

Derecho penal de los marginados.
Líneas de Política criminal argentina

Por FABIÁN I. BALCARCE*

«...la gente cree que el proceso penal termina con la condena, y no es verdad; la gente cree que la pena termina con la salida de la cárcel, y no es verdad; la gente cree que el ergástulo es la única pena perpetua y no es verdad. La pena, si no propiamente siempre, en nueve de cada diez casos, no termina nunca. Quien ha pecado está perdido. Cristo perdona, pero los hombres no»
(FRANCESCO CARNELUTTI (1))

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente se distinguen dos conceptos específicos de *política criminal*: 1. uno, *intrasistemático*; 2. el otro, *extrasistemático* (2).

1. El primero es propuesto desde las usinas programáticas del *funcionalismo* (3) *moderado* como objetivo central de la interpreta-

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Derecho Penal. Parte Especial (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Profesor Titular de Derecho Procesal Penal (Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina).

(1) *Las miserias del proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Temis, Bogota, 1997, p. 97.

(2) Parece adherirse a la tesis enunciada CANCIO MELIÁ, Manuel, *Dogmática y Política criminal en una teoría funcional del delito*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 146.

(3) «F. Nowakowski (1957) y P. Noll (1966) pueden ser considerados precursores directos de esas recientes tentativas por concretar los conceptos dogmáticos en especial el de culpabilidad, desde el punto de vista de la función del sistema penal» (BARATTA, Alessandro, «Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica» en *Criminología y Sistema Penal*, trad. Emilio García Méndez y Emiro Sandoval Huertas, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 1, nota 1).

ción teleológica (4): reconstruir el plan desarrollado por el legislador, en la regulación de las conductas punibles y las consecuencias jurídicas, a fin de desentrañar el sentido de los preceptos penales (5). Por otro lado, su carácter *moderado* es consagrado por la proposición de un modelo *dualista* en donde la funcionalización encuentra límites externos de base ontológica (6).

Expresa Claus Roxin, precursor de la novedad: «...mi idea básica es que tienen que estar fundidos politicocriminalmente en el Derecho penal la configuración conceptual y sistemática, mientras que conforme a la concepción antigua, como ejemplo la que fundara Liszt, la Política criminal no tendría justamente nada que hacer con el “Derecho penal” (en el sentido de la teoría general del delito) y debería limitarse sólo al ámbito de las consecuencias jurídicas» (7). Más adelante agrega: «...la Política criminal es la fuente de la construcción penal conceptual y sistemática» (8).

A partir de este pensamiento se han realizado loables esfuerzos «...en pro de la superación del concepto antitético (que se podría denominar “*concepto zanja*” –“*Grabenkonzept*”–) entre sistemática jurídico-penal y Política criminal y de su sustitución por un ininterrumpido sistema de relaciones y derivaciones, es decir, en pro del desarrollo de un “*concepto puente*” (“*Brückenkonzept*”))» (9). Con Claus Roxin, el sistema jurídico-penal tiende un arco hacia la doctrina de los fines de la pena y, con ello, hacia los principios centrales de la Política criminal (10). Para

(4) Sobre los *cánones de interpretación*, valor, número y evolución histórica, ALEXY, Robert (*Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza – Isabel Espejo, C.E.C., Madrid, 1997, pp. 24 y ss.).

(5) Respecto al tema, CLAUD ROXIN, *Sistema del Derecho Penal y Política Criminal*, trad. Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, p. 27. Allí asegura: «...hay que reconocer también en Derecho penal, que –sin perjuicio del mantenimiento ilimitado del Estado de Derecho– los problemas politicocriminales configuran el contenido propio de la teoría general del delito».

(6) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites» en *Perspectivas sobre la Política criminal moderna*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 38.

(7) ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política criminal*, trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992, p. 46.

(8) Adhiere MOCCIA, Sergio, «Función sistemática de la Política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente» en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, trad. F. Javier Melero Merino, Bosch, Barcelona, 1995, p. 80.

(9) SCHÜNEMANN, Bernd, «La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, sept. – dic., 1991, tomo XLIV, fasc. III, p. 703. Cursiva y entrecomillado interno en el original.

(10) Schünemann, *ob. cit.*, p. 709. Sin embargo, no comparto lo de la necesidad de un «sistema abierto» (Schünemann, Bernd, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal» en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 42). A mi modo de ver la idea apuntada incurre en una *contradictio in adjectivo*. Estimo que se confunde «sistema cerrado» con

sinetizar, el dogmático «...tiene que acabar de dibujar en todos sus detalles la imagen o modelo del Derecho vigente que el legislador sólo puede trazar a grandes rasgos» (11).

Se diferencia, de esta manera, del *funcionalismo radical* que apela a un modelo sistémico de sociedad como respuesta a *para qué* (12) de las regulaciones represivas y propone un *monismo normativista* carente de límites externos (13). Vale la pena un pequeño excursus en relación a ciertas aporías en el ámbito normativo: ha de tenerse en cuenta que normalmente una violación de los límites entre Derecho penal (entendido como legislación vigente) y Política criminal suele llevar ineluctablemente a una falacia *normativista*. Por el contrario, una transgresión a los cotos existentes entre Derecho penal (en el sentido de legislación vigente) y la Criminología culmina a menudo en una falacia *naturalista*.

Expresa JAKOBS: «...el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad» (14). Continúa el que fuera profesor en Bonn: «...es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad; el Derecho penal

indisponibilidad del sistema, lo cual es un evidente yerro: «No existe ninguna teoría del delito que pueda ser más que un proyecto transitorio o efímero» (Jescheck, Hans H. y Weigend, Thomas, Tratado de Derecho Penal. Parte General, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 232. En el mismo sentido, HRUSCHKA, Joachim, «¡Repensar el Derecho penal! Reflexiones a propósito del libro Rethinking Criminal Law de George P. Fletcher» en Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, trad. Juan Ignacio Piña Rochefort, Thomson-Aranzadi-Garrigues Cátedra, Navarra, 2005, p. 241). Quién, en el fascinante camino del matiz y la filigrana dogmática, no ha sentido el vacío derivado de la ignorancia respecto a si se ha tomado una correcta decisión en cuanto al valor. Es que en la base de una acción de preferir una solución en relación a otra se encuentra una valoración (Cfr. Alexy, lug. cit., p. 27). Sin embargo, lo apuntado es un problema de perfeccionamiento de la Lógica preferencial. Nada dice acerca de la inviabilidad de la clausura del sistema.

(11) ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, I, 7/69, p. 225.

(12) «Desde un punto de vista histórico, el análisis funcional es una modificación de la explicación teleológica, es decir, de la explicación no tanto por referencia a causas que “producirán” el hecho en cuestión, sino por referencia a fines que determinan su curso» (Cfr. HEMPEL, Carl G., *La explicación científica*, trad. varios, Paidós, Barcelona, 2005, p. 399). Sobre la *ambigüedad* del vocablo, NAGEL, Ernest, *La estructura de la ciencia*, trad. Néstor Míguez, Paidós, Buenos Aires, 1968, pp. 470 a 473.

(13) SILVA, lug. cit., p. 38.

(14) Cfr. JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996, p. 15.

constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva...» (15). En lo que aquí interesa, el autor culmina: «...existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal: cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance complejidad adecuada con referencia al sistema social del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles. Pero ello debe ser compatible con las condiciones de la evolución. *Ni el sistema social ni el sistema jurídico saltan por encima de su propia sombra*» (16).

Es distinto también al *funcionalismo monista-individualista* (17). En este último caso, se trata de una perspectiva de carácter minimalista y metodología empirista, orientada a las consecuencias y reconducida al bien jurídico (18) (principio de lesividad u ofensividad), como límite externo de la actividad legislativa y de la construcción analítica, y conducto de regreso al buen Derecho penal liberal.

Asimismo, asume contornos propios respecto del *análisis económico del Derecho*, de origen estatal liberal, el cual pretende obtener el mayor rédito de las instituciones jurídicas en la distribución de bienes escasos dentro de una sociedad determinada (principio utilitario) (19).

En el funcionalismo radical el límite del Derecho penal se encuentra en su *eficacia* (capacidad de lograr el efecto que se desea o espera), entendida como la reafirmación de los valores o las normas básicas de la sociedad. En el análisis económico del Derecho, si bien también se alude a similar –no idéntico– desiderato, aquí se hace referencia a una perspectiva diferente: contribución a la mayor *eficiencia* (capacidad de disponer de algo para conseguir el efecto determinado) económica (20).

(15) JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* cit., p. 22.

(16) JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* cit., p. 24. La cursiva es nuestra.

(17) SILVA, *Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*, cit., p. 39.

(18) HASSEMER, Winfried, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno» en *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, trad. Elena Larrauri, Madrid, enero-abril 1992, tomo XLV, fasc. I, pp. 235 y 236.

(19) CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, Emilio; POMARES HERNÁNDEZ, Ignacio y RAMA MATÍAS, Elena, «Análisis económico del Derecho: una visión selectiva de la literatura reciente» en *Derecho y conocimiento*, vol. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, p. 332. También, POSNER, Richard, «El análisis económico del Derecho en el *common law*, en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo» en *Revista de Economía y Derecho*, vol. 2, núm. 7, Perú, 2005, pp. 8 a 10.

(20) RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, «Retos actuales de la Política criminal y la dogmática» *Conferencia dictada en el marco de la Carrera de Especialización en Derecho penal dictada por U.N.L. –U.N.C. (Córdoba, Argentina)*, 2003, p. 21.

2. El segundo, y tradicional, es aquel que parafrasea al conjunto de decisiones estatales (de cualquiera de las funciones del Poder) que, en procura de objetivos definidos previamente, determina los delitos y sus consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad en el sistema binario tradicional; *reparación* pública del daño ocasionado a la víctima y *consecuencias jurídicas accesorias* para las personas jurídicas, como tercera y cuarta vías de manifestación contemporánea), organiza las respuestas públicas, tanto para impedirlos (prevención) como para sancionarlos (represión), determinando los órganos y los procedimientos a tal fin (21).

