

Politización de la penalidad y proceso de producción normativo: discursos y prácticas populistas en el escenario local

Autor: Gabriel Bombini (UNMDP)

1. INTRODUCCION: POLITIZACION DE LA PENALIDAD.

Una primer manifestación contundente de las políticas penales en el contexto local, resulta la de la progresiva *politización del problema penal* que, de ser un reducto estrictamente vinculado a unos sectores o corporaciones expertas encargadas de gestionarlo, paulatinamente se fue convirtiendo en una arena propicia para su politización.

De tal modo, es que **Albrecht** (2000) hace notar que “...el **uso político** del *Derecho Penal* se presenta como un instrumento de **comunicación**. El derecho penal permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico...” (479); a la vez que añade que “... en el plano político la intervención de la justicia penal actúa a modo de **mecanismo políticamente deseado de encubrimiento y ocultación** de las contradicciones del sistema. Gracias a él los problemas sociales se personalizan, logrando escapar de una imputación política. Se toma en consideración la génesis social de los problemas y con ello se esquiva la intervención político-estructural. La explicación se traslada sistemáticamente hacia los aspectos accesorios y se desvía de la esencia del problema...” (477); para concluir que: “...por un lado, la intervención política en el *Derecho Penal* traslada constante y manifiestamente los problemas estructurales a la **aplicación individual** del *Derecho Penal*. Por otro lado, la **actividad legislativa** conduce rápidamente a resultados concretos y a producir efectos políticos inmediatos que pueden parecer intervenciones político-estructurales innecesarias. Tales intervenciones se elevan por encima del horizonte de la relevancia política cuando el triunfo electoral está en duda...” (478).

Zaffaroni (2006) con expresividad en la utilización de los recursos lingüísticos¹ al referirse a lo que denomina *un autoritarismo cool en latinoamérica*², sostiene: “...como el estado desapoderado de los países que llevan la peor parte en la globalización no puede resolver los problemas sociales serios, sus políticos optan por simular que los resuelven o que saben cómo hacerlo ... la política pasa a ser un espectáculo y el estado mismo se convierte en un espectáculo. Los políticos –presos en la esencia competitiva de su actividad- dejan de buscar lo mejor para preocuparse sólo por lo que pueda transmitirse mejor y aumentar su clientela electoral... (75) ... exige la alienación de los políticos, que deben optar entre sumarse a la publicidad de la represión y estar a la moda (volverse cool) o ser desplazados por los competidores internos de sus propios partidos, que aprovecharían el flanco débil si se mostrasen anticuados e impopulares, o sea, no cool...”(77)

Daniel Erbetta (2006) en su interesante aporte, aclara se trata del uso político del Derecho Penal como un instrumento de comunicación. Señala que “...lamentablemente, el Derecho Penal ha pasado a convertirse en arma preferida dentro de una nueva racionalidad política. La incapacidad o impotencia para resolver el aumento de los conflictos sociales, de los nuevos riesgos y problemas, ha potenciado el recurso exclusivamente simbólico de utilización de las leyes penales como respuesta y solución a estos problemas ... El derecho penal se ha convertido en un formidable instrumento para hacer política dando mensajes y ha pasado a formar parte, tal como ha graficado **Zaffaroni** de una gran campaña publicitaria que promociona un producto de falsas calidades... En este contexto los medios masivos de comunicación cumplen un rol central. Está comprobada su incidencia decisiva en la construcción de la vivencia de seguridad e inseguridad, en la configuración de la política criminal y en el espacio de la actividad

¹ Así lo ha hecho notar previamente para trabajos de hace un par de décadas del autor, **Nino** (1991).-

² **Zaffaroni** (2006:) define al *autoritarismo cool* como un nuevo autoritarismo que: “...se propaga desde un aparato publicitario que se mueve sólo, que ha cobrado autonomía y se ha vuelto autista, que impone una propaganda, puramente emocional que prohíbe denunciar, y que, además –y fundamentalmente- sólo cabe caracterizarlo con la expresión que los mismos medios difunden y que señala entre los más jóvenes lo superficial, lo que está de moda y se usa distraídamente: *es cool*. Lo es porque *no se lo asume como una convicción profunda, sino como una moda a la que es necesario plegarse sólo para no ser considerado o estigmatizado como anticuado o desubicado y para no perder espacio publicitario...*” (67).-

propio de las decisiones judiciales. Se ha consolidado un discurso publicitario que atemoriza a los políticos y condiciona a los jueces...” (50-51)³.

Como hace notar **Sozzo** (2007), se trata, en puridad, de una *nueva politización* del fenómeno o de la *cuestión criminal* que resultaría más apropiado denominar -en el marco de la “*emergencia*” de la *inseguridad urbana*⁴- como “*electoralización*”, toda vez que su característica saliente precisamente tiene que ver con medidas adoptadas con carácter urgente y deliberadamente concebidas como el reflejo de lo que piensa o siente la “*gente*”, en estrecha ligazón con la redimensión del problema en el marco de una nueva – y más acelerada dinámica política- que se viene desplegando hace un tiempo y explotando los componentes emotivos del fenómeno criminal (por todos, **Durkheim**, 1898, **Garland**, 2005, **Pratt**, 1999, 2006, 2007).-

No obstante, esta tendencia viene acompañada de una interesante ambivalencia (*aún cuando cerradamente coherente*) en el propio terreno político.

Por un lado, en el sentido expresado denota una fuerte *politización* en términos de aquello que **Anthony Bottoms**, ha denominado el *populismo punitivo*, convirtiéndose al *problema penal en un asunto medular en la competencia electoral*, adoptándose cada decisión –antes reservada a la opinión técnica experta- en el marco de una gran publicidad. Existe igualmente en tal sentido un compromiso más directo de los legisladores, quienes someten la decisión político-criminal a la disciplina de la política partidaria y al cálculo político de corto plazo (**Garland**, idem: 49).

Para ejemplificar, desde diversos contextos basta acudir a las emblemáticas campañas electorales de figuras ya como la de **Nixon** en los propios años setenta, o como la de **Rudolf Giuliani** en el presente más cercano y en el contexto norteamericano, o las de **Carlos Ruckauf**, sobre la vara del nuevo milenio para buscar una ejemplificación

³ Véase para el análisis de la relación político-público, **Windleham, D** (1998) “Politics, punishment and populism”. Oxford University Press, o el trabajo comparativo de **Roberts-Stalans-Indermaur-Hough** (2003) *Penal populism and Public Opinion. Findings from five countries*. New York: Oxford University Press.

⁴ Señala **Sozzo** (cit.) “...El carácter de ‘emergencia’ ... presentaba a la inseguridad urbana como una cuestión sobre lo que se debía actuar ‘ya’, rápida y decididamente, especialmente desde las competencias de los actores estatales –pero también más allá de los mismos, incorporando apelaciones a la movilización de individuos y de la ‘comunidad’ ... la inseguridad urbana se fue transformando así en un objeto de intercambio político, en una ‘mercancía política’, a través de la cual se buscaba consenso político, y en el límite, electoral...”.-

local; sin desatender en definitiva, que se trata de una lógica –que con matices y tonos- engloba al sistema político en general⁵.

Por otra parte, y precisamente con relación a este último punto, subraya **Garland** con razón que “...la politización podría sugerir una polarización de las posiciones, pero la forma populista que ha adquirido la política penal ha tenido el efecto exactamente opuesto...”, señalando la convergencia –en líneas generales- de las propuestas de los principales partidos en la materia, fenómeno que se repite en el contexto local.

