que debe ser un recurso excepcional, no debe huirse hacia él para resolver cualquier tipo de conflicto social; solamente debe intervenir castigando aquellas conductas más graves que lesionen un bien jurídico determinado.

La pena es un bien escaso que el legislador no puede derrochar castigando muy severamente delitos de escasa gravedad, pues entonces perderá eficacia intimidadora. Un elemento esencial para que la pena sea proporcionada en relación a la gravedad del delito a partir de la importancia del bien jurídico, y no prioritariamente sobre el grado de necesidad preventiva. Ha pasado de ser un límite a la prevención general que puede pretender el legislador o el juez a la hora de determinar la pena a que actualmente se utilice como fundamento para elevar los marcos penales, e impedir la imposición de penas mínimas por el juez

Políticas criminales excluyentes: tolerancia cero y populismo punitivo

En nuestra actualidad se recurre al Derecho Penal para asegurar y apoyar una política determinada, con el aval de la “eficacia” y así podemos hablar de la expansión irracional en el derecho penal que ha habido para castigar los pequeños y medianos delitos cometidos mayoritariamente por los marginados sociales. El Derecho Penal moderno ha convertido a la prevención que siempre se consideró como un objetivo secundario en su primordial finalidad y para lograr esto utiliza diferentes medios e instrumentos como por ejemplo la creación indiscriminada de tipos penales o agravación de penas ya establecidas, encontrando en nuestro Código Penal una serie de tipos penales que infringen el principio fundamental de intervención mínima.

Aquí aparecen muchas corrientes político-criminales que han sido tomadas como bandera por diferentes gobiernos de turno, pero la más conocida y desarrollada a nivel mundial y la que mayor resultados exitosos ha dado según sus detractores es la política conocida como “tolerancia cero”. Esta corriente ideológica se gestó en los Estados Unidos como consecuencia de los atentados del 11 de Septiembre por el ex alcalde de Nueva York, Rudolph Giuliani, y tenía como fin último castigar cualquier tipo de faltas, de infracción al orden público partiendo de la hipótesis de que aquel que comete cualquier tipo de infracción de las ordenanzas municipales, del orden, acabará cometiendo un delito mayor y antes de que lo cometa, lo mejor es elevar esas pequeñas infracciones, esas pequeñas faltas, a la categoría de delito porque así se estará impidiendo que se convierta en un delito (Teoría “*Broken Windows*”) ⁸. Esto ha dado lugar a castigar penalmente comportamientos simplemente molestos, incívicos o de escasa relevancia penal que inciden en la vida cotidiana de los ciudadanos, sometiendo a control y vigilancia a determinados sectores de la población que se consideran peligrosos, sobre todo los barrios marginales, y así profundizando la brecha entre unos ciudadanos y otros. Vale aclarar que estas conductas ni siquiera alcanzan el nivel de infracción penal y se fundamentan como dije anteriormente en llevar a cabo una acción de represión frente a los colectivos considerados de riesgo y bajo sospecha del

⁸ KELLING, G. L., & COLES, C.M. (1996). *Fixing broken windows: Restoring order and reducing crime in our communities*. New York: Martin Kessler Books.

Estado⁹. La “tolerancia cero” es una tendencia encuadrada bajo el rótulo “*law and order*”, cuya lógica es que la pretensión de seguridad es prioritaria y tiene como resultado la búsqueda del máximo de seguridad en todos los órdenes. Como consecuencia, el viejo lenguaje de causalidad social es desplazado por un nuevo léxico de (factores de riesgo, estructuras de incentivos, oferta y demanda, costo del delito, etc.) que traduce formas de cálculo económico al campo criminológico. Así es como busca penalizar en su conjunto la inseguridad social y sus consecuencias, es decir, su objetivo es criminalizar y estimular la persecución policial de conductas que carecen de relevancia penal.

Está asociada a faltas y conductas que ni siquiera alcanzan el nivel de infracciones penales, confundiendo problemas de simple prevención policial de comportamientos incívicos con conflictos sociales penales. Se trata de una política criminal que enfatiza en el uso de la fuerza pública, de la violencia institucional que se despliega sobre determinados grupos que generalmente son los inmigrantes, los drogadictos, los desempleados, los que carecen de domicilio legal, aquellos que en definitiva se encuentran apartados en barrios oficialmente criminalizados. Así las clases privilegiadas no son alcanzadas por el sistema, entonces las probabilidades de caer preso de un individuo se condicen con el lugar en la estructura piramidal social en la que se encuentra: cuanto más abajo está uno en la escala social mayores son las posibilidades de ser aprehendido por el sistema penal. El resultado de todo esto es oprimir a la población a un rol precario, sobre todo a aquellos que no participan del proceso productivo o de consumo y que no tienen un rol específico en la sociedad. Esto a su vez provoca una mayor exclusión que en lugar de aumentar la seguridad de unos pocos, lo que hace simplemente es incrementar la inseguridad de todos ya que cuanto más profundizamos en la marginalidad, en la discriminación y en el sometimiento generamos más aislamiento y conductas peligrosas y antijurídicas por parte de los miembros de ese colectivo marginado. Este desplazamiento de los marginales hacia las zonas de periferia se produce por la represión sistemática que ejerce la policía, trasladando esa delincuencia hacia fuera

⁹ PÉREZ CEPEDA, A. I. (2007). *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal moderno*. Portal Derecho, S.A.

de los centros urbanísticos e imponiendo la idea de que la hacen desaparecer cuando en realidad es desplazada. Esta política se critica también por no centrarse en los motivos sociológicos de aquellas pequeñas infracciones, sino en las consecuencias y por ende no es eficaz a la hora de prevenirlas; por esto la podemos considerar críticamente como una propaganda política más que una herramienta eficaz e integral contra la criminalidad ya que se limita sólo a reprimir el hecho y no atiende al problema de fondo.

Podemos ver entonces que estamos actualmente ante un derecho penal de la peligrosidad que es profundamente clasista, que se ensaña contra la pequeña delincuencia y que es un derecho penal innecesario desde el punto de vista político-criminal porque no va a evitar que sigan ocurriendo los hurtos, esos pequeños robos pero que son muy útiles para los poderosos y para el control social y por eso es que se lleva a cabo esta nueva política basada en la peligrosidad. Aparece así lo que se denomina el Derecho Penal de la seguridad, es un Derecho Penal autoritario en el que el Estado tiene que vigilarlo absolutamente todo y por eso, cada vez lo que se hace es castigar más y más esas pequeñas y medianas conductas cometidas por los discriminados sociales. El derecho se convierte en un derecho de gestión de estas personas excluidas, y sirve para poder vigilar a esas masas esencialmente creando espacios urbanos fortificados.¹⁰

Esto guarda relación con una política criminal que se conoce con el nombre de “populismo punitivo” o informalmente llamado de “mano dura” y que se ha insertado en la sociedad de una forma abrumadora con la excusa de aplacar la inseguridad ciudadana y renovar la confianza en la justicia penal. Creo que es importante traer a colación una definición que nos da el catedrático Eduardo Jorge Prats quien nos dice que el populismo punitivo “*es la estrategia desplegada por actores políticos y funcionarios del sistema penal, encaminada, aparentemente, a remediar los problemas que se derivan del crimen y la inseguridad*”¹¹. Buen uso hace de la palabra “aparentemente” en su concepto porque si analizamos profundamente el trasfondo de estas políticas notaremos que lo que hacen es implantar una

¹⁰ MUÑOZ CONDE, F. (2003). El nuevo Derecho penal autoritario. *Revista Universidad EAFIT*.

