

PERSECUCIÓN PENAL DE LA POBREZA (1)

GUSTAVO L. VITALE

1. REALIDAD OPERATIVA DEL SISTEMA PENAL

La persecución penal de la pobreza como actividad prioritaria del sistema de persecución penal es, ante todo, un dato de su realidad operativa.

1. a. Irracionalidad selectiva

Por un lado, la selectividad propia de todo sistema penal adquiere, en nuestros territorios, niveles enormes de irracionalidad. La mera observación de la realidad no muestra que los sectores sociales que se encuentran criminalizados son —en su amplia mayoría— los excluidos por las políticas de estado: los pobres. La constatación de este dato es bien fácil: basta con recorrer las cárceles, los lugares de detención de contraventores o los llamados “hogares de menores”. Allí encontramos y encontraremos el común denominador que caracteriza a la gran mayoría de la población carcelaria: la pobreza, el abandono, el olvido (es decir, la enorme vulnerabilidad al sistema de persecución penal que es propia de la enorme mayoría de personas encarceladas). El sistema penal, entonces —en una gran medida—, viene funcionando en los hechos como un factor de re-victimización de la pobreza.

1. b. Irracionalidad de la cárcel

Por otra parte, la pena carcelaria (como prototipo de sanción penal argentina) produce efectos deteriorantes terribles en los que la sufren.

(1) Este trabajo tomó como base la conferencia pronunciada por el autor en el *“Primer Congreso de Derecho Penal Mínimo (La desesperanzadora evolución de la política criminal y el derecho penal en Argentina)”*, que tuvo lugar en la ciudad de Córdoba, en la Universidad Blas Pascal, durante los días 24, 25 y 26 de abril del año 2008.

La cárcel —al separar, a quien la padece, de la vida en sociedad y obligarlo a soportar una vida de privaciones, de inseguridad personal y de sufrimientos permanentes— produce efectos desgarradores en la personalidad humana, contribuyendo (en los hechos) al aumento de los niveles de “inseguridad” ciudadana (entendida esta última en términos de “inseguridad de los derechos” —para usar la terminología de Baratta—).

La reclusión carcelaria separa al condenado de la familia, impide el mantenimiento de la fuente laboral remunerada, obstaculiza la formación educativa, funcionando —en la vida real— como un factor de aumento de la criminalidad, fijando el rol de criminalizado en quien la cumple y creando, en suma, condiciones adecuadas para la reiteración de conductas lesivas para terceros.

Si sumamos ambas irracionalidades (la selectiva —persecución prioritaria de pobres— y la de la cárcel —reproducción del delito—) advertimos que la respuesta punitiva funciona, sobre todo en los países más pobres, como un multiplicador de la violencia (y al mismo tiempo de la pobreza).

2. RESPUESTAS POSIBLES FRENTE A LA REALIDAD OPERATIVA

Entre las posibles respuestas estatales frente al funcionamiento real del sistema penal, pueden destacarse dos ámbitos de acción: el político y el jurídico (académico y judicial).

2. a. Políticas

En el ámbito político debe actuarse a través de las políticas públicas, a efectos de disminuir las enormes cuotas de desigualdad social, a fin de lograr la mayor igualdad posible de oportunidades para vivir con dignidad. Aquí cobran singular importancia las políticas vinculadas con el salario, vivienda, alimentación, trabajo, educación, salud. Una mayor equidad social contribuirá, sin duda, a reducir también las cuotas de desigualdad del sistema de persecución delictiva.

2. b. Jurídicas (académicas o judiciales)

Las respuestas jurídicas (a través de las propuestas en el plano académico y de las decisiones de los jueces en los casos concretos de la vida diaria) juegan aquí un papel relevante.

Es que, frente a los desgarradores efectos de la pena de encierro (en instituciones totales) —y reconociendo las consecuencias deterio-

rantes señaladas—, surge la propuesta reduccionista del uso del aparato penal del Estado y, por ende, del uso de la cárcel, propiciándose su utilización prioritaria para los autores de los hechos más aberrantes (fundamentalmente para los delitos cometidos desde el poder o con el apoyo o aquiescencia del aparato estatal —terrorismo de estado; genocidio; desaparición forzada de personas; ataque a una población civil; delitos económicos—).

3. FUNCIÓN POLÍTICA DE LA TEORÍA PENAL

Mientras el poder penal crece, la teoría penal procura (o debe procurar) limitarlo. Es decir, el discurso penal (la teoría penal) debe servir de instrumento para *revertir la creciente expansión de la intervención punitiva* (procurando disminuir los niveles de irracionalidad selectiva —lo que necesita de una persecución penal planificada sobre la base de la exigencia republicana de racionalidad de los actos de gobierno— y reduciendo drásticamente el uso de la pena carcelaria y de sus efectos negativos).

Este compromiso reductor de la violencia punitiva —y de la discriminación con que se la administra en los hechos— es manifestación directa de la función política que la teoría penal debe cumplir en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En este último, el discurso jurídico—penal debe estar al servicio de las *garantías individuales*, previstas en las normas supremas *para poner una firme barrera al poder punitivo* (que busca expandirse a costa de los derechos más elementales de los seres humanos).

4. EL ABOLICIONISMO DE INSTITUCIONES INHUMANAS

Este compromiso político—constitucional de la teoría penal de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho va de la mano de los *postulados de un abolicionismo parcial o restringido*, en cuanto este último lucha contra instituciones que —importando un sufrimiento humano desmedido— no encuentran justificación racional alguna (es decir, no con un *abolicionismo radical de todo el sistema penal*, sino con uno que pretenda terminar definitivamente con ciertos institutos insoportablemente lesivos de derechos humanos).

4. a. La denominada “pena de muerte”

Es así como un derecho penal de mínima intervención debe lograr la abolición, la eliminación total, de la llamada “*pena de muerte*” (en los países en los que, injustificadamente, perdura como acto de poder a favor del exterminio humano programado por el aparato estatal).

4. b. “Tortura”

Igualmente ocurre con la lucha por la desaparición de la *tortura* como instrumento para la investigación delictiva (lucha que se ha enablado exitosamente, aunque persisten en nuestro sistema formas de tormento veladas y sutiles, entre las que cabe citar el caso de la *incomunicación de detenidos* —prohibida en una serie de textos legales precisamente por inhumana, cfr. art. 63 de la Constitución de Neuquén, B.O., 3/3/2006: “quedando rigurosamente prohibida toda incomunicación”)—; la inentendible admisión en algunos ámbitos de la *declaración policial del imputado* —y mucho más del detenido—, que opera como una coacción insoportable para lograr el reconocimiento de los hechos imputados o, al menos, para conseguir ciertas cuotas de “eficacia” de la investigación a través de los dichos así obtenidos; la *ejecución administrativa de la pena carcelaria*, en la que existen ámbitos de indefensión absoluta de los reclusos, como es el caso de los “buzones” o “celdas de castigo” en los que padecen sufrimientos terribles a veces incluso durante tiempos prolongados; la previsión del *juicio abreviado con posibilidad de recuperación de la libertad rápida a costa de la admisión de la responsabilidad penal*, como opción que hace perder toda posibilidad de absolución o de recibir una pena menor o la misma pero sin confesión o admisión de los hechos imputados).

4. c. “Penas corporales”

Tan necesario como lo anterior es el empeño firme por eliminar todo tipo de *penas corporales* (como los suplicios, azotes, amputaciones), aunque hay países que desgraciadamente todavía las aceptan —sin contar con que hoy mismo no están del todo desterradas como consecuencias propias o ínsitas en el cumplimiento de nuestras penas carcelarias en instituciones cerradas—.

4. d. “Prisión sin sentencia firme de condena”

Un derecho penal que pretenda obtener una mínima intervención punitiva debe luchar fervientemente por la eliminación de toda forma de prisión para aquellas personas que, imputadas de delito, se presumen inocentes por nuestras reglas constitucionales; es decir, por la abolición de la mal llamada “*prisión preventiva*”, es decir de la *prisión para no condenados* o del *encarcelamiento de presuntos inocentes*.

Este encierro carcelario importa siempre un uso anticipado de la pena privativa de la libertad, que debe reservarse para el momento en el cual una sentencia de condena adquiere firmeza y no puede ser, por ello, modificada (salvo los excepcionales supuestos de un eventual recurso de revisión posterior a favor del condenado).

El compromiso político y constitucional por la reducción del empleo de la pena (básicamente de la carcelaria) debe incluir, necesariamente, la enérgica condena a los niveles de prisionización hoy existentes en nuestro país (y en el mundo en general) y, en particular, al fenómeno mismo del *preso sin condena*, que en nuestro medio supera normalmente —y a veces en mucho— la mitad de la población carcelaria.

Si tomamos en cuenta los enormes niveles de irracionalidad selectiva con los que opera el sistema de persecución penal (como dijimos, se persigue más que nada a los pobres), queda claro que *el encarcelamiento sin condena es el fenómeno de criminalización de la pobreza más terrible con el que opera nuestro sistema penal*.