Piénsese que en el caso argentino actual, con un gobierno públicamente autodeclarado como de centro-izquierda, se ha provocado el mayor descalabro político-criminal con innumerables reformas legales, con sentido francamente punitivo⁶, y con expresiones altisonantes en torno a casos emblemáticos y de notoriedad pública, en una estrategia de ocultamiento de los conflictos estructurales y de desresponsabilización y de transferencia de ciertas demandas de seguridad al *poder judicial*⁷, enmarcado en persecuciones incesantes a funcionarios judiciales por sus sentencias “favorables a los delincuentes”.

⁵ **Sozzo** (2007), señala para el contexto nacional dos momentos trascendentes de ascenso del populismo punitivo. El primero, ubicado a finales del siglo, e identificado en torno a la campaña electoral del año 1999, con impacto en medidas punitivas sancionadas desde el Congreso de la Nación, pero sustancialmente ligado a la gestión del mencionado ex gobernador de la Provincia de Buenos Aires, sus tristemente célebres discursos emotivos, y la impronta institucional de su gestión de corte netamente punitivo, que produjo numerosas reformas legislativas, tendientes fundamentalmente a restringir la libertad o excarcelaciones durante el proceso o durante la ejecución de una pena privativa de la libertad. Como segundo momento destaca en el año 2004, las manifestaciones, reclamos populares y consecuentes reformas normativas producidas al amparo de la gestión realizada por el padre de una víctima de secuestro y homicidio, Juan Carlos Blumberg, quien encabezó las acciones que culminaron con un simbólico proyecto de reformas cuyo impacto instrumental debe considerarse absolutamente nulo, pero que inmediatamente aprobado en buena parte por el Congreso de la Nación. En ambos casos, se destaca la consecuencia de un incremento sustancial en ambos momentos de las tasas de encarcelamiento, tanto en el orden federal como de las Provincias de Buenos Aires, como la de Santa Fé.-

⁶Ver, **Cesano** (2005:9) y apartado 4.6. de este trabajo.

⁷ Así los más altos funcionarios del Gobierno Nacional se han encargado de una embestida mediática contra el Poder Judicial. La propia Presidente de la Nación ha expresado: “Muchas veces, la Policía detiene y la Justicia libera. Los jueces tienen los instrumentos para denegar excarcelaciones”. El entonces Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, agregó: “Un delincuente que no debía estar en la calle cometió un delito. Vamos a ir a buscar al señor Juez que lo liberó”. El ex Presidente de la República también se sumó inmediatamente a la cruzada: “No van a alcanzar las leyes si hoy entran y mañana salen. Es hora de que la Justicia se ponga los pantalones largos”.- Hasta inusitadamente el propio Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un coloquio de los empresarios más acaudalados del país, en medio de tales declaraciones, soltó: “Los jueces deben entender que el respeto de las garantías no tiene nada que ver con la noción de puerta giratoria”. Ver Clarín, noviembre, 2 de 2008.-

Creo, que esta dinámica es acorde con una nueva tendencia antes descrita⁸, y visualizada ya particularmente en el ámbito norteamericano, en el cual la *crisis de gobernabilidad* en la que se encuentran sumidas las democracias occidentales actuales, han generado un modelo de *gobierno a través del delito* (**Simon**, 2006 y 2007), apto para el fortalecimiento del consenso social en torno a recursos simbólicos, y para la evasión de las enormes contradicciones sociales que abundan en las sociedades del presente.

2. EL PROCESO DE PRODUCCION NORMATIVO-PENAL: UNA VISION SOCIO-JURIDICA.

Desde hace un tiempo ya, las ciencias sociales, en general, y las jurídicas, en particular, vienen destacando y denunciando el escaso interés despertado en su propio seno con relación a estudios que versen sobre el complejo proceso de producción de normas, especialmente en referencia a la creación de las normas de tipo jurídico-penal (**Diez Ripollés**, 2003).

Fundamentalmente, se observa –amén de la carencia de descripciones de la dinámica de tales procesos- un déficit relevante en orden a la constitución propiamente dicha de *una teoría de la legislación*, que pregone cuáles son las formas y contenidos que deben observarse en el desarrollo de dichos procederes, de modo tal de conformar un completo esquema de la actividad legislativa conforme a los principios constitucionales derivados del reconocimiento a los derechos humanos, el Estado de Derecho y la forma democrática de gobierno⁹.

No obstante, desde el campo de la sociología jurídica¹⁰, a partir de ese reclamo y las constantes transformaciones a que se ve sometido en los últimos decenios su objeto central, el derecho; se ha pretendido colaborar en la consolidación científica de una parcela o área del pensamiento que, se ha mostrado demasiado endeble en su estado de

⁸ Ver el punto 2.9. de este trabajo, en relación a los trabajos de **Jonathan Simon** (2006 y 2007).

⁹ Lo señala de tal modo e intenta construir un intento superador, **Atienza** (1997) “Contribución para una teoría de la legislación”. Madrid: Civitas. También **Diez Ripollés** (cit.), y **Ferrajoli** (1995).

¹⁰ Conf. **Domínguez, J.L.** (2003) “Sociología jurídico-penal y actividad legislativa” en **Bergalli, R.** (coord. y colaborador) “Sistema penal y problemas sociales”. Valencia: Tirant lo Blanch: 243-285.

desarrollo actual como para pretender captar la alocada dinámica legisferante que se desploma en la realidad presente.

Paralelamente, diversos enfoques críticos sobre la cuestión criminal, progresivamente han ido realizando aportes relevantes, a partir de la investigación de los denominados procesos de criminalización primaria, desde perspectivas tales como las denominadas *sociología del control penal* (**Bergalli**, 1983) o *jurídico-penal* (**Baratta**, 1986), que han focalizado sus aproximaciones hacia los clásicos conceptos de *norma penal o bien jurídico*¹¹, que de tal modo, han quedado en vilo.

Y si bien las apuestas político-criminales de fondo resultan diversas¹², en general se asume la necesidad de revertir el panorama, lo que para algunos importa la reconstrucción de un sistema penal en clave antropocéntrica con referencia medular a los derechos humanos como límite pero también como objeto de la actividad criminalizadora estatal (**Baratta**, 1987).

Ahora bien, la asunción del análisis de estos procesos legislativo-penales permite entrever, no sólo dinámicas de ejercicio de poder en sus distintas lecturas¹³, transformadas acorde con las características de las sociedades comunicacionales actuales (**Castells**, 1995); sino también y esencialmente procedimientos o formatos en la labor de creación de tales normas que –indudablemente mediadas por aquellos intereses en juego– hacen uso de las potencialidades simbólicas del castigo y el crimen en la sociedad del presente¹⁴, acudiendo permanentemente a esa herramienta, sin observar racionalidad jurídica alguna en su proceder.

¹¹ Por ejemplo, para referirnos a trabajos pioneros de estos mismos autores, ver **Bergalli, R.** (1972) “Criminología en América latina. Cambio social, normatividad y comportamientos desviados”. Buenos Aires: Panneville; o además los mencionados trabajos de **Baratta**, (1986 y 1993). También por ejemplo, todos los trabajos incluidos en el número 1 de la revista *Penal y Estado* sobre las funciones simbólicas del derecho penal y buena parte de la obra de algunos penalistas como **Bustos Ramírez**, en su Manual de Derecho Penal (1989) Barcelona: Ariel; o la denominada “*Escuela de Frankfurt*”, encabezada por la figura de **Winfried Hassemer**, y algunos de sus trabajos más relevantes, y complementada por otros integrantes como **Wolfgang Naucke o Klaus Lüderssen**, entre que comparten el espíritu crítico difundido por su homónima *Escuela filosófica* a la que pertenecieran **Walter Benjamín, Herbert Marcuse, Theodor Adorno, Max Horkheimer** y también **Otto Kirchheimer y George Rusche**, autores del afamado “Pena y Estructura Social” (1984) Bogotá: Temis.

