

La política criminal del legislador (Argentina, 2000-2009).

Gonzalo Penna.

Cita:

Gonzalo Penna (2012). *La política criminal del legislador (Argentina, 2000-2009)*. VII Jornadas de Sociología de la UNLP. Departamento de Sociología de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, La Plata.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-097/377>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/eRxp/bDf>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

La política criminal del legislador (Argentina, 2000-2009)* **

Gonzalo Penna***

Resumen: Investigación sobre la actividad legislativa que se encuentra en el trasfondo de las reformas al Código Penal argentino. El período analizado comprende los años 2000-2009. A través de proyectos de ley y dictámenes de comisiones de las cámaras del Congreso de la Nación se analiza el proceso de creación de las leyes, y las representaciones de violencia e inseguridad que tienen los legisladores. Así, pueden desentrañarse diversas categorías de violencia, derechos, bienes tutelados y el rol de la política criminal en un Estado de derecho.

Abstract: This research is about the legislative activity that is behind the reforms at Argentine Penal Code. The period analyzed covers the years 2000-2009. Through the legislative projects and opinions of committees of the Congressional Chambers we can know the process of creating the law, and the representation of violence and insecurity that legislators have. As well, this allows us to understand different categories of violence, rights, protected material goods, and the role of criminal policy in a rule of law.

I.- Actividad legislativa

A continuación se encontrará un estudio sobre las modificaciones al Código Penal durante la primera década del Siglo XXI. Son significativos los fundamentos legislativos en estas cuestiones, atento que giran en torno a las razones para una mayor o menor punición, y sobre qué conductas deben tener un reproche más elevado al momento de imponerse una pena.

A continuación se evidenciarán tres cuestiones: a) cantidad de leyes sancionadas y su distribución en el tiempo; b) sentido/dirección de las modificaciones; c) razones esgrimidas para su realización.

* Bidart Campos utiliza el título "La política criminal del legislador" para referirse a lo razonable que deben ser diputados y senadores cuando tipifican como delito a ciertas conductas (cfr. *Manual de la Constitución reformada*, T. II, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 312).

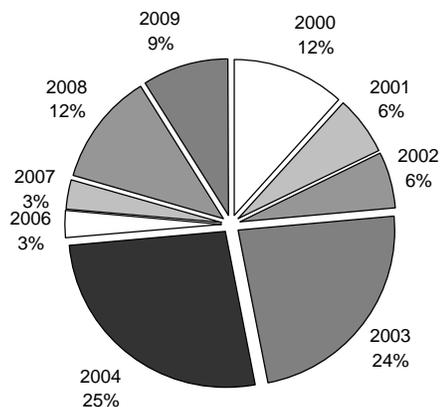
** El presente texto es una adaptación de la investigación presentada en el Master *Criminología y sociología jurídico penal* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. A su vez, con algunas modificaciones, publicada con posterioridad (cfr. Penna, G., *Crítica de la razón político criminal*, Del Signo, Buenos Aires, 2012).

*** Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: gonzalopenna@gmail.com

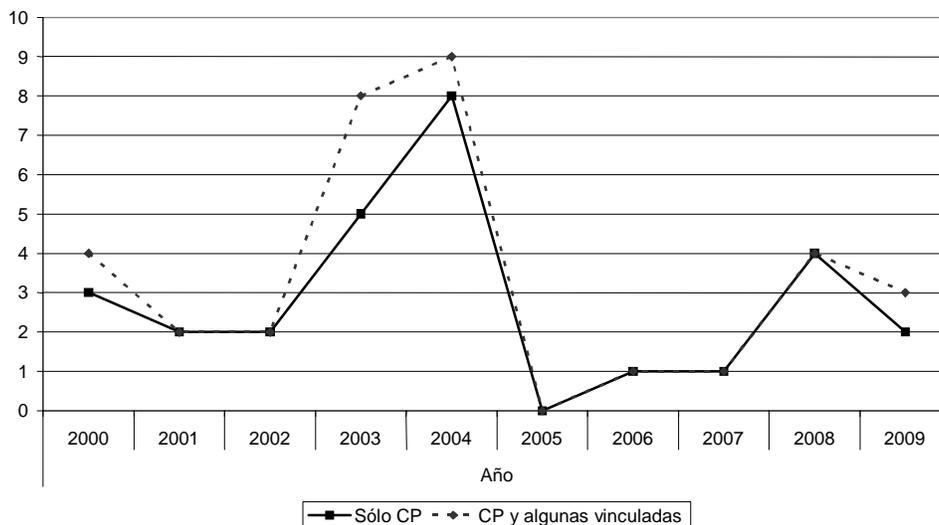
I.a.- El primer dato de interés que aparece en esta primera década del siglo, indica que en los años 2003 y 2004 se sancionaron la misma cantidad de leyes que en el resto del período.

Es decir, en sólo dos años se igualaron en cantidad a los ocho restantes. A continuación se ilustra esta relación:

Porcentaje de las modificaciones de acuerdo al año de sanción



Cantidad de leyes sancionadas por año



I.b.- Respecto al objeto de las modificaciones, pueden pensarse en dos grandes grupos: por un lado delitos económicos vinculados con actividades comerciales, hechos de corrupción, etc., y por otro delitos de sangre relacionados con una violencia intersubjetiva. Así, en los dos años de mayores modificaciones (2003 y 2004) hay una preponderancia de los incluidos en el último grupo, mientras que los del primero han tenido una distribución pareja a lo largo de la década¹.

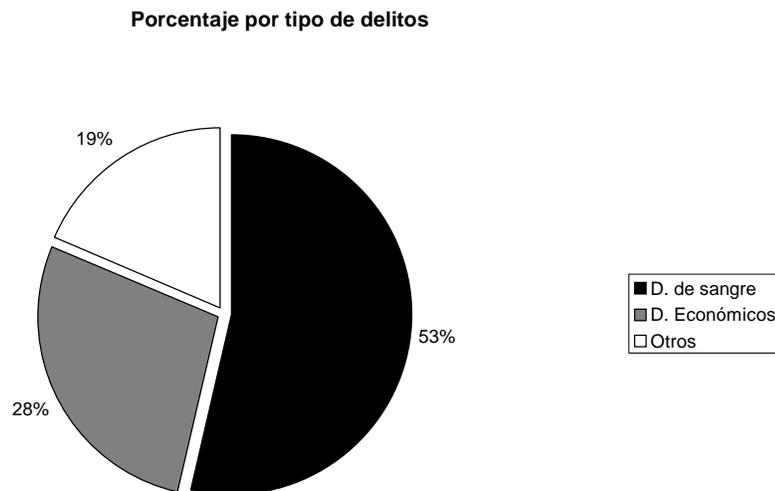
En cuanto a los *delitos de sangre*, los ejes centrales de las reformas corresponden a los supuestos de homicidio, secuestro extorsivo, robos violentos, etc. Cabe recordar que en el 2000 se agravan los delitos cometidos con armas de fuego (*ley 25.297*), en 2002 el homicidio cuando fuese de un integrante de fuerza de seguridad pública (*ley 25.601*), y en los años 2003 y 2004 la explosión punitiva trepa: secuestro de personas y decomiso (*ley 25.742*), protección de testigos (*ley 25.764*), fondo de recompensas (*ley 25.765*), intervención de un menor en el delito (*ley 25.767*), homicidio cometido por un miembro de las fuerzas de seguridad (*ley 25.816*), robo (*ley 25.882*), abuso sexual (*ley 25.893*), posibilidad de imponer penas con prisión de hasta 50 años (*ley 25.928*). Durante los años siguientes se produjeron algunas pocas reformas más.

