

TENDENCIAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL ARGENTINA
EN EL MARCO DE LA POLÍTICA CRIMINAL
LATINOAMERICANA. CRÍTICAS Y SUGERENCIAS
A PARTIR DE UN ANÁLISIS COMPARATIVO*
*TENDENCIES IN CRIMINAL POLICY IN ARGENTINA
IN FRAMEWORK CRIMINAL POLICY LATIN
AMERICAN: CRITICISM AND SUGGESTIONS
FROM A COMPARATIVE ANALYSES*

José Daniel CESANO**

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es describir el alcance de las tendencias expansivas en materia penal en el ámbito de América Latina, y particularmente Argentina. Con esta finalidad, luego de enmarcar —desde diversas perspectivas teóricas— este fenómeno y de sintetizar sus características en América Latina, precisaremos las notas distintivas del mismo en nuestro medio, como una forma de auscultar los principales problemas que trae aparejadas esta inflación legislativa —decididamente influenciada por el efecto reproductor de los medios de comunicación— lo cual es necesario para intuir posibles estrategias político-criminales.

Palabras clave: punitivismo, expansión penal, reformas penales, política criminal, actitudes punitivas.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to describe the scope of the expansive tendencies in criminal matters in Latin America and particularly in Argentina. With this aim, after outlining the phenomenon —from several theoretical perspectives— and summarising its characteristics in Latin America, we shall specify its distinctive features in our midst; as a way of sounding the main problems entailed in this legislative inflation —decidedly influenced by the multiplying effect of the mass media— needed to intuit possible criminal political strategies.*

Descriptors: *punitivism, criminal expansion, criminal reforms, criminal policy, punitive attitudes.*

* Artículo recibido el 3 de febrero de 2009 y aceptado para su publicación el 5 de junio de 2009.

** Doctor en derecho y ciencias sociales. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; cesano@ciudad.com.ar.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los marcos generales del “expansionismo” penal*. III. *El expansionismo penal en los países latinoamericanos. Una perspectiva comparada*. IV. *El expansionismo penal en la República Argentina*. V. *Save Our Souls (SOS)*. VI. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En investigaciones realizadas en 2004¹ dábamos cuenta de las convulsiones legislativas que, en materia penal, se vivenciaba en la Argentina. El saldo, ciertamente, era negativo. Pese a todo conservábamos algún optimismo.²

Sin embargo, ese optimismo pronto de desvaneció:³ no sólo el expansionismo penal continuó (durante los años subsiguientes) a través de la sanción de diversas leyes, sino que, durante la actual administración, un discurso político-populista volvió a cargar —al calor de algunos hechos delictivos ocurridos (y ampliamente difundidos por los *mass media*)— exigiendo la sanción de nuevas reformas (por ejemplo: la disminución de la edad a los efectos de la imputabilidad) y una mayor firmeza en orden a la aplicación de la ley por parte de los jueces. Este reclamo que fue realizado por la presidenta de la nación, al afirmar que “la policía detiene, detiene y la justicia libera, libera”; fue retomado, luego, por su esposo (Néstor Kirchner) —quien se desempeña como presidente del partido político que, actualmente, ocu-

¹ Cesano, José Daniel, *La política criminal y la emergencia (entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*, Córdoba, Mediterránea, 2004.

² Cesano, José Daniel, *Contribución al estudio de la libertad condicional. Análisis dogmático y político criminal de acuerdo a la reforma de la Ley 25.892*, Córdoba, Mediterránea, 2008, p. 136.

³ Lo que no significa desconocer que algunos funcionarios de ambas gestiones, cual es el caso del subsecretario de Política Criminal, Alejandro Slokar, motorizaran (durante una gestión ministerial anterior) un anteproyecto de reforma integral al Código Penal, de excelente factura. Sin embargo, los lineamientos de la política criminal de estas administraciones no pueden ser evaluados a partir de este documento, ya que, como bien lo puntualizara Jorge de la Rúa (*Derecho y democracia. Los temas y los tiempos*, Córdoba, Mediterránea, 2008, p. 199), este anteproyecto “fue un contrafuego... para racionalizar la ola, tampoco casual, de la legislación dictada sobre el tambor de guerra de Blumberg con soldaditos legisladores que ágilmente sancionaban las normas”. Sobre el fenómeno Blumberg, *cfr. infra* nota 27.

pa el gobierno— al expresar: “necesitamos un Poder Judicial democrático, pero firme aplicando las leyes... por mucho que haga la Policía, si la justicia libera, no se gana la batalla contra la inseguridad”; es necesario —epilogaba el ex presidente— que la justicia se ponga “los pantalones largos”.

A partir de esta lamentable constatación, hemos retomado aquella línea investigativa anterior. Sin embargo, nuestro propósito, aun cuando incluye una fuerte crítica, tiene un cometido constructivo: que antes de que se produzca el naufragio de nuestra política criminal, quienes tienen la verdadera responsabilidad de su diseño (el Congreso y, dado nuestro fuerte presidencialismo, el Departamento Ejecutivo, a través de sus iniciativas legislativas) se pongan definitivamente —y parafraseando a nuestro ex mandatario— “los pantalones largos”, evitando la zozobra, consustancial al infierno punitivo. En suma —y continuando con la metáfora— se trata de lanzar un desesperado SOS para evitar desquicios mayores.

Con ese objetivo, dividiremos nuestro desarrollo en cuatro segmentos:

a) Comenzaremos por explicitar algunos rasgos característicos del expansionismo penal, como fenómeno ecuménico.

b) En una segunda parte, enmarcaremos nuestra política penal dentro de las tendencias que, en esta materia, caracterizan a las legislaciones de Latinoamérica.

c) En un tercer momento describiremos, en especial, la producción normativa en Argentina desde 2000 y hasta 2008; intentando esquematizar las causas locales de este fenómeno, y su conexión con las tendencias generales.

d) Finalmente señalaremos algunas herramientas que, desde nuestra perspectiva, pueden ser de algún valor para comenzar a revertir la actual coyuntura.