¹² Por todos, **Larrauri, E.** (1991).

¹³ De las consensualistas a las conflictuales, incluyendo entre estas últimas las versiones liberales del **Lewis Coser o Ralf Dahrendorf** hasta los comentarios de **Carl Marx** a la ley renana de criminalización del hurto de leña.

¹⁴ **Garland, D.** (2001).

Tradicionalmente, el proceso de creación de normas jurídico-penales analizado desde un prisma sociológico, reconoce diversas fases subsecuentes, las que si bien pueden suponerse o en algunos casos obviarse, describen, en términos generales, cómo se producen tales normas en nuestras sociedades modernas¹⁵.

Siguiendo a **Atienza**, (1997), pueden identificarse las siguientes fases:

- A) Fase prelegislativa: Que tiene origen con el planteo o la discusión pública vinculada a la discordancia entre la realidad social o económica y su respuesta jurídica, y culmina con la presentación de una proyección normativa o proyecto de ley.
- B) Fase legislativa: la da inicio con la recepción formal en la instancia parlamentaria de un proyecto de ley, y se desarrolla *formal y materialmente* hasta la aprobación y publicación de la ley respectiva.
- c) Fase post-legislativa: Que comienza en el momento de publicación de la norma producida y tiene fin con la evaluación social de la adecuación entre la ley dictada y realidad socio-económica.

Analizaré brevemente las características o notas salientes de cada una de estas etapas del proceso legislativo:

A) FASE PRELEGISLATIVA:

Conforme afirma **Schneider** (1987), se trata de un proceso sociológico complejo constituido por cinco (5) etapas sucesivas y en las que fundamentalmente pesan al menos tres variables: a) *los agentes sociales que son predominantes*; b) *el grado de institucionalización de cada una de estas etapas según intervengan por ejemplo, partidos políticos, sindicatos, colegios profesionales o ámbitos de la administración público*; c) *la intervención técnica o no que se verifique en cada caso*.

Etapas: A.1.) Disfunción social acreditada

¹⁵ Sigo en lo sucesivo a **Diez Ripollés** (2003).-

Se inicia con el éxito de un **agente social**¹⁶ en “hacer creíble” la existencia de una disfunción social necesitada de una intervención penal. Este éxito depende de dos factores. En primer lugar, el hecho de aportar datos (reales o ficticios) que sirvan de base de discusión, y en segundo orden, lograr plantear la cuestión en ámbitos comunicacionales relevantes dentro de la sociedad.

Se indica que no es indispensable que la disfunción sea real, puede también ser aparente¹⁷, pero sí debe ser susceptible de *despertar atención social*. Generalmente los temas que tienen componentes dramáticos, o son susceptibles de vincularse a la experiencia directa de la mayoría o de identificación con el público, son los que despiertan mayor atención social. Además debe percibirse como útil el planteamiento de esa disfunción en términos de resolución de los efectos negativos de la misma, ya sea que se exponga en términos materiales, o bien meramente expresivos o integradores.

Verificados estos requisitos, esta etapa concluye con la inclusión en la agenda temática social del desajuste colectivo identificado y la apertura de la posibilidad de que el subsistema jurídico-penal tenga que modificarse para adaptarse a la nueva realidad socioeconómica.

A.2.) Malestar social: preocupación y miedo al delito

Es necesario que el conocimiento de la disfunción se generalice, tenga estabilidad cognitiva, es decir no desaparezca de la agenda social, y capacidad de involucración emocional de la población.

Así, surgen, por un lado la *preocupación por el delito*. Se trata de *subjective punitiveness* (actitudes punitivas), que expresaría los puntos de vista de los miembros de la sociedad sobre los contornos y el grado de intervención penal que consideran necesarios. De ese modo, se configura como un juicio de valor sobre las opciones político-criminales apoyado predominantemente en componentes cognitivos y

¹⁶ Los agentes sociales pueden ser plurales (en tanto como único requisito logren *credibilidad*): el propio gobierno, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones empresariales, corporativas o profesionales, los grupos religiosos, las Ong's (medioambientales, feministas, pacifistas, religiosas, culturales, científicas, de opinión, de víctimas, etc.) o bien los propios medios de comunicación.

¹⁷ Ello, es independiente de que los agentes sociales sean conscientes o no de ello.

secundariamente influenciados por aspectos emocionales¹⁸. Estas resultan *actitudes* volátiles, con poca estabilidad y mucha influenciabilidad, según los humores sociales o el devenir del debate.

Además, se relacionan relacionarse directamente con factores netamente subjetivos: *el género femenino, el incremento de edad, la tendencia política conservadora, el contacto con “prensa sensacionalista”,* e inclusive con la punición objetiva (cómo se pena en las normas). A su vez, es factible establece una relación de proporcionalidad inversa con el grado de formación, pero independiente del nivel de ingresos; en tanto que la existencia o no de una experiencia de victimización previa suele resultar ambivalente para generar *actitudes punitivas*, y depende en alguna medida de la existencia de un acometimiento violento personal.

Por otro lado, surge el *miedo al delito*. Se trata de una emoción ligada al riesgo de ser uno o terceros víctima de delitos. Sus efectos inmediatos resultan los de incrementar las *actitudes punitivas* y un rechazo de plano a las políticas penales liberales. A su vez, fomenta el desarrollo de tendencias deslegitimadoras del sistema de justicia penal, pero a su vez, puede generar un incremento de la criminalidad¹⁹.-

También viene influido por componentes subjetivos vinculados al *sentimiento de vulnerabilidad*, mayormente presente en el género femenino, la avanzada edad, los bajos ingresos, la escasa formación, la pertenencia a minorías. La victimización previa puede favorecer el miedo al delito, y paradójicamente no tanto la experiencia directa -que provoca una variación conductual-, sino más bien la indirecta ligada a lo que sufren otros, lo que excita en mayor medida la imaginación. Indudablemente, los medios de comunicación tienen una fuerza relevante en la conformación del miedo al delito, especialmente en las referencias a sucesos locales. Por último, factores ambientales como la residencia en un barrio desorganización o con poca integración social pueden favorecer este sentimiento.

Esta etapa culmina cuando una apreciable insatisfacción social en relación a la intervención penal se estabiliza de manera generalizada y potenciada según el grado de *“miedo al delito”*.-

¹⁸ Estas resultan *actitudes* volátiles, con poca estabilidad y mucha influenciabilidad, según los humores sociales o el devenir del debate.

¹⁹ (vgr. al generar un abandono de lugares públicos, crea espacios que pueden favorecer las oportunidades delictivas).-

A.3.) Una opinión pública: medios de comunicación

El malestar social existente para ser considerado un auténtico **problema social** requiere de un proceso comunicativo de intercambio de opiniones y expresiones que refuerce la *visibilidad social del desajuste social* y le otorgue *sustantividad*. En la sociedad actual y con ese objetivo resultan herramientas imprescindibles los medios de comunicación social, los que cobran un protagonismo central en esta fase prelegislativa.

Por un lado, trazan los contornos del problema reiterando informaciones sobre hechos similares como agrupando hechos hasta entonces no claramente conectados, o resignificándolos (de sucesos aislados –*events*- a un asunto persistente –*issue*-). Por otra parte, destacan los efectos perjudiciales de la situación existente en distintos ámbitos sociales y/o planos materiales, expresivos o integradores. Finalmente, plantean genéricamente la necesidad de ciertas decisiones legislativo-penales.