Es aquí donde –según frase remanida de V. LISZT– el Derecho penal se convierte en *límite infranqueable de la Política criminal, como Magna Carta del delincuente* (22) –reformulada por Naucke (23): *Magna Carta del ciudadano* (24)–. Con lo cual no se quería decir otra cosa que la finalidad político-criminal y la voluntad del juez penal tienen sus límites en la ley. «La ley no sólo es para el condenado, fundamento de su condena, sino también protección ante los excesos, garantía de equidad y control» (25).

En el último de los ámbitos descritos se suele afirmar que, por estos lares, no existen hoy líneas político-criminales transparentes que permitan colegir un conjunto ordenado de principios directivos.

Es mi visión que el aserto es relativo. Un detenido análisis de nuestro ordenamiento jurídico muestra claramente una marcada tendencia clasista –profundizada en los últimos años–. Adelanto opinión: la legislación penal no ha perdido su sesgo caracterológico; sigue

(21) *Mutatis mutandis*, CAFFERATA NORES, José I. y otros, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ciencia, Derecho y Sociedad, F.D.C.S., U.N.C., Córdoba, 2004, pp. 31 y 32.

(22) VON LISZT, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd., 1985, p. 80 («Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts» [Gutachten für die Allgemeine Versammlung der J.R.V, 1893], Mitteilungen, IV, Cf. A. u. V., II, 80, desarrollado a partir de pp. 75 y ss.). El texto –según lo expresa ROXIN (*Política criminal y estructura del delito* cit., p. 46)–, adviértase, proviene de los últimos años del siglo XIX. Asimismo, VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de la 20.^a ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1927, II, p. 65: «El Derecho penal es la barrera intransgredible de la Política criminal».

(23) NAUCKE, Wolfgang, *Derecho penal. Una introducción*, trad. Leonardo Germán Brond, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 84.

(24) La cual no debe confundirse con idéntica expresión utilizada por HASSEMER, Winfried, pero en sentido antitético («El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal “eficaz”» en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 82).

(25) HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1982, p. 246.

siendo una racionalización de la ley del más fuerte sobre el más débil, del que tiene más poder en relación a quien no lo posee –o sólo alberga una pequeña dosis del mismo– en una sociedad determinada. La legislación penal no ha podido desprenderse de ese lastre discriminatorio.

La expansión del Derecho penal –manifestada a través de la proliferación de nuevas y agravadas figuras delictivas (26) y la reinterpretación –en pos de su flexibilización– de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y procesal (27)» es un fenómeno masivo en Occidente (28).

Sobre proliferación de legislación penal en Argentina; principalmente en el primer lustro del siglo; ha descrito Arocena: «En nuestro país, y en el lapso comprendido entre el 1 de enero de 2000 y el 30 de mayo de 2004, se promulgaron *quince leyes* que modificaron el Código Penal...» (29). Más adelante agrega el jurista mediterráneo: «...el ensanchamiento del Derecho criminal se concreta en leyes que *amplían el ámbito de lo penalmente prohibido*, ya creando nuevas figuras delictivas, ya ampliando los tipos penales existentes; en otros, aquél se materializa en conjuntos normativos que *endurecen la sanción prevista* como consecuencia para los ilícitos ya incluidos en el ordenamiento jurídico vigente» (30).

La mayoría de estas normas han tenido que ver con el encarnizamiento del Derecho penal nuclear (31). La expansión, antes que *extensiva* (ampliación del discurso represivo a nuevos sectores), ha sido *intensiva* (incremento de la punición de cierto tipo de delincuencia clásica). No obstante, ampliando el vaticinio *temporal*, realizado décadas atrás por Gimbernat, a los ámbitos *espacial* y *personal*, podríamos asegurar en el presente que *en Argentina hay Derecho penal para rato, para todo y para todos*, aunque la aplicación siga siendo selectiva. Y seguimos importando más Derecho penal (32); la «globalización» nos deglute. Pareciera un fenómeno universal: «En el ámbito de la discusión pública sobre los problemas

(26) CANCIO MELIÁ, Manuel, *lug. cit.*, p. 123.

(27) El análisis en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, p. 17.

(28) Ver ESER, Albin, «La nueva evolución del Derecho penal económico» en *Revista de Derecho Penal*, 2000-2, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 41.

(29) AROCENA, Gustavo, *Inseguridad urbana y ley penal*, Alveroni, Córdoba, 2004, p. 20. La enumeración exhaustiva en CESANO, José D., «Introducción: el expansionismo penal como nota distintiva de la Política criminal argentina reciente» en *Reformas al Código Penal*, coord. Gustavo Aboso, B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2005, pp. 9 a 18.

(30) Arocena, *ob. cit.*, p. 20. En el Derecho comparado, Ragués i Vallés, Ramón, *lug. cit.*, p. 3.

(31) Cfr. CESANO, José D., «Discurso de emergencia y política criminal: derivas de la Política criminal argentina en los albores del Siglo XXI (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)» en *Derecho contemporáneo*, Serie Azul, Gustavo Arocena y Fabián I. Balcarce (directores), vol. 6, Mediterránea, Córdoba, 2004. Una dura crítica a este expansionismo penal es lanzada por BUOMPADRE, Jorge E., en la *presentación a la séptima edición de Derecho penal. Parte especial*, originaria de CARLOS CREUS y puesta al día por el primero, Astrea, Buenos Aires, 2007, I, p. V.

(32) Ley nacional núm. 26.628 que regula lo vinculado a la *asociación ilícita terrorista y financiación del terrorismo*.

sociales puede considerarse como una tendencia generalizada en todos los partidos políticos la reacción permanente e inmediata mediante la llamada al Derecho penal» (33). Mucho tiene que ver con este presente la abrumadora aceptación de la *prevención general* como teoría de la pena: «La prevención general expresada como teoría de la pena y su imposición significan que cada intervención a costa del individuo desviado normativamente habrá de conducir, al mismo tiempo, al bienestar general –en el Derecho penal del Estado como instrumento de la política social, en el sentido amplio y dentro de la praxis penal de la vida cotidiana, como estabilizador de las normas y de los grupos a los que se hace referencia» (34). Más aún: «... el Derecho penal estabiliza mediante la ayuda de leyes severas la confianza jurídica de la población y de las normas sociales relativas al Derecho» (35).

Se puede afirmar en tal sentido, sin temor al yerro, la existencia de un *Derecho penal de marginados* que discurre por el Derecho penal, sustantivo y procesal, en forma secuencial: *delitos de tenencia o residuales, criminalística de precinto, perquisiciones ilegales, flagrancia como sustituta del sistema de la teoría analítica del delito, aplicación de teorías de la excepción a las exclusiones probatorias* y, por fin, *juicio abreviado*.

Propongo, entonces, relevar, una a una, las características apuntadas en el párrafo anterior.

II. LOS DELITOS DE TENENCIA COMO ESPECIE DE LOS DELITOS PERMANENTES Y DE PELIGRO ABSTRACTO

Existe la inveterada costumbre de dividir a los delitos en activos y omisivos, según se lesione una prohibición (comisión) o un mandato [omisión propia y omisión impropia (36)]. No obstante, se ha relevado una tercera categoría: los delitos de *tenencia*. Se trata de aquellos que describen expresamente la actividad punible como el «tener» una cosa incriminada. Los delitos de tenencia son delitos de peligro abstracto.

En forma gráfica, Hassemer ha expuesto: «Una sola ojeada a los códigos penales actuales muestra que los delitos de peligro abstracto son la forma delic-

(33) ALBRECHT, Peter-Alexis, «El Derecho penal en la intervención de la política populista» en *La insostenible situación del Derecho Penal*, trad. Ricardo Robles Planas, Comares, Granada, 2000, p. 471.

(34) HASSEMER, Winfried, «Prevención general y aplicación de la pena» en *Principales problemas de la prevención general*, trad. Gustavo Aboso y Tea Löw, B. de f., Buenos Aires-Montevideo, 2004, p. 52.

(35) HASSEMER, Winfried, *lug. cit. en nota anterior*, p. 56.

(36) Crítico de la denominación *comisión por omisión*, KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 279.

tiva que corresponde al Derecho penal moderno. Los delitos de peligro concreto o la lesión parecen anticuados» (37). No obstante, resulta inconcuso que un programa político fundado en la proliferación de los delitos de peligro abstracto trae aparejado un problema que Günter Teubner ha caracterizado como *trilema regulador* (regulatorisches Trilemma): a. la indiferencia recíproca del Derecho y la sociedad; b. la desintegración social a través del Derecho y, c. la desintegración del Derecho a través de expectativas excesivas de la sociedad (38).

En Argentina se han receptado legislativamente ciertos paradigmas de esta «modalidad conductual» –si así se la puede llamar–, a saber:

1. Tenencia y portación de armas (39)

El artículo 189 bis, inc. 2.º, del CP, dispone: *La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de seis meses a dos años y multa de mil pesos a diez mil pesos.*

Si las armas fueren de guerra, la pena será de dos a seis años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de uno a cuatro años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de tres años y seis meses a ocho años y seis meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

(37) HASSEMER, Winfried, *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*, cit., p. 242.

(38) HERZOG, Félix, «Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro)» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, trad. Elena Larrauri Pijoán y Fernando Pérez Álvarez, enero-abril, 1993, pp. 194 y 195.

(39) Ley nacional núm. 25.886, artículo 1.º (B.O.N., 05/05/2004). En una promiscuidad legislativa digna de crítica, el conocimiento de los hechos a subsumir en los incisos 1.º, 3.º y 5.º del artículo se ha otorgado a la jurisdicción federal (art. 3.º de la ley). Las consideraciones puntuales sobre estas figuras delictivas en BALCARCE, Fabián I., *Armas, municiones y materiales peligrosos en el Código Penal (art. 189 bis)*, Lerner, Córdoba, 2004, pp. 75 a 112.

En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro a diez años.

La elevación de los mínimos en abstracto de la pena privativa de la libertad en el Código de fondo incide en la aplicación de los Códigos de forma. Se subvierten los sistemas, tanto el nacional como los provinciales, de mantenimiento –exención– o recuperación –excarcelación– de la libertad durante la sustanciación del proceso penal a través de la elevación de los mínimos de las penas de prisión o reclusión, impidiendo de esta manera la prognosis de condenación condicional –prevista para los delitos sancionados con pena de prisión de tres años o menos (CP, art. 26)– y, casi automáticamente, proclamando la prisión preventiva hasta el momento de la sentencia (40) (*falacia sustantivista*).