5. LA TEORÍA PENAL COMO LÍMITE A LOS PODERES ESTATALES

De esta manera, *la construcción de un discurso penal de mínima intervención* (la lucha contra el expansionismo penal) *debe partir, como única opción, de las normas supremas del Estado* (de la Constitución Nacional y de las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos; cfr. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

El derecho penal mínimo —así elaborado— (un derecho penal entendido como dogmática penal; como construcción de una teoría penal) debe servir como instrumento republicano para limitar el poder estatal; para hacer realidad, en la materia, el principio de “división de poderes”.

En tal sentido, la *teoría penal* debe servir, en primer término, para poner un *límite al legislador* (para que no se legisle —como se lo viene haciendo en nuestro país, sobre todo a través de legislaciones de pretendida “emergencia”— desconociendo los presupuestos constitucionales de la pena estatal).

En segundo lugar, debe cumplir con una función de *limitación del poder de los jueces* (obligándolos a interpretar la ley en concordancia con el bloque de constitucionalidad y, si ello no es posible —y aunque nadie se los pida—, a declarar la inconstitucionalidad de las leyes que no pasen por el filtro de las normas supremas).

Al mismo tiempo, debe permitir el *cuestionamiento constitucional de los actos del poder administrador*, cuando estos no respetan la normativa de mayor jerarquía.

Es decir, la teoría penal debe construirse desde las normas supremas, a partir de ellas, y con el objetivo político de servir de instru-

mento de *control de constitucionalidad* de las leyes, de las decisiones judiciales y de los actos del poder administrador.

6. BASE CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN POLÍTICA REDUCTORA DEL PODER PUNITIVO

La teoría penal al servicio de la mínima intervención punitiva, entonces, deber cumplir la función político—constitucional de limitar, de reducir el poder penal. Esta función no es una mera expresión de deseos, sino que tiene una clara base normativa y, fundamentalmente, constitucional.

6. a. Principios supremos limitadores de la pena estatal.

El *principio de mínima intervención penal* surge de la exigencia constitucional de racionalidad de los actos de gobierno (que implica racionalidad de las penas); de proporcionalidad entre la sanción y el hecho al cual se aplica (ínsito en el anterior y en el principio de *culpabilidad por el hecho*); del principio de *estricta necesidad de las penas* (art. 8 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, de 1789); de la *prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes*; así como del principio de *humanidad* y de *intrascendencia* de las penas. Estas son mínimas condiciones —la mayoría reconocidas ampliamente— a las que se encuentra *legalmente* supeditada la pena estatal y que, por ello mismo, limitan su intervención.

6. b. Principios constitucionales que limitan la caracterización del delito y el contenido del proceso penal.

Además de ello, la injerencia penal está subordinada al respeto de los límites impuestos por los principios constitucionales que deben ser respetados para la configuración del delito como hecho punible y para la realización del juicio previo a la imposición de cualquier pena estatal.

6. b. 1. Caracterización del delito

6. b. 1. a. Necesidad de acción

Por un lado, rige el principio constitucional de *necesaria acción* (“no hay delito ni pena sin acción”). Ello surge claramente del texto del artículo 18 de la Constitución Nacional, al exigir una serie de condiciones para poder llevar adelante un juicio previo al “hecho” del proceso. Igualmente se desprende de la mención expresa a las “acciones” de los hombres en el artículo 19 de nuestra Carta Magna.

Sin embargo, contamos inentendiblemente con *delitos de mera asociación* (como la *asociación ilícita*) o de *simple tenencia* (como la tenencia de drogas), que no cumplen con las exigencias del enunciado principio. El solo ser miembro de una organización o la mera relación de hecho entre una persona y una cosa, no alcanzan para cumplir con esta exigencia suprema de intervención penal mínima (y ello al margen de que la ley ni siguiera exige —en el segundo caso— la prueba de su adquisición o recepción o la comprobación del conocimiento de ellas, así como tampoco requiere la prueba de la omisión de entrega a la autoridad correspondiente). Podemos resaltar, en tal sentido, cómo *el delito de asociación ilícita fue utilizado para perseguir a los huelguistas y a las organizaciones obreras en la Europa del siglo XIX* (2) y cómo sirve, entonces, como medio de persecución penal de los sectores excluidos.

6. b. 1. b. Legalidad penal

Nuestra ley suprema demanda también *legalidad penal* (“no hay delito ni pena sin ley previa que las describa”). La alusión a la ley “anterior” al hecho del proceso, que hace el artículo 18 constitucional, resulta suficiente para admitir la consagración suprema de este principio.

No obstante ello, el legislador penal (limitado por la necesaria *exhaustividad* con la que debe encontrarse descrita en la ley la conducta delictiva, para poder ser comprendida por el destinatario de la prohibición o del mandato de acción —y desconociendo tal requerimiento de la ley suprema—) ha incrementado severamente ciertas escalas penales con *imprecisiones tremendas* e incomprensibles, como es el caso de la referencia a los *abusos sexuales “gravemente ultrajantes”* (que, como la recordada “secuela de juicio” como pretendida causal interruptiva de la prescripción de la acción penal, constituye una categoría verdaderamente indescifrable).

Imprecisiones análogas se dan en el caso de la jurisprudencia que —contra toda exigencia de legalidad estricta— penaliza por robo “*en banda*” a la mera actuación de tres personas en el hecho; o el de aquella jurisprudencia (tan inentendible como mayoritaria) que aplica extensivamente el delito de robo *con armas*, creando un concepto de “*arma impropia*” y criminalizando a los sectores de mayor pobreza —con elevadas penas carcelarias—, *como si robaran con armas*. Para este irrazonable parecer, todo lo que no es arma es tratado como tal, en la medida que aumente el poder ofensivo del autor de cualquier

(2) “La criminalización de la protesta social —El debate Zaffaroni-Pitrola—”, Rumbos, Bs. As., 2008, pág. 30.

delito de robo. Es así como no aceptan límite racional alguno al concepto de arma: todo es arma (hasta el celular que tiene hoy en su poder un vastísimo sector de la población).

Del mismo modo, parte de la teoría penal ha sido construida desde la analogía y, por ende, al margen de la exigencia de legalidad penal. Es lo que ha sucedido con la construcción teórica inentendible de la denominada “*omisión impropia*” o de los llamados *delitos “impropios de omisión”* en las legislaciones que —como la nuestra— no contienen cláusula alguna de equiparación entre acción y omisión (a diferencia de otras). Se ha postulado, fuera de toda lógica, que una norma penal prohibitiva (que por ejemplo prohíbe *matar* y que por ello sólo es base de los delitos de acción —y no de omisión—) puede ser violada precisamente *no matando*. *La mujer que no mata, pero omite hacer algo tan grave como matar* (no evita una muerte, como sucede en el conocido ejemplo de la madre que no amamanta a su bebé para que éste se muera), *pretende ser tratada “como si” lo hubiera matado*, sobre la base de entender que, en tal caso, no amamantar o no salvar al bebé es *valorativamente equiparable* a la acción positiva de causarle la muerte (se postula que no amamantar al bebé debe ser tratado como típico de homicidio del mismo modo que si le hubiera destrozado el cráneo con un hierro). Hay aquí una flagrante lesión a la legalidad penal, proveniente de cierta construcción teórica desconocedora de los límites impuestos por las normas supremas.

De forma semejante se han importado construcciones foráneas alejadas de nuestro texto legal, restringiendo derechos del imputado en forma igualmente lesiva del principio de legalidad penal. Ello ha sucedido con la distinción que suele hacerse entre la llamada *tentativa acabada* y la *inacabada*, a los efectos de recortar el efecto liberador de pena del *desistimiento voluntario de la tentativa* (previsto en el artículo 43 del Código Penal). Es así como, siguiendo postulados teóricos creados sobre la base de otras legislaciones, se ha sostenido que el autor de una tentativa acabada sólo queda eximido de pena cuando, además de desistir de su plan de acción ya comenzado a ejecutarse, se arrepiente activamente evitando el resultado lesivo de su acción (por ejemplo llevando a la víctima a un hospital para ser asistido). En verdad, nuestra ley penal no exige tanto, pues para ella sólo basta con el desistimiento voluntario para liberar de pena al autor de cualquier tentativa (aunque fuera acabada), sin requerir conducta activa alguna que demuestre su “arrepentimiento” o que evite el resultado. Quien dispara contra una zona mortal de otra persona con el propósito de matarla (sin lograr la producción de la muerte), queda liberado de pena por tentativa de homicidio con sólo no seguir disparando su arma contra la víctima con intención homicida, siempre que sea posible continuar con dicha acción (por ejemplo: siempre

que al arma le queden proyectiles disponibles), de modo tal que, pudiendo seguir con la ejecución de su acto, abandona el plan de acción como consecuencia de su propia voluntad. El autor quedaría eximido de pena por tentativa de homicidio aunque, luego del primer disparo, huyera definitivamente del lugar. Este caso, en cambio, sería punible por intento de homicidio si se aplicara la tesis aquí cuestionada, por cuanto para ella no sería suficiente el desistimiento voluntario (de nuestro artículo 43), sino que haría falta un recaudo no previsto en la ley penal argentina: el “arrepentimiento activo”. Distinto sería el caso de la equiparación —*por analogía en favor del imputado*— de un *arrepentimiento activo* con un mero *desistimiento*, para liberar de pena al autor de tentativa en la que el autor no sólo hizo ya todo lo *suficiente* para producir el resultado típico (para matar, por ejemplo), sino que *no tiene posibilidad alguna de seguir ejecutando el plan de acción* (por ejemplo porque su arma de fuego no tiene más proyectiles). En este último caso, la admisión liberadora de pena de la conducta tendiente a evitar el resultado típico (en este ejemplo tendiente a evitar la muerte), pese a haber efectuado ya todos los tramos de acción suficientes y posibles para consumir su hecho, importa la aplicación de la ley a un supuesto análogo pero en favor del imputado —por darse en él razones semejantes a las tomadas en consideración para ofrecer la no punibilidad a quien abandona voluntariamente su plan de acción—.