Se crea entonces, una **opinión pública** sobre el tema en cuestión, en tanto la opinión de un colectivo cualificado de personas con capacidad para determinar los contenidos de los medios creadores de opinión. Estos colectivos están generalmente representados por quienes operan en los medios y los sectores privados, corporativos y políticos con capacidad para condicionar o influir en sus contenidos.

La **opinión pública**, en definitiva, es un “estado de opinión”, una interpretación consolidada de cierta realidad social y un acuerdo básico sobre la necesidad y el modo de influir en ella (Garland, 2001), produciendo la **“institucionalización” del malestar social.**

A.4.) Programa de acción:

Superando el nivel de generalización de la etapa anterior, ese estado de opinión se ha de transformar en un programa de acción dirigido explícitamente a ofrecer propuestas de resolución del problema social planteado, a través de:

- una profundización en el conocimiento del problema; - la identificación de los objetivos; - el aporte de los medios o instrumentos para alcanzarlos.

En este estadio, suelen intervenir *grupos de presión expertos*, los que otorgan *respetabilidad social al programa*, y pueden ser grupos que defiendan intereses diversos

tanto ideológicos, científicos o socioeconómicos²⁰. A su vez, también se involucran *grupos de presión no expertos* de distintos órdenes. En tanto los propios *medios de comunicación* o *grupos mediáticos* se han convertido en la actualidad en “*grupos expertos*” a todos los efectos, lo que genera una aproximación simplificada y superficial de la realidad social, la *opinión pública* es por sí es capaz de generar respuestas penales. A su vez, *grupos populares*, tales como grupos de víctimas o afectados que generan solidaridad en círculos sociales cercanos y mayores numéricamente, pueden también generar un programa de acción, e inclusive omitir o saltean algunas de las etapas reseñadas. Por lógica, estos grupos acentúan la aproximación superficial a la realidad y – en tanto existe un fuerte componente emocional que quita la racionalidad- la imposibilidad de reelaboración reflexiva y compartida de los análisis, pero ello no necesariamente los hacen permeables a las influencias políticas o parlamentarias²¹.

Su desarrollo se favorece con la presencia de ciertas condiciones, tales como *un consenso social* sobre las medidas adoptar, la ausencia de otros temas de relevancia social, y la mayor disposición a legislar simbólicamente, por el desarrollo de *políticas penales populistas*.-

A.5.) Proyecto de ley. Burocracias:

Seguidamente, es usual que se produzca una apropiación de los programas de acción por unos nuevos agentes sociales *institucionalizados*: las denominadas *burocracias gubernamentales o partidistas*. Estas gozan de una gran libertad de acción en la reconfiguración de los programas, pero lógicamente están sometidas a intereses políticos.

Esta etapa prelegislativa burocrática se ha convertido en la práctica en el momento determinante de las decisiones legislativas, en detrimento de la fase legislativa. Así, se debilita el parlamentarismo, se fortalecen los partidos políticos, y fundamentalmente los poderes ejecutivos.

²⁰ A diferencia de la *opinión pública*, sus conclusiones se consideran con legitimación científico social, y es por ello que tienen una influencia significativa en la activación de la etapa legislativa. En problemas que requieren conocimientos técnicos especiales, sólo pueden construirse *programas de acción técnicos*.

²¹ Un caso plenamente encuadrable en este supuesto es el de creación de las leyes, *Three strikes and you're out* en el Estado de California en los Estados Unidos, conforme al análisis que realizan **Zimring-Hawkins-Kamin, 2001**. *Punishment and democracy*, Oxford.-

B) FASE LEGISLATIVA:

Esta fase da inicio con la recepción formal en la instancia parlamentaria de un proyecto de ley, y se desarrolla conforme a los procedimientos formales que se establecen en las normas constitucionales y legales que reglan en cada ordenamiento jurídico tal labor.

Desde el punto de vista sociológico, se destacan a la par de la labor de los propios representantes legislativas, la presión de los grupos o sectores de interés en las temáticas que se desarrollen (también mediáticos, corporativos, oficiales, ong's, etc., etc.).-

En el marco de las distorsiones propias de los *sistemas presidencialistas*, es usual y destacable también la preponderancia o la mayor relevancia de las propuestas que emanan del Poder Ejecutivo.

C) FASE POSTLEGISLATIVA:

Como se adelantara esta fase *postlegislativa* se caracteriza por la labor desarrollada desde el momento de publicación de la norma producida, con el objeto de evaluar socialmente el impacto que las normas introducidas alcanzan y si se han cumplido los objetivos que la motivaron.

Aunque resultaría absolutamente necesaria una evaluación técnica respecto de las leyes penales y el alcance de los objetivos que se prometen alcanzar con el texto normativo, desde el punto de vista sociológico se advierte una ausencia llamativa de tal tipo de evaluación.

En nuestro contexto, se carece de información alguna sobre la existencia de estudios oficiales, académicos o privados que den cuenta del impacto o los efectos alcanzados tras una reforma normativa.

En general, puede decirse que su activación, debe existir una creencia socialmente extendida en que la ley penal puede transformar la realidad social, y la comunidad debe haberse interiorizado de su capacidad de exigencia de responsabilidad. Debe existir, en este contexto, lo que podría denominarse una cierta tradición tecnocrática, para otorgar relevancia a este tipo de afirmaciones procedentes de grupos expertos.

Por otra parte, la evaluación resulta difícil de llevar adelante por múltiples razones. Por una parte, la carencia mínima de recursos para encabezarla. Así, no se predisponen de medios materiales o económicos, y en ocasiones, directamente se carecen de recursos humanos capacitados o entrenados para llevar a cabo la labor. De igual modo, debe hacerse notar las diversos déficits metodológicos y de experiencia en abordajes empíricos de este tipo que hagan las evaluaciones suficientemente fiables.

Por último, es de hacer notar que la transmisión de los resultados investigativos que sería fundamental como así también su difusión masiva, resulta de igual modo, escasamente propagada.

3. DINAMICAS ACTUALES: POPULISMO PUNITIVO

Ahora bien, hechas estas descripciones, conviene repasar someramente cuáles son los patrones centrales de las prácticas de los sistemas políticos contemporáneos, y su incidencia específica en el campo de la legislación en materia penal o criminal.

Así, puede afirmarse con **Pat O'Malley** (1999) que un rasgo paradigmático de las políticas penales de nuestro entorno cultural contemporáneo resultar ser su carácter ambivalente, *volátil y contradictorio*.

En especial, las reformas normativo-penales en diversos contextos, informadas por una suerte de populismo punitivo²², atienden a las coyunturas políticas particulares y a las necesidades surgidas del intercambio electoral entre la clase política y su público²³, que se escenifica fundamentalmente en los medios de comunicación²⁴.

Y si bien el estudio jurídico de estos procesos de producción normativo o - en este ámbito punitivo- de criminalización primaria son objeto –como se dijera en la introducción- de una escasa difusión en el ámbito científico, poco a poco diversas investigaciones encabezadas tanto por penalistas, sociólogos o

²² Ver punto 2.9.

²³ Ver al respecto, **Albrecht, P. A.** (2000), cit. en punto 2.9. y **Naucke, W.** (2000) “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, ambos publicados en “La insostenible situación del derecho penal”. Granada: Editorial Comares.