¹¹ PRATS, E. J. (2016). *Los peligros del populismo penal*. Fundación Editorial Jurídica Venezolana.

sensación de seguridad en cabeza de los ciudadanos con la aplicación de normas severas de tolerancia cero y mano dura en contra de los que delinquen, con el pleno conocimiento de que esas medidas sólo tienen como objetivo lograr una imagen positiva de la gestión gubernamental en materia de seguridad pública. Lo que hace es crear una alarma de inseguridad en la sociedad, crear una emergencia urgente en el discurso de los partidos políticos de turno y de los medios masivos de comunicación monopolizados y luego se toman medidas inmediatas atendiendo a esa demanda social, conforme a lo que siente y reclama el pueblo para luego poder sacar provecho político. Así el pueblo se siente satisfecho al ver que el Estado está actuando en pos de su seguridad, cuando en realidad lo que ocurre es que se está desviando la mirada de otros problemas más serios y complejos.

Es algo de lo que también nos habla Garland en su trabajo sobre la "*Cultura del control*"¹², ha puesto de presente que la política criminal contemporánea se encuentra marcada por una profunda politización y populismo por la cual las decisiones sobre asuntos referentes al control del delito son adoptadas atendiendo a una búsqueda de dar golpes de efecto en la opinión pública con la intención de obtener réditos electorales. Esto ha significado una menor consideración de un abordaje experto de la delincuencia y del fenómeno criminal, con descuido de las explicaciones que proporcionan las investigaciones criminológicas como elementos relevantes en la decisión político criminal. Por el contrario, se apela constantemente al sentido común y a la autoridad del pueblo, que reclama medidas contundentes. Aún más, ocurre incluso que los poderes públicos fomentan activamente tales demandas ciudadanas, sirviéndose de ellas con fines más o menos loables, sea para dar la impresión de eficacia frente al delito, sea para desviar la atención. Esta dinámica conlleva un empobrecimiento del debate social sobre estos asuntos por un abordaje simplista y uniforme de los mismos, así como por la exclusión de puntos de vista y alternativas plurales. El miedo, la renovada obsesión por la seguridad y la demanda de medidas penales para aplicar dichos temores han traído consigo un cambio de paradigma sustancial.

¹² GARLAND, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa.

Cuando aparecen involucrados los ciudadanos, el Estado y los medios de comunicación, todo esto genera lo que algunos autores denominan una “industria del miedo” que modifica las leyes penales para atender a esa demanda de inseguridad de los ciudadanos y además se lo rentabiliza políticamente. Vemos como esta manipulación por parte del político de turno ha dado lugar a la creación de un derecho penal simbólico de leyes reactivas, es decir, preceptos de usar y tirar, porque a veces hay un precepto en el Código Penal que responde a un caso concreto que muy probablemente no se vuelva a producir, que ni siquiera es un problema generalizado, simplemente es la gran incidencia que tuvo al haber sido puesto ahí frente a los ojos de los medios de comunicación enfocando el desazón y el dolor de quienes han sido perjudicados por un injusto penal. Esta demagogia punitiva es parte del neocolonialismo que sufrimos en América Latina, es resultado propio de una dictadura de medios e impulsa la legitimación de la marginación social. Estos medios son los grandes protagonistas de esta problemática actual y son quienes difunden las noticias generando un impacto mediático del cual la política se aprovecha, saca rédito y aparenta estar dando una respuesta justa y considerada a lo que demanda la sociedad.

El populismo también se nutre de la distinción entre ciudadano e individuo peligroso, reservando para el peligroso el incremento de las penas de prisión y un severo endurecimiento del régimen de cumplimiento. Lo que hace es utilizar términos bélicos como “combatir la delincuencia”, “declararle la guerra al enemigo”, “barrer las calles”, “separar entre los buenos y los malos: son ellos o nosotros”, así *“el Estado ya no es para el ciudadano un monstruo que amenaza su libertad. Por el contrario, el Estado es el compañero de armas de los ciudadanos, dispuesto a defenderlos de los peligros y de los grandes problemas de la época”*¹³. Esto conlleva fenómenos desastrosos para los derechos fundamentales de las personas como el incremento exacerbado de las penas, el uso abusivo de la prisión preventiva, la reducción de la edad de imputabilidad, la solicitud permanente de cadenas perpetuas, la suspensión y negativa absoluta de rebajas, beneficios o libertades provisionales

¹³ HASSEMER, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Tirant lo Blanch.

para las personas privadas de su libertad que a su vez conlleva al sobre poblamiento penitenciario, violando la integridad personal del individuo y constituyéndose tratos crueles y degradantes contrarios a los Derechos Humanos sostenidos en nuestra constitución y tratados internacionales firmados.

A lo largo del tiempo la Argentina no se mantuvo ajena a este tipo de políticas criminales retrógradas y actualmente durante el mandato presidencial de Mauricio Macri se han dado claras señales de esta demagogia punitivista en los últimos dos años valiéndose de la poca tolerancia de los ciudadanos ante la menor desviación de la norma, en especial cuando son perpetradas por las clases más bajas: los marginados sociales. Entre algunos de los proyectos presentados por Cambiemos -partido oficialista en Argentina- se apostó a la elevación de las penas, a rebajar la edad de imputabilidad a los 15 años porque aseveran que los menores se están aprovechando de su estado de inimputabilidad para la comisión de delitos en forma masiva (la misma ONU mediante el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones a Argentina en 2018, insistió en que no se redujera la edad de responsabilidad penal), la utilización de pistolas Taser de electrochoque (también criticado por la ONU como potenciales elementos de malos tratos y tortura por el uso excesivo e inapropiado) y recientemente se aprobó en Buenos Aires el nuevo protocolo de uso de armas letales¹⁴ que amplía las posibilidades de uso de armas de fuego de la policía federal de seguridad en el que se busca darle mayores garantías, también llamado por los medios el “protocolo del gatillo fácil” o “la doctrina Chocobar” en consonancia a un polémico caso ocurrido en Diciembre del 2017 donde un policía que se encontraba de civil portando su arma reglamentaria neutralizó a un delincuente (con previo aviso de “alto”) disparándole por la espalda luego de que el malhechor asaltara e hiriera gravemente a un turista estadounidense de 60 años apuñalándolo diez veces. Actualmente se encuentra procesado e imputado por homicidio agravado en exceso del cumplimiento del deber y su caso ha despertado nuevamente el incesante debate entre la legítima defensa y el uso excesivo de la fuerza.

¹⁴ Ver Resolución 956/2018 del Ministerio de Seguridad de Argentina, Anexo reglamentario uso de armas de fuego por las FFSS

Esta gobernanza que se basa en la necesidad de presentación de éxitos se traduce en darle mayor poder y atribuciones a la policía la cual se centraliza en operaciones menores de fácil descubrimiento o prueba que siempre van a ser objeto de primera plana en los periódicos, que se pueden exhibir públicamente frente a las grandes operaciones que son muy complejas y no generan el mismo impacto en la sociedad. Siempre va a ser más fácil salir a la prensa deteniendo, por ejemplo, los dos bolivianos que están vendiendo artículos de contrabando en la calle que a cometer operaciones policiales para averiguar el origen de ese contrabando. Normalmente se concentra en el control de la calle donde se produce la “microcriminalidad” (delitos como el “top manta” y los ataques irrelevantes a la propiedad industrial, el narcomenudeo, los pequeños hurtos, etc.) y como las energías o las capacidades policiales son siempre limitadas, incluso por razones presupuestarias, entonces la concentración en el control autoritario de la calle se traduce en ineficiencia por el abandono de la lucha en otros sectores más complejos y más profundos de la criminalidad como el *white collar crime*, el *occupational crime*, el blanqueo de capitales, la corrupción política o el narcotráfico a grandes niveles. Esta forma de proceder de la policía, al contar con el respaldo político necesario y abusando de sus funciones, se materializa en un hostigamiento constante donde podemos incluir: violencia verbal discriminatoria, control irrestricto de documentos, corrupción policial con el pedido de coimas, maltrato físico, y detenciones arbitrarias sin motivos para así “limpiar” de los espacios públicos a aquellas personas que molestan y son señaladas por el Estado como criminales.