Algo parecido se ha presentado con la defensa de la extraña categoría del denominado “*dolo eventual*”, el cual no puede ser construido conceptualmente a partir del artículo 42 del Código Penal (que es la disposición legal de la cual suele ser deducido), ya que esta norma requiere el obrar con el “fin” de cometer un delito determinado, utilizándose el término “fin” como sinónimo de “intención” o “propósito”. Tampoco puede ser elaborado tal concepto a partir del texto del artículo 34 inc. 1 del Código Penal, como reverso del error o ignorancia de hecho, pues la contrapartida de estos errores es el conocimiento de la efectiva concurrencia de una circunstancia fáctica descrita en el tipo penal, no bastando con el conocimiento de la mera *posibilidad* de que se produzca tal circunstancia como consecuencia de la acción. Por el contrario, una teoría penal que parta del texto de nuestras normas supremas y, a partir de ellas, del de la ley penal de inferior jerarquía, debe considerar (como exigencia de legalidad penal) el texto del artículo 278 inc. 2 del Código Penal argentino relativo al encubrimiento (texto vetado por el decreto N° 370/2000, B. O. 10/5/2000), en cuanto hace expresa mención a la categoría de la “temeridad o imprudencia grave”, que comprende lo que usualmente se presenta hoy como “*dolo eventual*”. Más allá del veto del Poder Ejecutivo, su sola mención en el texto inicial de la ley 25.246 (B. O. 10/5/2000) muestra la voluntad del legislador de acuñar, con una es-

cala penal mucho menor a la prevista para el mismo acto doloso, una categoría comprensiva de aquella cuestionable clase de “dolo” considerada aquí como “culpa grave”. Lo que no puede discutirse es, como mínimo, la mayor cercanía del llamado “dolo eventual” con la *culpa* que con el *dolo*, por cuanto en él el autor no busca el resultado típico, sino que este último se produce por haber actuado el autor a pesar de representarse como *posible* dicho resultado (que para el autor podía ocasionarse o no) sin hacer nada para evitarlo. Para el autor, el resultado típico *podía o no darse*, representándose en la mente la mera *posibilidad* de su producción. Tanto se parece más a la *culpa* que al *dolo* que, aún para los partidarios de la categoría del “dolo eventual”, siempre resultó enormemente dificultosa su diferenciación con la culpa conciente o con representación. Precisamente por su difícil e imprecisa distinción entre “dolo eventual” y culpa con representación es que, como mínimo por aplicación del principio *pro homine* (art. 29, CADH), el llamado “dolo eventual” debe ser tratado como un supuesto de *culpa grave*. Es que, de otro modo, se llega al absurdo de tratar un caso limítrofe con la culpa con una escala penal *demasiado superior* a la prevista para la forma culposa de comisión del hecho, mientras que, al mismo tiempo, otro caso también ubicable en esa zona gris, por ser calificado como culposo, resulta punible de un modo *demasiado* menor que el primero. Para dar un ejemplo: si el homicidio es doloso puede ser penado con privación de libertad de 8 a 25 años o con pena carcelaria perpetua; si es culposo con pena privativa de libertad mínima de 6 meses. ¿Puede entenderse que dos casos no demasiado distintos sean sancionados con penas tan diferentes? ¿Puede entenderse que uno sea condenado a la pena mínima de 6 meses de cárcel, mientras que otro, en un supuesto muy similar pero calificado como doloso con “dolo eventual”, resulte condenado al mínimo de 8 años de la misma pena? Los casos son *muy* parecidos pero las penas *demasiado* diferentes. En suma, aceptar la posibilidad de un resultado típico lesivo implica permitir que dicho resultado se produzca o no, lo que es *bien* diferente a *buscar o perseguir* la producción de ese daño. Esa marcada diferencia demanda, en la ley, la aplicación de penas bien distintas. Por el contrario, la aceptación de una posibilidad *mayor* de producción de un resultado típico requiere una pena algo más severa que la aceptación de una posibilidad *menor*, pero siempre dentro de la escala penal prevista legalmente para la producción *culposa* de dicho resultado. Las penas no pueden ser aquí demasiado distintas. La construcción *contra legem* de la categoría del llamado “dolo eventual” importa, entonces, tratar con la pena mucho más severa del *dolo* a quien obra *culposamente* o, como mínimo, de un modo más cercano a la *culpa* que al *dolo* (esta es, al menos, la situación punitiva actual en la legislación penal argentina).

La *imputación penal de verdaderas formas de manifestación de la protesta social* (ej. casos de cortes de ruta), es otro modo de criminalización inaceptable de la pobreza, en la cual *la mayor violencia la constituye* el propio proceso penal (en el que se utiliza *la llamada "prisión preventiva"* —el encarcelamiento de no condenados, de presuntos inocentes— como medio de penalización efectiva de pobres e inocentes). En este ámbito se advierte nítidamente la discriminación con la que opera el sistema de persecución penal, que conculca básicamente el derecho a la protesta, a la libertad de expresión, de opinión, de reunión, de asociación, de los sectores sociales más postergados que reclaman mejores condiciones de vida (mientras no hace lo mismo, ni de la misma manera, frente a protestas —incluso más enérgicas— protagonizadas por los sectores de mayor poder económico —como ha sucedido en nuestro país con los reclamos efectuados por los sectores del campo en el presente año 2008, que no se han limitado a cortar rutas, muchas veces en forma violenta, sino que lo han hecho con el objetivo político de crear una sensación de caos que pudiera servir para debilitar o para hacer caer al gobierno constitucionalmente elegido).

6. b. 1. c. Principio de reserva

El principio de *reserva* —consustancial con el reclamo de mínima intervención penal— asegura una zona de imposible intervención punitiva estatal para todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido. El artículo 19 de la Constitución Nacional concluye admitiendo la reserva de un ámbito de permisión de todo aquello no prohibido expresamente por las normas jurídicas del Estado (*lo no prohibido en forma expresa por el Estado, le está permitido al individuo*).

A pesar de fijarse allí la *norma general de la permisión de acciones a los seres humanos y, consecuentemente, la prohibición excepcional de sus conductas (y excepcionalísima cuando nos encontramos en el ámbito penal)*, nos invade una *onda expansiva* que parece tergiversar el principio. *Ya es difícil encontrar acciones dañosas no delictivas* (e incluso advertimos la existencia de muchas acciones calificadas de delito que son verdaderamente inofensivas). *Hay, desgraciadamente, una inflación penal contraria al principio de intervención penal mínima*, que se ha venido asentando de la mano de importantes cuotas de demagogia sobre todo de nuestros políticos, que han echado mano al aumento de las penas para dar respuesta a cualquier crítica circunstancial de ciertos grupos comunitarios, dando la seria impresión de responder a un interés sobre todo electoralista. El ejemplo de Blumberg —padre de un joven brutalmente asesinado en el contexto de un secuestro extorsivo—, sentado en el Congreso de la Nación, prácticamente dictando el contenido de una de las tantas reformas represivas

efectuadas a nuestro Código Penal (que, por ejemplo, aumentaron la pena del abigeato por encima, en ciertos casos, de la tentativa de homicidio), es un fenómeno vergonzoso que muestra la degradación que se produce en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho cuando no se adopta una política criminal (pero, sobre todo, cuando no se adopta una política criminal comprometida con la exigencia constitucional de mínima intervención punitiva).

6. b. 1. d. Principio de lesividad

El artículo 19 de la Constitución Nacional consagra, sabiamente, el principio de *lesividad* o de *ofensividad*, según el cual las acciones delictivas, susceptibles de ser atrapadas por la autoridad de los magistrados, son aquellas que ofenden al orden y a la moral pública, perjudicando a un tercero. No hay delito ni pena sin acción humana perjudicial para un tercero.