²⁴ Así, **Sparks, R.** (1992) “Television and The Drama of Crime”. Milton Keynes: Open University Press.

criminólogos han comenzado a dar cuenta de un fenómeno reiterativo en la cultural penal occidental contemporánea, con gráficas expresiones tales como “inflación penal”²⁵, “expansión del derecho penal”²⁶ “panpenalismo”, por mencionar sólo algunas de las más utilizadas a la fecha.

Se aduce así, la necesidad de considerar al recurso penal como uno de los más preciados entre los disponibles en aquel intercambio político, en tanto el carácter emotivo que distingue a la cuestión criminal se adecua perfectamente a las dinámicas simbólicas que cimientan las prácticas de quienes pretenden captar electores.

La vieja racionalidad moderna, vinculada a una retórica y prácticas austeras, recatadas, parsimoniosas, que pretendían siempre ampararse en la fundamentación científica como sinónimo de razón; es reemplazada por otra irrestricta, exuberante, grotesca²⁷, emotiva y ostentosa²⁸, ligada a una vacua noción de “sentido común”²⁹, como expresión de una moralidad pública que se presenta como consensuada e indiscutible y que la penalidad debería encargarse de reafirmar.

Se sostiene que, en prístino contraste con un discurso jurídico construido desde la óptica de ciertas élites profesiones e intelectuales³⁰ –juristas académicos, jueces-; paulatinamente y aun cuando no se le preste demasiada atención científica, se viene afirmando una suerte de “nueva penología fundamentalista” que se construye desde lo bajo (**Pavarini**, 2006), y que reniega o desconoce al

²⁵ **Luigi Ferrajoli** (1995).

²⁶ **Silva Sanchez, J.** (1999).

²⁷ **Pavarini, M.** (2006) Capítulo 4.

²⁸ Así, el interesante artículo de **John Pratt**, 2000 4 (2): 417-441.

²⁹ Al respecto, es útil consultar la noción de *criminología de la vida cotidiana*, ver por todos, **Garland** (2005), cit..

³⁰ Indica con tino **Pavarini**: “...Un dato al que se le presta poca atención: la cárcel –en su bicentenaria historia- ha sido principalmente hegemonizada por una retórica elitista, en el sentido de que la legitimación de esta modalidad de punir –por razones de prevención, sea general o especial- ha resultado esencialmente brindado por movimientos culturales y políticos minoritarios, a menudo compuestos únicamente por profesionales, frecuentemente animados por intenciones progresistas, que han expresado sobre la pena y sobre la cárcel un punto de vista “partisano”...”.-

saber experto sobre la cuestión criminal (**Zimring**, 1996)³¹, pues se expresa directamente en el lenguaje de la gente³².

Que como ya se adelantara³³, toma como emblema a la figura de la *víctima*, sobre la base del *mito de su actitud siempre vindicativa* y que desarrolla una lógica de *suma cero*, en donde todo lo que se le otorga a los “*delincuentes*” se le quita a las víctimas o sus familiares³⁴, quienes son recurrente objeto de manipulación política en las campañas electorales³⁵.

Zaffaroni sostiene, al describir lo que denomina *un autoritarismo cool*, es decir un discurso *populachero* al que se acude no por convicción sino por mero interés electoralista, que “...favorecen su difusión mundial la brevedad y el impacto emocional del discurso vindicativo, que resultan a la medida de la televisión, dado su alto costo y la escasa disposición a todo esfuerzo pensante por parte de los usuarios...” (2006, cit: 70).

A punto tal que, se ha pensado en una suerte de retorno a la pre-modernidad como parte de un proceso de “de-civilización” -en el vocabulario de **Norbert Elias**-, que importaría precisamente el abandono de toda forma racional de concebir el fenómeno criminal y su respuesta o control, explotando los aspectos emotivos y viscerales que éste y su respuesta de castigo despiertan en el público (**Pratt**, 2006).

Puede afirmarse, entonces y sin temor a equivocarse, que el recurso penal es el más económico y eficaz para satisfacer simbólicamente y en clave puramente punitiva las denominadas *demandas públicas de seguridad*; pero también, que es –sin lugar a dudas- el más costoso y ineficiente para otorgar reales respuestas a la ontológica situación de inseguridad (**Young**, 2003) que nos plantea las sociedades postindustriales del siglo XXI³⁶.

³¹ **Zimring, F.** (1996) “Populism, democratic government and the decline of expert” en *Pacific Law Journal*, 28 (1): 243-256.

³² **Roberts-Hough, M.** (2002) “Changing Attitudes to Punishment: Public opinion, crime and justice”; Cullompton: Willian Publishing; y **Hough** (1996) “People Talking about Punishment” en *Howard Journal of Criminal Justice*, 35 (3): 191-214.

³³ Ver punto 4.2.

³⁴ Conf. **Garland, D.** (2005), cit.

³⁵ Conf. **Zimring**, ob. cit., y **Zimring, F – Hawkins, G. – Kamin, S.** (2001) “Punishment and Democracy. Three strikes and you’re out in California”. Oxford: OUP.

³⁶ **Pavarini, M.**, cit.: Capítulo 7.

Introduciéndonos ya en concreto en el campo en el campo de la criminalización primaria en nuestro país, indudablemente la tendencia evidenciada ha sido su recurrente utilización y la permanente inflación de las normas penales, tanto a partir de la creación de nuevas figuras penales como a través del endurecimiento de los distintos institutos jurídicos, a través de la prolongación de los tiempos de privación de libertad o bien a través de la limitación de la libertad durante el proceso de conocimiento o durante el de ejecución de la pena propiamente dicho.

Esta tendencia –como se explicara- no obedece a una particularidad local, sino que resulta frecuente en diversos contextos nacionales, la apelación o el recurso a la reforma legal severa como modos de pretenden responder desde el ámbito político a las demandas sociales de seguridad, dinámica que de algún modo –como se explicitara previamente- se articula en el marco de una reedificación de las relaciones entre el sistema político y su electorado, y en las distorsiones al sistema democrático fruto de la emergencia de una **democracia de opinión** (Garapon- Salas, 1996, cit. en Pavarini, 2006).-

Numerosos son ya, los emprendimientos que se han encargado de analizar pormenorizadamente el tema³⁷ y que atienden por ejemplo, a las influencias de las políticas penales norteamericanas en nuestro contexto³⁸, o bien describen las particularidades con las que se lleva a cabo el intercambio político en el que cobran fuerza estas dinámicas legislativas³⁹, algunas de las cuales serán objeto de análisis seguidamente.

³⁷ Un examen aún con diversa interpretación el trabajo de **Cesano, J.D.** (2004); o también el de **Erbetta, D.** (2006): 41-69.

³⁸ Analizando la influencia de las dinámicas penales norteamericanas en el proceso local, conf. **Zaffaroni, E. R.** (2003), y con referencias a lo que denomina *discurso populachero* en (2006); y también **Bombini, G.** (2005): 617-623.

³⁹ Con referencia a estos procesos, pero extendiendo el ámbito de interpretación al continente americano en general, véase **Chevigny, P.** (2003) 77-96. Y específicamente a las reformas en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y las características del intercambio político-electoral, **Bailleau, M.** (2001) “La utilización de políticas de ley y orden como herramienta política. El caso de la provincia de Buenos Aires” Tesina presentada en el Master “Sistema Penal y Problemas Sociales”, UB, España. Para el proceso desencadenado a partir de los petitorios formulados por el padre de una víctima de secuestro y homicidio, Axel Blumberg, ver **Maier, J.B.** “Blumbergstraferecht”, Nueva Doctrina Penal, 2004/B y **Ciano, A.-Saumell, F.** ¿El derecho penal de blumberg?, Nueva Doctrina Penal 2006/B: 213-241.