Históricamente, con la introducción de estos tipos, el legislador nacional –atento a nuestro sistema federal, en donde los CPP quedan en manos de los Estados locales (salvo el federal) y el CP incumbe a la Nación– ha manipulado las instituciones procesales. Se ha propiciado, de este modo y paralelamente, la profundización de la crisis de nuestro supuesto federalismo y un resurgir del punitivismo (41).

2. Tenencia de estupefacientes (42)

El artículo 14 de la ley nacional núm. 23.737, de jurisdicción federal, prevé: *Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de ciento doce mil quinientos a dos millones doscientos cincuenta mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes.*

La pena será de un mes a dos años de prisión cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

(40) La manipulación ha sido denunciada en Alemania por VOLK, Klaus («La dogmática clásica de la Parte General ¿Amenazada de extinción?» en *La verdad sobre la verdad y otros estudios*, trad. Eugenio Sarra Bayrouse, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 159).

(41) Cfr. CANCIO, lug. cit., p. 132.

(42) La crítica puntual en FALCONE, Roberto y CAPPARELLI, Facundo, *Tráfico de estupefacientes y Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 169 a 171.

Los *delitos de tenencia* han sido sometidos a una constante diatriba: se trata, en opinión de prestigiosos juristas, de un traspié legislativo en donde se castiga en un estadio claramente previo a la lesión del bien jurídico (43). Se afirma que la expresión «tener» no describe en absoluto formas de conducta humana.

La prohibición genérica de posesión de objetos peligrosos persigue aquellos fines que ponen en peligro un bien jurídico, con lo que la prohibición da pie a una mera pena por la sospecha (44).

Según la forma gramatical «tener» es un verbo que parece expresar una actividad. Sin embargo, el uso lingüístico entiende por «tener» o «tenencia», ante todo, relaciones de determinada clase entre una persona y una cosa: «A» tiene una casa, un auto, una empresa, etc. Pero la palabra «tener» puede expresar que a una persona le corresponden determinadas propiedades o capacidades: «A» tiene humor, comprensión, un conocimiento extraordinario de la lengua castellana, un gran talento musical, buen gusto. Con la palabra «tener» también son descritas relaciones entre personas: «A» tiene una mujer, dos hijos, pero ya no padres. Además, con ella puede ser caracterizada la estima –positiva o negativa– que se le profesa a una persona o a una cosa: «A» tiene el afecto de su familia, el respeto de sus colegas, la confianza de sus colaboradores, pocos enemigos. Ninguno de estos significados concierne ni remotamente a una conducta. En el lenguaje de la ley civil la palabra «tener» refiere a una relación de dominio y no a una actividad (45).

Ahora bien; el «tener» como «hacer» puede presentarse: a) como adquisición de la tenencia por medio de una acción; b) impedir mediante una acción la pérdida de la tenencia; c) emplear o utilizar la cosa. De todas formas, adquirir una cosa precede al tener. La preservación tampoco describe material y lingüísticamente una conducta que pueda ser caracterizada como un mero tener. Por último, el empleo del objeto incriminado como subsunción en tenencia conduce a intrincadas dificultades en las reglas sobre el concurso de hechos punibles, dado que, por ejemplo, la utilización de armas, ya está abarcado por otros numerosos tipos penales. A partir de la sensibilidad lingüística

(43) Cfr. NESTLER, Cornelius, «El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes» en *La insostenible situación del Derecho Penal*, trad. Guillermo Benloch Petit, Comares, Granada, 2000, p. 65.

(44) NESTLER, *lug. cit.*, p. 67.

(45) Sigo en esto el pensamiento de STRUENSEE, Eberhard, «Los delitos de tenencia» en *Problemas capitales del Derecho penal moderno*, trad. Fernando Córdoba, Buenos Aires, 1998, pp. 107 a 112.

parece altamente dudoso concebir el empleo, uso o utilización de una cosa como subcasos de un tener activo.

Asimismo, «tener», como ejercicio del poder de hecho sobre una cosa, describe la relación de coordinación entre una cosa y persona y presupone, evidentemente, que la persona no se haya desecho de la cosa. Pero no puede ser concebido materialmente como la omisión de abandonar la tenencia.

En síntesis: racionalmente, el legislador debería declarar punibles sólo acciones aprehensibles, como la adquisición no permitida de armas. Junto a ello podría ser necesario crear tipos omisivos de contornos claramente trazados. En cambio, un tipo como el de tenencia no permitida –que según su tenor literal declara punible un mero estado y que tampoco por vía de interpretación llega a más que a una figura amorfa– no deberían existir.

Según la concepción dominante, los tipos de tenencia forman parte de los delitos permanentes. En ellos el ilícito se intensifica en la medida de la intervención en el bien mediante un actuar u omitir posterior del autor. La conducta delictiva se prolonga entonces en la conducta siguiente, en la que es posible la participación, que impide la prescripción, etc. Esta definición es más precisa, porque para que la admisión de un delito permanente se base expresamente en una conducta posterior, falta la aclaración de que la conducta posterior debe realizar el mismo tipo de delito de comisión o un delito impropio de omisión que se le corresponde. En los delitos de tenencia esta clasificación presupone que en el tener ha de ser vista una *conducta* delictiva del autor.

Expresan Fiandaca-Musco: «Actualmente la doctrina dominante rechaza la denominada concepción *bifásica* del delito permanente, según la cual la fase de la llamada instauración se realiza con una acción y aquella del mantenimiento con una omisión. En efecto, se reconoce que también la fase de la instauración puede ser realizada con una omisión, mientras que se admite que el estado antijurídico puede ser mantenido, con acciones positivas» (46).

En fin: este modo de tipificar se aleja ineluctablemente del Derecho penal de hecho (acción u omisión).

III. TIPOS RESIDUALES Y SUBSIDIARIOS

Aunque con diferencia de naturaleza en relación a los anteriores, la *receptación* forma una suerte de *pack* con la tenencia de estupefa-

(46) FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Luis Niño, Temis, Bogotá, 2006, p. 206.

cientes y la tenencia y portación de armas y cierra el conjunto de reglas propias del Derecho penal sustantivo de los marginados.

Dispone el artículo 277, inc. 1.º, ap. c., CP: *Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado... adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.*

Aunque la ley contiene múltiple cantidad de *verbos típicos* (47) (adquirir, recibir, ocultar) en la cotidianeidad, en el plano empírico, la tenencia de los objetos, mencionados en la manda, lleva a la incriminación del sujeto poseedor.

En la práctica, por otra parte, el *encubrimiento* se presenta como figura residual. Un caso paradigmático de consunción. Constituye la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente (48) (agotamiento). Los meros delitos de aprovechamiento quedan desplazados por el delito de adquisición, como verdadero centro de gravedad del ataque delictivo, en tanto no le irroguen al afectado un daño enteramente nuevo o no se dirijan contra un bien jurídico nuevo. Ante la falta de prueba del delito principal, el delito de aseguramiento sirve para facilitar la represión y eliminar la posibilidad de una laguna de punibilidad.

IV. CRIMINALÍSTICA DE PRECINTO

La actividad investigativa en la especie delictiva anteriormente desarrollada tiene como resorte un difuso *olfato policial*. Con tal expresión hago referencia al reconocimiento político, como eficaces, de ciertas intuiciones adquiridas a través de la experiencia por integrantes de las fuerzas policiales administrativas –preventiva– (por oposición a la policía judicial –represiva–) que, supuestamente, facilitarían el esclarecimiento de conductas de carácter delictivo. A semejanza de los canes, los funcionarios se convierten en *sabuesos* con un particular don de adivinación. Normalmente la materia indiciaria, que precede al procedimiento policíaco, se encuentra en el color de la piel del supuesto sujeto activo, su origen, la edad, el largo de su cabello, la

(47) Sobre los comportamientos típicos, Creus-Buompadre, *ob. cit.*, 2, § 2251, p. 379; Núñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, 1992, V, vol. II, p. 184. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 3.ª ed., 10.ª reimpr., act. Manuel Bayala Basombrío, Tea, Buenos Aires, 1992, V, p. 348.

(48) BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1998, p. 242.

bijou (aros, *piercing*, etc.), accesorios y tatuajes explícitos, la vestimenta utilizada, los sitios a donde asiste y los lugares de donde proviene, etc.

La prerrogativa otorga a estos sujetos un amplio campo en el proceso de criminalización primario, constituyéndose así en quienes van a determinar la futura «clientela» estable del sistema penal.

V. PERQUISICIONES ILEGALES

El *olfato policial* presume un entuerto penal. El paso siguiente es la coerción directa. El funcionario dispone una perquisición, *motu proprio* (facilitada por determinada normativa que la autoriza en ciertos supuestos de excepción) o solicitándola al órgano judicial competente: 1. requisa o, 2. allanamiento.

La *requisa* es la medida de coerción (generalmente subsidiaria de la orden de presentación) destinada a la búsqueda, que afecta la privacidad corporal de una persona, dispuesta por un órgano judicial cuando hubiere motivos suficientes (o bastantes) para presumir que oculta en su cuerpo, o en el ámbito de lo que lleva puesto sobre él, cosas relacionadas con un delito (*instrumenta sceleris* o *producta sceleris*).

El *allanamiento* también es un acto de coerción limitativo de la intimidad hogareña, consistente en el flanqueamiento compulsivo de un lugar cerrado en contra de la voluntad (expresa o presunta) del morador, dispuesto por la autoridad judicial, cumplido por ella o sus delegados procesales, con formalidades esenciales, cuando existen motivos bastantes para sospechar que se puede encontrar al sospechoso de haber cometido un ilícito penal o cosas pertinentes al delito.

Ambos modos de coerción forman parte de lo que se muestra idealmente como sector básico del *Derecho penal procesal del enemigo* (49) o como parte integrante de lo que algunos autores locales han denominado *una concepción bélica del proceso penal* (50). Expresa Jakobs (51): «Esta coacción no se dirige contra la persona en

(49) Designación que obedece a la nomofilaquia promovida por JAKOBS («Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung» en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 97, 1985, pp. 751 y ss.). Existe traducción castellana de Enrique Peñaranda Ramos en una colectánea del autor citado: «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» en *Fundamentos del Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 179.