Si bien nuestra Ley Fundamental acuñó el señalado principio limitador al poder punitivo, a fin de no penalizar meras infracciones a las normas del Estado (que pudieran no contener necesariamente conductas dañosas para terceros), el legislador penal ha pretendido convertir en delito y, en consecuencia, en conducta punible (en la mayoría de los casos con pena privativa de la libertad) los que denomina “*delitos imposibles*” —artículo 44 del Código Penal—, que son entendidos —en general— como supuestos en los cuales la lesión o la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico (entendido como el ámbito de disponibilidad de un derecho por parte de un tercero) no son posibles de alcanzar. Si bien se discute el alcance de tal categoría “delictual”, se consideran comprendidos en ella los casos de acciones humanas comenzadas a ejecutarse de tal modo o en tales circunstancias que es posible afirmar que nunca pudieron haber dado lugar a la consumación; nunca pudieron haber generado un real peligro de afectación del ámbito de disponibilidad de un derecho ajeno, ni tampoco, obviamente, pudieron producir daño alguno a terceras personas. Son supuestos “delitos” sin daño posible. Son, en definitiva, casos de punibilidad previstos en la ley sin lesividad alguna y, por ello, supuestos de punibilidad inconstitucionales, por contrarios a la exigencia constitucional de lesividad. La única vía de salvar la constitucionalidad de los “delitos imposibles” sería interpretarlos como casos en los que el delito nació posible y luego, durante la ejecución, se volvió de imposible consumación (como lo hacen Zaffaroni, Alagia y Slokar, aunque no pareciera concordar su postura con los ejemplos que brindan, que más bien parecen ser casos de imposibilidad de lesión alguna desde el comienzo de los actos ejecutivos y, por ello, de previsión legal de delitos sin daño —de inconstitucionalidad por transgresión al principio constitucional de lesividad—.

Algo similar ocurre con los denominados “*delitos de peligro abstracto*”, que son aquellos en los cuales el legislador quiso penalizar peligros de lesiones a bienes jurídicos de terceros pero en forma presumida —es decir, sin necesidad de prueba acerca de la concurrencia de dicho peligro—. Es lo que sucede con la punición de la tenencia de ciertos objetos, ya que la sola prueba de la tenencia hace presumir, para la ley, su lesividad (en este caso el peligro de daño a terceros). Si se invoca la falta de lesividad para terceros de una tenencia, habría que probarla, con lo cual se produce una ilegítima inversión de la “carga de la prueba”, haciendo pesar sobre el imputado la prueba de la falta de lesividad (la inexistencia de peligro de cierta y determinada tenencia, por ejemplo de drogas), cuando el principio constitucional de presunción de inocencia demanda precisamente lo contrario (es decir, reclama —como presupuesto necesario para destruir la presunción de inocencia— la prueba por parte del persecutor de todas y de cada una de las condiciones de la pena estatal, de forma tal que la falta de prueba de alguna de ellas exige necesariamente la absolución del imputado).

También afectan el principio de lesividad los *delitos de opinión*, como es el caso de la *injuria, calumnia* o *apología del crimen*. Ellos describen el ejercicio del derecho a opinar, que es consustancial con el pluralismo propio de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho que respete la libertad de expresión y que prevea —como lo hace nuestra Constitución Nacional— el derecho a réplica (para neutralizar cualquier posible ofensa por medio de la palabra).

6. b. 1. e. Principio de responsabilidad subjetiva

En el ámbito penal rige el principio de *responsabilidad subjetiva*, según el cual no hay delito ni pena sin dolo o, al menos, culpa. No hay responsabilidad penal por la mera producción del resultado lesivo previsto en el tipo.

Pese a la claridad del referido principio político limitador de la pena estatal —y de las razones de justicia en las que se funda—, la ley penal argentina ha descripto ciertos tipos penales como si estuvieran referidos a la mera producción de un resultado lesivo no buscado ni aceptado como posible por el autor.

Eso ocurre, por ejemplo, al describir la ley argentina el delito de *homicidio preterintencional*, en el artículo 81, inc. 1, b del Código Penal, que penaliza a quien, “con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, *produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte*”. De allí que habitualmente se ofrezcan ejemplos de homicidios preterintencionales que, en verdad, son claramente atípicos, importando la

afirmación de la tipicidad una aplicación de la proscripta responsabilidad penal objetiva o por la mera producción de un resultado. Uno de esos ejemplos es el de quien, en una pelea callejera, aplica un golpe de puño a otro, de modo tal que este último cae al piso y muere al golpearse con una piedra. Ese ejemplo es, precisamente, muy lejano al homicidio preterintencional, pues, sea cual sea la descripción legal que se haya utilizado, la muerte fue, en el caso dado, producida por caso fortuito (fue imprevisible). La muerte siempre debe ser atribuida al obrar *culposo* del autor (ella no puede ser la mera consecuencia de la “mala suerte”). Hubiera sido más claro acudir, en estos casos, a la aplicación de las reglas del concurso (en este supuesto en particular entre lesiones dolosas y homicidio culposo). Sin embargo, la señalada descripción legal del homicidio preterintencional crea el peligro de interpretación literal contraria al principio constitucional de responsabilidad penal subjetiva (tal como lo demuestra el ejemplo citado, en el que suele aplicarse mal la figura en cuestión).

Lo mismo ocurre con todos los *delitos agravados por la producción de un resultado más grave que el buscado* (“si se produjere la muerte...”). En ellos se crea el riesgo de interpretación literal lesiva de este principio, que prohíbe la responsabilidad penal meramente objetiva. Igualmente aquí bastaba con dejar que dichas situaciones sean resueltas por aplicación de las reglas concursales (abandono de personas y homicidio culposo; envenenamiento de aguas y homicidio culposo; etc.).

También se violenta el principio de responsabilidad penal subjetiva con la admisión de la categoría de la llamada *culpa inconsciente*, en la cual el autor ni siquiera se representa la posibilidad de producción del resultado típico. Sin dicha representación, se termina atribuyendo al autor la producción objetiva del resultado lesivo (algo que no se representó mentalmente no pudo evitarse). Por ello, una teoría penal al servicio de la mínima intervención punitiva debe restringir la punibilidad a los casos de culpa consciente, que es la única culpa admisible en un derecho penal constitucional que respete el límite de la responsabilidad subjetiva.

6. b. 1. f. Principio de culpabilidad por el hecho

Rige en nuestro derecho penal el principio constitucional de *culpabilidad por el hecho*. La ley penal debe ser anterior al hecho del proceso para permitir su conocimiento y comprensión, como un modo de posibilitar que los destinatarios de las prohibiciones y mandatos se contra—motiven en ellos. No hay delito ni pena sin posibilidad de contra—motivación en las normas penales; sin un mínimo de libertad exigible; sin que al autor de un hecho ilícito penal le haya sido exigible un obrar diferente.

Mientras ello se repite incansablemente —con base en el artículo 18 de la Constitución Nacional—, inentendiblemente se desconoce en general la *no exigibilidad de otra conducta como causa general, suprallegal y constitucional de inculpabilidad*.

También de modo incomprensible se sigue aplicando masivamente la “*reincidencia*” como agravante de la situación punitiva del autor (reprochándole su vida anterior al hecho y no su acción, además de reprochar dos veces el hecho anterior por el cual ya cumplió su respectiva penalidad).

Con igual falta de justicia todavía se pretende —en una buena medida— desconocer el necesario efecto excusante del *error de derecho*, en la medida en que éste impida, en el caso concreto, comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones.

De un modo semejante se desconoce la culpabilidad por el hecho cuando se reprocha la acción que se vio obligado a realizar, en estado de necesidad, quien sin embargo antes provocó no intencionalmente tal situación (es lo que ocurre cuando, contra el texto legal, se exige que la inculpabilidad por *estado de necesidad disculpante* se encuentre supeditada a la falta de provocación del estado de necesidad por quien luego pretende invocarlo [debe advertirse, en tal sentido, que el artículo 34 inc. 2, segunda parte, del Código Penal —*no es punible el que obrare violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente*— no exige la falta de provocación de quien luego debe obrar en un real estado de necesidad]. Por ello, el estado de necesidad como causa de inculpabilidad —a diferencia del estado de necesidad justificante— no requiere, en el texto legal, que el autor sea ajeno a la situación de necesidad en la que luego obra no quedándole otra alternativa que defenderse de ese modo). Por ello es que parte de la teoría penal elaborada, en relación a este tema, desconoce las exigencias mínimas del principio constitucional de culpabilidad por el hecho, exigiendo, además, condiciones que ni siquiera demanda nuestro texto legal (poniéndose en juego también la ya señalada legalidad penal).

6. b. 1. g. Principio de responsabilidad penal personal

Paralelamente al reconocimiento indiscutido del principio constitucional de *responsabilidad personal por el hecho propio y no por el hecho ajeno* (derivado tanto del texto del artículo 18 —habitante penado por el hecho— como del artículo 19 —acciones de los hombres—), existen descripciones legales que han dado lugar a desconocimientos groseros del mentado principio.