En la búsqueda de soluciones alternativas

Es evidente que hay una preminencia en la utilización del derecho penal frente a otros medios de control social y el importe económico de esta deriva punitiva es bestial y el beneficio más que dudoso. Esto hace que en la actualidad estén surgiendo y estemos desarrollando cada vez más instrumentos contra este populismo punitivo. Lo que se busca es ante todo racionalidad, legitimidad, justificación y eficacia en la intervención penal y que no sea utilizada de forma simbólica¹⁵. Hay que intentar acabar con el populismo punitivo y

¹⁵ NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., & BECERRA MUÑOZ, J. (2016). *Hacia una evaluación racional de las leyes*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

es fundamental llevarlo a cabo. Recordemos que un derecho penal solo se legitima cuando sirve para la sociedad, y pierde toda su justificación si la intervención es inútil e incapaz de servir para evitar delitos. Por eso hay que partir de la idea de que no se debe someter al Derecho Penal a cargas y tareas para las que no ha sido concebido, el Derecho Penal no vale para todo y tampoco es el mecanismo más apropiado para enfrentar el miedo y la inseguridad puramente sentida, y desde luego, no es ninguna panacea para la solución de los problemas sociales.

Una de las primeras medidas para combatir este populismo es fortificar los programas de prevención del delito para así poder disminuir las circunstancias que llevan al sujeto a transgredir la norma, vigorizando las instituciones de seguridad y justicia. Del mismo modo elaborar programas de reinserción social post penitenciarios para poder paliar la brecha social, principalmente generando empleos y oportunidades para que el condenado pueda valerse fuera de la cárcel ante el inevitable rechazo de colectividad por sus antecedentes penales y así “desactivar” la potencial reincidencia del individuo en la comisión de nuevos delitos. Los medios de comunicación tienen un importante rol de responsabilidad social y deberían brindar una visión más comprensiva de los fenómenos de la violencia que deban contribuir a mejorar el clima social y no exacerbar respuestas que no conducen a mejorar el clima de inseguridad; se debe comenzar por contener a la opinión pública, concientizar a la población mediante la elaboración de estudios serios y exhaustivos de investigación, análisis y estadísticas de que una población carcelaria elevada no va a resolver el problema, que de nada sirve tener media población tras las rejas si la problemática que lo origina no se ha remediado. También debe reducirse la alta concentración y represión de las fuerzas policiales en las calles porque esto se traduce en el aumento de los delitos de flagrancia; se debe equilibrar, reemplazar esa policía por órganos de investigación que dediquen a dismantelar las grandes organizaciones criminales que implican un grave daño al colectivo social y una notoria pérdida para el Estado.

Otra medida que me parece innovadora y un desafío para la justicia moderna es la de ofrecer herramientas para ayudar a la víctima a transitar el duro proceso y superar el daño que el delito le ocasionó, brindando por ejemplo asesoramiento gratuito de atención social o psicológica porque el delito conlleva consecuencias de este tipo. ¿Para qué sirve esto? Para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de la víctima y no convertir la sanción penal en una salida al desconsuelo de la víctima, evitando caer en una justicia puramente retributiva. Si bien la víctima históricamente fue el gran personaje olvidado condenado a transitar los tribunales sin ser escuchado, en la actualidad hubo un “resurgimiento” o “redescubrimiento” del papel de la víctima muy notorio, la cual tiene hoy mucha intervención dentro del proceso en calidad de querellante y tiene abundantes facultades, mucho poderío tal es así que lo podemos equiparar a la figura del fiscal como “asociada” de ellos. Que actualmente se estén ocupando intensivamente en la posición del ofendido en el sistema jurídico penal es sano porque se debe consolidar la idea del trato digno y humanizado con respecto a ella. A una persona que le robaron o que le mataron un familiar cercano, siempre hay que asistirle, contenerla y comprenderla pero todo esto implica, por supuesto, una predisposición de carácter ético frente al sistema legal y primordialmente, mayor compromiso en los que tienen la responsabilidad de ser los servidores públicos o los empleadores públicos. Ahora bien, volviendo a la primera idea, la respuesta al delito no puede caer en manos de las víctimas porque la experiencia ha demostrado que en algunas situaciones de pérdidas de familiares no hay castigo ni venganza suficiente que alcance para consolar a la víctima que al mismo tiempo se encuentra invadida por terribles sentimientos de odio y furia hacia el homicida, deseándole al menos la muerte. Por esto es difícil encontrar una sanción adecuada desde la comprensible indignación que genera el delito sobre aquellas personas que lo vivieron de cerca y se debe restringir moderadamente la participación de la víctima en algunas etapas del proceso ya que carece de todo sentido, sobre todo en la faz de ejecución porque el fin de la ejecución de la pena es la resocialización. Por lo tanto no es la víctima la que debe valorar si esa persona está resocializada o no, sino los equipos de tratamiento en los centros penitenciarios; en estos casos los jueces penales tienen que asumir su papel de imparcial en el proceso apartándose de toda presión que puedan ejercer

los medios sociales pero nunca alejándose del principio de la sana crítica, de la racionalidad necesaria que requiere ese alto encargo de impartir justicia.

La creciente tendencia a la expansión del Derecho Penal nos ha llevado a considerar que, atento al proceso inflacionario de leyes penales que viene sufriendo nuestra rama, es recomendable descomprimir e inclinarse por la descriminalización de determinadas conductas y poner el foco en aquellos comportamientos que se consideren más intolerables y relevantes en la afectación de bienes jurídicos protegidos penalmente. Hay que abrir el debate a la desregulación penal porque minimizando y racionalizando esta rama se pondría un freno a la hiperinflación de tipos penales por lo que debemos empezar a liberar al Derecho Penal de una carga que no es únicamente suya. Una muestra de esta supresión de tipos penales es respecto a la venta ambulante o los delitos de “top manta” (aquel que vende productos plagiados que atentan contra la propiedad intelectual), los cuales considero que deben ser despenalizados ya que son actividades ínfimamente lesivas que no encuadran dentro del principio de lesividad, es decir, son penalmente irrelevantes y además amplían aún más la grieta de desigualdad social y acentúan la situación de vulnerabilidad en que se hayan algunas personas trabajando con fines de supervivencia. Estos individuos necesitan alcanzar esos ingresos mínimos para subsistir y tienen muchas complicaciones para poder integrarse en la sociedad y tener un rol activo en la economía por lo que debemos quitarles los obstáculos vigentes para que puedan acceder a un sustento diario (aunque este no sea el ideal) y así evitar la comisión de delitos más graves como el robo.

El hecho de priorizar objetivos retributivos, incapacitantes y disuasivos, unidos a una focalización obsesiva en la seguridad, ha llevado a que se desarrollen estrategias político-criminales concretas, de rasgos populistas-autoritarios y segregadores, que elevan el nivel de ‘punitividad’, esto es, de severidad del sistema penal, criminalizando la pobreza, justo en el momento en el que ha habido una restricción de los programas sociales y el mercado laboral se vuelve más permisivo. El resultado inevitable de esto es el aumento del número de litigios, de condenas y por ende la sobresaturación de nuestros centros penitenciarios.