Por otro lado, la línea de modificaciones dirigida a *delitos económicos* comienza en el año 2000 con el encubrimiento y lavado de dinero (*ley 25.246*); luego, en el 2002, òsubversión

¹ Las leyes/años en cuestión son: **-Año 2000.** Leyes: 25.246, sobre encubrimiento y lavado de dinero; 25.297, que establece una agravante general por el uso de arma de fuego; y 25.326, de *habeas data*. **-Año 2001.** Leyes: 25.506, regula sobre el régimen de firma digital; y 25.528, que incorpora agravantes al art. 206 del CP, relativo al abigeato. **-Año 2002.** Leyes: 25.601, agrava el homicidio cuando fuese de un integrante de alguna fuerza de seguridad; y 25.602 sobre subversión económica que modificó el artículo 174 del CP. **-Año 2003.** Leyes: 25.742, sobre secuestro de personas; 25.761, relacionada con el desarmado de automóviles y la venta de autopartes; 25.764, de protección de testigos e imputados; 25.765, referida a recompensas; 25.767, sobre intervención de menores en hechos delictivos; 25.815, en torno a secuestros, encubrimiento y el lavado de activos; 25.816, incluye una nueva agravante para el homicidio; y 25.825, relacionada a hechos de corrupción. En cuanto a este último año es necesario aclarar que estrictamente fueron 5 las modificaciones al CP, pero se han incluido otras 3 relacionadas de manera muy directa: 2 de ellas proyectadas por una comisión creada en el ámbito del Poder Ejecutivo para estudiar la cuestión de los secuestros extorsivos; y la tercera sobre desarmaderos de automóviles. **-Año 2004.** Leyes: 25.882, que modificó el artículo 166 del Código Penal, referido al robo; 25.886, relacionada a modificaciones sobre òdelitos en la vía públicaö (189 bis y ter, armas de fuego); 25.890, sobre abigeato; 25.891, que no modifica propiamente al CP, pero se refiere a òservicios de comunicaciones móvilesö; 25.892, sobre libertad condicional; 25.893, de abuso sexual; 25.928, modifica el art. 55 aumentando a 50 años la posibilidad de penar con prisión; 25.930, sobre estafas; 25.990, relacionada con la interrupción de la prescripción. **-Año 2006.** Ley 26.087, sobre encubrimiento y lavado de activos. **-Año 2007.** Ley 26.268, de terrorismo y lavado de dinero. **-Año 2008.** Leyes: 26.362, sobre las llamadas òpicadasö (carreras callejeras de automóviles, no autorizadas); 26.364, de trata de personas; 26.388 que modifica varios artículos del Código Penal (documentación digital, privacidad de datos, pornografía infantil); y 26.472, sobre ejecución de la pena de prisión con detención domiciliaria. **-Año 2009.** Leyes: 26.524, relacionado a delitos contra la salud pública; 26.538, de creación de un nuevo fondo de recompensas; 26.551, sobre calumnias e injurias.

económica (ley 25.602). Pero en este punto encontramos una diferencia con los mencionados en el párrafo anterior, ya que si bien continuaron produciéndose modificaciones en relación a este conjunto, estas han sido parejas y continuas en el tiempo: 2003 sobre hechos de corrupción (ley 25.825); 2004 en relación a estafas (ley 25.930); 2006 de encubrimiento y lavado de activos (ley 26.087); 2007 sobre terrorismo y lavado de dinero (ley 26.268).

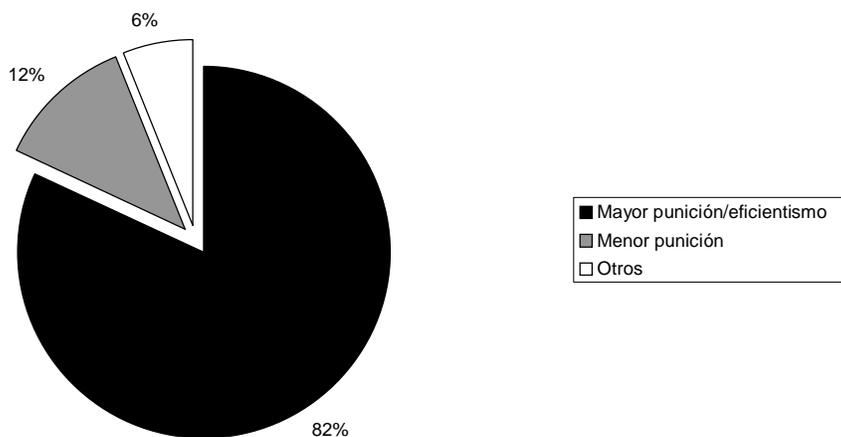
Puede verse a continuación los porcentajes de estos dos grupos de delitos.



En definitiva, en cuanto al primer grupo (de sangre) los años 2003 y 2004 fueron clave. Mientras que en el caso de los de carácter económico, la producción ha sido pareja a lo largo de la década.

Más allá de la distribución despareja en el tiempo, las reformas comparten el sentido punitivo. El gráfico que sigue representa la totalidad de las reformas, divididas entre menos o más punitivas. En este último grupo se encuentran los supuestos que modifican el Código Penal agravando las situaciones ya previstas o creando figuras nuevas, como también aquellas leyes que tendrían relación con delitos que han sido modificados en este sentido (por ejemplo el caso del régimen relacionado al registro y utilización de teléfonos celulares, o sobre desarmaderos y venta de autopartes).

Leyes más o menos punitivas



I.c.- Respecto a los fundamentos de los distintos proyectos de ley, por un lado aparecen inquietudes relacionadas con la adecuación del ordenamiento jurídico a normativa internacional y constitucional y armonización de la legislación (hechos de corrupción, lavado de activos y estafas, trata de personas, derechos del niño). Pero por otro lado, la mayoría hace referencia a cierta idea apocalíptica: inseguridad, flagelo para actividades comerciales, homicidios, lesiones, necesidad de agravar penas, eficacia en el proceso penal, crecimiento de redes criminales, desconfianza sobre las fuerzas de seguridad, òprogresividad de las agravantesö, más tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad, un techo más alto en el caso de concurso.

En cuanto a los delitos de sangre, algunas de las razones que se declaran son:

-En el caso de la modificación al artículo 41 CP (*ley 25.297*), se dice que ò[1]a sociedad reclama vivir en paz y que las personas y sus bienes sean respetados. Quiere disfrutar de costumbres que humanizan la vida: salir a caminar, pasear por las calles, conversar con los vecinos, confiar en los otros. Por ello, la inseguridad figura en las encuestas especializadas como una de las principales preocupaciones de la ciudadaníaö. Además indica que las noticias de los últimos tiempos fueron sobre tiroteos, asalto con rehenes, robos violentos, etc.