Es lo que ha ocurrido en Argentina —y en parte sigue sucediendo— con el *delito de “homicidio en ocasión del robo” o también deno-*

minado “robo con homicidio”, previsto en el artículo 165 del Código Penal. Tal disposición penaliza el caso en el cual, con motivo u ocasión de un robo, “resultare un homicidio”. Más allá de que los homicidios no “resultan”, sino que se “cometen”, lo grave de la cuestión es que ha existido —y existe todavía— jurisprudencia bochornosa para la cual el autor del homicidio (atribuido por la ley al autor del robo) no debe ser necesariamente el autor del robo, sino que basta con que, en el contexto de un robo, alguien (cualquier persona) mate a otro, aunque el autor del robo no haya siquiera comenzado a realizar acción alguna dirigida a terminar con la vida de un tercero. Se ha dicho, aunque parezca una broma de mal gusto, que los autores de un robo deben cargar con el homicidio que haya cometido cualquier tercero con motivo u ocasión del primero de los delitos mencionados. Por ejemplo, si varias personas se encuentran robando en una estación de servicio y llega la policía al lugar, produciéndose un tiroteo, a tales autores (de robo) debe imputarse la muerte que un policía ocasionó a un transeúnte que pasaba por el lugar. También se ha sostenido que todos los autores de robo responden no sólo por el robo ejecutado en común, sino también por la acción homicida que uno solo de ellos realizó contra la víctima del robo, aunque los otros no hayan participado en tal realización. Cualquiera de estos criterios lesiona en forma evidente el principio constitucional de responsabilidad penal por el hecho propio y no por la acción ajena, permitiendo una expansión ilegítima de la respuesta punitiva estatal. (Esta violación constitucional fue cometida, incluso, por altos tribunales de nuestro país, como es el caso de la *Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires* [al menos hasta el caso *Méndez, G. N., causa P. 74.499, del 17 de marzo del 2004; Acuerdo 2078*, en el cual absolvió a la imputada en relación al homicidio, por haber sido sólo coautora de un robo en cuya ocasión otro coimputado —del mismo robo— cometió un homicidio]).

6. b. 1. h. Punibilidad por estricta necesidad de la pena

El principio de *estricta necesidad de la pena*, como presupuesto de imposición de una pena legítima, está contenido ya en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, según el cual “*la ley no debe establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias*”. Esta declaración ha sido una de las fuentes del constitucionalismo moderno, que la comprende en las propias exigencias de racionalidad de los actos de gobierno —como uno de los principios básicos de una república—.

Sin embargo, las leyes penales argentinas establecen numerosas penas desproporcionadamente severas e innecesarias, constituyendo en muchos casos verdaderas sanciones crueles, inhumanas o degradantes. Piénsese, entre los numerosos casos, en las gravísimas penas

carcelarias previstas para el que mata a un miembro de una fuerza de seguridad (prisión perpetua —cfr. art. 80 inc. 8, del Código Penal, incorporado por ley 25.601, B.O.: 11/6/2002—) o para el que roba ganado (4 a 10 años de prisión —cfr. art. 167 quáter, inc. 1, del Código Penal, agregado por ley 25.890, B.O.: 21/5/2004—) o hurta ganado participando 3 o más personas en el hecho (cfr. art. 167 quáter, inc. 6, del Código Penal, según ley 25.890). En verdad, en la mayoría de los casos este principio sirve para *fixar judicialmente una pena menor al mínimo de la escala legal*, toda vez que la mínima establecida en la ley no sea estricta y evidentemente necesaria, pudiendo recurrirse a una menos severa. También permite, entre tantos ejemplos, *excluir la punibilidad de los casos de la llamada “pena natural”* en los que se demuestre que el daño o el sufrimiento causado por el delito al autor mismo es ya suficiente pena (lo que hace innecesaria la imposición de la legal).

6. b. 2. Contenido del proceso penal

Lo mismo ocurre con todos los principios que condicionan la legitimidad constitucional del necesario *juicio previo* a la imposición de una pena (*“nadie puede ser penado sin juicio previo”*; cfr. art. 18, Constitución Nacional).

6. b. 2. a. Prisión sin condena

Ya, desde el vamos, si el juicio necesario para justificar la pena debe ser llevado a cabo *antes* de la imposición de esta última, lo primero que violenta esta exigencia constitucional es la admisión —tan masiva como preocupante— del instituto de la *engañosamente denominada “prisión preventiva”* (categoría con la que se designa al fenómeno de la *anticipación del cumplimiento de la pena de encierro carcelario* o, como lo hemos denominado en varias ocasiones, el *encarcelamiento de personas que la ley presume inocentes*). El instituto, como dijimos antes (cfr. 4.d.), violenta el sistema de garantías ya desde el momento en que importa el cumplimiento de una pena carcelaria (aunque se la denomine de otro modo) sin que haya concluido el juicio que, por imposición constitucional, debe ser “previo” a su imposición. Es precisamente la *prisión durante el proceso penal* lo que más claramente y de manera indiscutida importa brindar a un imputado un trato de culpable, a pesar de que el discurso jurídico viene afirmando que nos rige el principio constitucional de *presunción de inocencia* (al menos así, como *presunción*, se encuentra previsto el principio de inocencia en las Declaraciones y Convenciones Americanas e Internacionales de Derechos Humanos). La terrible nocividad del encierro carcelario de seres humanos hace que este instituto, además de distorsionar el contenido constitucional del juicio previo

fundado en ley, constituye un factor altamente perturbador del sistema de garantías penales —que atenta mortalmente contra las políticas de intervención penal mínima—.

6. b. 2. b. Incongruencia

Existe otro enfrentamiento entre las demandas de mínima intervención penal y la realidad operativa del sistema de enjuiciamiento en materia de *congruencia entre acusación, defensa, prueba y sentencia*.

Mientras se afirma la base constitucional de tal principio procesal (como parte inescindible del debido proceso legal —art. 18, Constitución Nacional—), *se vienen imponiendo*, permanentemente, *penas más severas que las requeridas por el fiscal*, afectándose la imprescindible congruencia aludida y, como parte de ella, la garantía de la defensa en juicio. Es claro que respecto de penas más graves que las peticionadas por el acusador no pudo haberse ejercido la defensa, entendida como refutación de la hipótesis acusatoria. La imposición de una pena mayor a la reclamada por el fiscal es violatoria del nombrado principio y, como tal, debe ser severamente cuestionada en el contexto de una teoría penal propia de un Estado Constitucional de Derecho.

6. b. 2. c. “Jueces sin garantías de imparcialidad”

Es común en el estado actual de la teoría procesal la exigencia de *separación entre el órgano investigador y eventual acusador*, por un lado, y *el juzgador*, por el otro. Ella es consustancial con un proceso penal de corte acusatorio, respetuoso de la imparcialidad del juzgador y de la defensa en juicio. Sólo se puede ser imparcial cuando no se recolectó la prueba en base a la cual ha de basarse la sentencia. Sólo se puede ejercer la defensa en juicio, con mínima eficacia, frente a un juez que no comandó la investigación en base a la cual se formula la acusación.

Si bien esta separación aparece como imprescindible en el marco del proceso penal de un Estado Constitucional de Derecho, inentendiblemente existen todavía —en ciertos ámbitos— los llamados “*jueces de instrucción*”, a quienes se les exige legalmente el cumplimiento de funciones incompatibles entre sí (investigar y resolver al mismo tiempo), por lo cual la constitucionalidad de los procesos penales así llevados a cabo se encuentra herida de muerte y debe ser seriamente puesta en cuestión.

Tampoco se entiende que aún existan *órganos judiciales* (aunque cada vez menos) *que intervengan en todas las etapas del proceso*

(tanto en la investigación como en el debate oral de la causa), pues la imparcialidad propia de los jueces de juicio aparece aquí como inalcanzable, por encontrarse contaminados o condicionados por su actuación en la etapa anterior. La Corte Suprema de Justicia de la Nación —en su actual composición— ha puesto, al respecto, las cosas en su lugar (CSJN, "Venezia, Daniel Alberto s/ asociación ilícita en calidad de jefe u organizador", del 19 de octubre de 2004).

6. b. 2. d. Violaciones a la defensa en juicio

Entre las transgresiones a la inviolabilidad de la defensa en juicio pueden mencionarse las siguientes:

Desconocimiento de los recursos "in pauperis". Mientras la garantía de *inviolabilidad de la defensa en juicio* ha sido consagrada constitucionalmente tanto en su aspecto *técnico* (actuación de un defensor penal a favor del la persona sometida a proceso) como *personal* (actuación del propio imputado en el proceso), todavía existen situaciones de verdadera indefensión en los casos en los que la defensa técnica (oficial o particular) no presenta los recursos legales contra las sentencias condenatorias o contra los rechazos de los recursos interpuestos. Ello tiene lugar cuando el imputado —notificado personalmente de las decisiones adversas— manifiesta su voluntad de recurrirlas a pesar de la falta de impugnación por parte de la defensa técnica, y los jueces rechazan su recurso por considerar que ha sido presentado fuera de término, como si ellos no tuvieran su propio plazo para recurrir —independiente del de la defensa—. Lo mismo ocurre cuando el imputado no ha sido notificado nunca de tales resoluciones en forma personal y manifiesta del modo que puede su voluntad recursiva. En tal sentido, ha sido también la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en su actual composición— quien ha puesto remedio a la cuestión, admitiendo la *interposición de recursos sin exigencia de forma alguna —en forma pauperis—* mientras las decisiones que afectan a los imputados no les hubieran sido notificadas en forma *personal* (o luego de ello), con independencia de la notificación al defensor técnico (CSJN, Dubra, David D. y otro, del 21/09/2004). Los plazos para interponer recursos, entonces, comienzan a correr, para el imputado, desde que se les notificó *personalmente* las decisiones adversas. La defensa técnica tiene, en cambio, su propio plazo. A pesar del aludido criterio del más alto tribunal del país, existen aún decisiones judiciales que —con notoria injusticia— pretenden seguir manteniendo al imputado en la situación de indefensión que la Corte procura subsanar, rechazando los recursos *in pauperis*.