Así, por ejemplo **Cesano** (2004), en excelente obra de consulta e indispensable en el tema, recurre a dos concepciones a las que apelaría la literatura especializada⁴⁰ para describir lo que denomina el expansionismo penal actual: el surgimiento de un *Derecho Penal Simbólico* y el *Resurgir del punitivismo*.

En cuanto a la primer lógica -desarrollada supra en este trabajo- la considera una marcada ampliación del ámbito de lo prohibido penalmente, a través de la creación de nuevas figuras delictivas; neo-criminalización que cumple una función esencialmente retórica. Explica que tal tendencia se materializa a través de la introducción en la legislación penal -fundamentalmente en leyes especiales- de nuevas figuras delictivas cuya existencia no se explica por la pretensión de evitar conductas socialmente dañosas, sino únicamente por la voluntad de apaciguar a la opinión pública en un determinado momento, aparentando eficacia en la lucha contra el crimen.

En relación al resurgir del punitivismo, apoyándose en **Cancio Meliá**, sostiene que más allá de aquél fenómeno también existen procesos de criminalización a la antigua usanza, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover la efectiva aplicación o el endurecimiento de las penas en normas ya existentes.

Sobre la base de tal distinción, analiza las recientes reformas a la legislación penal argentina encuadrándolas en algunos de los modelos antedichos. Pero con relación al resurgir del punitivismo, apela a nociones ya mencionadas surgidas en otros contextos tales como *derecho penal del enemigo*, *tolerancia cero*, *legislación de emergencia* o *emergencia del derecho penal liberal*, para culminar su crítica: “...cómo algunos medios de comunicación (particularmente influyentes), pueden -con la complacencia de ciertos legisladores- transformarse en intérpretes de los que denominan un determinado estado de la opinión pública y presionar para que, una delicadísima tarea como es la de elaborar leyes penales, se rija por urgencias, coyunturas, en fin: que la racionalidad que debe imperar al sancionarse la ley sea sustituida por premuras mediáticas que, si no se satisfacen adecuadamente, traen aparejados altos costos políticos...” (68).

Por su lado, **Erbetta** (2006), luego de resituar la función del derecho penal en la nueva sociedad, describe la crisis del derecho penal de la postmodernidad (46)

⁴⁰ Cita en apoyo a **Cancio Melia**, “Dogmática y Política Criminal en una teoría funcional del delito” en Jakobs-Cancio: Conferencias sobre temas penales: Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe., 2000: 124 y ss.

caracterizándolo como uno en permanente **expansión**, tendencia que encontraría motivación en la supuesta necesidad de resolver nuevas emergencias o graves problemas excepcionales, y se apoyaría en la falsa creencia de que el poder punitivo es un instrumento idóneo y efectivo para resolver cualquier tipo de conflictos o problemas sociales.

A ello, suma como fenómenos paralelos **la ordinarización del Derecho Penal de emergencia**⁴¹, **el avance hacia un derecho penal de enemigos**⁴², a los que ya se hubiera hecho referencia, a los que añade el de **funcionalización comunicativa del Derecho Penal a través de la política**⁴³.

Continúa, indicando como principales consecuencias político-criminales las siguientes: a) *una hipertrofia legislativa*; b) *una administrativización o banalización del derecho penal*; c) *el recurso a técnicas legislativas defectuosas*; d) *una desformalización del derecho penal material*; e) *una desformalización del proceso penal utilizado como lucha contra la delincuencia*. (52-53). Culmina, previo repaso por algunos datos de la realidad argentina proclamando el retorno a la racionalidad penal tradicional.

También, **Pastor** (2005)⁴⁴ plantea como punto de partida la existencia de lo que denomina un **neopunitivismo**. Expresa que la *“...expansión penal ha sido considerada la cuestión central de las reflexiones político-criminales de los últimos años, motivo por el cual corresponde asumir que el derecho penal actual o “moderno derecho penal” como suele llamárselo, constituye un nuevo derecho penal, contra-ilustrado, cuyas características deben ser estudiadas bajo la denominación de neopunitivismo, en tanto que el rasgo distintivo de este estilo de derecho penal, que engloba todos sus componentes, es su marcada deshumanización y un recrudescimiento sancionador creciente...”*.

A partir del repaso de abundante literatura penal europea, añade el autor que la *“...realidad demuestra que el derecho penal del neopunitivismo ha adquirido una extensión desmesurada debida a que se lo ha empleado, simbólica y*

⁴¹ Cita en apoyo la tesis de **Giorgio Agamben** (2004) según la cual el lapso del estado de excepción, que se supone algo provisorio y en el que en razón de una suerte de situación de necesidad se suspende el orden jurídico, se ha convertido en el siglo XX en forma permanente y paradigmática de gobierno.

⁴² Sustentado en el vieja dicotomía de **Carl Schmitt**: amigo-enemigo, ver punto 2.3.

⁴³ Ver al respecto, el punto 4.1.-

⁴⁴ Con apoyo en las descripciones de **Ferrajoli** (1995), **Hassemer** (1999), **Maier** (2004), **Silva Sanchez** (1999) **Zaffaroni-Alagia-Slokar** (2003).-

demagógicamente, como herramienta, supuesta pero omnipresente y omnipotente, para reaccionar contra todos los males sociales...”, para concluir en la existencia de una “...<<descodificación penal>> que ha conducido a un verdadero <<caos jurídico-penal>>, que debe ser revertida a partir de una labor de recodificación penal sustentada en el principio de reserva de código...”.

También, **Zaffaroni** (2006) en el marco de sus tesis sobre el **enemigo en el derecho penal**⁴⁵, en referencia a la situación latinoamericana señala que “...como la comunicación masiva es lo que mayor grado de globalización ha alcanzado, el discurso del actual autoritarismo norteamericano es el más difundido del mundo. Su simplismo populachero (völkisch) se imita en todo el planeta por comunicadores ávidos de rating, aunque en América Latina tiene mayor éxito dada su precariedad institucional. Favorecen su difusión mundial la brevedad y el impacto emocional del discurso vindicativo, que resultan a la medida de la televisión, dado su alto costo y la escasa disposición a todo esfuerzo pensante por parte de los usuarios...”.-

En conclusión, se destaca la consagración de una inflación normativo-penal que se desentiende de cualquier racionalidad y respeto a los procedimientos consensuados y suficientemente fundados, que requiere el dictado de la ley penal⁴⁶.

La severidad en la reforma legal ha tenido diversas expresiones de las cuales se dejará breve cuenta en los párrafos que siguen.

4. PRACTICAS POPULISTAS EN EL CONTEXTO LOCAL:

i. REFORMAS PENALES

En nuestro país dicho fenómeno se tradujo a nivel de producción normativo en la aprobación por parte del poder legislativo de una serie de reformas penales – acompañadas asimismo por proyectos de ley con alto contenido de irracionalidad- con un contenido expansivo de la ley penal, ampliando el abanico de conductas punibles,

⁴⁵ Ver punto 2.3.

⁴⁶ Al respecto, véanse las propuestas de **Ferrajoli, L.** “Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código en materia penal” en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 15: 15 y ss. **Pastor, D.** (2005) y **Diez Ripollés, J.L.** (2003).

incrementando las penas para algunas figuras típicas, o consagrando cláusulas generales de aumento punitivo.

A) Entre las reformas introducidas, deben valorarse distintas transformaciones normativas al propio texto del Código Penal, entre las que vale mencionar en primer término, las vinculadas a la parte general de dicho cuerpo legal:

A.1.) Entre las normas de la parte general, se destacan:

A.1.1.) Por un lado, reformas que acentúan un sentido punitivo al posibilitar la alongación de la permanencia en prisión de las personas condenadas.