Todas las consecuencias de estas políticas criminales de populismo punitivo impactan de lleno en los institutos correccionales y su población carcelaria, ahí es donde vemos que se materializa este fenómeno porque ahí encuentran su recurso favorito y más eficiente para neutralizar e incapacitar a aquel sujeto que es considerado por el Estado y la sociedad como enemigo. El resultado de un severo sistema que criminaliza la pobreza, que eleva la edad de imputación o endurece las penas, que tipifica conductas absolutamente alejadas a las lesiones de bienes jurídicos, es que hay un elevado aumento de reclusos (muchos de ellos sin una condena firme) y al ocurrir esta expansión incesante de la población carcelaria se necesitan cada vez mayores recursos financieros y humanos para poder paliar y hacer frente esta situación, teniendo que invertir en la edificación de nuevos centros de detención o la ampliación de los ya existentes, en contratar personal penitenciario, nuevos medios de transporte, etc. La realidad muestra que estas inversiones de las que hablo nunca se llevan a cabo y así es como se degradan los ambientes de detención de los reos, exponiéndolos a condiciones pésimas e inhumanas como la superpoblación y el hacinamiento, la falta de atención médica, de higiene, de alimentos en mal estado y la presencia de insectos y roedores (algunos transmisores de enfermedades como el hantavirus o leptospirosis). A eso se le suman los casos de violencia institucional -que no son situaciones aisladas sino más bien algo sistemático que está comenzando a naturalizarse- de vejaciones, tortura o maltratos y que en muchos de los casos los detenidos no denuncian por miedo a las represalias de la policía o el servicio penitenciario.¹⁶

De esta forma el modelo de cárcel ideal sufre un fuerte retroceso porque deja de ser un lugar de resocialización y reinserción, de reeducación, de rehabilitación y se transforma en un

¹⁶ Recientemente en Argentina (el día Viernes 8/3/19) la Sala VI de la Cámara Federal del Crimen tomó intervención en la demanda que realizaron los encarcelados alojados en la Unidad Penitenciaria N° 28 de Magdalena, Buenos Aires y dictó un fallo judicial sobre la pésima situación de las cárceles federales ordenando a que el Gobierno tome medidas concretas, entre ellas, que se afecten las partidas presupuestarias para solucionar urgentemente la sobrepoblación carcelaria y los medios de traslado. Los presos denunciaron hacinamiento y condiciones inhumanas de alimentación, higiene y atención médica y desde el mismo Servicio Penitenciario Federal reconocieron que están en crisis. Según fuentes oficiales comparado con el año 2015 la población carcelaria sufrió un elevado aumento del 31%. <https://www.infobae.com/politica/2019/03/12/lapidario-fallo-judicial-sobre-las-carceles-federales-no-son-aptas-para-la-condicion-humana/> (Recurso electrónico)

instrumento de tortura física y psíquica legitimado, en un lugar de aislamiento, de depósito donde arrojamos a las personas o como dice Garland¹⁷ una especie de reserva, una zona de cuarentena, en la que se segrega a individuos supuestamente peligrosos en nombre de la seguridad pública y la justa retribución. Visto las cosas como están, la pregunta que cabe hacernos es ¿Por dónde empezar? Creo que la respuesta merecería un trabajo de investigación aparte porque si uno toma un poco de conocimiento el problema es tan complejo que pretender la reinserción en la sociedad de un preso en estas condiciones o solucionar rápida y eficazmente la sobrepoblación es algo casi ilusorio, por no decir utópico. Se pueden plantear algunos lineamientos básicos y trabajar progresivamente en ellos, por ejemplo como primer medida reducir el hacinamiento carcelario, tratar de humanizar las cárceles otorgando los beneficios de libertad correspondientes, fortalecer las instituciones educativas hacia el interior de las cárceles es uno de los objetivos cruciales para bajar la tasa de reincidencia que es muy elevada, motivando y estimulando a que finalicen la escuela ya que son muchos los presos que no terminan la escuela primaria o que hagan la universidad en la cárcel (se debe dejar de “profesionalizar” criminales y empezar a educar futuros ciudadanos); también se debe tratar las adicciones, fomentar el fortalecimiento de otro tipo de sanciones como el uso de la pulsera electrónica de vigilancia y seguimiento y los trabajos comunitarios. La rehabilitación de un preso es un arduo trabajo que a veces puede ser muy frustrante al no obtener resultados positivos a corto plazo, pero no es imposible. Si bien sabemos que el fenómeno es muy complejo y requiere de la actuación de diferentes operadores (políticos, económicos, culturales, sociales, etc.) interactuando entre sí y colaborando activamente, creo que con políticas graduales de integración meticulosamente elaboradas y un Estado democrático presente, realmente comprometido a cambiar la triste realidad que atraviesan las cárceles en la actualidad, pueden lograrse grandes avances y empezar a reescribir la historia de estas personas.

¹⁷ GARLAND, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa.

Para ir finalizando y cerrando algunas ideas, se debe dejar de legislar en caliente apartándose del foco emocional, del clamor social ¿Qué procesos se deberían llevar a cabo para elaborar una ley, para que no sea una ley populista? Para lograr esto hay que realizar una evaluación *ex ante* de la publicación de la ley, es decir, se deben reunir previamente y determinar el problema central, ver si hay antecedentes del mismo, recolectar información sobre las causas que lo genera y decidir si realmente se justifica la intervención del sistema penal para contrarrestarlo o si se pueden utilizar otras políticas alternativas y de menor impacto. Una vez identificado el problema se deben establecer los objetivos y fines de la intervención, para luego debatir la eficacia, coherencia y constitucionalidad de la futura norma, analizar el impacto (positivo o negativo) que tendrá sobre la población y bajo qué criterios debe cumplirse. ¿A quién se tiene que oír para ser racional? Hay que escuchar a los ciudadanos, los grupos de interés, a las comunidades de expertos y también a los diferentes agentes de la sociedad civil y administración (autoridades, ONGs, administraciones públicas, etc.), en fin cualquiera que puede llegar a verse afectado por la nueva norma, todos deben ser consultados. ¿Cómo valoramos si una ley es efectiva e idónea? Hay que hacerlo porque la ley penal nace para cumplir un fin, entonces una vez promulgada hay que someterla a una nueva evaluación *ex post* y comprobar si realmente esa ley ha sido efectiva e idónea para cumplir los fines del derecho penal, que es la prevención del delito. Si no ha sido idónea, no ha producido los resultados deseados (ejemplo, no ha reducido la tasa de homicidios violentos que se proponía en un principio) o el costo-beneficio no es justificable para seguir implementándola (no es una cuestión menor los recursos que Estado utiliza para la implementación de políticas criminales ya que puede destinarse a otras áreas de la política y obtener el mismo resultado por menor costo/inversión) hay que derogarla o modificarla sin más trámite. Eso es lo que nos va a indicar si una ley es efectiva o no y esto, claro, acabaría con el Derecho Penal simbólico que está ahí pero no se aplica o no es efectivo porque sigue habiendo una elevadísima cifra negra de ese tipo de conductas.¹⁸

¹⁸ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2017). La evaluación ex post de las normas: un análisis del nuevo modelo español. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*.

El rechazo y castigo al pobre

Continuando con el análisis no es erróneo afirmar que nuestro sistema penal se ha convertido en un instrumento atroz de represión, control y gestión de los sectores más vulnerables, dejando de lado aquella función clásica de prevención que tenía como objetivo reducir las incidencias de las transgresiones penales y sosegar la criminalidad a través de políticas sociales inclusivas.