-También se ha argumentado, en relación a los desarmaderos y la venta de autopartes (*ley 25.761*), que òexiste un alarmante cambio en la modalidad delictiva del robo de automotores. Anteriormente, a través de la modalidad conocida como `guante blanco´, los vehículos eran sustraídos del lugar de estacionamiento en ausencia del propietario, sin riesgo físico para éste. El avance en las tecnologías antirobo incorporadas en los vehículos de nueva generación ò consistente en alarmas y dispositivos de bloqueoö ha generado un cambio en el *modus operandi* de los ladrones de autos. Ante la creciente

dificultad para sustraer vehículos sin la colaboración de los dueños para desactivar las alarmas, está aumentando el uso de violencia contra éstos, con un lamentable correlato de lesiones y muertes durante el robo.

-En esta misma línea se encuentran los fundamentos a las modificaciones sobre homicidios calificados del artículo 80 CP (*ley 25.601*), o la incorporación de agravantes en el caso del 206 (*ley 25.528*). En cuanto al primero se dice que «[l]os lamentables hechos acontecidos en los últimos tiempos, que tuvieron como corolario la muerte de miembros de las fuerzas legales en diversos puntos del país cumpliendo sus funciones y aun fuera de servicio (í) [La] modificación del artículo 80 del Código Penal de la Nación, tiene como fundamento y razón legislativa, dar un mayor resguardo para quienes tienen la misión de cuidar el orden, la seguridad y la propiedad de los ciudadanos».

También, se sostiene que el «abigeato» y la manipulación y comercialización de carnes clandestinas, es un flagelo que hoy más que nunca golpea a los numerosos productores de nuestro país (en el caso del artículo 206).

Por otro lado, algunas veces junto con los fundamentos señalados se habla de múltiples causas, o de la necesidad de adecuación normativa:

-«[L]a inequidad social, el desempleo, la deserción escolar, la falta de contención familiar, la anomia social, la cultura individualista y consumista, la intolerancia, la discriminación generan y reproducen la violencia. Es decir, hay un contrapunto que apuntaría a mirar fuera del sistema penal. Sin embargo, surge de todas maneras el echar mano al brazo duro del Estado (*ley 25.297*).

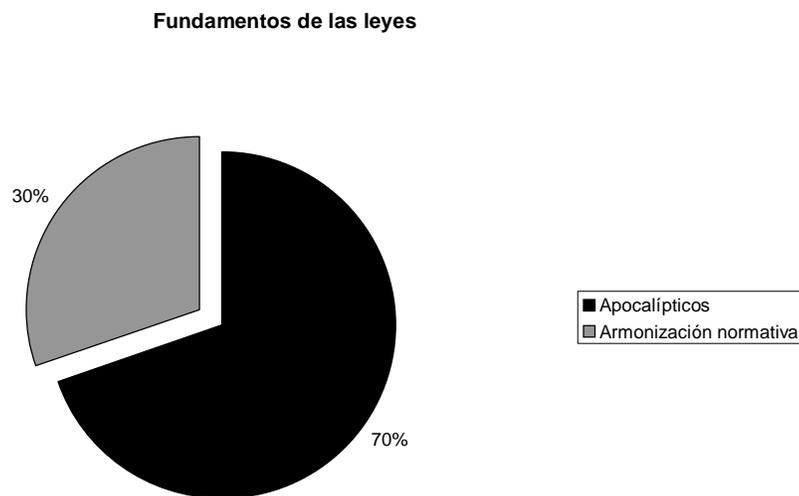
-Otro ejemplo en este sentido es en relación a los desarmaderos de automóviles (*ley 25.761*), cuando se dice que «[e]l delito en general y el robo de automotores en particular tienen diversas causas, las cuales en su mayoría no pueden ser solucionadas con una simple ley. Sin embargo, la existencia de un instrumento legal adecuado para el combate de un delito es parte de la responsabilidad de este Honorable Congreso».

-Puede a su vez pensarse en casos en los que el fundamento es la adecuación normativa: «La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los diversos protocolos facultativos implica para los países firmantes la obligación de armonizar su legislación nacional con las provisiones del tratado. De esta manera, los derechos de la infancia no son ya una mera aspiración programática sino un deber de acción estatal a implementar de manera concreta y perentoria» (*ley 26.364*).

La utilización del poder punitivo, también se proyecta a delitos vinculados a lo económico. No hay referencias a hechos de violencia intersubjetiva de manera directa, pero sí sobre desorden y desconfianza. Por ejemplo cuando se habla de «flagelo» para las actividades comerciales en el caso del abigeato (sin desconocer la faceta de violencia directa que pudiera haber), o de peligros relacionados con el terrorismo.

De acuerdo a lo visto, si bien las situaciones para las que son pensadas las reformas

varían, existe una argumentación casi común dirigida a pensar desde ideas «apocalípticas»².



El material que aportan los proyectos es gigantesco. Interesa que de él surge una línea dirigida a remarcar peligros, flagelos, homicidios, robos, desconfianza, etc. A la vez, existe una idea sobre la seguridad que habla de proteger la vida, la integridad y los bienes de los ciudadanos, confrontando este presente caótico con un pasado seguro.

II.- Violencias

II.a.- Violencia intersubjetiva

² También existen fundamentos de algunas leyes que muestran gran estudio, e incluso con ideas opuestas al «todo cárcel». Cabe agregar que son excepcionalísimos: «Una vez analizadas las normas constitucionales y los estándares internacionales se concluye que la prisión domiciliaria debe estar regulada para ser aplicada a las personas enfermas o terminales o no, los ancianos, las embarazadas, los discapacitados y las madres de niños pequeños en aras de resguardar el derecho a la salud, a la vida, la protección contra la tortura, el trato humanitario al condenado, la intrascendencia de la pena y la tutela especial de los niños y las embarazadas.» (Ley 26.472).

A este contrapunto puede señalarse otro, que es al menos increíble: «Es que, los veinte años de cumplimiento de la pena de reclusión o prisión perpetua que el legislador había considerado suficientes para conceder la libertad condicional a quienes habían sido condenados a esa especie de pena, podían merecer esa caracterización en 1921, cuando los delincuentes empezaban sus carreras delictivas bien entrados los veinte años de edad y cuando la expectativa de vida de una persona normal rondaba los sesenta años de edad. Pero resulta insostenible discurrir de ese modo a esta altura de los tiempos, cuando los delitos más atroces son cometidos por delincuentes que a veces ni siquiera han cumplido aquella edad y cuando la expectativa de vida de una persona supera holgadamente los setenta años.» De allí surge de acuerdo a estos fundamentos la necesidad de elevar a 50 años el máximo legal de la pena de prisión (Ley 25.928).

Es decir, más allá de los dos extremos señalados, hay una línea argumentativa común que señala peligros para la seguridad física y bienes patrimoniales de algunas personas.

De lo visto surge la idea que con mayor punición se lograría una suerte de defensa social, conteniendo y reprimiendo una clara *violencia intersubjetiva*. También está presente, en principio, una imagen de delincuente. Seguridad e inseguridad parecen identificarse con la posibilidad de poder pasear por las calles.

Estos resultados se presentan junto con la afirmación de la *sensación* o *sentimiento de inseguridad*, producido en los últimos tiempos³. Además, resulta relevante recordar o ya que desde hace años se resalta o que se ha instalado como parte importante de la actual coyuntura la preocupación constante por el llamado problema de la inseguridad, contrastando presente y pasado.