En primer orden, en punto a la problemática de la determinación judicial de la pena, por la agravación genérica de las escalas penales de los delitos en casos de utilización de armas de fuego para su comisión⁴⁷; o bien por la participación de sujetos menores de edad para la ley penal en el hecho delictivo en cuestión⁴⁸.

De otra parte, otra manifestación en tal sentido punitivo se ha verificado por la posibilidad de extensión temporal de la condena judicial en los supuestos de concurrencia real de delitos, que conforme a la legislación actual puede extenderse hasta los cincuenta años de privación de libertad⁴⁹.

Finalmente, también se visualiza esta tendencia al limitarse taxativamente la posibilidad de obtención de la libertad condicional no sólo ya para las personas declaradas reincidentes, sino para aquellos condenados por determinadas modalidades delictivas. Pero igualmente en materia de libertad condicional ha cobrado forma al aumentar el lapso de cumplimiento de la pena a los efectos de

⁴⁷ Art. **41 bis**. (Incorporado por ley 25.297, art. 1°). la introducción del artículo 41 bis del Código Penal⁴⁷, que introduce una cláusula genérica de elevación de un tercio en su mínimo y en su máximo –dentro del máximo legal de la especie de pena- de la escala penal con que se reprimen cualquiera de los delitos del código penal, si se cometieran *con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego*; excepcionándose el caso en que la agravante ya estuviera contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate; importa un incremento del monto punitivo pero, luego en relación específica con el robo se dicta un nuevo texto del artículo 166 que agrega confusión.

⁴⁸ Art. **41 quater**. (Incorporado por ley 25.767, art. 1°). Añade una nueva agravante genérica destinada a incrementar los mínimos y máximos para los mayores de edad que hubiesen participado en delitos donde intervienen menores de 18 años.

⁴⁹ Art. **55**. (Incorporado por ley 25928). Sanción: 18/8/2004. Se agrava el máximo penal para los casos de concurso real de delitos que estuviesen con la misma especie de pena, manteniéndose la regla que será aplicable el mínimo mayor, pero como máximo, la suma aritmética de las penas máximas abstractamente prevista, estableciéndose expresamente que no podrá ser superior a cincuenta (50) años de prisión.-

obtener ese derecho en supuestos de condenas a perpetuidad, ya que la normativa vigente, exige ahora el transcurso treinta y cinco años de efectiva privación de libertad⁵⁰.

A.1.2.) También se integran con normas vinculadas a introducción en la normativa fondal del favorecimiento de técnicas de investigación de cuestionada constitucionalidad y conocida problematización⁵¹, la pretensión de circunscripción precisa de los actos procesales constitutivos de interrupción del curso de la prescripción como motivo de cancelación de la potestad punitiva del Estado por el transcurso del tiempo⁵², y de la inclusión de consecuencias accesorias a las condenas penales⁵³.

A.2.) De igual modo, debe efectuarse una breve síntesis de las reformas introducidas en el texto de la parte especial del Código Penal:

A.2.1.) Aquí, se han introducido sucesivamente normas que llevan a penalidad perpetua de privación de libertad, a las respuestas punitivas en aquellos casos en que la víctima o bien el victimario del delito de homicidio resulten agentes de las fuerzas de seguridad, policiales o penitenciarias⁵⁴.

A.2.2.) También se ha verificado una muestra expresa de mayor severidad a través de las agravaciones de las escalas penales de distintos delitos fundadas en circunstancias de distintos orden como la resultancia de la muerte vinculada a

⁵⁰ Arts. **13, 14 y 15** (Texto según ley 25.892, arts. 1, 2 y 3 respectivamente). Sanción: 5/5/2004. Agrava la situación de los condenados a prisión o reclusión perpetua, exigiendo para la libertad condicional en estos casos el cumplimiento de treinta y cinco (35) años de condena, como así también niega el acceso a este derecho a quienes cometan los delitos previstos en los arts. 80 inc. 7º, 124, 142 bis penúltimo párrafo, 165 y 170 penúltimo párrafo. Añade nuevas obligaciones entre los incisos del artículo 13, indicando que no puede contabilizarse el tiempo que haya gozado de la libertad cuando se infraccione la obligación del inc. 6º del art. 13 de someterse a un tratamiento médico, psiquiátrico y psicológico.-

⁵¹ Art. **41 ter**. (Incorporado por ley 25.742, art. 2º). Genera un atenuante bajo lo que se denominada la figura del arrepentido, limitada sólo para quien aporte datos con relación a alguno de delitos previstos en el artículo 142 bis y en el 170 del Código Penal.

⁵² Art. **67**. (Incorporado por ley 25990) Sanción: 16/12/2004. Modifica el párrafo 4º y 5º del artículo 67 del Código Penal, circunscribiendo específicamente los actos interruptivos de la prescripción penal a la comisión de otro delito, la citación a prestar declaración como imputado, el requerimiento de un fiscal de citación a juicio y el dictado de una sentencia condenatoria aunque no se encuentre firme.

⁵³ Art. **23**. (Texto según ley 25.815, art. 1).

⁵⁴ Art. **80. 8º** (Incorporado por ley 25.601, art. 1). Art. **80 inc. 9º** (Incorporado por ley 25.816, art. 1).

un comportamiento delictivo precedente⁵⁵, las características del autor⁵⁶, o la utilización de armas de fuego con aptitud para el disparo⁵⁷.

A.2.3.) Se añadió una especial regulación con relación a las normas destinadas al castigo de delitos rurales (abigeato) y otras actividades conexas, en respuesta principal a la preocupación sobre hechos recurrentes de sustracción de ganado en nuestro extenso territorio. Se redefine y amplía el concepto de abigeato, se adicionan nuevas calificantes relacionadas con esta modalidad delictiva, se tipifican los actos posteriores a la consumación del abigeato que signifiquen la conclusión de un programa único de comercialización del ganado mal habido y se sanciona a funcionarios encargados de controlar la observación de las normas de comercialización del ganado⁵⁸.

A.2.4.) Otra materia que resulta una expresión indubitada de un renovado vendaval punitivo resultó la regulación de las infracciones normativas vinculadas a la tenencia y portación de armas de fuego. A la par de importar la introducción de un incremento generalizado de las escalas penales para los delitos previstos en el artículo 189 bis del Código Penal, se añadieron tipos penales calificados conteniendo figuras agravadas de dudosa constitucionalidad por sustentarse en un modelo de derecho penal de autor, al sancionar con mayor severidad a quien lo

⁵⁵ Art. **124**. (Texto según ley 25.983, art. 1). Sanción: el 5/5/2004. Agrava la pena para los autores de los delitos previstos en los artículos 119 y 120 cuando resulte la muerte de la persona ofendida a prisión o reclusión perpetua.

Art. **142 bis**. (Texto según ley 25.742, art. 3°): Prevé la agravación de penas en los casos de secuestro, y también en los de secuestro extorsivo del artículo **170 del mismo Código Penal**. (Texto según ley 25.742, art. 4°).