Estamos inmersos en modelos político-criminales de exclusión precisamente opuestos a las obligaciones derivadas de los principios constitucionales que son todos inclusivos, inspirados en la idea de igualdad, respeto y de no discriminación. Una política general discriminante se constituye en un sistema principal que se integraría una política criminal excluyente como subsistema. Dentro de un sistema político y económico general de exclusión, el subsistema político-criminal debe responder a las características del sistema matriz y en consecuencia también ser excluyente. De modo que con una perspectiva funcional dentro de ese sistema general excluyente, valoramos a la política criminal positivamente en la medida que sea funcional a todo el sistema y en la medida que tenga la capacidad de reproducir la exclusión de los ya excluidos. Se configura así un Derecho Penal de exclusión como conjunto de normas que simplemente traducen a nivel normativo, a nivel de ley penal la exclusión preexistente. ¿Qué aporta la ley penal sobre esa exclusión preexistente que constituye el sistema y del que la política criminal es un subsistema? Aporta algo específico que es la criminalización: sobre una situación de desigualdad el derecho penal criminaliza, por lo tanto reproduce y potencia la situación de desigualdad excluyente socialmente heredada. Es muy importante atender al fenómeno de la exclusión social dentro del ámbito del Derecho Penal porque el individuo desamparado y criminalizado, tanto por el Derecho como por Estado, no conoce o tiene serias complicaciones para entender la obligación de cumplir con la norma penal en contraste con el individuo debidamente integrado en la sociedad, por esto es necesario concientizar sobre esta problemática y poner la mira ahí.¹⁹

¹⁹ Conferencia del Dr. Juan Terradillos Basoco en la Universidad de Salamanca, “Hacia un modelo penal para la aporofobia” (2018) <https://youtu.be/lbrL4LgysSZo> (Recurso electrónico)

La crisis social y económica ha llevado a una desigual distribución de riquezas que es determinante a su vez de zonas de pobreza y se puede traducir en una desigual y paupérrima distribución de acceso a derechos fundamentales. Si de las proclamaciones constitucionales de derechos humanos de toda naturaleza se puede deducir una obligación de origen constitucional impuesta al legislador penal ordinario en el sentido de promover desde la ley penal y el derecho penal procesos de exclusión y vetar o eliminar/evitar procesos de discriminación o segregación que están en la realidad, me parece que la situación real es completamente diferente y se aparta de esos lineamientos ideales. Estamos ante un sistema político económico generador de pobreza y desigualdad donde las políticas criminales funcionales a este sistema se constituyen en subsistemas igual de excluyentes y desiguales²⁰. Como bien dice Jakobs "*quien es superfluo en la economía común se conduce como si viviera en otro mundo... no vive en el mundo de las personas*"²¹ es decir, quien no aporta al modelo económico no es funcional al mercado y por ende el mercado deja de tener interés en esas personas porque no son económicamente útiles. Cada maniobra que el gobierno hace en el ámbito económico repercute en esa desigualdad, por eso si en lo jurídico desconocemos la dimensión económica estamos omitiendo una parte de la realidad.

Cuando estas personas dejan de ser útiles al sistema se las rechaza y esto trae consecuencias de índole político-criminal. Aquí es donde aparece el fenómeno de la aporofobia que es una palabra revolucionaria que significa el rechazo, miedo u odio al pobre, al desamparado, al menesteroso. Esta aversión al pobre es una tendencia natural del ser humano y una actitud que en la Argentina y Latinoamérica no es una novedad pero que ha crecido de manera peligrosa y desmesurada viéndose reflejada en el aumento de delitos de odio contra los menesterosos. Fue creada por la filósofa y académica española Adela Cortina²² para que exista en la conciencia colectiva y así poder darle nombre a esa realidad, hacerla presente en

²⁰ TERRADILLOS, B. J. (2014). Política criminal de materia socioeconómica: hacia el Derecho penal de la exclusión". En E. D. Ochoa.. La Habana: Editorial UNIJURIS.

²¹ JAKOBS, G. (2000). *Sobre la génesis de la obligación jurídica*. DOXA.

²² CORTINA, A. (2018). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Paidós Ibérica.

el debate social, desentrañar sus orígenes y finalmente hacerle frente en la búsqueda de soluciones. El desconocimiento de los derechos de un humano o de un grupo de humanos es un serio cuestionamiento de nuestros modelos democráticos que proclaman con largueza y orgullo un alto catálogo de derechos fundamentales y sin embargo creo que no son capaces de implementarlos hasta agotar su virtualidad.

Esta aporofobia es transmitida desde una construcción social que vincula a las personas en situación de pobreza con la delincuencia, colocándolas en la sociedad como posibles y futuros criminales en vez de potenciales víctimas de delitos de odio, violencia o discriminación. Hay una construcción negativa de la realidad (del miedo) en la cual las redes sociales, los periódicos y la televisión tienen mucha influencia al criminalizar esos sectores y descargar las tensiones sociales porque la clase media pone sus frustraciones ahí: un ejemplo es cuando los medios de comunicación le dan un lugar privilegiado a determinado discurso que elaboran las víctimas recientes de algún hecho delictivo, generando sensibilidad y solidaridad con esa persona que acaba de perder un ser querido o acaba de ser víctima de un delito violento, pero en realidad lo que hace la reproducción de esa violencia además de obtener un alto nivel de audiencia televisiva es forjar un sentimiento de impotencia, de resentimiento, de venganza contra el delincuente, estigmatizándolo y alimentando la política de seguridad del gobierno.

Derecho penal del enemigo en la actualidad

Frente al fracaso y la no ejecución de políticas del Estado en materia de trabajo, educación, salud, planes sociales, etc. se ha ido instituyendo en forma paralela, inteligente y engañosa la definición de un enemigo común para rellenar esos vacíos de inoperancia, como quien dice “pateando la pelota hacia otro lado”. Los tiempos cambian pero algunas doctrinas se mantienen latentes aunque expresadas en forma diferente y así notamos como en la actualidad se está llevando a cabo un derecho de autor, que se basa en la peligrosidad de los sujetos para poder adoptar una serie de medidas y tiene como fin ulterior generar seguridad cognitiva entre los ciudadanos. El legislador interviene previniendo, acometiendo a un individuo peligroso antes de que realice el hecho, buscando como único interés la procurada

seguridad de los ciudadanos. Ese concepto de enemigo queda en manos del legislador penal y como he dicho anteriormente el Estado tiende a seleccionar, señalar a sus enemigos para justificar sus actos y con esa política termina estigmatizando a determinados grupos sociales. Estos estereotipos pueden ser el africano o el latino en Estados Unidos, el argelino en Francia, el turco en Alemania, el islámico (yihadista) o marroquí en España e Inglaterra y entre nosotros los Argentinos como no tenemos terrorismo y no tenemos alguien que pueda servir de estereotipo un poco más idóneo, hay un residual que es el extranjero paraguayo o boliviano y el joven adolescente de barrio precario, aquel que viste de gorra, camiseta de fútbol y se droga en espacios públicos.