(50) CAFFERATA y otros, *lug. cit.*, p. 347.

(51) JAKOBS, Günther, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo» en *Derecho penal del enemigo*, Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, trad. del último, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 45. También, JAKOBS, Günther,

Derecho —ésta ni oculta pruebas ni huye—, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso del ordenamiento del proceso, es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo». El sujeto no es tratado como persona, concepto normativo y propio del ámbito comunicativo, sino como enemigo, paradigma aferrado a lo cognitivo y atinente al mundo de la naturaleza.

La ley, atento el alejamiento del Derecho penal del ciudadano que llevan aparejadas estas medidas, exige *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*.

En cuanto a lo primero, requiere un conjunto de elementos probatorios de cargo que demuestren la vinculación del sujeto restringido en sus derechos individuales con la realización de un hecho delictuoso.

Respecto de lo segundo, resulta indispensable el riesgo inminente de desaparición de los datos objetivos que puedan servir para el esclarecimiento del supuesto de hecho concreto o la elusión de la acción de la justicia por el sospechado.

Ambos conceptos en latín provienen del Derecho procesal civil. Tiene que ver con la preexistencia de elaboración dogmática, respecto de principios generales para las medidas cautelares, en aquel tipo de proceso. En efecto: «El paso siguiente que efectuó la doctrina fue adaptar los conceptos elaborados en la ciencia del proceso civil al ámbito del proceso penal» (52).

VI. FLAGRANCIA Y PRIVACIÓN CAUTELAR DE LA LIBERTAD

Los delitos de tenencia —también el de receptación—, por su particular estructura, contienen una singular cualidad: su detección se produce en estricta flagrancia; esto es, en el momento en que precisamente se están «cometiendo»; en el instante en que se está «teniendo» (¡!).

Resulta sorprendente que la *flagrancia*, minúsculo presupuesto probatorio de la existencia del hecho delictuoso, se pretenda transformar en la exhaustiva adscripción de una acción típicamente antijurídica y responsable social e individualmente. El trámite procesal, en estos casos, aniquila el esfuerzo científico del

«¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad» en *Derecho penal del enemigo*, colectánea de Jakobs, Polaino Navarrete y Polaino Orts, trad. Manuel Cancio Meliá, Mediterránea, Córdoba, 2007, p. 38.

(52) MARÍN GONZÁLEZ, Juan, «Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno» en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año IX, núm. 15, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 703.

sistema propio de la teoría del delito. El Derecho penal procesal tergiversa al Derecho penal sustantivo.

En una sociedad, donde los avances científicos y tecnológicos nos han sobrepasado, que se siga teniendo a la flagrancia como piedra de toque, del único segmento de eficiencia de la administración de justicia penal (Derecho penal de pobres) en la acreditación de conductas criminales, debería preocupar.

El hecho denota directamente la comisión de un comportamiento subsumible en la figura de tenencia o receptación. La requisita y el allanamiento se convierten en núcleo de obtención de la prueba de cargo.

Más aún: por tratarse de delitos de acción pública (CP, art. 71) y estar sancionados con pena privativa de la libertad, traen aparejada la privación cautelar de la libertad de la persona objeto del procedimiento en forma de aprehensión o detención. La captura del sospechoso resulta parte de la normalidad, lo cual tiende a ratificarse a nivel judicial en virtud de las penas en abstracto dispuestas para la figura delictiva (improcedencia de la condenación condicional), los antecedentes penales con los que cuenta el sujeto (generalmente, hechos de la misma entidad) o la falta de residencia (debido a los bajos recursos del encartado).

VII. APLICACIÓN DE TEORÍAS DE LA EXCEPCIÓN A LAS EXCLUSIONES PROBATORIAS

Los derechos individuales reconocidos a nivel constitucional son inmarcesibles. Sólo pueden ser restringidos en los confines de la reglamentación pertinente, en tanto no se violente el espíritu de los mismos.

Normalmente, la reglamentación tiende a limitar esos derechos individuales con el objeto de garantizar que el Estado, en la búsqueda de prueba de cargo, dentro de un proceso penal, pueda hacer uso de coerción. Por ejemplo, el domicilio es inviolable pero puede ser allanado con las formalidades previstas por las leyes pertinentes.

Toda prueba que se obtenga transgrediendo los principios constitucionales relativos a los derechos individuales y las leyes que en su consecuencia se dictan, se constituye en ilícita.

Según la *regla de exclusión*, ningún elemento que se haya obtenido, en forma directa, violando reglas constitucionales o los procedimientos legales previstos, puede tener, dentro del proceso penal,

eficacia probatoria (53). Fue inicialmente adoptada por la Corte Suprema federal estadounidense en el precedente *Weeks vs. Unites States* (54). Su finalidad es netamente preventiva. Pretende disuadir a los órganos de la persecución penal de incurrir en violaciones futuras a tales preceptos. Es que sería una contradicción fundamental pretender convertir al Estado en beneficiario de un ilícito.

De acuerdo a la *doctrina del fruto del árbol envenenado* todos aquellos elementos probatorios que sean derivación de una restricción ilegal de derechos individuales tampoco pueden tener validez probatoria en contra del sometido al proceso penal (55).

No obstante, existe una fuerte y «persuasiva» doctrina que promueve la existencia de *excepciones* a las mencionadas exclusiones probatorias basadas en distintos argumentos. A fin de eludir el coto anterior se brindan disímiles tesis para excepcionar a la regla de exclusión: a. A los elementos de cargo se puede llegar por medios probatorios legales presentes que no tienen conexión con la violación constitucional (*fuerza independiente*); b. El elemento de prueba se habría adquirido indefectiblemente en el futuro (*descubrimiento inevitable*); c. La prueba (dato) se obtuvo sin intención de infringir principios constitucionales –ora, por error; ora, por ignorancia– (*buena fe*); d. La propagación del vicio se encuentra atenuada por la falta de intermediación entre el elemento de prueba a utilizar y el acto original realizado en forma ilegal (*purgad taint*); e. La gravedad del acto ilegal es de menor envergadura a las consecuencias que traería aparejada la eventual ineficacia del elemento de prueba (*proporcionalidad*); e. La infracción a la regla, la cantidad de invasión y la conciencia de violación es inferior al daño que la exclusión podría ocasionar (*balancing test*), etc. (56).

La secuencia, pues, es la siguiente: en el proceso penal todo se puede probar y por cualquier medio de prueba –*principio de libertad probatoria*– (i). No obstante, existen hechos que no se pueden probar (prohibición probatoria absoluta) y determinados medios de prueba inadmisibles (prohibición probatoria relativa) –*exclusiones probato-*

(53) Corrobórese EDWARDS, Carlos E., *La prueba ilegal en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, p. 45. Asimismo, JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 613 y 614.

(54) 232 U.S. 383 (1914). Cfr. GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Ed. del Puerto, 2005, p. 13. HAIRABEDIÁN, Maximiliano (*Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 38) remonta el origen a *Boyd vs. U.S.* (116 U.S. 616 –1886–).

(55) De manera similar Edwards, *ob. cit.*, p. 93; Jauchen, *ob. cit.*, p. 628.

(56) Me he fundado en la exposición de Hairabedián (*ob. cit.*, pp. 67 y ss.).

rias– (ii). Sin embargo, existen ciertos argumentos que facilitan la acreditación del hecho o la introducción del elemento de prueba *prima facie ilícito*, recuperando vigencia la regla general –*excepción a las exclusiones probatorias*– (iii).

He de realizar algunas precisiones acerca de mi visión sobre el tema:

El proceso penal es Derecho constitucional reglamentado o reformulado (57). El Derecho penal (y particularmente, el procesal) es el *termómetro de la libertad política* (58). Los Códigos Procesales Penales reglamentan los *standars* valorativos previstos en las Cartas Magnas. En tal sentido, a fin de facilitar la actividad del Estado en la persecución, investigación y condena de hechos delictuosos, el legislador constituyente limita los derechos individuales del ciudadano. Así las cosas, la persona puede verse privada de la libertad individual compuesta por la libertad de autodeterminación (v.gr., citación), la libertad de movimiento (ej., aprehensión, captura) y la libertad ambulatoria (v.gr., prisión preventiva) (CN, arts. 14 y 18) en virtud de la restricción denominada en forma amplia *arresto* (paradójicamente privada de valencia semántica por nuestra doctrina, en razón de la interpretación ultraextensiva del mencionado vocablo en el art. 18 de la CN, el cual jurídicamente es vehículo de un derecho individual y no, como parece a la doctrina en general, una potestad represiva del Estado). También puede verse limitado el derecho a la libre comunicación y la privacidad de los papeles privados (CN, art. 18), mediante la intervención de comunicaciones y la interceptación de correspondencia. De la misma manera, a fin de permitir la actividad estatal se restringe el ámbito de intimidad domiciliaria (CN, art. 18), a través del allanamiento; o la intimidad física y psíquica, vía inspecciones personales o requisas; o el patrimonio, por conducto del secuestro o la clausura de locales. Pero éstos, son los límites máximos hasta donde puede ejercerse la violencia organizada del Estado.

Por ser excepcionales el Constituyente y el legislador común rodean a dichas perquisiciones de formalidades esenciales que deben precederle (motivos para presumir), rodearlo (auto fundado de autoridad competente) o seguirle (comunicación a los habitantes del lugar) a fin de evitar el exceso por parte de los delegados (policía o fuerzas de seguridad) (59). No debe olvidarse que «[e]l hecho de que el dere-

(57) MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, I, Fundamentos, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2002, § 3, p. 163.

(58) VON LISZT, Tratado cit., II, p. 56. Con cita de Vincenzo Manzini.

(59) Cfr. AYÁN, Manuel N., *Recursos en materia penal. Principios generales*, 2.ª ed., act. Gustavo A. Arocena y Fabián I. Balcarce, Lerner, Córdoba, 2001, p. 123.

cho procesal prescriba formas para el desenvolvimiento de la actividad de la administración de justicia y exija absoluta observancia de estas formas, encuentra su sentido profundo y su justificación en la experiencia de siglos acerca del *arbitrio de la autoridad y de los peligros de juzgamientos desprovistos de formalidades*» (60).