Pero esta seguridad del pasado no puede pensarse sólo como específica de lo que ahora connota esa idea. Antes se refería a la posibilidad y certeza en la planificación de la vida, y a veces también con ideas vinculadas a compartir espacios en común⁴.

El interés en torno al delito, su lugar en la agenda pública y la difusión a través de los medios de comunicación ha sido constantes en el nuevo siglo. Tiene una importante incidencia la manera de presentar el tema, y la difusión de la existencia de un delito juvenil desorganizado y violento (o pibe chorro) propio de un estado de degradación social⁵.

Ahora bien, este nuevo mundo contrasta un pasado seguro. Así, Bauman indica como una característica de la posmodernidad la caída de las estructuras firmes que caracterizaron la existencia (que permitían o planificar o la vida), y el emergente de una situación marcada por la falta de aquellas. Como consecuencia puede advertirse que o el círculo vicioso en cuestión se ha desplazado/movido desde la esfera de la seguridad (esto es, desde la confianza y la seguridad en uno mismo o su ausencia) a la de protección (es decir, la del estar resguardados de, o expuestos a,

³ A modo de ejemplo: Contursi, M. E., Arzeno, F., o Vigilancia situacional, Estado y ciudadanía en la Asociación de Vecinos Solidarios de barrio de Saavedra o, en Martini, S., Pereyra, M. (Ed.), *La irrupción del delito en la vida cotidiana*, Biblos, Buenos Aires, 2009; Kaminsky, G., Kosovsky, D., Kessler, G., *El delito en la Argentina post-crisis*, Buenos Aires, 2007; Kessler, G., *El sentimiento de inseguridad*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009.

⁴ Cfr. Bauman, Z., *Tiempos líquidos*, Tusquets, Buenos Aires, 2009; Raiter, A., Zullo, J., *La caja de Pandora*, La Crujía, Buenos Aires, 2008.

⁵ Cfr. Kessler, *op.cit.*, p. 77/82. Se ha dicho sobre estas *nuevas formas de narrar* que o más allá de los índices reales de criminalidad, los medios amplían la visibilidad de aquellos problemas sociales más dramáticos e impactantes, aumentan la imagen del delito o (Barata, F., o De periodismos y criminologías o, en Rivera, I., Silveira, H., Bodelón, E., Recasens, A., *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006, p. 211). Esto permitiría hablar de *olas artificiales de criminalidad*, pero o [n]o es que los medios inventen los hechos, sino que los construyen mediante unas formas narrativas y dándole una dimensión pública que no se ajusta a la realidad o (*idem*). Pitch además indica que no hay inocencia al utilizar la idea de *victima* para denotar riesgos y sufrimiento para todos, en un contexto de alarma social (cfr. o I rischi della sicurezza urbana o, en www.fondazionebasso.it).

las amenazas a la propia persona y a sus extensiones). La primera esfera, progresivamente despojada de la protección institucionalizada, garantizada y mantenida por el Estado, ha quedado expuesta a los caprichos del mercado⁶.

Las ideas de seguridad y protección se entrelazan, desdibujando la relación de seguridad y derechos sociales.

En el caso de este reciente punitivismo se ve con claridad cómo se habla por lo general de seguridad para hacer referencia a la protección contra la agresión intersubjetiva. No se piensa en aquella relacionada con la eficacia de una gran cantidad de derechos que hacen a la propia existencia humana (trabajo, vivienda, educación), sino que se ve el desplazamiento del que habla Bauman, hacia la *protección*.

Entonces podría encontrarse un nuevo giro a los discursos, que llevaría a sincerar la manera de presentar el tema para ya no hablar de seguridad/inseguridad sino de protección. Ahora bien, aparece en consecuencia una pregunta: ¿de qué hay que protegerse? De acuerdo lo visto, la respuesta es: de la violencia.

Estos actos, visibilizados y que conforman el objeto de reproche penal, coinciden con la *violencia intersubjetiva*. En este sentido se habla de una división entre violencia directa, por un lado, y estructural por otro.

Hace varias décadas Galtung hacía una división entre violencia personal relacionada con lo corporal y la interacción de los sujetos, y otra estructural en la que tiene un lugar central la distribución de poder. Es decir, si hay un actor que cometa un acto violento se está ante una de tipo personal o directa; mientras que si no existe un actor, es estructural o indirecta (puede ser una distribución desigual de poder, en consecuencia de oportunidades de vida)⁷.

Interesa aquí esta división para acotar las categorías de análisis, sin desconocer que podrían tomarse otras⁸.

⁶ Bauman, *op. cit.*, p. 24. En un marco de referencia urbano, el discurso de la inseguridad se construye sobre el relato de un pasado seguro en el que los espacios eran compartidos sin temor. Algunos de sus tópicos más repetidos son que los chicos podían jugar en la calle, que uno podía regresar a cualquier hora a su casa y que en algunos barrios hasta se dejaban puertas y ventanas de las casas abiertas sin temor (Zullo, J., *Estar atentos y caminar con cuidado*. Algunas estrategias de construcción de la inseguridad y el delito en *Clarín* y *La Nación*, en Raiter, A., Zullo, J., *op. cit.*, p. 183).

⁷ Cfr. Galtung, J., *Violence, peace, and peace research*, en *Journal of peace research*, Universitetsforlaget, Oslo, v. 6, 1969.

⁸ Crettiez, luego de indicar algunas tipologías, como la de Galtung (violencia directa y violencia estructural) y Bourdieu (violencia simbólica), indica tres niveles: -violencia como contingente al orden social ordinario; -violencia inherente a la acción y al sistema político (violencia instrumental); -violencia relacionada con su dimensión identitaria (cfr. *Las formas de la violencia*, Waldhuter, Buenos Aires, 2009, p. 14 y sgs.). También se ha hablado de

II.b- Violencia estructural

Es necesario tener en cuenta que en las últimas décadas la distribución de la riqueza no ha sido siquiera un poco equitativa. A partir de esto vale preguntarse sobre la *seguridad en derechos*.

El crecimiento económico ha sido casi constante, al menos desde los últimos 20 años, de acuerdo a índices regionales y latinoamericanos. Sin embargo el crecimiento por sí solo no garantiza mejores efectos distributivos. Es clave la calidad de este crecimiento, esto es, su capacidad de mantenerse en el tiempo o tema asociado a la gestión macroeconómica, su traducción en empleos productivos y en salarios, y, por último, tanto la eficacia de las políticas sociales como la vinculación entre éstas y la política económica⁹.

El PIB en Argentina ha crecido en los últimos decenios. A cierta homogeneidad durante la década del 80, le siguió un gran incremento. Si se sacara una fotografía indicando cuál ha sido el crecimiento cada diez años, se obtendrían los siguientes datos aproximados (en millones): 200.000 en 1990; 280.000 en 2000; y 380.000 en 2009¹⁰.

Sin embargo continúa siendo relevante el grado de inequidad en la distribución de los ingresos, más allá de cierta disminución de los extremos. En 1974 el diez por ciento más rico ganaba *nueve* veces más que el diez por ciento más pobre, en 1988 *veintiún* veces más, en 1998 *treinta y un*, en 2003 llegó a *cuarenta y un*, y en 2010 la diferencia fue de *veintiuna*¹¹.