No se crea, empero, que somos ingenuos o defensores de un discurso abolicionista. Ni lo uno ni lo otro.

El derecho penal constituye una herramienta necesaria en el marco del control social formal. Incluso, en algunos casos, la modernización de las reglas jurídicas resulta un imperativo. Sin embargo, hay que ser muy prudentes en esta difícil travesía. Parafraseando a Mi-

guel Abel Souto, en su prólogo al notable estudio de Orsi,⁴ debemos navegar entre el temor a ser arrastrado en torbellinos por la *Caribdis* de liberar al derecho de las exigencias modernas, alejándolo de la realidad mundana, y el pánico a ser devorado por las fauces de la *Escila* modernizadora de la expansión del derecho penal; a saber: la exacerbación de la prevención, la consideración del derecho penal como *prima* o *sola ratio*, la creación de nuevos bienes jurídicos en clave simbólica, la flexibilización de las reglas de la imputación, y la relativización de los principios político-criminales de garantía.

II. LOS MARCOS GENERALES DEL “EXPANSIONISMO” PENAL

La expansión desmesurada que, en la actualidad (y desde hace ya algunos años), está experimentando la legislación penal, constituye una característica arquetípica de nuestras sociedades. Se trata sin duda de un fenómeno generalizado, del cual América Latina, en general, y Argentina, en particular, no han escapado.

La literatura especializada, que ha tratado de describir esta situación, apela a dos conceptos que, aunque metodológicamente sea conveniente analizar por separado, no siempre aparecen de modo clínicamente limpio en la realidad legislativa.⁵ Nos referimos concretamente al surgimiento, por una parte, de un derecho penal propio de la sociedad de riesgo, de alto contenido simbólico y, de otra, a un recrudecimiento del punitivismo como respuesta frente a la inseguridad ciudadana (política criminal securitaria). ¿Qué entendemos por estos conceptos?:

a) La política criminal de la sociedad del riesgo puede caracterizarse por cinco grandes rasgos:⁶

⁴ Abel Souto, Miguel, “Prólogo”, en Orsi, Omar Gabriel, *Los límites del legislador penal. Discurso penal y programa constitucional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, p. 1.

⁵ Cancio Meliá, Manuel, “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Conferencias sobre temas penales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2000, p. 125.

⁶ Díez Ripollés, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la ciudadana: un debate desenfocado”, *Nuevo Foro Penal*, Medellín, Universidad EAFIT, núm. 69, 2006, p. 202.

1) En primer lugar, una marcada ampliación del ámbito de lo penalmente prohibido, a través de la creación de nuevas figuras delictivas. Se trata de una ampliación de los ámbitos sociales de intervención penal, la cual pretendería incidir sobre nuevas realidades sociales problemáticas (por ejemplo: nuevos ámbitos tecnológicos, como el nuclear o el genético), o sobre realidades sociales preexistentes, cuya vulnerabilidad se habría potenciado (por ejemplo: fabricación y distribución de productos, orden socioeconómico y actividades encuadradas en estructuras delictivas organizadas).

2) En segundo lugar, se observa una significativa transformación del blanco de la nueva política criminal, que concentraría sus esfuerzos en perseguir la criminalidad de los poderosos; únicos sectores con capacidad de desarrollar tales conductas delictivas.

3) En tercer lugar, se evidencia un predominio a la intervención penal en desmedro de otras instancias de control (por ejemplo, el derecho administrativo); con una clara afectación respecto del principio de subsidiariedad.

4) En cuarto lugar, una necesidad de adecuar los contenidos del derecho penal y procesal penal a las especiales dificultades que plantea la persecución de esta nueva criminalidad.

5) Finalmente, este proceso de neo-criminalización se caracteriza por cumplir una función esencialmente retórica. Es decir, se trata de normas que muchas veces no tienen una efectiva incidencia en la tutela real del bien jurídico al que dicen proteger (sencillamente porque no se aplican), pero que, sin embargo, juegan un rol simbólico relevante en la mente de los políticos y de los electores. En los primeros, producirá la satisfacción de haber hecho algo; en los segundos, la impresión de tener el problema bajo control.⁷

La tendencia que acabamos de esquematizar se materializa merced a la introducción en los códigos penales o, lo que es más frecuente, en leyes especiales, de nuevas figuras delictivas cuya existencia no se explica tanto por la pretensión de evitar conductas socialmente dañosas, sino, más bien, por la mera voluntad de apaciguar a la opinión

⁷ Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992, p. 35.

pública en un determinado momento, aparentando eficacia en la lucha contra el crimen.⁸

¿Y cuáles son las características de estas nuevas tipificaciones? Básicamente las siguientes:

un incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva;

un predominio de las estructuras típicas de simple actividad; la anticipación del momento en que procede la intervención penal: se penan abundantes ilícitos antes sólo administrativos; se generaliza el castigo de actos preparatorios; se autonomiza la punición de la asociación delictiva; y

se producen significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad, y en el conjunto de garantías penales y procesales: se admite una devaluación al principio de legalidad penal, al tolerar la menor precisión de los comportamientos típicos, y del abuso de la técnica de las leyes penales en blanco; se hace una interpretación poco rigurosa de la garantía de lesividad de ciertos comportamientos, como en la punición de determinadas tenencias; etcétera.

b) Juntamente con esta nueva legislación simbólica se puede apreciar también un endurecimiento del derecho penal convencional; fenómeno que se vincula con un supuesto incremento de la inseguridad ciudadana, y frente al cual el Estado responde con un resurgimiento del punitivismo (política criminal securitaria). Como lo expresa Cancio Meliá:⁹

reconducir los fenómenos de “expansión”... sólo a estos supuestos de promulgación de normas penales meramente simbólicas no atendería al verdadero alcance de la evolución en este sentido. Pues el recurso al derecho penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidente-

⁸ Ragués I. Vallés, Ramón, “Retos actuales de la política criminal y la dogmática penal”, *Pensamiento Penal y Criminológico*, Córdoba, Mediterránea, año IV, núm. 6, 2003, p. 245.