Hay manifestaciones de este derecho penal autoritario en todos nuestros ordenamientos jurídicos, cada Estado marca a sus enemigos y hay que apartarlos de la sociedad ya que no son dignos de vivir entre nosotros y frente a ellos todo cabe. El sujeto-enemigo se transforma en una emancipación de peligro, un riesgo para la seguridad, y, en virtud de ello, en enemigo del ordenamiento jurídico. Esta potencial peligrosidad se conjura mediante una legislación penal preventiva. Jakobs²³ nos dice que las características de este tipo de Derecho Penal pueden ser sistematizarse en tres elementos habituales:

1. Adelantamiento de la punibilidad, de las barreras de intervención penal para todo aquel sujeto que se lo considera enemigo, peligroso (llegando al punto de castigar en ocasiones comportamientos de contenido simbólico en vez de hechos concretos);
2. No se respeta el principio de proporcionalidad de las penas, se prevén penas draconianas para sancionar esas conductas; implica la posibilidad de castigar cualquier delito especialmente aquellos que están alejados de la lesión del bien jurídico, condenar de la misma forma los actos preparatorios que los consumados o agravar las penas de los delitos clásicos cuando se cometan por sociedades criminales

²³ JAKOBS, G. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Editorial Civitas.

3. Se lleva a cabo un derecho penal del enemigo en el ámbito procesal y se produce una “flexibilización”, supresión y debilitamiento de las garantías procesales, ¿para qué seguir a aquel que lo hemos declarado enemigo de la sociedad?

Citando a un reconocido autor en la materia nos dice que “*el concepto de acción es central en la teoría del delito: el hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra*” (Antón Oneca, J.). De esto podemos deducir que el Derecho Penal moderno es un Derecho penal de acto y no de autor. De acuerdo a esta conjetura básica se ha de sancionar al hombre en tanto que realice una conducta humana tipificada como delito pero NUNCA por meros pensamientos o condiciones psicológicas, filosóficas (ideológicas), raciales o – en general – personales.

Por otro lado el derecho penal de autor, como contrapartida del Derecho Penal del hecho, es “*cuando la pena se vincula a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decide sobre la sanción*”²⁴. Es decir, le da mayor importancia a las características personales del autor y sobre todo a la peligrosidad del mismo. Es interesante traer a colación el concepto de “peligrosidad” que tiene su origen en un constructo elaborado por Raffaele Garófalo en el año 1880 donde crea la palabra “*temibilità*” y hace referencia a “*la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo*”²⁵. Tanto la peligrosidad como el derecho penal de autor son ambos herederos de una tradición positivista criminológica originada en Italia por el histórico penalista C. Lombroso, quien fue hombre que dio el puntapié inicial a estas ideas²⁶. A pesar de que fue una tesis que siempre tuvo infinidad de opositores, en el año 2001 cobró relevancia con el caso de las Torres Gemelas donde se produjo un verdadero

²⁴ ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas, S.A.

²⁵ GAROFALO, R. (1880). *Criterio positivo de la penalidad*. Nápoles.

²⁶ Justamente algunos autores denominan al Derecho Penal del enemigo como “el cadáver insepulto de Lombroso” por ser uno de los primeros criminólogos clásicos en indagar sobre la cuestión; se critican algunas de las publicaciones que realizó durante su carrera investigativa por ser discriminatorias, en la que se destaca “*El hombre delincuente*” (1876) y su concepto del *enemigo nato*.

quiebre para el Derecho Penal e incitó a una serie de penalistas y muy especialmente a Jakobs a posicionarse a favor de esta.

Este tipo de derecho penal se puede considerar como una especie de Derecho de “policía” adicional al Derecho Penal que somete bajo sospecha al ciudadano considerado como un posible creador de peligros no permitidos, como un potencial enemigo, lo cual lleva consigo la tipificación de conductas creadoras de peligro²⁷. Esto **no es compatible** con el estado social y democrático de Derecho, por lo tanto debe rechazarse terminantemente la teoría del tipo normativo de autor porque elimina la exactitud de los tipos legales. ¿Qué quiere decir esto? Que es muy fácil describir en un tipo penal los actos componentes de un homicidio o de un hurto, pero es imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un homicida o de un ladrón, por lo que este tipo de derecho no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece a una concepción totalitaria del mismo.

En Argentina se han desarrollado y seguido muy de cerca tomando e inmortalizado esta corriente por muchísimos años sin modificaciones, considerando esta peligrosidad como algo “natural”, intrínseco al sujeto, inamovible e inmodificable. Nuestro Código Penal fue sancionado en 1921 donde estaban en plena vigencia, pleno desarrollo y seguimiento las ideas de Lombroso, Ferri y Garófalo y es por esto que encontramos, a través de su influencia, algunas manifestaciones de derecho penal de autor. Estas tendencias de nuestro sistema punitivo se han dirigido preferentemente a las clases sociales más bajas, a los marginados, siendo los principales estereotipados y asignándoles un papel precario dentro de la sociedad.

Entre algunos ejemplos podemos mencionar las medidas de seguridad que ponen en crisis especialmente al ejercicio del principio resocializador de la pena y a los institutos característicos de un sistema gradual de ejecución de la pena, ya que podemos observar plazos elevadamente extensos en los casos de condenas perpetuas para obtener el beneficio de la libertad condicional y bien comprobado está que mientras más extensiva sea la duración de una condena, igual de difícil será la rehabilitación y posterior reinserción del

²⁷ JAKOBS, G. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Editorial Civitas.

recluso en la comunidad una vez estando fuera ²⁸. Así podemos encontrar estas manifestaciones en lo que está regulado actualmente como requisitos/condiciones para el otorgamiento de la libertad condicional cuando habla el Art. 13 del Código Penal argentino de “*un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social*”, el Art. 14 cuando habla de la “*imposibilidad de conceder este beneficio a los reincidentes y en los demás casos previstos por esa norma*”²⁹, en el Art. 26 cuando habla de la condena condicional se refiere a la “*personalidad moral del condenado*” (siendo esta para mí la expresión más clara de derecho penal del enemigo en nuestro Código) o en el delito imposible del Art. 44 in fine se castiga o no a quien ha cometido un acto de este tipo “*según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente*”.

Otra manifestación de derecho penal de autor es la prisión preventiva, no el instituto como entidad sino el uso indiscriminado que se hace de ella y que se termina transformando en un anticipo reiterado de la pena. Hay un serio desvío del sistema y del instituto de la prisión preventiva que está generando conflictos a escala internacional y nacional porque de manera progresiva se está verificando que hay más reclusos por esta medida cautelar que los efectivamente condenados (es decir, son muy pocos los casos que concluyen con resolución condenatoria firme). En materia de proceso penal la regla es que una persona transite el proceso en plena libertad y sólo deba ser encarcelado cuando fue declarado culpable y consiguientemente condenado por la justicia. Aquí encontramos una enorme excepción a esta regla que es el instituto de la prisión preventiva y que es concedida, valga la redundancia, de carácter **excepcional** cuando se reúnen ciertos requisitos preestablecidos en el Código Procesal³⁰, los cuales son finalmente valorados por el Juez de la investigación penal

²⁸ Trayendo a colación nuevamente la LO 5/2010 española de libertad vigilada, ésta es incorporada al sistema penal para actuar ante la peligrosidad que existe en aquellos reclusos donde la pena ha fracasado y no pudo lograr con su objetivo de prevención y además tiene una tendencia a controlar el sujeto sólo para la protección de terceros; por eso también se ha planteado en una eventual reforma al Código la derogación de la misma ya que es muy criticada de ser inconstitucional y de alejarse de los pilares fundamentales de la pena.