Además, a pesar del momento de bonanza económica, tampoco se habría producido un cambio significativo en los factores de producción. La continuidad en relación a las políticas neoliberales de la década de 90 se vincula a un desarrollo desde ventajas comparativas relacionadas con los recursos naturales, un proceso industrializador acotado, de distribución de ingreso regresivo y generación escasa de puestos de trabajo, entre otras características. Pero a su vez, de grandes ganancias para los grupos económicos *ganadores*¹².

una suerte de violencia sistémica diferenciable de la directa y física (cfr. Flietk, S., *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*, Paidós, Buenos Aires, 2009, p. 19 y sgs.); y como pulsión (cfr. Freud, S., Eistein, A., *¿Por qué la guerra?*, Minúscula, Barcelona, 2001, p. 71 y sgs).

⁹ *La brecha de la equidad*, CEPAL, Naciones Unidas, Chile, 1997, p.15.

¹⁰ Cfr. Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), en <http://www.indec.mecon.ar/>. Lo indicado también se puede reconocer en la información disponible sobre el porcentaje de crecimiento anual del PIB, que por lo general va desde 5,5 % a algo más del 12 %, desde 1991 hasta 2008 (con la salvedad del momento de recesión correspondiente a los años 1999-2002, y al '95 vinculado al *efecto tequila*) (Cfr. <http://datos.bancomundial.org>).

¹¹ De acuerdo al documento *desigualdad_arg_2011* del Centro de Estudios Distributivos Laborales y Sociales (CEDLAS) de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNLP (http://cedlas.econo.unlp.edu.ar/esp/pantalla.php?seccion=estudios_especiales&idP=88).

¹² Cfr. Azpiazu, D., Schorr, M., *Hecho en Argentina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010, principalmente pp. 227/287.

Hay que agregar que la pobreza dura, la situación crítica de la familia, la segregación residencial, la violencia urbana, el acceso a la justicia, el desigual acceso a los servicios públicos, son algunas de las causas que atentan contra la integración social¹³.

Para lograr una imagen general, de acuerdo a lo que aquí interesa, a continuación se encuentran las características más importantes:

-La falta de rumbo concreto parece ser una constante en la política latinoamericana. El informe *La brecha de la equidad* (CEPAL) destaca, como una de las recomendaciones, la necesidad de lograr acuerdos comunes entre los diferentes partidos políticos sobre ciertos puntos básicos orientados al desarrollo.

-Salvo algunos momentos de crisis, el crecimiento económico ha sido muy importante y más o menos constante, favoreciendo a determinados grupos. Aunque con costos sociales gigantes, ya que más allá de determinadas políticas con las que se puede o no coincidir, se ha generado una desigual distribución del ingreso muy marcada (crecimiento del PIB, sin una real redistribución y una gran brecha entre los más ricos y los más pobres).

-Si bien puede haber momentos en los que hayan disminuido algunos puntos los índices de pobreza, hay una pobreza dura, estructural, que hace muy difícil o imposible la integración social. Situación que se proyecta hasta el presente.

-Desfavorecen a la integración social también otros factores como el desigual acceso a los servicios públicos (muchos privatizados), mayor incidencia de los ajustes económicos en los hogares más pobres, sistema de recaudación basado en impuestos indirectos, etc.

Así, la otra cara de la llamada inseguridad, esto es la seguridad en derechos, se ha mantenido para las clases sociales que no sufren los vaivenes económicos e institucionales. Esto a su vez es perfectamente articulable con los discursos que piden más tolerancia con delitos como el aborto y el consumo de estupefacientes, pero que se muestran en contra de diferenciar cuando un robo se ha realizado con un arma real o con una de juguete¹⁴.

Teniendo en cuenta que la gran mayoría de las reformas al Código Penal tienden a proyectarse sobre el delito de sangre y el cuidado celoso de la propiedad, es posible pensar en una

¹³ La consolidación de escenarios de 'pobreza dura', la discriminación étnica, la segregación residencial, la proliferación de sistemas privados de vigilancia urbana, y el incremento en la violencia de las ciudades, son todas situaciones que afectan seriamente los niveles de integración social y gobernabilidad (*La brecha de la equidad*, op. cit., p. 17). Como respuesta, un sistema plural de partidos políticos debería llegar a acuerdos nacionales en torno a las principales orientaciones del desarrollo (*idem*). Ver también: Azpiazu, D., Schorr, M., 'Las traumáticas privatizaciones en la Argentina. Rentas de privilegio en detrimento de la competitividad de la economía y la equidad distributiva', biblioteca FLACSO (Link de búsqueda: www.flacso.org.ar/publicaciones.php) y Arza, C., 'El impacto de las privatizaciones. El caso de los servicios públicos domiciliarios', FLACSO, Área Economía y Tecnología, en www.flacso.org.ar/economia.

¹⁴ Sobre aborto y eutanasia vs. robo con arma de juguete, lo indican algunas encuestas (cfr. Kessler, op.cit., p. 101).

misma dirección política de clase. Llevado a los casos estudiados, el *pibe chorro* es quien sufre el desarrollo económico y social, y también el estereotipo de delincuente presente en las leyes.

En este momento del desarrollo, es necesario retomar la idea sobre la *violencia estructural o indirecta*, y principalmente en su carácter de desigual distribución del poder, entendido como acceso a oportunidades.

Afirma Galtung que si la gente pasa hambre cuando es evitable, hay violencia. Entonces está presente cuando los seres humanos se ven influidos de tal manera que sus realizaciones efectivas, somáticas y mentales, están por debajo de sus realizaciones potenciales¹⁵. En este sentido, violencia es *injusticia social*.

Esto tiene un contrapunto: *la paz*. Que se define como ausencia de violencia. En consecuencia el término debería ser accesible a la práctica, y no sólo una idea utópica. A su vez sirve para el análisis social, ya que una sociedad estática visibilizará la violencia personal y no la estructural. A la inversa, en una sociedad dinámica se verá de manera congruente con el orden de cosas a la violencia personal, y se tratará de evitar la estructural.

En esta misma dirección puede recordarse uno de los clásicos trabajos de Baratta: *Principios del derecho penal mínimo*. Quizá allí se encuentre la mejor síntesis del desarrollo de los principios que un sistema respetuoso de los derechos humanos pueda proyectar en materia penal. En relación a las cuestiones aquí planteadas: [e]n una economía política de la pena, el sistema punitivo se presenta, pues, no como violencia inútil, sino como violencia útil, desde el punto de vista de la autorreproducción del sistema social existente y, por tanto, del interés de los detentores del poder, para el mantenimiento de las relaciones de producción y de distribución desigual de los recursos. En consecuencia, el sistema punitivo aparece, en un análisis científico, como un soporte importante de la violencia estructural y, si concebimos ésta en su acepción más vasta, de la injusticia social: represión de las necesidades reales de la mayor parte de los individuos, las que, habida cuenta del desarrollo alcanzado por las fuerzas productivas de la sociedad, podrían, empero, ser satisfechas si las relaciones sociales de propiedad y de poder fuesen distintas y más justas (J. Galtung, 1975, 755 ss.)¹⁶.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 168.