⁹ Cancio Meliá, Manuel, “Dogmática y política criminal...”, *cit.*, nota 5, p. 131.

mente destinadas a no ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización “a la antigua usanza”, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión [en otras palabras:] procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes.

III. EL EXPANSIONISMO PENAL EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS. UNA PERSPECTIVA COMPARADA

¿Cómo se manifiesta este fenómeno expansivo en nuestras sociedades latinoamericanas?

Díez Ripollés¹⁰ ha efectuado una de las más lúcidas reconstrucciones al respecto. En lo que sigue sintetizaremos los principales aspectos de su investigación, como paso previo al abordaje de este fenómeno en la Argentina.

A) En lo que concierne a los contenidos de las reformas penales sustantivas recientes se individualizan tres núcleos fundamentales: incorporación de nuevos objetos de protección; innovación de delitos tradicionales para acomodarlos a valores sociales nuevos o modificados y enmiendas encaminadas a la transformación securitaria del derecho penal.

a) Como manifestación del primer núcleo se observa la tipificación de:

1) Figuras delictivas que castigan conductas que obstaculizan el libre comercio de los agentes económicos en las sociedades industriales. Se trata de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, defraudaciones en diferentes ámbitos económicos (financiero, informático, de empresas aseguradoras, etcétera), actividades empresariales ilegales, así como cohecho y tráfico de influencias en transacciones económicas internacionales.

2) Delitos que tienden a la protección de intereses colectivos afectados por el propio desarrollo del libre mercado. Es el caso, por

¹⁰ Díez Ripollés, José Luis, “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”, en *id.* y García Pérez, Octavio, *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, Madrid-Montevideo, Coedición Edisofer-Ed. B de F, 2008, pp. 485-523.

ejemplo, de los delitos contra los consumidores (con una importante actividad en países como Brasil y Perú, con previsiones que tienden a reprimir los riesgos derivados del producto elaborado [por ejemplo, medicamentos]); medioambiente y delitos financieros o empresariales (con una enérgica regulación, a través de leyes especiales, en Venezuela), en donde la estructura de la empresa es utilizada como ámbito para la perpetración de comportamientos ilícitos de gran perjuicio social (criminalidad desde la empresa).¹¹

3) Ampliación de figuras delictivas para contrarrestar penalmente la evasión fiscal (Venezuela y Guatemala).

4) Previsión de delitos para reprimir la corrupción administrativa (Costa Rica y Guatemala). La falta de eficacia del sistema penal en este cometido ha llevado también a la producción de numerosas reformas en los delitos contra la administración de justicia (México). Se trata de modificaciones que se orientan a castigar más gravemente las conductas indebidas de los operadores judiciales, que perturban la correcta investigación de aquellas formas de criminalidad (corrupción administrativa).

5) Finalmente, el extendido fenómeno del tráfico internacional de personas está dando lugar a una generalizada aprobación de reformas legislativas encaminadas a su persecución (Bolivia, Colombia, Ecuador, etcétera).

b) La recepción de corrientes renovadoras de la delincuencia clásica se advierte en diversos ámbitos: delitos contra la libertad sexual (Brasil, Colombia, Chile, Perú y Venezuela); protección de sectores vulnerables: menores, ancianos, enfermos y discapacitados (Brasil, Colombia, Costa Rica); protección frente a la violencia doméstica (Colombia y México); figuras delictivas que pretenden prevenir la discriminación social de ciertos colectivos por razones étnicas, raciales, de nacionalidad o religiosas (Guatemala), y finalmente también pueden inscribirse en esta tendencia aquellas reformas legislativas que reaccionan a modernos atentados contra la integridad personal, como

¹¹ Cesano, José Daniel, "Problemas de responsabilidad penal de la empresa", en López Mesa, Marcelo J. y Cesano, José Daniel, *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Contribuciones a su estudio desde las ópticas mercantil y penal*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 252.

el tráfico de órganos (Colombia y Perú) o la manipulación genética (Brasil, Bolivia, Colombia y Perú).

c) Bajo el nombre de transformación securitaria del derecho penal, Díez Ripollés engloba a una corriente reformadora que se caracteriza:

por un lado, [en] reforzar el control penal sobre los grupos sociales y comportamientos delictivos más tradicionales y, por otro, de identificar a ciertos grupos más o menos organizados como objeto de persecución preferente. Esta corriente, por lo demás, tiene una influencia muy significativa en la modificación en curso del sistema de penas.¹²

Existe, en efecto, un nutrido elenco de comportamientos que se enmarcan dentro de las figuras de la delincuencia clásica que han sido objeto de un incremento en sus penas. Esto se observa, por ejemplo, en los casos de los delitos contra la vida y la integridad personal (por ejemplo, en Costa Rica se han transformado en infracciones delictuales, lesiones que eran consideradas contravenciones); la libertad individual (tipificándose la figura de la desaparición forzada de personas —Colombia— o endureciendo las penas respecto del secuestro y la extorsión —Costa Rica, Ecuador, Perú y Venezuela—) y el patrimonio individual (sea transformando faltas en delitos —Costa Rica y Perú—; intensificando las penas del hurto en comercios —Chile—; ampliando el castigo a los actos preparatorios en el robo —Uruguay—; castigando el desmontaje y venta de automóviles hurtados o robados —Brasil Colombia, Venezuela— o intensificando las sanciones en el abigeato —Uruguay, Chile—).