El *deber ser* de antaño se opone al *ser* actual: «Desde la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, a las reglas del debido proceso y la jurisdiccionalidad, pasando por la totalidad de los conceptos de la teoría del delito, el conjunto de principios y garantías del Derecho penal se contemplan como sutilezas que se oponen a una solución real de los problemas» (61).

Si el Estado distorsiona las formalidades exigidas para la mayor restricción del derecho individual, o lesiona en superior medida, a lo que le está permitido, el derecho, ya no existe *debido* proceso. En este caso se rompe el contrato y el Estado se transforma en una máquina productora de ilícitos, con serio riesgo para los derechos fundamentales. La defensa social —expresaba el maestro CARRARA (62)— puede llevar en ciertos casos a legitimar también la violación del derecho individual si se amplía el peligroso principio *salus publica suprema lex est*; pero esto no puede concederse en Derecho penal, pues al sustituirse por el dominio de la utilidad el dominio de la justicia, las leyes son llevadas a la violencia.

De otro modo: el legislador constituyente ha facilitado la actividad represiva del Estado por medio de excepcionales restricciones a derechos individuales esenciales (libertad individual, integridad física, la intimidad domiciliaria, física, psíquica, de los papeles privados o de las comunicaciones y el patrimonio), como último modo de acceder a prueba de cargo por los órganos de la persecución, dentro del proceso penal.

Ahora bien: utilizar nuevamente el argumento de la necesidad de garantizar la actividad represiva del Estado, facilitando la obtención de elementos de prueba acusatoria, a través de limitaciones a derechos individuales más allá de los casos excepcionales previstos por el legislador constituyente (o como los movimientos autoritarios hoy titulan: mediante excepciones a las exclusiones probatorias), es ingresar en

(60) SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, trad. José Manuel Núñez, Buenos Aires, Eba, 1957, pp. 20 y 21. La cursiva es nuestra.

(61) Silva, *ob. cit.*, pp. 55 y 56.

(62) CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, trad. Miguel Guerrero, Temis, Bogotá, II, § 815, p. 278.

una falacia denominada *círculo vicioso* (63). Se pregunta si se puede restringir los derechos individuales más allá de los límites previstos por la ley (constitucional y común). Se contesta que, más allá de las limitaciones a derechos individuales excepcionalmente previstas por el legislador, estas nuevas restricciones a los mismos se encuentran justificadas en holocausto a la función represiva del Estado. Lo que no se advierte en la aporía es que el mismo argumento alegado a favor de la excepción ya se encuentra ínsito en las restricciones originarias legalmente previstas.

Más explícito: Los derechos individuales se restringen en beneficio de la función represiva del Estado. A la pregunta ¿puedo restringir los derechos individuales más allá de lo previsto por la ley para asegurar la función represiva del Estado?, se contesta «Sí, para asegurar la función represiva del Estado» (!) (64).

Como expresa Luigi Ferrajoli (65), los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer.

Continuando con la secuencia, en lo que respecta a los delitos de tenencia, el olfato policial determina la realización de una perquisición en contra de la persona del imputado o su morada con el objeto de obtener elementos relacionados con determinados supuestos delictivos. Normalmente, lo que se encuentra en el lugar son cosas relacionadas con otros delitos, diferentes al investigado (ej., en la casilla de las villas miserias argentinas o favelas brasileñas es común que la mayoría de los muebles que integran dicho hogar provengan inmediata o mediatamente de ataques contra la propiedad; que existan armas o ciertas cantidades de estupefacientes). En virtud principalmente de la teoría de la *buena fe*, como excepción a las exclusiones probatorias, se legitima el elemento de prueba de cargo obtenida y, de ese modo, en forma tangencial, se llega al resultado que se presumía de antemano: el sujeto en cuestión es, como era de esperar, un delincuente, aunque el hecho cometido sea distinto o se subsuma en figura delictiva diferente. Por otro lado, nuestra cultura resultatista cohonesta aquellos procedimientos que han tenido como consecuencia resultados exitosos (secuestro de grandes cantidades de cocaína o marihuana, arsenales o sinnúmero de elementos robados), aunque se hayan omiti-

(63) Véase TALE, Camilo, *Sofismas*, El Copista, Córdoba, 1996, pp. 43 y ss.

(64) En definitiva, «el fin justifica los medios» (HASSEMER, Winfried, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno» en *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, enero-abril 1992, tomo XLV, fasc. I, p. 239).

(65) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, trad. varios, Trotta, Madrid, 1997, p. 555.

dos los requisitos de *fumus bonis iuris* y *periculum in mora* (teoría de la proporcionalidad).

Alcanza unas pocas órdenes de allanamiento o requisas *in situ* en determinados ámbitos espaciales de nuestro país (zonas de riesgo) para asegurar el flujo normal de ingreso de causas penales al sistema.

VIII. JUICIO ABREVIADO

El delito de tenencia o la receptación que llevan a la perquisición por la línea investigativa del olfato policial, a la privación de la libertad de quien es encontrado en situación de flagrancia y al mantenimiento de esta medida cautelar en virtud de los antecedentes penales del imputado, el elevado mínimo de pena para el delito endilgado o su falta de residencia, se resuelve en una novedosa institución del Derecho penal procesal, como es el *juicio abreviado*.

Se trata de una alternativa procedimental, y sustitutiva del juicio común tradicional, que requiere el acuerdo de fiscal e imputado, homologación del tribunal y la confesión previa, circunstanciada y llana de culpabilidad por parte del sometido a proceso penal, mediante la cual se dicta sentencia condenatoria fundada en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria, no pudiéndose imponer una sanción más gravosa que la pedida por el órgano de la persecución (*ne est iudex ultra petita partium*) (66).

En virtud del sistema federal de proceso penal (un digesto y una estructura de administración de justicia distintos para la jurisdicción nacional y para cada una de las provincias) muchos Estados argentinos han receptado este procedimiento; algunos limitando los hechos delictuosos a los cuales el juicio abreviado puede aplicarse; otros (entre los que se encuentra Córdoba) permitiendo que la institución se aplique en cualquier tipo de causa (CPP, art. 415) y por cualquier clase de hecho.

La inserción de este producto de «eficiencia» ha traído varias consecuencias.

En primer lugar, el aumento de las penas que se imponen en los juicios comunes como una suerte de «venganza pública» por no acordar someterse al trámite celerísimo y económico apuntado.

En segundo lugar, la transformación de la garantía del juicio previo en un recuerdo arqueológico. Más del setenta por ciento de las

(66) VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 2.^a ed., act. Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Lerner, Córdoba, 1986, II, p. 233.

causas penales se resuelven por esta vía. El juicio abreviado se ha convertido en la regla, desplazando al juicio común a una excepción y, lo más grave, pareciera ser, a su paulatina desaparición práctica.

En tercer lugar, la confesión, al igual que en el sistema inquisitivo, se convierte en la «reina de las pruebas».

Así como a través de la modificación del Derecho penal sustantivo se bastardea muchas veces al Derecho penal procesal (recuérdese el aumento de los mínimos de las penas por el legislador nacional para evitar la aplicación de las normas procesales provinciales relacionadas a los institutos de exención de prisión o excarcelación), por vía de los acuerdos, en mayor o en menor medida, se maltrata al Derecho penal sustantivo; los engranajes de la dogmática no se ponen en marcha (67) (*falacia procesalista*). Nace un Derecho penal procesal simbólico; el juicio común es pura apariencia.

«Los acuerdos... se orientan, para todos los participantes, en primera medida por las consecuencias: si ya se alcanzó un acuerdo sobre ellas, ya podrán crearse y expresarse los presupuestos necesarios. Esa es la primera razón por la cual la dogmática, en los acuerdos, sólo desempeña un papel insignificante. No se requiere de la funcionalidad de la dogmática en el campo de los acuerdos, sino que ella es justamente, contraproducente» (68).

Finalmente, es una manera rápida para el imputado de conocer cuál es la moneda que se debe pagar al Estado por el delito y durante cuánto tiempo. Es que los plazos varían. El juicio abreviado se hace en un lapso temporal relativamente corto (69). El juicio común requiere una espera relativamente larga. Ni que hablar si el imputado opta por el juicio con tribunal escabinado (integración del tribunal –tres jueces técnicos– con dos jueces legos para delitos cuya pena máxima exceda los quince años de pena privativa de la libertad) en donde los tiempos pueden ser mucho más extensos.

El Estado, en síntesis, a través del juicio abreviado ha renegociado dos obligaciones que tradicionalmente le incumbían en el Derecho penal denominado liberal: su deber de brindarle al imputado, en un

(67) VOLK, La dogmática clásica de la Parte General ¿Amenazada de extinción? cit., p. 163.

(68) *Ibid.*, p. 163

(69) Por disposición legal (CPP Cba., art. 34 bis) las Cámaras en lo Criminal se dividen en tres Salas Unipersonales, las que procederán de acuerdo con las normas del juicio común, asumiendo la jurisdicción, respectivamente cada uno de los vocales, en ejercicio de las atribuciones propias del Presidente y del Tribunal encargado de aquél. En la actualidad el ejercicio de la jurisdicción en colegio es la excepción (CPP Cba., art. 34 ter).

tiempo razonable (70), respuesta jurisdiccional acerca de su responsabilidad por el hecho delictuoso y, por otro lado, la de sólo exigir –órgano de persecución– e imponer –órgano jurisdiccional– una pena proporcional al hecho cometido (principio de culpabilidad). A cambio de esta nimia seguridad –de cumplimiento obligatorio si estuviéramos en un pleno Estado de Derecho– solicita la confesión lisa y llana del enrostrado. Unido lo anterior a la relativización que en nuestro tiempo tiene la presunción de inocencia (para privar de la libertad a una persona después de un proceso y condena –como pena más grave del sistema–, se la priva de la libertad, ínterin, en forma cautelar) que obliga al ciudadano a permanecer entre rejas mientras espera resolución, llevan a concluir que la tortura, contemporáneamente, tiene el rostro sutil del juicio abreviado.