¹⁶ Baratta, A., "Principios del derecho penal mínimo", en *Doctrina Penal*, n. 40, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 626. En sintonía con las descripciones en torno a la violencia estructural y continuando este desarrollo epistemológico en la actualidad ciertos estudios buscan repensar la cuestión criminal. En este sentido, se habla de una suerte de nueva epistemología para la criminología, desde categorías *galtungianas*, o similares. Estos análisis tratarían aquello estructural, que no ha sido observado por la criminología tradicional dedicada a hechos

Teniendo en cuenta lo dicho hasta aquí, podría concluirse este punto señalando que si bien ha habido leyes, proyectos legislativos y discursos políticos que parecen apuntar a una violencia más estructural (sin desconocer que es en relación a la criminalización primaria), la gran mayoría tapa aquella con argumentos de violencia directa.

III.- Política criminal

Las situaciones para las que ha sido pensado el derecho penal en la actualidad están en crisis, y se señala desde hace algún tiempo¹⁷. Crisis que afecta al derecho, por formar parte de un conjunto más amplio en constante transformación, que comprende lo social, lo político, la ciudad, etc., y que algunos han planteado como un cambio de paradigma respecto a la modernidad¹⁸.

Sin embargo, continúan marcando el camino ciertos principios iluministas, con actualizaciones a lo largo de dos siglos. En este sentido, el derecho penal no es sólo la herramienta punitiva en manos del Estado (monopolio de la fuerza), sino también y principalmente un sistema de garantías. Con este marco, la política criminal no debe, ni puede, ser neutra. Incluso, podría pensarse en una posición genealógica e ideológica que permitiría llamar política criminal sólo a aquella que fuera respetuosa de una serie de principios que han

normales. Ruggiero habla de momentos anti-criminológicos (siguiendo la idea de Cohen against criminology), para referirse a la excepción que ha sido dejada de lado por la criminología (incluso la crítica): «la disciplina [sociología], al concentrarse en sistemas, estructuras, tendencias y constelaciones, al hablar de agregados sociales, épocas y diagramas, con frecuencia deviene insensible a las variaciones, a las diferencias y a las excepciones. La anti-criminología puede elegir rechazar la generalización, y en consecuencia refutar la tarea de elaborar teorías generales, universales del crimen, dándole la bienvenida o por el contrario a la variación y a la diferencia» (Criminalità dei potenti. Appunti per un'analisi anti-criminologica, *Studi sulla questione criminale*, anno I, n. 1, 2006, Carocci, Roma, p. 128). Cfr. también Rivera Beiras, I., «La memoria. Categoría epistemológica para el abordaje de la historia», en Bergalli, R., Rivera Beiras, I. (coords.), *Memoria colectiva como deber social*, Anthropos, Barcelona, 2010, donde en relación a esta línea de estudio habla de Galtung y el *Institute for Peace Research*, al hacer un análisis de la memoria como categoría epistemológica para las ciencias penales. Si bien algunas veces esta línea se piensa a partir de los crímenes de Estado, como sugiere Ruggiero sería posible un estudio donde junto al repensar la relación derecho-política-economía pudieran surgir elementos para el análisis de los crímenes de estado, el derecho internacional y la justicia.

¹⁷ A modo de ejemplo: Hassemer, W., *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999; Silva Sánchez, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1999; Maier, J., «La esquizofrenia del derecho penal», en Rivera, I., Silveira, H., Bodelón, E., Recasens, A., *op. cit.*; Castex, F., «El derecho penal de Bucéfalo», en *Contra Bucéfalo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009 (donde, con total pertinencia para este trabajo, puede además verse un *racconto* de modificaciones en materia penal y procesal penal de los últimos 20 años en Argentina, y cierta tendencia político criminal). Es necesario decir que la bibliografía sobre el tema es mucho más que abundante.

¹⁸ Conocida es la difusión de Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006 [texto de 1986], y más recientemente *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2002 [texto de 1999]. También, y por puro gusto personal, el libro citado de Bauman. Cabe agregar que existen muchos otros autores que tratan la cuestión de la vida posmoderna. En cuanto a los cambios securitarios, debo mencionar aquí a Recasens i Brunet, A., *La seguridad y sus políticas*, Atelier, Barcelona, 2007 (principalmente p. 38 y sgs.), donde pone en evidencia y analiza ciertos desplazamientos a partir de esquemas de distribución de manejo del orden a nivel *infra* y *supra* estatal, en el contexto de la globalización europea.

sido respuestas a avasallamientos de derechos, fruto del luchas y dolor¹⁹. En este sentido:

«Todos de la libertad de conciencia a la libertad personal, de los derechos sociales a los derechos de los trabajadores han sido el fruto de luchas y revoluciones alimentadas desde el dolor, o sea de opresiones, discriminaciones o privaciones precedentemente percibidas como `normales´ o `naturales´ y devenidas en cierto momento intolerables»²⁰.

Podría establecerse como necesario repensar cuáles son las funciones del derecho penal, la criminología, la política criminal, pero en esto no se puede retroceder irresponsablemente un largo camino cuya finalidad sería la búsqueda de realización y respeto de las personas, junto al control del Estado. Es necesario un debate abierto, sin embargo con un rumbo claro sobre la concepción del hombre y su libertad. En este sentido se ha planteado una línea que permitiría pensar en una suerte de fusión o «andar junto» de la política criminal con la dogmática y con la criminología²¹, para no caer en compartimentos estancos que den lugar a una pérdida de sentido.

Es decir, desde la revolución iluminista hasta la actualidad se han desarrollado una serie de principios y conocimientos tendientes a limitar el poder del Estado, marcados por la progresividad de los derechos. Parafraseando a los autores de la nueva criminología, podría decirse que *estamos ante problemas que preocuparon a los estudiosos clásicos de la cuestión criminal*²². A modo de ejemplo puede recordarse a Beccaria:

«Un hombre no puede ser llamado *reo* antes de la sentencia del juez. Es importante que todo delito público no quede sin castigo. Este absurdo [tortura] no se debería tolerar en el siglo XVIII. Se cree que el dolor, siendo una sensación, purgue la infamia, que es una mera relación moral. La estrechez de la cárcel no puede ser más que la necesaria, o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delictos. Las penas deben establecerse por la ley y no por los jueces»²³.

Basta señalar que no sólo en los ámbitos de estudio se contemplan los principios de inocencia, legalidad procesal, humanidad de las penas, restricción de la prisión preventiva,

¹⁹ Cfr. Ferrajoli, L., «Diritto e dolore», en Rivera, I., Silveira, H., Bodelón, E., Recasens, A., *op. cit.*

²⁰ *Ídem.*, p. 57.

²¹ Cfr. Roxin, C., *Política criminal y sistema del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000; Larrauri, E., *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, Madrid, 2000, con claridad definitoria en p. 236 y ss. Hay que decir que no siempre se lo entiende así, sosteniendo por ejemplo que el desarrollo dogmático puede realizarse tanto en un estado democrático como en uno autoritario; en este sentido cfr. Ortiz de Urbina Gimeno, I., «La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (¿Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)», en www.eldial.com.ar.