La segunda vertiente que nutre esta transformación se identifica con la denominada delincuencia organizada. Esta categoría se integra con formas delictivas heterogéneas, entre las cuales destacan el narcotráfico, el terrorismo, el tráfico ilegal de personas e, incluso, el blanqueo de capitales. En la opinión de Díez Ripollés, las normas reguladoras de este fenómeno no escapan de las reglas que se han elaborado en los países europeos:

¹² Díez Ripollés, José Luis, “La política legislativa penal...”, *cit.*, nota 10, p. 494.

también para Iberoamérica sigue siendo cierto que suponen la punición de conductas muy anticipadas a la lesión del bien jurídico, la difuminación de la distinción entre autoría y participación o entre consumación y tentativa, el enorme incremento de penas, y una extendida reducción de garantías penales y procesales.¹³

Una evolución, en esa dirección, lo muestran las legislaciones de México, Venezuela y Guatemala.

B) En lo procedimental, las modificaciones se caracterizan por:

a) Una fuerte tendencia a la implementación del sistema acusatorio (Guatemala, Costa Rica, Chile, Ecuador, Colombia); modelo entre cuyos rasgos centrales destaca la superación de la instrucción (típica de los sistemas procesales mixtos) a través de la investigación penal preparatoria a cargo del Ministerio Público Fiscal; la presencia de un juez de garantías; la vigencia del principio de oportunidad y la instrumentación de procesos abreviados, que facilitan una justicia negociada.

b) Un recorte sistemático de las garantías del justiciable; lo que se manifiesta, por ejemplo, a través de la extensión de la prisión preventiva y restricción de la libertad provisional (Chile, Colombia, México, Perú, Uruguay) o de la supresión directa de ciertas garantías procesales para determinada categoría de delitos (por ejemplo, delincuencia organizada y de cuello blanco —Perú—).

C) En orden a la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, Latinoamérica (al igual que África)¹⁴ no había permanecido al margen del fenómeno sucedido en Europa, sobre todo durante la década de los años setenta del siglo veinte, en orden a la previsión de penas alternativas (para la criminalidad común), con la finalidad de acotar la utilización del encierro carcelario.¹⁵ Lamentablemente, con el inicio de este siglo, la esperanza de que esto sucediera se ha eclipsado por completo.

¹³ *Ibidem*, p. 497.

¹⁴ Stern, Vivien, *Alternatives to Prison in Developing Countries*, International Centre for Prison Studies, King's College London and Penal Reform International, 1999, p. 20.

¹⁵ Cesano, José Daniel, "De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, p. 868.

Este retroceso se puede ejemplificar por decisiones como la que ya tuvo lugar en México en 1999, que condiciona la aplicación de la pena de trabajo comunitario, el tratamiento en libertad y la semilibertad a que se colabore efectivamente con la justicia, habiendo luego limitado la libertad preparatoria, por las reformas colombianas de 2002, 2004 y 2006, que eliminan los sustitutivos penales respecto a ciertos delitos, entre ellos los cometidos contra menores, y que restringen la libertad condicional; por las de Chile, que reduce en 2003 los casos en que se puede acceder a las penas no privativas de libertad sustitutivas, elimina todo beneficio penitenciario en el presidio perpetuo calificado y restringe las posibilidades de suspensión de la pena de prisión [etcétera].¹⁶

Pero junto a esta tendencia —y como otras manifestaciones que se enmarcan dentro de esta concepción expansiva en lo que concierne a las consecuencias jurídicas del delito— debemos puntualizar tres aspectos en particular:

En primer término, una orientación general a la elevación de los límites máximos de la pena de prisión (México, Colombia, Guatemala).

En segundo término, una generalizada restricción respecto de derechos o beneficios penitenciarios, como, por ejemplo, el avance en los grados de progresividad (y de las instituciones de flexibilización que son consecuencia de ellos) o la libertad condicional, sobre la base de criterios apriorísticos sobre la naturaleza del delito o del delincuente (Venezuela).¹⁷

Finalmente, en algunas leyes de ejecución se introdujo un régimen disciplinario diferenciado de acuerdo a determinadas categorías de autor (Brasil).¹⁸

¹⁶ Díez Ripollés, José Luis, “La política legislativa penal...”, *cit.*, nota 10, p. 502.

¹⁷ *Ibidem*, p. 504.

¹⁸ Bitencourt, Cezar Roberto, “O sistema progressivo e a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado”, en Föppel, Gamil (coord.), *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio. Estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana*, Río de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2008, p. 342.

D) En lo que concierne al análisis de los agentes sociales que han impulsado estas reformas recientes en la región, Díez Ripollés¹⁹ destaca los siguientes:

a) En primer término, las actitudes sociales fundadas en el sentimiento de inseguridad ciudadana. Dichas demandas de intervención, por regla, no se orientan a reformas legales modernizadoras sino, más bien, a procesos de criminalización a la vieja usanza; sea ya endureciendo las escalas penales relativas a delitos comunes (en especial: contra la vida, integridad corporal, libertad sexual, libertad personal y propiedad) o modificando ampliatoriamente esas figuras convencionales.

En casi todos los países, estas actitudes sociales frente al delito aparecen moldeadas por los medios de comunicación; los que producen una imagen distorsionada, tanto respecto del volumen de delincuencia como de la impunidad. Sobre base a sus criterios selectivos se da un enorme protagonismo a la criminalidad tradicional, a la organizada y a la corrupción. También tienden a poner en primer plano a las víctimas o a los grupos que se vinculan con aquellas. En atención a ello, parece lógico que las reformas que se proponen o concretan al amparo de estos discursos, se caracterizan por adscribir a un modelo de intervención penal securitario:

que priva de casi toda visibilidad abordajes diversos de la delincuencia, en especial los centrados en políticas sociales o, incluso, en aproximaciones jurídicas no penales. El derecho penal se ve como el primer recurso de intervención.²⁰

b) Muchas de las reformas han sido el resultado de operaciones de grupos de presión institucionalizados. Entre ellos destacan:

1) Las fuerzas políticas. Así, en Brasil hay una cierta tradición de utilización del derecho penal en clave populista. En estos momentos se acude prioritariamente a él para abordar la violencia urbana y el crimen organizado desde un enfoque estrictamente securitario:

¹⁹ Díez Ripollés, José Luis, "La política legislativa penal...", *cit.*, nota 10, pp. 507-521.