Violación al "ne bis in idem" y a la naturaleza del recurso contra la sentencia como derecho del imputado. Por otra parte, no obstan-

te la previsión constitucional de los *recursos* contra la sentencia de condena como *derechos del imputado frente al poder de persecución penal del Estado* (arts. 75 inc. 22 de la CN, 8 de la CADH y 14 del PIDC y P) y no como instrumentos del poder penal persecutorio para volver a intentar la condena del imputado o para lograr una más severa, las leyes procesales en general —y una buena parte del pensamiento procesal penal actual— reconocen recurso al acusador en contra de la sentencia absolutoria o en contra de la condena con el fin de lograr una pena mayor. Este criterio —seguido todavía por la mayoría de la jurisprudencia argentina— no sólo lesiona la caracterización de los recursos contra las sentencias definitivas como *derechos del imputado*, sino que afecta directamente el principio constitucional del *ne bis in idem*, por permitir que —en base a tales medios de impugnación— los imputados vuelvan a ser juzgados tantas veces como lo permita la extensión de su vida (pues luego de anulada una sentencia en virtud de un recurso del fiscal, y luego de dictado un nuevo fallo en otro enjuiciamiento oral, procedería un nuevo recurso también del acusador, con el fin de anular la sentencia dictada en ese segundo juicio, lo que provocaría un tercer juicio oral y una nueva decisión definitiva, con el consiguiente recurso de las partes y así sucesivamente). Cabe aclarar que cada nuevo juicio oral no es, en verdad, una simple nueva instancia del mismo proceso, sino que constituye directamente un nuevo juzgamiento (un nuevo proceso), con el consiguiente renacimiento de sucesivos riesgos de condena (que sólo serán suspendidos por cada una de las sentencias hasta el momento de la eventual interposición de un nuevo recurso, de la realización del correspondiente juicio oral y del pronunciamiento de una nueva sentencia—. Si la sentencia absolutoria, en lugar de ser anulada en base al recurso del acusador, fuera transformada en una condena, siempre tendrá el imputado derecho a recurrirla, a fin de obtener su absolución, de modo tal que, si ella es obtenida, podría ser nuevamente impugnada por el acusador, *asegurándose al imputado la tranquilidad de la cosa juzgada conjuntamente con el momento de su muerte*.

Los aspectos señalados son sólo algunos de los tantos ejemplos de discordancia entre la teoría comprometida con el sistema de garantías supremas, por un lado, y, por otro, la posición represiva de aquellos que pretenden expandir la respuesta punitiva del Estado hasta límites inalcanzables.

7. LAS DOS CARAS DEL DISCURSO PENAL DE GARANTÍAS

Para contrarrestar la criminalización masiva de la pobreza (propia de nuestros sistemas penales) debe prestarse atención a las *dos caras o dos facetas en las que debe manifestarse un sistema de perse-*

cución penal que responda al principio de mínima intervención punitiva —en defensa de los sectores excluidos—: 1º) una se manifiesta en el ámbito de los delitos convencionales, tradicionales o de persecución cotidiana y 2º) otra en la esfera de los delitos no convencionales o de persecución excepcional.

7. a. Delitos convencionales

En el ámbito de los *delitos convencionales* el poder penal se ejerce del modo más represivo, pues en él se manifiesta más terriblemente la irracionalidad selectiva con la que opera el sistema penal. Aquí se pone en evidencia el funcionamiento discriminatorio del poder de persecución penal, que se dirige fundamentalmente contra los sectores sociales más desfavorecidos.

De allí que, en este ámbito, se hacen necesarias en muchos casos *medidas menos severas que las penas carcelarias*.

Una de ellas es la *descriminalización* de conductas que no se justifican como delitos o que, como mínimo, resultan sumamente problemáticos desde el punto de vista constitucional (como es el caso, entre otros, del daño, las amenazas, la injuria, la calumnia, la apología del crimen, la desobediencia a una orden judicial, la asociación ilícita o la tenencia de drogas para consumo personal).

Igualmente ocurre con la *despenalización* de ciertos actos, entendiéndose por tal el reemplazo de penas más severas por otras más leves (revistiendo particular importancia la sustitución de las penas privativas de la libertad, para numerosos delitos, por otras menos dramáticas —por ejemplo por penas pecuniarias para delitos patrimoniales o por penas terapéuticas para delitos contra la salud o integridad corporal o para delitos sexuales sobre todo cometidos en el ámbito familiar).

Aquí cobra particular vigor el reclamo constante del pensamiento penal a favor de la implementación de *medidas de enfrentamiento de conflictos alternativas al proceso penal tradicional, a la condena y a la pena carcelaria*.

Entre ellas se destacan:

- la previsión legal de *criterios de oportunidad procesal* que permitan optimizar los recursos penales de un modo planificado (en forma mucho más amplia a la prevista en algunos códigos procesales penales de la actualidad argentina);
- la aplicación de la *suspensión del proceso penal a prueba* con la mayor amplitud posible (sobre todo a partir del fallo Acosta

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que adoptó la tesis amplia, que reconoce en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal un supuesto independiente de admisibilidad del instituto —A.2186, XLI, Recurso de hecho, Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, 1° párrafo, ley 23.737, Causa N° 28/05, del 23 de abril de 2008—;

- la implementación de mecanismos de gran utilidad como la *mediación*, la *conciliación*, la *reparación del daño* o el *aumento de la cantidad de delitos de acción privada y de acción pública dependientes de instancia privada*.

7. b. Delitos no convencionales

En la esfera de los *delitos no convencionales*, la cuestión es diferente, por cuanto aquí la puesta en marcha del aparato punitivo estatal no resulta cotidiana, sino que, por el contrario, aparece en general como algo excepcional, a tal punto que, cuando sucede, se ponen en evidencia las regulaciones legales más benignas que paradójicamente rigen en esta materia. Es que los autores de estos delitos pertenecen a los sectores más cercanos al poder, por lo que resultan ser altamente invulnerables al sistema de persecución punitiva. Todo ello ocurre a pesar de que éstos sean, en general, delitos sumamente graves, como el caso de los delitos económicos —normalmente vinculados a la actividad empresaria—, los delitos relacionados con el terrorismo de Estado (desaparición forzada de personas; genocidio; ataque a una población civil; provocación de guerra), para dar algunos ejemplos.

Por ello es que, a diferencia de la faceta anterior, aquí hace falta recurrir a la *creación de ciertos tipos penales* (paralela a la mencionada descriminalización de los del primer ámbito). Es el caso del delito de desaparición forzada de personas o del genocidio, no previstos en el texto actual del Código Penal argentino.

También es conveniente aquí *acentuar el recurso a la pena privativa de la libertad respecto de los delitos más aberrantes* cometidos con la aquiescencia del poder estatal (en forma paralela a la citada despenalización de los delitos convencionales).

Igualmente deben preverse, para estos delitos, *plazos legales más extensos de prescripción de la acción penal o de la pena e, incluso, en algunos casos, la imprescriptibilidad* (de conformidad con la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, Naciones Unidas, 1968).

Por otra parte, resulta propia de este ámbito la previsión legal de *reglas procesales que permitan mayor eficacia en la persecución y penalización de esta criminalidad* (como es el caso de los plazos más

extensos de duración de la etapa investigativa o de la prohibición de salir del domicilio como medida cautelar de los fines del proceso penal —medida esta última que no se identifica sustancialmente con la pena carcelaria de posible aplicación luego de culminado el proceso—).

Estas demandas, que producen cierta “contra—selectividad”, hacen posible la mínima intervención penal tan reclamada, permitiendo que el sistema penal dirija sus esfuerzos a investigar y, eventualmente, penalizar a los autores de los delitos más graves, crueles y aberrantes, disminuyendo el peso punitivo que viven soportando los sectores sociales más excluidos.

8. EL DISCURSO DE GARANTÍAS COMO DISCURSO DE RESISTENCIA

El enfrentamiento de un sistema que —prioritaria y masivamente— criminaliza la pobreza (debido, sobre todo, a la discriminación con la que funciona) necesita de un discurso penal garantista (construido desde las supremas garantías ciudadanas) que opere como un verdadero *discurso de resistencia*.

Cabe preguntarnos, entonces: *¿es un discurso de resistencia frente a quién o frente a qué?*

8. a. En primer lugar, la teoría penal constitucionalmente elaborada es un discurso de resistencia *frente a los medios masivos de comunicación* (que suelen responder a intereses empresariales). Es éste un gran desafío de los juristas, sobre todo por el desmedido poder de los medios en la configuración social de la llamada “inseguridad” ciudadana. Ellos crean, en enormes capas de la población, sensaciones tremendas de temor a la delincuencia de los criminalizados (de los pertenecientes al primero de los ámbitos: al de los delitos convencionales, de persecución cotidiana —al que pertenece la mayoría de los consumidores de la “opinión publicada”—). Pero, además, es un gran desafío que los juristas dejemos de preocuparnos *sólo* por la lucha *académica* (que es necesaria y provechosa, pero que sin embargo no es para nada *suficiente* para la eficacia de un programa de intervención penal mínima). Es hora que pensemos en el modo de llegar a la gente “común”, a los que no son estudiantes de abogacía ni abogados penalistas, con un discurso humanitario que proponga enfrentar los problemas sociales con las más diversas medidas (sobre todo relativas a las políticas públicas —de educación, salud, vivienda, alimentación, trabajo—), reservando la violencia punitiva para los hechos más crueles e insoportables. Para eso es necesario efectuar un trabajo de base (que comprenda charlas y debates en las escuelas primarias,

en las secundarias, en los centros barriales, sobre los derechos que la gente tiene para reclamar al Estado, sobre el funcionamiento real del sistema penal, sobre su irracionalidad selectiva, sobre el sector social en el que recae el peso del poder punitivo, entre tantos otros temas). Claro que el desafío comprende la necesidad de ocupar espacios en los medios masivos de comunicación, para intentar ofrecer a la población una voz diferente, la que los medios masivos no hacen escuchar como regla: la de los que reclaman políticas públicas más racionales y más derechos y garantías ciudadanas frente a la violencia (irracionalmente selectiva) del poder penal —que recae fundamentalmente sobre los sectores sociales más castigados—.