Ha de recordarse que «[l]a abolición de la tortura no obedeció a que dejó de creerse en el deber del sospechoso de decir la verdad, sino parcialmente por razones humanitarias sumadas al predominio de un punto de vista pragmático que consideraba escasa su utilidad comparada con el fin pretendido» (71).

IX. REVITALIZACIÓN DEL JUICIO ABREVIADO INICIAL

Aunque no se ha utilizado en la práctica, se recepta en la legislación (v.gr., Córdoba) el *juicio abreviado inicial* (CPP, art. 356) el cual puede llevarse a cabo hasta la clausura de la investigación penal (fiscal o jurisdiccional) preparatoria, siempre que la persona sometida a proceso haya sido aprehendida en flagrancia y confiese, siendo compe-

(70) La exigencia se encuentra ya en las Siete Partidas. Precisamente, la Partida Siete, título XXIX, Ley siete, afirmaba en su último párrafo: «Otrosí mandamos, que ningún pleyto criminal non puede durar más de dos años; e si en este medio non pudieren saber la verdad del acusado, tenemos por bien, que sea sacado de la cárcel en que está preso, e dado por quito; e den pena al acusador, assí como diximos en el título de las acusaciones, en las leyes que fablan en esta razón [sic]» (*Las Siete Partidas del Sabio Rey Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M.*, imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, 1844, IV, pp. 377 y 378. Cfr. BALCARCE, Fabián I., «La duración razonable del proceso» en *Cuadernos del Departamento del derecho procesal y práctica profesional*, nueva serie, núm. 1, F.D.C.S., U.N.C., Advocatus, Córdoba, 1996. También, Daniel PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Konrad Adenauer Stiftung – Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 102, nota 13).

(71) VOLK, Klaus, «Verdad y Derecho material en el proceso penal» en *La verdad sobre la verdad y otros estudios*, trad. Eugenio Sarraabayrouse, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 69.

tente, para dictar la sentencia condenatoria, el juez de instrucción (con funciones de control o, también denominado, de garantías).

Existen en la actualidad serios proyectos para revitalizar y darle un nuevo impulso a esta institución a fin de lograr un mayor número de causas resueltas. El argumento que se esgrime es que, de esta manera, mediante el descongestionamiento de la administración de justicia, por aceleración de las causas del Derecho penal nuclear, se va a poder reservar recursos para la investigación de aquellas causas vinculadas al Derecho penal económico. Nada más alejado de la realidad. Este tipo de delitos no se investiga porque simplemente faltan recursos materiales, humanos o técnicos; este argumento es un fácil expediente para cerrar los ojos antes las verdaderas causas de tal desasosiego en relación al principio inquisitivo de legalidad procesal en cuanto a este modo de delinquir. En verdad, no se persiguen por cuestiones de idiosincrasia y estructuras dominantes. Culturalmente —y esto pasa en todos los estratos sociales— nadie se encuentra predispuesto a juzgar a un par, con el que comparte homogeneidad cultural (72). Imagínese que los titulares de la jurisdicción fueran los habitantes de las villas miserias. Seguramente el delito tradicional tendría «serias dificultades» para su esclarecimiento y los de carácter periférico rendirían tributo a una redacción clara y sencilla que permitiera la captura en flagrancia del imputado y su posterior sometimiento a juicio abreviado.

Asimismo, es evidente que el sometido a proceso penal en estos casos de criminalidad económica suele ser una persona con un poder semejante o superior al que puede esgrimir el integrante del Poder Judicial y, consecuentemente, puede hacer tambalear carreras forenses de años. La ley del más fuerte tiene un amplio espacio residual en las relaciones de poder. Si algún delincuente económico ha quedado atrapado por las redes del Derecho penal ha sido porque se ha convertido en un «paria» dentro del grupo de poder al que pertenecía o, bien, por haber asumido previamente el carácter de «fusible» frente al imprevisto de la persecución penal. Sorprende la falta de permeabilidad ante algo tan evidente: en la esencia de la legislación penal se encuentra el principio según el cual su eficacia sólo se plasma en aquellos sectores carentes de poder. Si fuera de otro modo, las micro revoluciones constantes que se producirían impedirían la continuidad del Estado.

Resignación y pesimismo son los sentimientos que despiertan la posibilidad de persecución y esclarecimiento de los delitos cometidos por poderosos. Sofisticados asesoramientos técnicos; a los que sólo pueden acceder personas de alto

(72) Esto no es nuevo. Véase, SUTHERLAND, Edwin, «¿Es un delito el delito de “cuello blanco”?» en *El delito de cuello blanco*, trad. Rosa de Olmo, Universidad Central de Venezuela, 1969, pp. 29 a 46.

poder adquisitivo o fuerte respaldo político; han logrado la explotación hasta límites abusivos de las garantías del Derecho penal, sustantivo y procesal, eludiendo de este modo y en gran medida tanto la persecución, la condena como el cumplimiento de la sanción (73).

Ni que hablar del ámbito de la corrupción administrativa. Lo que se podría llamar *falacia de la reacusación* es su forma de representación judicial. En este ámbito nadie pretende demostrar su inocencia material frente a la acusación, sino que la estrategia consiste en lanzar una nueva acusación sobre el que primeramente ha acusado, multiplicando los puntos de conflicto hasta límites inimaginables. El proceso penal se convierte en un *totum revolutum*: a río revuelto ganancia de pescador.

Quien haya ejercido la profesión de abogado en algún país latinoamericano habrá advertido la clara distancia que existe entre *imputado sin poder e imputado poderoso*. La dialéctica procedimental inquisitiva en relación con el primero se inicia con una tesis: ¡Ud. cometió un hecho delictuoso! El discurso procesal garantizador respecto del segundo comienza con un coloquial interrogante: ¿Ud. cometió un hecho delictuoso?

Sintéticamente: un hombre sometido al sistema de represión estatal es un ciudadano sin poder; ora porque nunca lo tuvo (marginado); ora porque se lo quitaron (paria); ora porque se desprendió de él voluntariamente (fusible, hombre de paja). El sistema penal no se enfrenta «cara a cara» con aquel que se presume tiene poder. El método, en tal caso, se reduce a pura emboscada.

Por otra parte, y esto me parece de mayor gravedad, el argumento es morboso. Que se pretenda garantizar mayor eficacia en la persecución de los delitos del Derecho penal periférico, más precisamente, del compendio que se inserta en el de carácter económico, a través de una restricción de los derechos individuales de la clientela penal vinculada al Derecho penal nuclear peca de un crudo utilitarismo alejado de toda axiología constitucional, incluso en su máximo grado de flexibilización. Los médicos no matan a los pacientes con determinada patología para poder atender a los que tienen una enfermedad diferente.

Por último, pretender solapar las deficiencias en la aplicación de la legislación penal –nuclear– por la vía de la aplicación de más y diferente legislación penal –económica– suena a doble irracionalidad.

Mi visión no es marxista. La experiencia demuestra que la presión ejercida por los grupos emergentes (feministas, obreros, jubilados, etc.), lejos de producir una reducción del plexo normativo penal, ha servido de disparador y potenciador del mismo: cada grupo que adquiere *poder* pretende ser artífice de una nueva legislación penal, consecuencia de lo cual los preceptos criminales se multiplican de modo exponencial.

(73) Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 71.

No hace falta mucho esfuerzo para demostrar el aserto. La derecha del partido justicialista introdujo como agravante del homicidio la muerte de un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición [CP, art. 80, inc. 8.º (74)]. La izquierda justicialista redobló la apuesta. También se agrava el hecho de matar en el caso de abusarse de la función, cuando se tratara de un miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario [CP, art. 80, inc. 9.º (75)]. De víctima a victimario en un abrir y cerrar de ojos (¡!).

En el Derecho comparado, el *negacionismo* aparece como nuevo foco de criminalización legislativa. En Alemania se impulsa la adopción de medidas penales contra las personas que nieguen el holocausto judío durante la segunda guerra mundial. Es un aspecto concreto dentro de un conjunto de medidas para condenar la incitación al odio racial y la xenofobia. El negacionismo (llamado revisionismo del Holocausto por sus partidarios) es una corriente pseudocientífica que niega, o cuando menos minimiza, las masacres y persecuciones de que fue objeto el pueblo judío bajo el Tercer Reich y los países ocupados por éste entre 1933 y 1945. Sus partidarios prefieren identificarse con el término *revisiónismo histórico*, concepto extraído de la ciencia histórica, por considerar despectivo el que se le adscribe. El negacionismo se ha evidenciado en una serie de hechos históricos de reciente data como es el acontecido durante la Guerra Japonesa cuando los japoneses, en el año 1937, invadieron la ciudad China de Nanking en donde cometieron barbaridades, atrocidades y masacres horrendas, con más de 260.000 personas asesinadas y 20.000 mujeres violadas. Estos hechos fueron ocultados y negados por más de sesenta años y no forman parte de la historia oficial de Japón. De igual forma y sólo para citar otro ejemplo de los muchos que han sido objeto de negacionismo y ocultamiento es el genocidio cometido por los turcos contra los armenios. En 1915, cuando se materializa la implacable tentativa de eliminación total de la población armenia residente en los territorios integrantes de la actual Turquía. En febrero de ese año, unos 60.000 reclutas armenios del ejército turco fueron fusilados. A continuación, todos los varones armenios con edades comprendidas entre los 15 y 45 años fueron enrolados por el ejército, explotándoseles hasta la muerte. Y el 24 de abril, 600 líderes de la comunidad armenia fueron detenidos en Estambul y ejecutados. Desde entonces, esta fecha figura en el calendario de la diáspora armenia, indeleblemente, en un ejercicio de memoria histórica y de reconocimiento al sufrimiento de sus antepasados. Sin embargo en la historia oficial de Turquía este hecho no es mencionado.