²⁰ *Ibidem*, p. 509.

En especial, los responsables políticos territoriales reiteran demandas de tolerancia cero, con supresión de garantías, para acabar con la violencia urbana; a su vez, los partidos de izquierda, asumiendo el modelo de seguridad de la derecha, quieren enfrentar la injusticia social y la ineficacia administrativa con medios predominantemente punitivos.²¹

2) También constituye otro grupo de influencia significativo el conformado por los organismos internacionales o por países extranjeros gravitantes (como el caso de los Estados Unidos de América) a cuyo estímulo —cuando no directa presión— se dictan reformas penales. A título de ejemplo de esta situación, puede recordarse la acogida —en ciertos países de la región— de los compromisos sobre propiedad intelectual e industrial; aún incluso en detrimento a sus propias necesidades socioeconómicas.

c) Entre los grupos de presión no institucionalizados destaca el conformado por las víctimas. Este sector, apoyado por los medios y por grupos políticos oportunistas, ha sido la fuente de numerosas reformas marcadas por su alto voltaje punitivo. Por ejemplo, en Costa Rica se presenta una iniciativa popular, a partir de las movilizaciones por los casos de secuestro y asesinato de los niños Katia y Osvaldo, para crear un registro de delincuentes de menores y agravar notablemente las penas en estos casos.²²

E) En orden a los orígenes de estas reformas, Díez Ripollés²³ destaca la prevalencia del origen gubernamental; en especial, en aquellos países con un fuerte presidencialismo (fenómeno muy difundido en Latinoamérica; con la excepción de Costa Rica, en donde las iniciativas legislativas son las mayoritarias).

Afortunadamente, uno de los mecanismos de la democracia directa, cual es la iniciativa popular, no tiene relevancia en la región. Incluso en Argentina —y como veremos en el próximo acápite— existe una prohibición constitucional en esta materia.

F) Finalmente, en lo que hace al proceso de elaboración de los textos de reforma, la nota saliente está dada por el escaso esmero en su fundamentación empírica.

²¹ *Ibidem*, p. 511.

²² *Ibidem*, p. 515.

²³ *Ibidem*, pp. 516-521.

IV. EL EXPANSIONISMO PENAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Desde el inicio de este siglo, la política criminal argentina se ha caracterizado por sumarse a esta tendencia generalizada hacia la expansión penal.

Desde 2000 y hasta enero de 2009 se han dictado treinta y dos leyes en materia penal y procesal penal.

En investigaciones anteriores²⁴ hemos analizado las características del expansionismo penal argentino. Si a la luz de cuanto venimos exponiendo tenemos que perfilar sus rasgos distintivos, podríamos afirmar que los rumbos de la inflación penal que vivimos en el país, desde los inicios de este siglo, no difieren, en absoluto, de la situación descrita para el resto de la región.

A) En lo concerniente a los contenidos de las reformas es dable consignar que:

a) De las treinta y dos reformas producidas, la mayoría de ellas responde a transformaciones securitarias. Con excepción de las leyes 25.326, 25.506, 26.364 y 26.388, que importan una modificación en el catálogo de bienes jurídicos protegidos (criminalidad informática —o aspectos a ella vinculada como firma electrónica, hábeas data— y trata de personas); el resto de los documentos legislativos se enrolaron ya en la intensificación de penas o ampliación de figuras vinculadas con la delincuencia clásica (por ejemplo, leyes 25.297, 25.601, 25.767, 25.816, 25.882, 25.886, 25.890, 25.893, 25.928, etcétera) o a la estructuración de tipos delictivos vinculados con la criminalidad organizada (por ejemplo, leyes 25.742 y 26.268).

b) Desde lo procesal se aprecia una fuerte tendencia a receptar la figura del arrepentido; primero en el ámbito de los delitos de secuestro extorsivo y privación ilegítima de la libertad (Ley 25.742) y, luego, con respecto a las figuras de trata de personas (Ley 26.364). Asimismo, a través de las leyes 25.764 y 25.765 se institucionaliza, respectivamente, un Programa de Protección de Testigos e Imputados y un fondo permanente de recompensas, como parte integrante de las medidas político-criminales orientadas al castigo de delitos de secuestro y privación ilegítima de la libertad.

²⁴ Cfr. Cesano, José Daniel, *La política criminal y la emergencia...*, cit., nota 1, pp. 58 y ss.

c) También se han extendido los discursos de emergencia en la legislación penitenciaria (leyes 25.892 y 25.948). Sin embargo, en el caso de Argentina, el fenómeno no se enmarca —como originariamente sucedió en Europa— en la lucha contra el terrorismo sino, más bien, aparece como una proyección con relación a ámbitos de criminalidad común; estableciéndose determinadas diferencias en cuanto al régimen con respecto a particulares categorías de delitos (por ejemplo, homicidio calificado por conexidad con otro delito, homicidio en ocasión de robo, secuestro extorsivo y privación ilegítima de la libertad seguidos de muerte, etcétera). De esta forma se veda, a estos autores, el acceso a instituciones progresivas (salidas transitorias, libertad condicional, etcétera).²⁵

B) En cuanto a los agentes sociales que han tenido intervención en estos procesos de reforma, debe consignarse, en especial, la siguiente:

a) Un conjunto significativo de estas modificaciones aparece como consecuencia de un grupo de presión no institucionalizado: las víctimas. En tal sentido, en marzo de 2004, durante la administración del presidente Néstor Kirchner, se produjo el secuestro y posterior homicidio de Axel Blumberg. Como consecuencia de este trágico suceso, su padre comenzó una fuerte campaña en donde reclamaba del gobierno un endurecimiento en la política penal (conocido como “Petitorio Blumberg”).²⁶ De hecho, el diario *Clarín*, en su edición del 17 de marzo de 2005 (esto es, un año después del homicidio), efectuó el siguiente balance: “Durante el año que pasó, Blumberg logró que se aprobaran una docena de leyes que endurecieron las penas contra los delincuentes”.