²² «Esta `nueva´ criminología será, en realidad, una criminología *vieja*, en el sentido que hará frente a los mismos problemas que preocuparon a los teóricos sociales clásicos» (Taylor, I., Walton, P. y Young, J., *La nueva criminología*, Amorrortu, Buenos Aires, 2001).

²³ Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1986, pp. 52, 53, 53, 61 y 81 respectivamente.

legalidad, y tantos otros, sino también y principalmente en las Constituciones de los países occidentales, y en diversos instrumentos de derechos humanos.

Esta simple, obvia y evidente semejanza no es antojadiza. Por el contrario, el recorrido en el *refinamiento* del conocimiento, tiende a evitar la arbitrariedad estatal en un tema tan sensible como el de las libertades de la persona²⁴.

A nivel normativo los pactos de derechos humanos tienen una historia, marcada por tragedias y dolor. Es decir, los genocidios, las dictaduras, las violencias estatales, son un *no derecho penal* si tenemos en cuenta la genealogía e ideología aquí señalada²⁵.

Las olas de creación legislativas en materia penal, que se han visto, se orientan por la utilización de la herramienta punitiva ante cualquier conflicto social, aumentando penas, creando nuevas tipificaciones, etc., y prácticamente en una única dirección.

En este sentido, algunas de las etiquetas que se han utilizado para caracterizar esta nueva política criminal son: *derecho penal del enemigo*, para marcar una diferencia entre ciudadanos y no ciudadanos (foráneos antisistema); *neopunitivismo*, caracterizado como derecho contrailustrado; y *populismo penal*, en cuanto a la utilización de la punición como forma de hacer política ante ciertas demandas de seguridad. Si bien no son sinónimos, comparten la idea de flexibilización de las garantías ante determinadas situaciones. Pero el problema es que resulta dudoso que puedan flexibilizarse, ya que podría sostenerse que se poseen, ejercen y respetan, o no²⁶.

²⁴ Es necesario decir que si bien en este trabajo se intenta ver la progresividad en cuanto a derechos y libertades, hay que reconocer que ha habido fuertes contrapuntos a esta línea (uno de los recorridos posibles donde se ven otras escuelas y tendencias, en Rivera Beiras, I. (Coord.), *Política criminal y sistema penal*, OSPDH-Anthropos, Barcelona, 2005, principalmente cap. I y II). Además, vale glosar que respecto a la cuestión penal existe una constante tensión en el interior del Estado de derecho, donde se presenta una puja entre eficientismo y garantismo, derecho penal mínimo y máximo, estado de derecho y estado de policía (cfr. Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 2006, p. 104; Zaffaroni, R., Alagia, A., Slokar, A., *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 40; Baratta, A., *Principios del derecho penal mínimo*, op. cit.; Moccia, S., *La perenne emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995).

²⁵ Una necesaria aclaración: el planteo realizado es en tanto declaraciones de derechos y planes políticos, por ende con un reconocimiento normativo que conforma un mismo recorrido. Esto, a su vez, pensado desde nuestro mundo occidental (más allá de las ideas de centro y periferia en el orden mundial propio de occidente), por ende no pretende ser universal y trascendental, aunque sí quizá *progresivo*. También debe señalarse que de todas maneras este recorrido puede darse de narices con el desarrollo de la modernidad y su paradoja, aporía, que llena de miseria el mundo.

²⁶ La bibliografía sobre estas cuestiones es inabarcable. A modo de algunas referencias: sobre las características del derecho penal del enemigo, Jakobs, G., Cancio Meliá, M., *El derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005; una definición de neopunitivismo en Pastor, D., *La deriva neopunitivista en organismos de derechos humanos*, en *NDP 2005-A*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005; respecto al populismo penal, Beade, G., *El populismo penal y el derecho penal todoterreno en Argentina* en *Derecho penal y criminología*, N° 90, Vol. XXXI, Universidad del Externado, Bogotá, 2010.

Con esto se vislumbran categorías que invaden el discurso: *emergencias, riesgos y caos*, y como respuesta *penas duras*. En el caso de este estudio, presente en el ámbito legislativo con fundamentos de corte apocalípticos, y respuestas desmedidas desde un prisma humanista.

En suma, se ha hablado ô con referencia a esta situaciónô de *esquizofrenia en el derecho penal*. Junto a este ñnuevoö derecho penal conviviría aquella tradición iluminista²⁷.

IV. Respuesta al sinsentido punitivo

Ante la deriva señalada, la esquizofrenia, y para el análisis relativo al rol actual de la política criminal, pueden recordarse y articularse unas pocas referencias que sin embargo tendrían una proyección muy importante en el plano de la práctica política.

En primer lugar cabría pensar en el origen del derecho como garantía ô y respuestaô ante un sistema de imposición de penas signado por la crueldad. En consecuencia, la pregunta sería *cuál es la actual pena cruel*. La respuesta: *la cárcel*²⁸.

Indica Maier que el derecho penal durante gran parte de los dos siglos anteriores y ñal menos, hasta la década del 60, [ha] sido gobernado por un profundo espíritu humanistaö²⁹. Se puede a su vez mirar el derecho internacional de los derechos humanos, que sería una muestra de esta expansión para el control del poder penal estatal³⁰.

En consecuencia, y pensando en el origen señalado, se propone por un lado un *derecho penal de la pena privativa de libertad*, y por otro uno de carácter administrativo (contravencional) que incluso cumpliría mejor los objetivos ante una sociedad de riesgos³¹.

²⁷ Maier, ñLa esquizofrenia del derecho penalö, *op. cit.*

²⁸ De esto se deriva que para el resto del sistema quizá sea posible no pensar con categorías estrictas del derecho penal. Es decir, ante penas que no sean la cárcel (por ejemplo multas) no hace falta un sistema de derecho penal (cfr. Maier, J., ñEl Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionadorö, en www.eldial.com).

²⁹ ñLa esquizofrenia del derecho penalö, *op. cit.*, p. 307.

³⁰ Cfr. Ferrajoli, ñDiritto e doloreö, *op. cit.*; también *Derecho y razón*, *op. cit.*, principalmente p. 353 y sgs., y 905 y sgs., sobre la positivización de derechos ñnaturalesö y garantías. Hay que aclarar que el mismo Maier (ñEl Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionadorö) encuentra la crítica a la postura por él sugerida: se deslegitima el derecho cuando empieza a tocar a los poderosos. Pero también da una respuesta: más allá de esto, el derecho penal continuará tocando a los excluidos.

³¹ Cfr. Maier, ñEl Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionadorö. Aquí marca una diferencia con Hassemer, entendiendo que no es necesario pensar en una nueva vía de derecho (entre penal y civil), sino que ya estarían dadas las categorías y desarrollos en el ámbito contravencional. Cabe anotar aquí, que el otro extremo se da en situaciones donde ante la pena de prisión se responde con un gran sistema administrativo sin garantías, como por ejemplo en el caso de los centros de detención (en Europa para extranjeros, pero también puede pensarse en muchísimas situaciones en América latina y por supuesto en Argentina), donde los sujetos titulares de derechos desaparecen para transformarse en algunos casos en ñmera existenciaö (cfr. Silveira Gorski, H. C., ñEstados expulsores y semipersonas en la Unión Europeaö, en Fernández Bessa, C., Silveira Gorski, H., Rodríguez Fernández, G., Rivera Beiras, I. [Eds.], *Contornos bélicos del Estado securitario*, Anthropos, Barcelona, 2010, p. 133 y sgs.;

*En definitiva hay que recordar que el derecho penal y las garantías fueron pensados para hechos crueles (como la pena de muerte y las torturas). La actual pena cruel es la cárcel, en consecuencia quizá gran parte de la inflación penal debería dejar de ser penal para convertirse en administrativa, y de esta manera retornar a unos pocos delitos a perseguir con todas las garantías*³².