³⁰ Art. 185 del Código Procesal de la Nación Argentina: “*Corresponde el dictado de la prisión preventiva en función de la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones del imputado, que sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso previstos en este Código*” En

en la audiencia. En Argentina, particularmente en la Provincia de Santa Fe en la cual resido, estimativamente de cada 10 individuos que son detenidos, a 8 se les confirma la prisión preventiva, siendo muy poco los casos en donde el Juez avala las medidas alternativas de morigeración propuestas por la Defensa³¹. De esta manera notamos como el derecho penal del enemigo penetra en el ámbito procesal y la medida cautelar pasa a transformarse en regla y las palabras “excepción y “medida excepcional” comienzan a perder su peso. Se puede vislumbrar fácilmente el uso abusivo que los Fiscales hacen de esta medida cautelar, buscando a toda costa encerrar al sujeto y solicitándola sistemáticamente con una débil fundamentación, sin tener los criterios muy claros en la exposición de motivos que hacen durante las audiencias orales. El asunto de los medios comunicacionales y la presión social que estos ejercen aparece de nuevo en escena e influye en las decisiones que toman tanto jueces como fiscales, concediéndola para evitar el escrache público y lo que en el periodismo llaman “la justicia de puertas giratorias”, sobre todo cuando se trata de casos mediáticos porque está en la balanza por un lado lo que reclama la sociedad y por el otro los criterios legales que tienen que emplear estos operadores jurídicos.

Si nos basamos en el art 18 de la C.N.³², las expresiones del derecho penal de hecho son las que en todo momento deben ser resguardadas y todas las manifestaciones del derecho penal de autor deben ser derogadas por ser inconstitucionales en la República Argentina. Otro ejemplo claro de estas manifestaciones de derecho penal del enemigo es el instituto de la reincidencia del Art. 52 in fine del Código Penal Argentino, el cual me detendré a analizar a continuación.

este artículo podemos observar la amplia discrecionalidad que el legislador le otorga a los operadores jurídicos para la utilización de este instituto.

³¹ (2016). *Observatorio sobre la Reforma de la Justicia Penal. Primer informe. Las voces de los defensores públicos*. Santa Fe.

³² Art. 18 C.N. argentina: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (...) Toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija hará responsable al juez que la autorice”.

El rescate de esta figura, como he señalado al principio del trabajo, amén de su inconstitucionalidad al lesionar el principio de culpabilidad, el *non bis in ídem* y el de resocialización de la pena, es una expresión de un Derecho penal defensista y autoritario, y la expresión más evidente del fracaso de la pena como herramienta de prevención individual. La reincidencia entra en colisión con normas constituciones y principios rectores del derecho penal y vulnera la idea de un derecho penal de hecho porque no toma como base la culpabilidad del autor por el acto que se juzga, sino la existencia de penas privativas de la libertad cumplidas con anterioridad a otros delitos distintos al juzgado. Por ello, viola el principio de culpabilidad por el hecho, según el cual no hay pena sin que el autor de un hecho pueda haberse contra motivado en la norma penal para no cometerlo.³³ Este principio es una derivación necesaria del principio de legalidad penal, que requiere, como condición de legitimidad constitucional de la sanción, la descripción del delito y de la pena perpetrada en una ley anterior al hecho del procedimiento. La transgresión a este principio constitucional de culpabilidad por el hecho se presenta por cuanto el mayor rigorismo punitivo se establece en la peligrosidad que se dice “justificada” y no en un mayor regaño penal por el hecho juzgado; se fundamenta en un reproche de los rasgos individuales del autor, revelados por aspectos de su vida pasada y que han sido apreciados en un juicio previo. De esta manera se está instaurando una forma de derecho penal de autor (a través de la culpabilidad de autor), lo que constituye al mismo tiempo de una infracción al art. 18 C.N, un tenue quebrantamiento al artículo 19 de Constitución Nacional ya que la elección de vida que haga el individuo es parte de su esfera íntima y personal.³⁴ También violenta el *non bis in ídem* porque hace una valoración doble del hecho primero para agravar la sanción por encima del extremo máximo de la figura legal.

Es interesante mencionar un antecedente jurisprudencial de fecha 20/10/2015 en el cual la Corte Suprema dejó entrever cierta inclinación hacia un derecho penal de autor y revocó una

³³ ZAFFARONI, R. (1985). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: EDIAR.

³⁴ Art. 19 C.N. argentina: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados (...)*”

sentencia de la Sala II de la Cámara de Casación al ratificar la constitucionalidad de una de las normas originadas en la Ley 25.886 o también llamada “Ley Blumberg”, específicamente el modificado artículo 189 del Código Penal. El agravante del delito de portación de armas del art. 189 bis inciso 2 párrafo 8 del Código Penal no se funda en circunstancias que denotan una mayor gravedad del hecho sino por circunstancias personales sin vinculación perceptible con el caso, como ciertos antecedentes penales o el hecho de encontrarse excarcelado al momento del hecho. Por lo tanto, este fallo olvida el avance de las garantías del derecho penal, entendidas como límites al ejercicio arbitrario o irracional del poder de castigar. Hay que dejar en claro que la historia de un reo no es irrelevante a la hora de determinar la pena ni tampoco el comportamiento de un individuo que ha sido excarcelado y que por ello debe cumplir ciertas reglas; pero una cosa muy distinta es establecer la conformación misma del injusto penal y fundamentar la pena sobre la base de circunstancias ajenas o anteriores a él, lo que se encuentra prohibido por las normas constitucionales y los tratados internacionales suscriptos por la Argentina, del mismo modo que las escuelas más prestigiosas lo han destacado desde siempre. Esa disposición de la Corte apareció como un alarmante retroceso que puede abrir la puerta a desviaciones aún más peligrosas para las libertades.

Para ir concluyendo el trabajo, tenemos que tener bien presente que el derecho penal de autor es un desavance para el Derecho Penal y una ideología que siempre se asoció a un modelo de derecho penal totalitario y el cual fue defendido tenazmente por la doctrina alemana próxima al régimen nazi, por lo tanto podría sorprender a más de uno afirmar que hoy en día se siguen sosteniendo tales doctrinas basadas en la discriminación y los prejuicios. En la actualidad guarda mucha conexión con el etiquetamiento criminal respecto a determinados sectores sociales (el vínculo pobreza/delito) y la experiencia ha demostrado que se presta a toda suerte de abusos políticos porque es la práctica de las dictaduras y en el uso político de la justicia penal que las caracteriza, la criminalización de enemigos reales o potenciales enemigos del régimen por encima de la ley. Hay que atenuar esos niveles de selectividad del Estado, dejar de lado los estereotipos, proponer y realizar ciertas modificaciones a los Códigos procesales para impedir que se siga debilitando el Estado de Derecho y desistir de tratar a los ciudadanos como enemigos. Debemos negar esta posición

El Derecho Penal como instrumento *prima ratio* de exclusión social

en absoluto porque el prejuzgamiento de ciertas personas como delincuentes en forma generalizada no hace más que retrotraer el sistema y el pensamiento humano a doctrinas ya superadas, que no hace falta aclarar, son totalmente impensables actualmente desde el ámbito de los derechos humanos, por ser claramente racistas e injustas.

Conclusiones

Si bien en el desarrollo del trabajo he arribado a muchas conclusiones interesantes y fructíferas gracias al material proporcionado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y a la lectura de diversos autores de primera calidad en los temas que he abordado, como así también apoyado por el aporte de la propia experiencia, pondré de manifiesto aquellas que consideré fundamentales para darle un cierre objetivo a la investigación:

- La intervención del poder público es necesaria para proporcionar las condiciones necesarias para la convivencia en sociedad, pero dentro de los límites estrictamente necesarios en orden a la optimización de la libertad de los ciudadanos. Ante violencia formalizada que conlleva el Derecho penal, el recurso al mismo debe ser excepcional, evitando que el Estado realice una “huida al Derecho penal” para resolver todos los conflictos sociales.