Ciertamente, este vertiginoso proceso no habría sido factible sin la conjunción de dos factores: i) en primer lugar, una alta mediatización

²⁵ Al respecto, *cfr.* Cesano, José Daniel, “Discursos de emergencia y política penitenciaria”, *Actualidad Jurídica de Córdoba. Derecho Penal*, año II, núm. 25, 2004, pp. 1600-1604.

²⁶ Por fortuna, en la reforma constitucional de 1994 se excluyó, expresamente, de la iniciativa popular a la materia penal (artículo 39). Regla que ha sido calificada por Jorge de la Rúa (*op. cit.*, nota 3, p. 95) como de gran prudencia. Al respecto, dice este autor: “Piensen ustedes, en este país tan apasionado y a veces tan errático, que admitir una iniciativa sobre determinadas penas o determinadas sanciones resultaría realmente riesgoso”.

de la postura de Blumberg²⁷ y ii) por otra parte, un activismo irresponsable del Parlamento que —bajo la presión del gobierno— rápidamente generó tales iniciativas legislativas.

La premura y la desprolijidad con que se actuó quedan evidenciadas en los pasajes de los debates parlamentarios que acompañaron aquellas reformas. A título de ejemplo, cuando se trató en la Cámara de Diputados la modificación al régimen de la Ley 24.660 (de ejecución de la pena privativa de la libertad) a través de la Ley 25.948, el diputado Alchouron —conociendo que en ese mismo momento se estaba tratando en la Cámara de Senadores un proyecto de ley vinculado con la libertad condicional— señaló:

*[n]o importa que se crucen las leyes, porque al fin de cuentas habrá siempre un juez que ponga orden. No importa que a lo mejor estemos produciendo leyes con errores técnicos, sobre todo cuando estamos procediendo en forma apurada. Debemos reconocer que las circunstancias nos han llevado necesariamente a esta situación. Es cierto que esta sesión se realiza a las apuradas, pero lo importante es salir adelante.*²⁸

b) Asimismo, algunas de las iniciativas legislativas descritas aparecen como consecuencia de la influencia ejercida por organismos internacionales. El ejemplo más claro de ello es el de la derogación de la denominada Ley de Subversión Económica, y su sustitución por la forma defraudatoria legislada por la Ley 25.602. En efecto, la mentada derogación respondió, directamente, a la presión ejercida por organismos crediticios internacionales (Fondo Monetario Internacional) como exigencia previa para arribar a una de las infinitas renegociaciones de la deuda externa Argentina. De hecho, los agentes de aquél organismo actuaron como un verdadero grupo de presión en repre-

²⁷ Por cierto que lo sucedido con el fenómeno Blumberg, en orden al incremento del espacio dedicado en los medios de comunicación a la cuestión vinculada con el aumento de la inseguridad y el delito, no hace más que confirmar una tendencia que ya venía observándose con antelación. En efecto, en investigaciones anteriores (*cf.* Fortete, César Óscar y Cesano, José Daniel, “Actitudes punitivas en América Latina”, en Kury, Helmut (ed.), “Punitivity: Experiences Across the World”, *European Journal of Criminology*, en prensa) hemos señalado que, dicho espacio, en 1991, era de un 4.96%; índice que aumenta hasta alcanzar, en 1997, un 18.2%.

²⁸ Antecedentes Parlamentarios, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, T2005/A, 2005, p. 315.

sentación del interés que tenían determinados sectores financieros (sobre todo, de la banca internacional) que veían con temor la posible extensión de la aplicación (a su respecto) de las normas de la Ley de Subversión. De esta manera, se operó sobre la burocracia gubernamental con la finalidad de que ésta tomara la decisión política de dejar sin efecto aquella ley; decisión que, sumisamente, instrumentó el Parlamento. Por otro lado, y con una finalidad simbólica innegable, el Congreso, junto con aquella derogación, sancionó una nueva figura delictiva con el objeto de que, ante la opinión pública, no quedase la sensación de que, el tipo derogado, significaba consentir una laguna de impunidad.

Estas transformaciones securitarias ¿encuentran justificación empírica? Pareciera que no. Así, Slokar expresa que:

De acuerdo a la última estadística oficial producida e informada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación... durante 2005 se produjo un descenso del 3% en el total de los delitos registrados en todo el país con relación al año anterior. Los delitos contra la propiedad descendieron un 7%; en particular, los robos tuvieron un descenso del 8%. También desde 2003 existe un sostenido descenso en el total de delitos registrados, alcanzando al 10% en el acumulado de estos tres periodos; mientras que los delitos contra la propiedad han bajado desde 2003 hasta 2005 un 22,6%. Pero la baja que más impacto tuvo es la de homicidios dolosos, que como indicador internacional —tanto desde el punto de vista técnico como en el ámbito de gobierno— es valorado como el índice de mayor relevancia dentro de las estadísticas oficiales, por la casi inexistencia de sub-registro (cifra negra). La tasa de homicidios dolosos en 2005 es de 5,8 hechos por cada 100.000 habitantes. Así, desde 2003 los homicidios han tenido un sostenido descenso que alcanza al 44,5% desde la tasa de 9,5 cada 100.000 personas registrada en 2002. Esta tasa representa la más baja de los últimos años, con un valor similar al que se registraba en 1985.²⁹

²⁹ Slokar, Alejandro W., “La reciente política legislativa penal en Argentina”, en varios autores, *Reforma penal y política criminal. La codificación en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 153.