El negacionismo cuenta con sendos promotores de la negación. Paul Rassinier, quien publicó en 1964 *The Drama of the European Jews*, es el iniciador de esta corriente negacionista respecto al Holocausto; lo continúa, en 1988, el norteamericano Frederick A. (Fred) Leuchter, Jr. y ahora el último presidente de Irán, Mahmoud Ahmadinejad y su primer ministro y ministro de relaciones exteriores Manouchehr Mottaki. En el caso chileno se ubican Pablo Rodríguez y otros «conspicuos» militares y civiles del régimen cívico militar. A estos iniciadores le siguen y se suman adeptos capaces de refutar las contundentes pruebas, con argumentos de lo más falaces. En Argentina, algún sector militar sigue sosteniendo que en el país hubo una «guerra» durante el denominado «Proceso de reorganización nacional» (1976-1983). El aserto, no sólo desconoce los treinta mil desaparecidos, sino que, a la vez, transforma a nuestras fuerzas armadas en un ejército

(74) Ley nacional núm. 25.601 (B.O.N., 11/06/02).

(75) Ley nacional núm. 25.816 (B.O.N., 09/12/03).

bananero competente sólo para el aniquilamiento de grupos aislados y desorganizados, propios de las guerrillas urbanas.

Sin duda el pensamiento puede ser anatematizado y duramente criticado, no obstante resulta incomprensible tener que llegar al extremo de la punición penal para restringirlo. Se ha dicho en tal sentido: «Pero si de lo que se trata con esta defensa de la penalización del “negacionismo” es de lo que, sin temor a ser retorcidos, podemos llamar la “juridificación de la verdad”, esto es, parapetar la verdad detrás de la fuerza coactiva del Derecho, es obvio que la pregunta que antes habría que responder es si alguna vez los historiadores necesitaron una Ley Gassot para abordar sus investigaciones, si alguna vez el público necesitó la protección de las autoridades para impedir la difusión de la mentira. Los que, con esta “juridificación de la verdad” aspiran a que la verdad no salga malparada, saben muy bien que una verdad defendida por el Derecho deja de ser verdad y se convierte en acatamiento» (76).

El fenómeno de pandemia penal adquiere ribetes inusitados. Estamos, en algunos casos, frente a lo que se podría denominar una *paradoja de la inversión*. Los grupos que tradicionalmente han bregado por mayor eficiencia en la represión proponen la implementación del juicio por jurados de tipo anglosajón (receptado por el legislador de la Provincia de Córdoba), institución que, con la participación ciudadana, pretende ponerle coto al poder gubernamental desmedido y al *lobby* constante, en relación a los órganos jurisdiccionales de carácter permanente, y que normalmente proviene de los grupos de mayor poder. Por contra, aquellas organizaciones no gubernamentales otrora comprometidas con el respeto irrestricto de los derechos individuales hoy son defensoras acérrimas de las que en un futuro no muy lejano se denominarán *fiscalías de flagrancia* (y cuyo subtítulo debería reconocer sus raíces: *Bienvenidos a la Santa Inquisición* –in memoriam–). En el nuevo contexto estas fiscalías serán las encargadas de promocionar el juicio abreviado inicial.

Vivimos en una sociedad ultracriminalizada. El juego de poder transita por saber quién, en la coyuntura, tiene mayor capacidad de presión para encarcelar al prójimo o, mucho menos que eso, para lograr el mero sometimiento a proceso penal. La desesperante situación debería llamar a reflexión a la sociedad global.

Si bien estimo que existe un exceso del Derecho penal para pobres, adhiero a las acotaciones de Lüderssen (77): «Ciertamente, comparto la preocupación que manifiesta Schünemann (78) en relación con la aparición de un Derecho penal de clase (mantenimiento de la “persecución de la criminalidad de la pobreza y la miseria”, mientras se renuncia a la persecución de la criminalidad, por así decirlo, de nivel

(76) SÁNCHEZ TORRÓN, Juan en www.elpais.com.es, 30/01/07. Deseo agradecer a Fernando Córdoba, Prof. Adjunto de la U.B.A. (Argentina), haberme ilustrado sobre esta temática.

(77) LÜDERSSEN, Klaus, «El Derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios “europeos tradicionales”, O: ¿Adiós al Derecho penal “europeo tradicional”»? en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, año V, núm. 9, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 89. La cursiva me pertenece.

(78) Para España, GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

superior). Tan sólo extraigo la conclusión opuesta de esta constatación: también queda reducida la legitimación del Derecho penal restrictivo. En todo caso, *lo que no se puede hacer es huir hacia delante*».

Hoy se comparte plenamente por la doctrina que el postulado del principio inquisitivo de *legalidad procesal* –cuya prosapia asciende a las teorías retributivas de la pena (*quod delicta, tot poena*)– es una utopía, empíricamente inalcanzable (79). No todo delito se conoce; no todo delito conocido se investiga; no todo delito investigado se esclarece; no todo delito esclarecido llega a condena; no toda condena se cumple. Más aún: se advierte que la denominada *cifra negra* también es vehículo válido de estabilización de las expectativas sociales acerca de la vigencia de la norma.

Los aportes de Hassemer – Muñoz Conde (80) aclaran la perspectiva: «Por supuesto que ninguna sociedad puede (o quiere) alcanzar una transparencia total del comportamiento; ningún sistema normativo aspira a descubrir todas las infracciones, ni ningún sistema sancionatorio garantiza su función protectora a base de eliminar todas las infracciones normativas. La ignorancia de la criminalidad “real” desempeña sin embargo, la función (positiva y estabilizadora) de regular el sistema de control social y dentro del mismo el control jurisdiccional; de dar la impresión de respeto y mostrar su capacidad de elaboración del conflicto».

Como bien explica Freund, denostando el empíricamente indefendible principio de *legalidad procesal*, «...interpretando que el Derecho obliga a perseguir incondicionalmente todos los delitos (presuntamente cometidos), se proyecta sobre la *praxis* cotidiana la negra sombra de la prevaricación» (81). El jurista alemán concluye: «...semejante deber incondicionado de perseguir delitos resulta ajeno a una correcta concepción del Derecho sustantivo» (82). Vale decir: «Como mero principio, el de legalidad es excesivamente débil como para implantarse realmente en la práctica de la persecución» (83).

Problema sin solución hasta la fecha: la *legalidad procesal*, desde un perfil empírico, es solo una ilusión. Sin embargo, la *oportunidad consuetudinariamente estipulada* tiene por resultado una ingente gimnasia penal, pero solo a costa de los marginados.

(79) BALCARCE, Fabián, «El mal llamado “principio de oportunidad”. Relaciones potestativas entre Nación y provincias, interpretación del art. 71 CP, las nuevas propuestas respecto a la disponibilidad de la acción penal pública y “el cuento de la buena pipa”» en *Análisis penal procesal*, Arocena-Balcarce, EJC, Mendoza, 2004, pp. 246 y ss.

(80) HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 48. Entrecorrido interno en el original.

(81) FREUND, Georg, «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal» en *El sistema integral del Derecho penal*, eds. J. Wolter – Freund, G., Marcial Pons, Madrid-España, 2004,

(82) FREUND, sobre la función cit., p. 94.

(83) HASSEMER, Winfried, «La persecución penal: legalidad y oportunidad» en *Revista de Derecho Penal*, 2001-2 (Garantías constitucionales y nulidades procesales-II), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 73.

En fin; no se puede pretender, tras la violación incipiente de todas las garantías de los marginados, asegurar la persecución de los otros sectores sociales. No se exige mucho; simplemente que, cuando se ponga en funcionamiento la violencia organizada se respeten los límites dentro de los cuales puede activarse, sin acudir a falacias de atenuencia en cuanto a que tal situación se justifica en el ahorro de medios para la persecución de otro tipo de delitos. El Derecho penal se aplica con respeto mínimo a los valores constitucionales individuales, o no se aplica: *tertium non datur*.

Es hora de que empecemos a comprender la cifra negra masiva, en cuanto a hechos subsumibles en determinadas figuras delictivas, como manifestación patente de los sectores que conforman *legislación penal simbólica*.

Asegura Baratta: «...en la “política como espectáculo” las decisiones y los programas de decisión se orientan no tanto a modificar la realidad, cuanto a modificar la imagen de la realidad en los espectadores; no tanto a satisfacer las necesidades reales y la voluntad política de los ciudadanos como más bien, a seguir la corriente de la llamada opinión pública» (84). El objetivo no es evitar conductas socialmente dañosas, sino apaciguar a la opinión pública en un determinado momento, aparentando eficacia en la lucha contra el crimen (85). El discurso suple a la acción; el salvoconducto: los medios de comunicación.

Es tiempo de aprender que el Derecho penal procesal tiene cotos empíricos para la investigación de supuestos de hechos concretos y, por tanto, no puede ser manipulado por una legislación penal sustantiva que pretende «milagros» del sector adjetivo.

X. RECONSTRUCCIÓN: ESTADO DE DERECHO Y EFICIENCIA JUDICIAL

En Argentina, sin cortapisa alguna, se promueve político-criminalmente una priorización del eficientismo en desmedro de las garantías constitucionales de los que menos tienen.

Fuerte incidencia en la decisión estatal tiene la reducida oposición que pueden presentar los integrantes de este sector como grupo de presión. De hecho, en el contrato entre burgueses y Estado, que dio

(84) BARATTA, Alessandro, «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica» en *Criminología y Sistema Penal*, trad. Mauricio Martínez Sánchez, B de f, Buenos Aires-Montevideo, 2004, p. 85.

(85) RAGUÉS I VALLÉS, lug. cit., p. 5.

nacimiento filosófico al Derecho penal liberal, ellos no estaban representados. En todo caso, en ese acto fundante nació también su carácter de chivos expiatorios implícitos, derivado de la necesidad funcional de delincuencia.

Los derechos de estos marginados se encuentran devaluados (86) ya antes de ser privados de la libertad a través de una condena. Cuando ya se encuentran reclusos, sólo se da una continuidad de las restricciones.

Con la diagramación de las figuras delictivas comprendidas en el ámbito del peligro abstracto, de los delitos de tenencia y permanentes, como así también con los delitos residuales, la legislación se aleja palmariamente del ideal proclamado por el principio de lesividad y el Derecho penal de acto (acción u omisión).

Otorgándole a la policía administrativa potestades discrecionales en las actividades de inteligencia criminal, se promueve una deformación y pauperización de los métodos científicos de investigación, tergiversando a la Criminología. Una vulgar Criminología etiológica (87) hace eclosión *ex ante* en los prejuicios policíacos indicando a ciertos sujetos, con determinada imagen de degradación en relación a los parámetros sociales usuales, como potenciales delincuentes.