8. b. Al mismo tiempo, el fortalecimiento del sistema de garantías constitucionales —que limita la constante expansión del poder punitivo— debe operar como *resistencia frente a importantes sectores de la sociedad* que —recibiendo la presión permanente de los medios masivos de comunicación— vienen reclamando mayor violencia punitiva para los mismos de siempre, para los sectores criminalizados por este sistema penal caracterizado por sus enormes cuotas de irracionalidad selectiva (e, incluso, no sólo para los *autores* de ciertos delitos, sino también para los meramente *sometidos a proceso*).

Es así como sirve de *resistencia frente a fenómenos como el de Blumberg* —que ya hemos mencionado en el punto 6. b. 3.—, que generó una movilización desenfrenada de importantes sectores sociales arrastrados por la tristeza, el dolor y la bronca ocasionados por un hecho puntual, en reclamo de una supuesta “mayor seguridad” (propuesta —paradójicamente— por medio del aumento desmedido e inarmónico de la severidad represiva legal).

Este discurso de resistencia también se justifica *frente a ciertas agrupaciones que bregan por los derechos de las víctimas de delitos o de algunos delitos en particular*.

Es el caso de aquellos que pugnan por una severísima pena carcelaria para los autores del tristemente conocido *caso del recital en Cromagnon* (en el cual, probablemente por negligencia grave, murieron casi 200 personas). Por lo que conozco, se reclama en general la imposición de severas penas carcelarias presentando las muertes como si hubieran sido causadas en forma intencional. Un discurso penal al servicio de la mínima intervención punitiva demanda no ceder ante las presiones de aquellos que —desde el legítimo dolor— exigen respuestas punitivas extremas, sobre todo en razón de parecer clara la posibilidad —como máximo— de actuaciones *culposas* y nunca *delitosas* y tomando en cuenta que en muchos casos la pena carcelaria no encontraría justificación constitucional alguna por constituir una prohibida pena cruel —en razón, precisamente, de haber sufrido, al-

gunos posibles autores, una terrible *pena natural*, consistente en el enorme sufrimiento padecido como consecuencia del fallecimiento de sus seres queridos a causa del hecho—.

También sucede algo similar con las *agrupaciones que propugnan severas penas para los autores de muertes o lesiones producidas en accidentes de tránsito*, pretendiendo valorar los hechos, en general, como cometidos con el llamado “dolo eventual” (que en verdad es, en nuestro derecho, un supuesto de culpa grave), cuando en rigor —salvo algún caso excepcional— tales consecuencias lesivas son ocasionadas en el peor de los casos por un obrar culposo. Estas posiciones (que podemos entender, humanamente, por el sufrimiento que padecen quienes las sustentan) generan, sin embargo, el riesgo de una expansión punitiva incontrolable —el que debe neutralizarse con un militante apego al sistema de garantías ciudadanas—.

En el marco de los procesos por delitos sexuales obran numerosos grupos de presión que reclaman a gritos la imposición de las penas carcelarias más drásticas para sus autores, acudiendo muchas veces a recursos desmedidos y fuera de lugar, sobre todo cuando se trata de movimientos extremos (como es el caso de ciertas agrupaciones feministas) que han llegado incluso a reclamar la destitución de los fiscales que no acusaron en algún caso o que no interpusieron recursos contra sentencias absolutorias o de condena, o de los jueces que absolvieron a un imputado o lo condenaron a una pena que ellos no comparten, por el solo hecho de disentir con la justicia de las mencionadas decisiones. Una teoría jurídica comprometida con la mínima intervención punitiva debe aplicarse, también, al margen de tales presiones [respetando la autonomía funcional de los fiscales (cfr. art. 120, CN), absolviendo o condenando cuando corresponda, evitando incluso que los recursos contra las sentencias (que son sólo derechos del imputado —arts. 75 inc. 22, 8 de la CADH y 14 del PIDC y P—) sean utilizados como nuevas chances de la acusación para lograr una condena a cualquier costo]. Debe obrarse, en fin, siempre de acuerdo con las reglas de garantía que rigen en un modelo de proceso penal constitucional.

También se escuchan firmes reclamos contra la llamada “impunidad”, no siempre entendida correctamente, pues ésta se presenta —en rigor— cuando la justicia penal, frente a graves hechos delictivos, no juzga o no puede juzgar —por ejemplo debido a normas que impiden su juzgamiento—. Ello es lo que sucedió en Argentina con los terribles crímenes del terrorismo de Estado, en relación a los cuales existió una provocativa impunidad (leyes que impidieron juzgar o condenar e indultos que extinguieron las pocas penas impuestas). A diferencia de ello, ciertos grupos suelen ejercer una firme presión para lograr, de cualquier modo, condenas o penas más graves para

quienes ya fueron juzgados, afirmándose la “impunidad” del proceder estatal cuando absuelve o impone penas que ellos consideran bajas, cuando —en realidad— los hechos fueron juzgados de acuerdo a derecho —más allá de que se comparta o no el resultado de tal o cual juicio—. Esto último no es impunidad: es juicio y sentencia. La expansión del poder penal llega a extremos absurdos, cuando se propugna la realización de tantos juicios como sean necesarios para lograr la condena que se entiende justa —lo que pretende conseguirse por medio de tantos recursos del acusador como se necesiten para arribar al resultado deseado— (como vimos, esto sólo puede lograrse violentando el sistema de garantías ciudadanas —entre las que ocupa un lugar destacado la que prohíbe juzgar a una persona más de una vez por el mismo hecho: *ne bis in idem*—).

8. c. La mínima intervención punitiva es igualmente un discurso de resistencia *frente a la comunidad educativa en general* (en sus niveles primario, secundario y universitario), en razón de que *ella trata normalmente el problema de la criminalidad como propio de seres anormales* que responden al estereotipo del delincuente latinoamericano (generalmente pobres y socialmente excluidos), a los que debe apartarse de la sociedad por medio del encierro carcelario prolongado. Es necesario hacer frente aquí a las ideologías autoritarias que reniegan del sistema de garantías, explicando a este último como una suerte de obstáculo al funcionamiento de la justicia. De allí que los programas de enseñanza debe contemplar el tratamiento del sistema de garantías constitucionales en el proceso penal y la función que éste cumple en la vida democrática.

8. d. La reducción punitiva permite, a su vez, resistir *contra el discurso autoritario de las fuerzas de seguridad*, que suelen denostar el sistema de garantías y presentarlo como enemigo de la justicia y reducto de la delincuencia.

8. e. *La preocupante expansión legislativa* pone en evidencia el valor de la resistencia que, frente a ella, opone el discurso penal reduccionista. Al efecto, las reformas operadas en la legislación penal argentina ponen al descubierto la incomprensible inflación penal que ha hecho un verdadero descalabro con el texto de nuestro código penal de 1921/1922. Se han agravado las penas de tantos delitos (culpables, robos, abusos sexuales, secuestro extorsivo, encubrimiento, entre otros) que ya de la sistemática del código penal originario queda bien poco. Con sólo recordar la motivación demagógica y electoralista de algunas de esas reformas (como es el caso de la operada como consecuencia del mencionado fenómeno Blumberg) se comprende la razón meramente represiva del aumento irracional de las penas y su conocido grado de ineficacia para controlar la problemática delictiva (a tal punto que el propio secuestro extorsivo que tuvo al hijo del ci-

tado empresario como víctima sucedió incluso *después* del aumento de la pena carcelaria para dicho delito —lo cual fue una muestra más que clara de su falta de efecto disuasivo—).

8. f. El discurso minimalista ofrece resistencia frente a los *crímenes judiciales cerrados y represivos* (que, obviamente, no son todos, aunque sí muchos y variados). De acuerdo con una línea punitivista, la interpretación judicial de las leyes penales ha procurado aplicar —en la mayoría de los casos— la alternativa hermenéutica que mayor punibilidad permite.

Para mencionar algunos casos, sobre la derogada “*secuela de juicio*” muchos dijeron que era prácticamente cualquier acto impulsor del proceso, aún desde la primera etapa, por lo cual los plazos de prescripción eran extendidos indebidamente en forma ilimitada.