Los datos estadísticos recién consignados ponen en evidencia la discordancia entre la experiencia objetiva de victimización y la sensación subjetiva de inseguridad. Con lo cual resulta una hipótesis explicativa razonable que:

la percepción de inseguridad se construye no sólo desde datos objetivos y experiencias vividas, sino también por influencia de los relatos de los medios de comunicación y datos subjetivos producto de la interacción social, entre otros factores.³⁰

A diferencia de lo que sucede en Europa, tanto Latinoamérica como Argentina se caracterizan por una actitud marcadamente punitiva, en donde la respuesta penal se erige en algo central; enfatizando, en particular, la utilización del encierro carcelario:

Una medición realizada en 2004/05, en algunas ciudades de América Latina nos permite observar que el 54% de la población encuestada en Buenos Aires (Argentina) y el 56% en Lima (Perú) opinaban que debía aplicarse pena privativa de la libertad al que reincidiera en un hecho de robo domiciliario.³¹

V. SAVE OUR SOULS (SOS)

Lleva razón De la Rúa³² cuando diagnóstica que la mayoría de los operadores del sistema penal carecemos de conocimientos serios, profundos y sistemáticos de política criminal. Las áreas del propio gobierno toman aspectos muy secundarios, pero no hay verdaderos diseños de política criminal en la sociedad.

¿Cómo podemos revertir esta situación? Sin desconocer lo arduo de la tarea, estimamos que hay dos líneas de trabajo (íntimamente imbricadas) que pueden resultar fecundas. A ellas nos referiremos enseguida.

³⁰ Fortete, César Óscar y Cesano, José Daniel, *op. cit.*, nota 27.

³¹ *Idem.*

³² Rúa, Jorge de la, *op. cit.*, nota 3, p. 200.

En primer término, y como lo ha enfatizado Zaffaroni,³³ es necesario un esfuerzo de ingeniería institucional para que la política criminal deje de ser el único segmento de las políticas de Estado que no es encarado como tal, sino a través de políticas coyunturales y sin responsables. De esta manera, a partir de esta nueva formulación institucional de la política criminal, que la concibe como una auténtica política de Estado, con responsables sectoriales identificables, se podrá encarar el gran desafío que hoy debe exigirse: dismantelar la estructura ideológica de la emergencia continua y programar líneas político-criminales que encuentren un firme basamento en investigaciones de carácter empírico criminológico.

Precisamente, la segunda cuestión guarda vinculación con esta última necesidad, la relativa a las bases empíricas necesarias para el diseño de una madura política criminal.

Por lo pronto es menester tomar conciencia que la poca relevancia que se ha dado a esta temática desde los ámbitos académicos es uno de los factores que ha conspirado contra su desarrollo. Bien lo ha dicho con respecto a la realidad española, en conceptos que son perfectamente traspolables a nuestra realidad cultural, Josep Tamarit Sumalla:

A modo de saludable ejercicio autocrítico, debe también reconocerse la contribución que ha prestado a esta situación la doctrina penal, enclaustrada con demasiada frecuencia en un discurso dogmático alejado de la realidad y que suele prescindir de análisis empíricamente fundados.³⁴

Por eso resulta importante generar espacios de discusión en donde se recobre el valor de estas investigaciones. De hecho, en España, el Grupo de Estudios de Política Criminal³⁵ viene ofreciendo, desde hace más de quince años, propuestas alternativas de textos legislativos que parten de serios análisis empíricos. Y desde la teoría científica, José Luis Díez Ripollés (quien también conforma aquel grupo) viene

³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Naturaleza y necesidad de los consejos de política criminal", en Carranza, Elías (coord.), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, México, Siglo XXI Editores, 2001, p. 96.

³⁴ Tamarit Sumalla, Josep María, "Política criminal con bases empíricas en España", *Política Criminal*, núm. 3, 2007. Disponible en <http://www.politicacriminal.cl>.

³⁵ El grupo posee un portal disponible en la siguiente dirección: <http://www.gepc.es/>.

haciendo muy serios aportes en esta dirección; cuya síntesis más admirable puede encontrarse en su obra *La racionalidad de las leyes penales*;³⁶ en donde, entre otros aspectos, llama la atención sobre esta necesidad.

¿Y cómo pueden concretarse estos aportes? Sin duda, sería imposible acotar aquí la riqueza de estas posibles contribuciones, sin embargo, trataremos de ejemplificar con algunas ideas.

a) En primer término, las investigaciones empírico-criminológicas podrían proporcionar al legislador información previa a optar por la criminalización de una determinada conducta. De esta manera, esta aportación se traduciría en responder a la cuestión de qué criminalizar.

Como lo sostiene Larrauri Pijoan:

Para contestar a esta pregunta se debería reflexionar fundamentalmente acerca de la suficiencia de medios alternativos no jurídicos (por ejemplo, campañas de educación, reformas sociales, reformas de carácter tecnológico). En segundo lugar, se debería, una vez optada por la intervención jurídica, plantearse la suficiencia de leyes no penales y/o la reforma de leyes existentes.³⁷

Hemos dicho que uno de los rasgos que caracterizan a la política criminal argentina actual es la de expandir el ámbito de la intervención penal a sectores que, tradicionalmente, no fueron abarcados. Esto hace decir gráficamente a Cancio Meliá que los legisladores encuentran bienes jurídicos *hasta debajo de las piedras*.³⁸ Y en tal sentido, consideramos que uno de los factores que podrían evitar este degenerado y anárquico crecimiento estaría representado por un mayor conocimiento de estas cuestiones empíricas. Es que si no se conoce esta realidad, la legislación irremediablemente vulnerará principios elementales que la creación del derecho penal debiera resguardar; concretamente: i) *in dubio pro libertate*, ii) tolerancia, iii) ponderación de

³⁶ Madrid, Trotta, 2003.

³⁷ Larrauri Pijoan, Elena, "Aportación de las ciencias sociales a la elaboración de reformas en la legislación penal", en Díez Ripollés, J. L. y Cerezo Domínguez, A. I. (eds.), *Los problemas de la investigación empírica en criminología: la situación española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 96.