Junto a este argumento historicista, existe otro político criminal (y aplicable a la política en general, en su faz administradora), el cual indica que un derecho penal respetuoso del Estado de derecho puede perseguir sólo unos pocos delitos (a los que puede hacer frente responsablemente). En caso contrario, uno que pretendiera perseguir *todos*, podría sólo concebirse a partir de un Estado autoritario. De allí una razón quizá concluyente para un derecho penal mínimo. Esta *ratio* es conocida como *principio de implementabilidad administrativa de la ley*³³.

Este principio indica que frente a la realidad, en la que se presenta una cifra oscura de criminalidad, y la penalización de chivos expiatorios, se puede actuar de dos maneras. Por un lado, adecuando los recursos para la persecución penal (de imposible cumplimiento, por los gigantescos costos económicos, y sociales o militarización de la justicia penal y del Estado). O, por el contrario, adecuar los programas a los recursos existentes. De este último criterio resultaría una automática disminución del ámbito punible.

A la par de estas características histórico-políticas, existe otra o también con su genealogía que indica, respecto a la creación normativa en materia criminal, que debe respetarse el *principio de legalidad*.

Así, al hablar de legalidad se exige que la ley no sólo sea previa, estricta y cierta, sino también o descrita: *nullum crimen sine lege scripta*. Es imperativo que su dictado sea a través del

indica: oLa conversión de los Estados europeos en máquinas de expulsión de extranjeros ha requerido que en el interior de las estructuras del Estado de derecho se erija un subsistema administrativo sancionador, con reglas específicas para detener, internar y expulsar extranjeroso o p. 151o). Esto es importante, porque desde una postura segregacionista sería posible recurrir a la mera administración, incluso cuando las situaciones signifiquen penas crueles o donde por el contrario, la respuesta debería ser ilustradao .

³² Desde esta idea de base histórica, puede pensarse que también la atención debe ponerse en la creación de las normas (modificaciones legales en el caso del presente estudio). En consecuencia una política criminal que construya tortura desde la legitimación de la pena de cárcel por 50 años, creando tipos de autor, etc., no es más que la negación de la ilustración en el sentido señalado.

³³ Cfr. Baratta, A. oPrincipios del derecho penal mínimoo, *op. cit.* También Maier indica que los recursos de la justicia penal deben destinarse a las causas de mayor envergadura, no así para la cantidad de infracciones que se producen en la vida cotidiana (oEl Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionadoro).

órgano competente³⁴.

Pero no alcanza sólo el dictado a través del Congreso, sino que además deben respetarse los procedimientos propios del trámite parlamentario, como así también los fundamentos normativos *supra legales* en la materia, de acuerdo al derecho constitucional. Se ha dicho que:

El procedimiento o trámite parlamentario que la constitución prevé para la sanción de las leyes no puede en modo alguno según nuestro punto de vista eximirse del control judicial de constitucionalidad. El derecho judicial que considera a la cuestión como una *cuestión política no judicial* está equivocado. Es imposible alegar que se trata de una facultad privativa de las cámaras, o que son éstas las que en forma exclusiva interpretan y aplican la Constitución en orden a la formalidad del procedimiento legislativo.

Tales argumentos se desbaratan muy fácilmente no bien se piensa que si una ley puede y debe ser declarada inconstitucional en cuanto a su *contenido*, también puede y debe serlo cuando se ha sancionado transgrediendo las normas que la Constitución prescribe para su *trámite*, porque cualquiera comprende que una ley `sancionada´ defectuosamente no es una ley `sancionada´ en la forma que la Constitución exige³⁵.

Al respecto, la Constitución Nacional argentina (art. 39) indica lo siguiente:

No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

Una explicación que se ha dado encuentra la razón de la excepción a la consulta popular en que se excluyó a todos materias de alta sensibilidad, como la tributaria y la penal. La opción restrictiva, elegida por los convencionales de 1994, quiso preservar de eventuales manipulaciones de la opinión pública determinados temas que estimó críticos siguiendo, con ello, algunos modelos del derecho comparado que, en mi opinión, son razonables³⁶.

Sobre cuál era la coyuntura al momento de la sanción de las leyes, se ha indicado anteriormente. De todas maneras vale recordar que gran parte de las modificaciones (años 2003 y 2004) se producen justamente en momentos en los que hubo un crecimiento en cuanto al

³⁴ Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 116. También se indica que desde el punto de vista formal la legalidad significa que la única fuente productora de ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme el procedimiento que establece la propia Constitución (Zaffaroni, E., Alagia, A., Slokar, A., *op. cit.*, p. 106). Ferrajoli señala que hay una *mera legalidad* que exige una ley en sentido formal que es condición necesaria y sujeta a los jueces, y una *estricta legalidad* que se refiere a una serie de requisitos que debe respetar el legislador (cfr. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; *Derecho y razón*, *op. cit.*).

³⁵ Bidart Campos, G. J., *Manual de la Constitución reformada*, T. III, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 154/55.

³⁶ Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 443. Una discusión, en la que por razones de espacio no puede entrarse, tiene que ver con la participación de legos y expertos en temas vinculados con *la cosa pública*, donde se encuentra sin dudas la política criminal.

tratamiento de la llamada "inseguridad" como uno de los temas propios y centrales en el debate público. Esto podría decirse la finalidad de preservar la actividad legislativa de los poderes sociales, políticos e institucionales que propone la Constitución.

Es decir, de acuerdo a lo desarrollado en los párrafos anteriores, *confluyen tres aspectos: (a) derecho penal mínimo y con garantías para los supuestos en que la consecuencia fuera la cárcel; (b) esto puede hacerse sólo ante unos pocos delitos, teniendo en cuenta el equilibrio entre los medios disponibles, en un Estado de derecho; (c) frente a esto, la creación normativa de penalidad se encuentra limitada o de acuerdo a la misma Constitución, y no expuesta a las impresiones y conmociones sociopolíticas.*

En consecuencia, el legislador debe ser *razonable* al momento de creación y modificación en materia penal, respetando los diferentes elementos descriptos anteriormente, que hacen de guía y límite ante la posibilidad de momentos de punición total. Además, puede apuntarse aquí que sería necesario recurrir a otras disciplinas afines a la ciencia política, para integrar distintos ámbitos de estudios; y nunca desconocer ni dejar de lado las referencias propias de un Estado de derecho, respetuoso de los individuos, y de la genealogía e ideología tendientes a la progresividad de los derechos (respetuosa o al menos del actual derecho positivo)³⁷.

³⁷ Debe integrarse el estudio del derecho penal con otras disciplinas cercanas a la política: "[e]n definitiva, la política criminal es resultado de la interdisciplinariedad del derecho penal con la ciencia política y en especial con la ingeniería institucional" (Zaffaroni, Alagia, Slokar, *op. cit.*, p. 149.).