Un breve resumen de su fisonomía: «El delincuente era el “otro”, una persona distinta de las demás, en términos cuantitativos, un producto ajeno a la propia sociedad y externo a la misma; procedente, desde luego, de las clases de más baja extracción social. Las causas de comportamiento criminal se buscaron siempre en determinados factores individuales biofísicos y biopsíquicos, sin que sea necesario recordar ahora el conocido estereotipo lombrosiano de delincuente. El crimen aparecía, naturalmente, como comportamiento disfuncional, nocivo, patológico –fruto, incluso, de la propia “patología social”– que la sociedad tenía que extirpar como cuestión de supervivencia» (88).

Que el positivismo criminológico más duro –el biológico, el del criminal atávico (89)– se encuentra anidado en la construcción de estas leyes no es obra de la imaginación. Así se refería el Senador Menem respecto de la modificación al art. 189 bis del CP: «Quiero hacer una última reflexión sobre el tema de la pena más dura o más blanda. Posiblemente las penas son un poco elevadas. Escuché

(86) Siguiendo en esto las investigaciones que ha realizado RIVERA BEIRAS, Iñaki (*La devaluación de los Derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 374 y ss.).

(87) Teorías de la «criminalidad», por oposición a las de la «criminalización» (interaccionistas y definitoriales). GARCÍA-PABLOS, Antonio, «Hacia una revisión de los postulados de la Criminología tradicional» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, mayo-agosto 1983, tomo XXXVI, fasc. II, p. 261.

(88) García-Pablos, Antonio, *ob. cit.*, p. 341.

(89) Cfr. TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock, *La nueva criminología*, trad. Adolfo Crosa, Amorrortu, Buenos Aires, 1997, p. 58.

decir que el que va a cometer un delito no se está fijando en la pena. Hay quienes se preguntan: ¿Acaso ustedes han visto algún delincuente que diga: “vamos a ir a robar ¿A ver qué dice el Código Penal...?” No es cierto; nadie se fija en eso. Eso en cuanto al sentido disuasorio que puede tener la pena. Pero la pena tiene también un sentido retributivo de castigo. En consecuencia, si bien el que comete ciertos tipos de delito, como los que están hoy en boga, no lo vamos a disuadir de que no los cometerá —*si ya tiene en sus genes el hecho de ser delincuente, como decía Lombroso*—, se aplicaría aquí el sentido retributivo, ya que lo vamos a sacar de circulación para que no siga cometiendo delitos» (90).

La *presunción de inocencia*, en su corolario de *in dubio pro reo*, se ve afectada por medidas de coerción dictadas sin el sustento probatorio indispensable para ejercer medidas de coerción cautelares.

Las teorías de las excepciones a las exclusiones probatorias lógicamente violentan los derechos individuales a la intimidad hogareña y corporal.

El juicio abreviado, basado en la flagrancia, afecta los postulados esenciales de la garantía del *juicio previo*. Al mismo tiempo, debilita la función de la dogmática propia de la teoría del delito.

Asegura Hassemer (91): «...en mi opinión no son una opción en sentido verdadero, sino más bien una resignación impuesta por las necesidades del Derecho penal moderno».

La disyuntiva presente es clara: con tantas garantías no se puede lograr eficiencia en la investigación, esclarecimiento y sanción de los hechos delictuosos.

Se suele expresar (92) que así como la justicia se encuentra respecto de la seguridad jurídica en una contraposición de principio, lo mismo ocurre con la formalidad de la justicia y la eficiencia del Derecho penal y del procedimiento penal. Un instrumental enérgico es una típica amenaza de los derechos del imputado en el proceso penal. Si se reúnen en una sola idea la conformidad al Estado de Derecho y la energía, entonces se vota en favor de la eficiencia (quizá sin percibirlo). El Estado de Derecho vive de la contraposición entre formalidad de la justicia y eficiencia, y la conformidad al Estado de derecho

(90) Corrobórese «Antecedentes Parlamentarios» en *La Ley*, Buenos Aires, mayo, 2004, p. 982. BALCARCE, Fabián, *Armas, municiones y materiales peligrosos* cit., pp. 43 y 44.

(91) HASSEMER, Winfried, *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno* cit., p. 247.

(92) HASSEMER, Winfried, «Lineamientos de un proceso penal en el Estado de Derecho» en *Críticas al Derecho penal de hoy*, trad. Patricia Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 80.

debe controlar y frenar al Estado fuerte, idealmente, debe poder quebrarlo en caso de conflicto.

Es mi visión que el enfrentado binomio Estado de Derecho-eficiencia judicial es un falso dilema. No puede existir eficiencia judicial si no es con respeto de todas y cada una de las garantías que comprende el Estado de Derecho. El garantismo, hoy transformado en *discurso de resistencia* (93), no elabora programas político-criminales sino que se constituye en el baluarte frente a los posibles abusos del poder público al desarrollar tales programas (94); los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado están por delante de los objetivos político-criminales (95). La violencia estatal organizada que desborda los límites constitucionales es tan ilícita como la violencia delictiva que pretende reprimir –o quizás más– y, en ese caso, es preferible vivir huérfano de organización que legitimar un Estado «delincuente».

XI. CONCLUSIÓN

En el siglo XIX Francesco Carrara escribía: «La loca idea de que la medicina debe extirpar todos los morbos conduciría a la ciencia salu- tífera al empirismo, así conduce al pueblo a tener fe en los curanderos. La loca idea de que el derecho punitivo deba extirpar los delitos de la tierra, conduce en la Ciencia penal a la idolatría del terror y al pueblo, a la fe en el verdugo, que es el verdadero curandero del Derecho penal» (96).

La Política criminal –así como el Derecho penal es *ultima ratio* en el ordenamiento jurídico– debería constituir el último ámbito de discusión del poder y sólo digno de apertura ante la inevitable necesidad de represión frente al fracaso de las otras políticas (preventivas, edu- cacionales, sociales, etc.) del Estado. Es digna de rechazo la «... ele- vación acrítica de la idea de seguridad a principio rector de la Política criminal y de la dogmática» (97). El *garantismo* se ha transformado

(93) Cuya argumentación le resulta «simpática» a PAREDES CASTAÑÓN, «¿“Al otro lado del discurso jurídico penal”? sobre las bases político-criminales de la «modernización» del Derecho penal» en *Política criminal*, núm. 2, r. 7, p. 19.

(94) Díez Ripollés, *ob. cit.*, p. 123.

(95) PAREDES CASTAÑÓN, *lug. cit.*, p. 25.

(96) CARRARA, Francesco, *Programa del curso de Derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, trad. Sebastián Soler, Ernesto Gavier y Ricardo Nuñez, Depalma, Buenos Aires, 1945, III, p. 14.

(97) Cfr. NAVARRO CARDOSO, Fernando, «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador» en *Pensamiento penal y criminológico*, año VI, núm. 10, 2005, Mediterránea, Córdoba, p. 189.

en *discurso de resistencia* que bajo ningún aspecto debe ceder ante el actual Derecho penal de seguridad ciudadana que nació a la sombra de la sociedad del riesgo.

En suma: no es cierto, como se proclama, que carezcamos en la Argentina de diagramas planificados en la política vinculada a la criminalidad. Entiendo haber demostrado que existe una secuencia, de indudable planificación gubernamental (en todas sus funciones), agravante de los principios básicos que informan la parte dogmática de cualquier Carta Magna vigente en el mundo, respecto de la clase social ajena al contrato del denominado Estado liberal.

El Estado social ausente (en su faz positiva de promoción activa de los ciudadanos en los sistemas sociales) es suplantado por una Criminología etiológica que se plasma en una Política criminal instituida teniendo como base contenidos tales como Derecho penal de autor, olfato policial, presunción de culpabilidad, *in dubio pro Estado* y procesos ajenos a la garantía del *juicio previo* (faz negativa represivo-intervencionista del Estado social). La pena, por último, es el sustituto de los medios que el Estado debía proveer al ciudadano para su participación en el sistema social. La suplantación de los medios políticos por los represivos de la legislación penal tiene un sutil justificativo: «... la convicción de que la criminalidad tiene su explicación en la libre voluntad del delincuente, y no en carencias sociales que pueden condicionar su comportamiento» (98). Se enmascara el necesario enfoque estructural detrás de una perspectiva volitiva.

Ni qué hablar de reintroducir estos programas como Política criminal intrasistemática. El monstruo se retroalimentaría hasta tal punto de convertirse en un glotón autoritario. Esta política se ha desembarazado del discurso jurídico penal poniendo en serio peligro (99) el tradicional trabajo dogmático (100).

No es de buen «liberal» reducir garantías en un sector del Derecho penal a fin de lograr una más eficiente (persecución) en el otro. En todo caso, un hombre de Derecho debería afirmar la existencia de pre-

(98) Díez Ripollés, *ob. cit.*, p. 166.

(99) ZAFFARONI, Eugenio R., «Política y dogmática jurídico-penal» en *Crisis y legitimación de la Política Criminal, del Derecho penal y Procesal penal*, Advocatus, Córdoba, 2002, p. 52.

(100) Sobre el valor de la dogmática, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?» en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140 y ss.; WELZEL, Hans, «La dogmática en el Derecho penal» en *Cuadernos de los institutos*, núm. 116, F.D.C.S., U.N.C., 1972, pp. 29 y ss.; FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. Joaquín Cuello Contreras - José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2004, p. 20.

rrogativas individuales y garantías en donde sea que aparezca la violencia organizada del Estado.

Es de película: hay una legislación penal de emergencia, una concepción bélica del proceso y un Derecho penal del enemigo. Frente a esto nace el discurso de la resistencia. La «población» atacada –como ha sido costumbre– es la de los que menos tienen. La guerra ha comenzado (o mejor: continúa, pero en un nuevo escenario).

Así de cruel es el estado espiritual del Derecho penal argentino para los marginados (101), en teoría y práctica. Así de cruel pretendía que fuese el planteo...

(101) En sentido semejante, DíEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, pp. 148 y 153.