³⁸ Cancio Meliá, Manuel, "Dogmática y política criminal...", *cit.*, nota 5, p. 147.

daños y ventajas al momento de decidir una intervención penal y iv) practicidad procesal. En otras palabras, la decisión de criminalización sólo debe producirse después de constatar la inexistencia de un medio menos lesivo de resolución del problema, y después de concluir que los beneficios esperados con esa criminalización superan los costes que ésta puede comportar.

b) El segundo aspecto relevante, vinculado con estos conocimientos empíricos, guarda más conexión con la otra tendencia que marcáramos: el recrudecimiento punitivo como consecuencia de la inseguridad. Y aquí, a su vez, existen dos aspectos que parecen ser significativos.

1) Por una parte, hemos ya mencionado que este crecimiento de la inseguridad tiene mucho que ver con la incidencia de los poderosos *mass media*. Y en este sentido, la investigación empírica cuenta con un valioso instrumento que permite medir la actitud de la población frente al delito. Nos referimos a las encuestas de victimización³⁹ que hacen posible ponderar la percepción subjetiva del riesgo de ser víctima de un delito, en comparación con el aumento de la criminalidad real. Al respecto, hay que ser cuidadoso: que existan ámbitos en donde se justifique una nueva criminalización, no significa que el legislador resulte complaciente frente a los reclamos de la sociedad del miedo.

2) La otra cuestión que parece importante valorar aquí es la siguiente: ¿qué tipo de penas debe ser utilizado?

El predominio de la pena carcelaria —en la cual, por lo menos en nuestro medio, se basa prevalecientemente la legislación— no resulta la más adecuada a los fines de prevención especial positiva. En este sentido, estudios vinculados sobre el efecto de la prisión y su proyección sobre las tasas de reincidencia, que se han realizado recientemente en España, pueden resultar ilustrativos desde la perspectiva del valor de estas investigaciones empíricas. El estudio de Luque-Capdevila-Ferrer,⁴⁰ a través de un seguimiento de personas condenadas en

³⁹ Al respecto, *cf.* Sozzo, Máximo, ¿Contando el delito? Análisis crítico y comparativo de las encuestas de victimización en Argentina, *Cartapacio de Derecho*, vol. 5, 2003. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/38/22>.

⁴⁰ *Cfr.* La reincidencia penitenciaria en Catalunya, Barcelona, 2004; sintetizado por Tamarit, *op. cit.*, nota 34.

Cataluña durante el periodo 2002-2004, ha establecido una tasa de reincidencia penitenciaria de un 37%. Uno de los factores de mayor relevancia que aparecen en el estudio es el hecho de haber tenido antecedentes penitenciarios. Aquéllas que habían tenido previo contacto con la prisión reincidieron en un 51.3%, mientras que las que carecían de antecedentes penitenciarios tan sólo lo hicieron en un 22,6%. En sintonía con este dato, se observa además que los presos que tuvieron un contacto más intenso con la cárcel (en el sentido de que padecieron un régimen más prolongado de restricción de su libertad) reincidieron en mayor medida. También reincidieron más, aquéllos que tuvieron la experiencia penitenciaria a una edad más temprana.

Por otra parte, en 2006 se publicó también en España los resultados de una investigación empírica realizada por Villacampa-Torres-Luque;⁴¹ trabajo que ha demostrado que las personas condenadas a las que se ha aplicado la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o reglas de conducta asociadas a la suspensión condicional de una pena privativa de libertad, reincidieron menos que los ingresados en prisión (un 16% frente al 37%). Además, dentro del primer grupo, los que más reinciden son los que tenían previamente antecedentes penitenciarios (31% frente al 9.6%).

¿Y por qué nos pareció importante mencionar estas conclusiones? Porque el recrudescimiento punitivo de nuestra legislación se caracteriza —como ya lo explicitamos— por partir de una premisa equivocada: la necesidad de encarcelar más.

En tal sentido —y si bien en nuestro medio no proliferan estas investigaciones— las conclusiones precedentes nos podrían poner al resguardo sobre la necesidad de realizarlos aquí, con la finalidad de ponderar si hay base empírica suficiente para reputar irracional esta línea política criminal que criticamos.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El lector podrá haberse formado una visión respecto a que este expansionismo punitivo que tiene lugar en nuestro ámbito cultural no

⁴¹ Cfr. *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*; sintetizado por *idem*.

encuentra un correlato con las cifras de la criminalidad real que lo legitimen.

Este anárquico crecimiento constituye el producto de una conjunción de factores, entre los cuales, hay uno que parece central: el intercambio electoral entre la clase política y su público, que se escenifica fundamentalmente en los medios de comunicación; abriéndose paso, así, a un populismo punitivo.⁴²

Ciertamente estos productos legislativos —contextualizados de tal manera— no son sometidos a análisis serios (de parte de especialistas) ni cuentan con los elaborados estudios de costo ni las proyecciones estadísticas. De allí que, por nuestra parte, hemos pretendido poner de relevancia cómo es que la construcción de una política criminal racional puede verse beneficiada tanto con una tarea de ingeniería institucional, que permita convertir el tratamiento de la cuestión criminal en una auténtica política de Estado, como poniendo de relieve que, esta última aspiración, si quiere tener seriedad y escaparse de lo efímero y coyuntural, debe basarse en profundas investigaciones de criminología empírica que permitan dar una respuesta científica a cuestiones tan elementales como: qué criminalizar; qué tipo de pena debe ser previsto; cómo conseguir la aplicación de esa pena; cuáles son los efectos de esta aplicación.

⁴² Bombini, Gabriel, “Transformaciones recientes en las políticas penales en la Argentina: entre las necesidades populistas y las aspiraciones tecnocráticas de eficacia”, en Bergalli, Roberto *et al.* (comps.), *Violencia y sistema penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p. 63.