La *suspensión del proceso a prueba* fue reconocida, por una parte de la jurisprudencia (aunque no mayoritaria), sólo para un grupo reducido de supuestos, al entender que la ley penal la reserva sólo para los casos de delitos reprimidos con pena carcelaria máxima no mayor a tres años, ignorando directamente la disposición legal contenida en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal.

El *error excusable* fue reconocido por algunos sólo cuando hubiera recaído sobre los hechos, pero nunca sobre las normas —y menos penales—, en flagrante violación al principio constitucional de culpabilidad por el hecho.

La “*reincidencia*” como agravante de la situación punitiva fue concebida por muchos aún en los casos de cumplimiento anterior de la pena sólo en “*prisión preventiva*”, manteniéndose hoy su general justificación constitucional, a pesar de que el sistema de “*reincidencia real*” sólo toma en cuenta la pena efectivamente cumplida como tal y no obstante que la “*reincidencia*” en sí misma importa una clara violación a los principios constitucionales de culpabilidad por el hecho, de inocencia y *ne bis in idem*.

La “*reclusión por tiempo indeterminado*” como accesoria de la última condena (del artículo 52 del Código Penal) fue concebida por muchos como una pena adecuada al sistema de garantías constitucionales, a pesar de su incomprensible lesión a los citados principios supremos de culpabilidad por el hecho y *ne bis in idem*, sin contar con la trasgresión flagrante de toda exigencia de racionalidad de los actos de gobierno (art. 1º, CN).

Se han admitido numerosas condenas sin acusación del fiscal en el debate oral, a pesar de la manifiesta violación de las reglas del debido proceso legal.

Se han tolerado condenas penales a mayor pena que la requerida por el fiscal, desconociendo la evidente lesión que ello implica para la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio.

Se viene admitiendo el encierro carcelario del meramente sometido a proceso penal, a pesar de reconocerse vigente el principio de presunción de inocencia —que es notoriamente incompatible con dicho adelantamiento de la pena privativa de la libertad—.

Se vienen aplicando penas por tenencia de drogas para propio consumo, a pesar de admitirse la vigencia del principio constitucional de lesividad (art. 19, CN).

Ha sido la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* la que ha corregido muchas de las aludidas interpretaciones extensivas de la ley penal y procesal penal, siguiendo en muchos casos los reclamos del pensamiento penal comprometido con el principio de mínima intervención punitiva (así ha sucedido al declararse la inconstitucionalidad de la tenencia de drogas para propio consumo —CSJN, Bazterrica y Capalbo, del 29/8/1986—; al exigirse acusación del fiscal en los alegatos del debate oral como condición de validez de cualquier sentencia de condena —CSJN, Tarifeño, del 28/12/89—; al declararse la inconstitucionalidad de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del Código Penal —CSJN, Gramajo, del 5/9/2006—; al adoptarse la tesis amplia en materia de suspensión del proceso penal a prueba —CSJN, Acosta, 23/4/2008—).

8. g. El derecho penal mínimo como discurso de resistencia ofrece un ámbito de *lucha contra la demagogia general de los políticos*, que abordan en numerosas ocasiones la problemática de la criminalidad con motivaciones fundamentalmente electoralistas, en lugar de mostrar fortaleza republicana en defensa de un sistema de garantías que la ley suprema consagra para limitar la irracionalidad punitiva.

8. h. Por fin, el reclamo de mínima intervención penal es un *discurso de resistencia también ante las teorías jurídico—penales autoritarias y expansionistas del poder punitivo*.

8. h. a. Sirve para enfrentar el discurso peligrosista del *positivismo criminológico italiano* (de Garófalo, Ferri y Lombroso).

8. h. b. También contribuye a combatir el *positivismo legal* acrítico y apegado más a la letra de la ley que a principios de justicia consagrados en la normativa suprema.

8. h. c. Constituye una valiosa herramienta para hacer *frente al subjetivismo descarnado*, que ha construido un concepto de delito cuyo contenido esencial es un acto de mera *imaginación* humana,

para el cual sólo basta con la voluntad contraria a derecho manifestada por el autor en su acto (bastaría, por ejemplo, con la presencia de un “dolo” entendido como la mera creencia del autor de encontrarse frente a elementos objetivos de un tipo penal, aunque tales elementos no existan más que en su mente). Conforme a esta posición, sería una tentativa de homicidio —obviamente punible como tal— el caso de quien coloca una bomba en un cine, antes de una función, con el propósito de matar a un número elevado de personas, a pesar de haberse luego suspendido esa función, lo que hace que la explosión se produzca, entonces, cuando el cine estaba completamente vacío. En este ejemplo, el autor imagina que su acto producirá la muerte de muchas personas. Sin embargo, al no haber habido nadie en la sala al momento de la explosión, no corrió peligro ninguna vida, pues el peligro y el daño a la vida sólo existieron en la mente del autor. Lo mismo sucedería con el que mete su mano en un bolsillo ajeno vacío, imaginando que tiene dinero. La punición de estos hechos violentaría el principio constitucional de lesividad, según el cual no hay delito ni pena sin lesión o peligro concreto a un bien jurídico ajeno al autor del hecho. Esta es una de las consecuencias del discurso minimalista, frente a concepciones subjetivistas como la descripta.

8. *h. d.* En tal sentido, violenta la necesaria lesividad *la concepción del ilícito como mera infracción al deber*, que aborrece toda referencia a un sustrato óptico verificable como daño o perjuicio a terceras personas (como elemento del ilícito), sobre la base de la supuesta justificación de la pena como instrumento necesario para mantener la vigencia de las normas penales.

La trasgresión al principio constitucional de lesividad (que demanda perjuicio a terceros como condición de la pena estatal; cfr. art. 19, CN—) resulta evidente, por cuanto la infracción a la norma —así concebida— carecería de todo sustrato material propio del juicio de tipicidad penal y pasaría a significar una mera entelequia inofensiva (o, al menos, no necesariamente lesiva). La pretendida justificación de la pena por la necesidad de mantener la vigencia de la norma —que de otro modo perdería su valor preventivo— contrasta ostensiblemente con la comprobada circunstancia del juzgamiento de un porcentaje demasiado mínimo del reducidísimo número de casos que ingresan a la justicia penal. Esto último demuestra que, aunque tuviera que condenarse a todos lo que realizan las conductas prohibidas por las normas *con independencia de los perjuicios que dichos actos provocaron a terceras personas* (e, incluso, independientemente de su capacidad lesiva para terceros), sería de cumplimiento imposible la pretendida ratificación de la vigencia de las normas, precisamente porque ellas no han sido ratificadas ya (ni lo serán) en

la enorme cantidad de casos que no ingresaron (ni ingresarán) a la justicia penal (cifra negra o dorada de la criminalidad) ni tampoco en la mayoría de los que sí tuvieron entrada y fueron desechados por oportunidad procesal, suspensión del proceso penal a prueba, mediación, reparación del daño, prescripciones, nulidades, absoluciones o cualquier otra forma de culminación del proceso que no sea incluida en la minoritaria hipótesis de sentencia condenatoria. En suma, además de inconstitucional por desconocimiento de la lesividad como condición de la sanción penal, la justificación de la pena por la mera necesidad de ratificar el valor de la norma penal no es más que una ingenua ilusión (represiva), que utiliza al ser humano como medio para cumplir un mensaje comunicacional que se considera propio de un supuesto fin del Estado.

8. *h. e.* Para terminar, el programa de mínima intervención punitiva se enfrenta a las *concepciones que pretenden fundar la punibilidad en la mera creación de un riesgo o peligro abstracto*, el cual en muchos casos ni siquiera es representado mentalmente por el autor. Con esta idea se han propuesto ilegítimos adelantamientos de la punibilidad a estadios anteriores al comienzo de ejecución de un hecho delictivo (ej.: asociación ilícita; conducción en estado de ebriedad), desconociendo de ese modo la exigencia constitucional de lesividad (de daño o peligro concreto, que están ausentes en las situaciones antes descritas). Podemos decir, de algún modo, que existe hoy el riesgo del derecho penal del riesgo, cuya neutralización requiere la construcción de discursos limitadores de la respuesta punitiva, a fin de preservar el Estado Constitucional de Derecho.

9. ACTUALIDAD DEL RECLAMO DE INTERVENCIÓN PENAL MÍNIMA

Como surge de lo dicho, continúan hoy vigentes y con buena salud las concepciones que enarbolan las banderas de un derecho penal justificador de un enorme margen de intervención punitiva. Ello es lo que acuerda mayor justificación a los esfuerzos teóricos para limitar, en la mayor medida posible, la violencia propia del uso de la pena.

10. REFLEXIÓN FINAL

Si reconstruimos nuestro derecho penal, corrigiendo los aspectos aludidos (en los que, de un modo u otro, se vulneran garantías constitucionales) y si, sobre esta base, logramos elaborar una teoría

penal que parta directamente de nuestro texto constitucional para respetar el contenido de esas garantías, no habremos acabado con la intervención punitiva (ni mucho menos; es decir, queda todavía demasiado poder penal), pero, al menos, habremos sentado las bases para la obtención de un diseño *constitucional* del tan mentado derecho penal de mínima intervención punitiva, y, con ello, habremos avanzado enormemente en el camino hacia la disminución del peso que, tan terriblemente, recae a diario sobre los sectores sociales más desfavorecidos.