- En la actualidad se está haciendo un uso abusivo e indebido del sistema penal y el poder punitivo confiado al Estado que se visualiza en la vulneración de principios fundamentales del derecho Penal. Debido al nuevo paradigma de la seguridad ciudadana se justifica su intervención en ámbitos donde no está llamado a intervenir y se lo está utilizando como un instrumento bélico de lucha al cual el Estado acude inmediatamente como primera opción ante la demanda social. Hay que devolver a esta rama su carácter de última ratio, conteniéndolo y descomprimiéndolo de aquellas figuras que atentan contra el espíritu garantista propio de las leyes penales y trasladar esas infracciones a otras áreas del derecho como por ejemplo la civil o la administrativa.

- La realidad nos demuestra que la delincuencia está presente en todos los grupos sociales; incluso en las clases más altas esta es y puede ser más ofensiva para la comunidad en sí. Sin embargo, el foco se centra específicamente en los delitos que cometen los marginados, ya que son aquellos que tienen un golpe directo y perceptible sobre la víctima y la sociedad del riesgo que reclama siempre seguridad. A esto deberíamos agregarle la injerencia negativa de los medios de comunicación que desvirtúan y exacerban los hechos para vender noticias más atractivas para la audiencia. El resultado de esto es estigmatizar aún más a estas personas, a veces sin saber que están siendo funcionales a las políticas segregacionistas del Estado el cual saca provecho en beneficio propio y favorece su imagen.

El Derecho Penal como instrumento *prima ratio* de exclusión social

- Esto se traduce en apresuradas e incompletas reformas legislativas que fomentan cada vez más el agravamiento de tipos legales ya existentes y la tipificación de nuevas conductas penales que afectan bienes jurídicos penalmente irrelevantes (afectando el principio de lesividad penal). Consecuentemente se acelera la tendencia inflacionista y expansionista que aqueja al Derecho Penal contemporáneo.

- Las políticas criminales mencionadas en el trabajo (tolerancia cero y populismo punitivo) contribuyen a incrementar la criminalización de la pobreza sin tener en cuenta los delitos que más perjudican a las sociedades como el *white collar crime*, los delitos contra el medio ambiente, la corrupción política o el narcotráfico a grandes escalas y miran hacia un costado estas violaciones por la estructura compleja que detentan a la hora de buscar sus soluciones y la baja rentabilidad mediática que tiene en los medios masivos de información. También se comprueba que estas políticas reducen irrelevantemente los índices de criminalidad o en el peor de los casos los aumenta, siendo una legislación puramente simbólica y malgastando cifras millonarias de recursos económicos estatales que pueden ser destinados para la implementación de otras políticas económicas, educativas o sociales más redituables.

- El fenómeno de la globalización y la economía capitalista son factores cruciales en el problema de la exclusión social porque las personas marginadas al no tener un rol específico social-económico son apartadas y rechazadas por un sistema que solo piensa en la producción y el consumo. Esto lleva a que los sujetos se vean obligados a sustentarse diariamente a través de una delincuencia de supervivencia mínima (como el “top manta” o el narcomenudeo) y ampliando la grieta social entre los pudientes y los menesterosos.

- Las cárceles deben dejar de ser ese utensillo de venganza popular que se manipula para restituir la confianza en la justicia punitiva porque muchas investigaciones empíricas han demostrado que no son recomendables ni adecuadas para la rehabilitación del reo en la sociedad. Se debe revalorizar el principio rector de resocialización para no caer en la justicia retributiva.

- La aplicación de institutos como la reincidencia o las medidas de libertad vigilada persiguen a los sujetos no por lo que hicieron, sino por lo que son, violando una incontable cantidad de principios fundamentales, por ende deben ser revisados, modificados y en el mejor de los

casos, derogados por ser inconstitucionales. Estos institutos propios de un derecho penal del enemigo retrotraen el sistema a ideologías arcaicas que ya han sido debatidas y superadas por las más reconocidas escuelas del Derecho Penal.

Aunque todavía nos falte mucho camino por transitar en la solución de este fenómeno de la exclusión social, no tengo dudas que de entre los tantos problemas que mencioné en el trabajo, el más urgente tiene que ver con la necesidad de frenar de una vez por todas las políticas criminales de populismo punitivo que están convirtiéndose en una tendencia natural de los Estados democráticos y a la vez están desgastando nuestros sistemas punitivos desde adentro, afectando las garantías fundamentales de los estratos sociales más bajos. Todo esto debe realizarse implementando algunas de las soluciones que propuse en el desarrollo pero esencialmente estableciendo una regulación penal coherente, racional, eficiente y que no discrimine, que sea inclusiva y no criminalizadora de la pobreza. Demasiado es el castigo que tienen estos individuos al ser injustamente apartados por parte de una sociedad que cada vez es más intolerante como para sumarle la opresión de un Estado que los señala como enemigos, potenciando aún más las desigualdades ya existentes.

Espero francamente que el presente trabajo ayude a reflexionar y promover la discusión académica en un asunto que es demasiado preocupante a escala global y del cual toda la sociedad debe tomar profunda conciencia porque no es ajena al mismo, sino más bien cómplice. Nosotros como profesionales y juristas estamos llamados a luchar por la igualdad de derechos de todas las personas y ser protectores de sus garantías primordiales, por eso también es deber nuestro y de todas las universidades formarnos con criterios igualitarios e inclusivos para ayudar a la justicia a revertir este proceso de exclusión.

Debemos tener siempre presente que la seguridad de todos los ciudadanos no surge del ejercicio del poder estatal sino de los límites al ejercicio de dicho poder para el Estado. *“El delito es la punta del iceberg, es la consecuencia, el reflejo de una realidad social que no se soluciona con la inflación de figuras legales, sino que el mejor remedio, como diría cualquier*

médico, es la prevención”.³⁵

Bibliografía

- BECK, U. (2006). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A.
- CORTINA, A. (2018). *Aporofobia, el rehazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Paidós Ibérica.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (2017). La evaluación ex post de las normas: un análisis del nuevo model español. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- FUCARILE, M. (30 de Octubre de 2010). *Pensamientos Imputables*. Obtenido de <http://pensamientos-imputables.blogspot.com/2010/10/el-actual-derecho-penal-de-autor.html?m=1>
- GARLAND, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa.
- GAROFALO, R. (1880). *Criterio positivo de la penalidad*. Nápoles.
- HASSEMER, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Temis.
- JAKOBS, G. (2000). *Sobre la génesis de la obligación jurídica*. DOXA.
- JAKOBS, G. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Editorial Civitas.
- KELLING, G. L. (1996). *Fixing broken windows: Restoring order and reducing crime in our communities*. New York: Martin Kessler Books.
- MUÑOZ CONDE, F. (2003). El nuevo Derecho penal autoritario. *Revista Universidad EAFIT*.
- NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., & BECERRA MUÑOZ, J. (2016). *Hacia una evaluación racional de las leyes*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- (2016). *Observatorio sobre la Reforma de la Justicia Penal. Primer informe. Las voces de los defensores públicos*. Santa Fe.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. (2007). *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal moderno*. Portal Derecho, S.A.

35 FUCARILE, M. (30 de Octubre de 2010). *Pensamientos Imputables*. Obtenido de <http://pensamientos-imputables.blogspot.com/2010/10/el-actual-derecho-penal-de-autor.html?m=1>

El Derecho Penal como instrumento *prima ratio* de exclusión social

- PRATS, E. J. (2016). *Los peligros del populismo penal*. Fundación Editorial Jurídica Venezolana.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas, S.A.
- TERRADILLOS, B. J. (2014). Política criminal de materia socioeconómica: hacia el Derecho penal de la exclusión". En E. D. Ochoa.. La Habana: Editorial UNIJURIS.
- ZAFFARONI, R. (1985). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: EDIAR.