⁵⁶ Art. **163 bis**. (Incorporado por ley 25.816, art. 2); Agrava la penalidad cuando se trata de un autor que pertenece a fuerzas de seguridad. Art. **167 bis**. (Incorporado por ley 25.816, art. 3); Agrava la penalidad cuando se trata de un autor que pertenece a fuerzas de seguridad

⁵⁷ Art. **166**. (Texto según ley 25.882, art. 1); Sanción: 26/4/2004. Si bien mantuvo las anteriores agravantes, incrementó el margen punitivo al adicionar a las eventuales armas que pueden utilizarse para la consumación del delito, la utilización de un arma de fuego, alcanzando a una escala penal que se amplifica en un tercio: es decir llegando a un mínimo de seis años y ocho meses a un máximo de veinte años. Asimismo, se establece una pena reducida, de tres a diez años de prisión, cuando en el hecho se utiliza un arma cuya aptitud para el disparo no se puede probar o resulta de utilería, situación que en el pasado podría encuadrarse tanto en la figura de robo simple o robo con armas, según el criterio jurisprudencial que se adoptaba.-

⁵⁸ Arts. **167 ter.**, **167 quater.**, **167 quinqué**. (Incorporados por ley 25.890, art. 3); Ley promulgada el 21/5/2005. Modifica los arts. 77, 163, 167 ter, quater, quinqués, 206, 248 bis, 277 bis /ter y 293.

hubiera cometido contando con antecedentes penales o bien simplemente, habiendo sido excarcelado o eximido de prisión previamente⁵⁹.

A.2.5.) También, cabe anotar la reforma producida en medio de exigencias y presiones del FMI, a partir de la cual se derogó la ley de subversión económica, número 20840, y se aprobó una nueva modalidad defraudatoria en el artículo 174 del Código Penal, para quien *“maliciosamente afectara el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios, destruyere, dañare o hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuir el valor de las materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital”*⁶⁰. El interés de destacar esta reforma en particular, resulta precisamente el contexto de exigencias y presiones que en el ámbito económico-político rondaron incidiendo en la aprobación del texto legal reseñado COMPLETAR. (conf. **Bombini**, 2003).-

A.2.6.) Ya hace un tiempo, se había previsto la reforma en materia de delitos culposos (arts. 84, 94, 189, 196 y 203 del Código Penal)⁶¹ con elevación general de las penas, donde sobresale el caso de homicidio culposo en que la escala penal de la pena de prisión se elevó de seis meses a cinco años, y se previó la elevación a dos años del mínimo de la pena si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor.

A.2.7.) La incorporación del artículo 117 bis⁶² que pena a quien insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales, incrementando las penas al que proporcionara a un tercero información falsa contenida en un archivo de datos personales, o cuando se derive perjuicio a alguna persona; agregándose la

⁵⁹ Art. **189 bis**. (Texto según ley 25.886 art. 1). Promulgada el 5/5/2004. La modificación del artículo 189 bis y la incorporación del artículo 189 ter, en concreto, introducen la punición de la simple portación de arma de fuego de uso civil o de uso civil condicionado (189 bis tercer párrafo), agravando mínimo de las escales penales para los casos de acopio de armas o sus municiones (189 bis, quinto y sexto párrafo); y pena a quien proporcionare un arma de fuego a quien no acreditare su condición de legítimo usuario, con la previsión de la inhabilitación especial para ejercer el comercio de la venta de armas, (art. 189 ter) respectivamente.

⁶⁰ Art. **174. 6°** (Incorporado por ley 25.602, art. 2, y (párrafo según ley 25.602, art. 3).

⁶¹ Ley 25.189 B.O. 28/10/1999.

⁶² Ley 25.236 B.O. 2/11/2000.

accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones.

A.2.8.) La introducción del artículo 157 bis⁶³, que pena a quien a sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales; y a quien revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley; imponiéndose accesoria especial cuando el autor resultare funcionario público.

A.2.9.) El aumento de las penas para los delitos previstos en los artículos 256, 258, 266, 268 y introducción de los artículos 256 bis y 258 bis⁶⁴ figuras relativas a los casos de cohechos, tráfico de influencias, exacciones ilegales y enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos.

A.2.10.) La reforma del Capítulo 13 del título 11 del Código Penal⁶⁵ relativo a los delitos de encubrimiento y al lavado de activos de origen delictivo.

Por último, otra cantidad de reformas penales pueden verificar este continuo *despilfarro punitivo* que acude a la promulgación de una legislación como <<solución mágica inmediata>> a una pluralidad de complejos problemas sociales⁶⁶.

B) Es también destacable, algunas de las reformas introducidas en la legislación especial con contenido punitivo en distintas temáticas, como por ejemplo por citar algunas, el desarmado de automotores y venta de autopartes⁶⁷, el sistema integrado de jubilaciones y pensiones⁶⁸ o en el campo de la gestión de residuos industriales⁶⁹.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Ley 25.188 B.O. 1/11/1999.

⁶⁵ Ley 25.246 B.O. 10/5/2000.

⁶⁶ Arts. 206. (Texto según ley 25.890, art. 4); 248 bis. (Incorporado por ley 25.890, art. 5); 277. (Texto según ley 25.815, art. 2); 277 bis. (Incorporado por ley 25.890, art. 6); 277 ter. (Incorporado por ley 25.890, art. 7); 279 3°. (Texto según ley 25.815, art. 3); 293 bis. (Incorporado por ley 25.890, art. 8).

⁶⁷ Ley 25761: art. 13 (Régimen legal para el desarmado de automotores y venta de autopartes)

⁶⁸ Ley 24241: art. 140 1er párrafo (Sistema integrado de jubilaciones y pensiones)

⁶⁹ Ley 25612: art. 52 (Gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios)

C) De igual modo, deben valorarse, amén del impacto de aquellas que se han producido en la parte general del código penal en la etapa de ejecución de penas, aquellas transformaciones legislativas acaecidas en la propia ley de ejecución de las penas privativas de la libertad, nº 24660.

Fundamentalmente, la producida por la ley 25.948 que al introducir el artículo 56 bis en esa ley de ejecución, restringe las salidas anticipadas comprendidas en el período de prueba, la prisión discontinua o semidetención, y la libertad asistida, a todos aquellos condenados por los delitos previstos en los artículos 80 inciso séptimo, 124, 142 bis, 165 y 170 anteúltimo párrafo del Código Penal⁷⁰.

ii. REFORMAS PROCESALES

También, numerosas reformas procesales⁷¹, han proyectado una similar lógica de respuesta simplista a los complejos problemas que plantea la penalidad, sustancialmente pretendiendo incidir en el factor temporal, es decir acelerar los trámites procesales o bien restringir por lapsos más extensos la libertad locomotiva de los sometidos a proceso (régimen de excarcelaciones) o bien a los ya condenados en el ámbito de las Provincias (régimen de ejecución penal)⁷².

En lo que hace a la Provincia de Buenos Aires en un marco de reforma amplia del sistema de justicia penal, se implementó el Código Procesal Penal de la Provincia, ley 11.922 que adscribió a un sistema de enjuiciamiento de base acusatoria, con la investigación penal a cargo del Ministerio Público Fiscal bajo la modalidad de debate oral y público en instancia única.

Sin perjuicio de ciertas deficiencias técnico-procesales que pueden endilgársele a su texto normativo –por ejemplo en el ámbito recursivo, o en la introducción de ciertas previsiones normativas que atentan contra la deseada celeridad procesal- debe admitirse sin reparos que produjo una mutación en clave democrática respecto del viejo de enjuiciamiento penal de la provincia –denominado Código Jofré-. En efecto, las referidas bases del proceso acusatorio con las consecuentes restricciones a las facultades

⁷⁰ **Ley 25948:** (publicada el 12/11/2004).-

⁷¹ Por todos, **Falcone-Madina** (2005).

⁷² Ver, **Bombini-Celsi**, (2002).

policiales, el privilegio del principio de la libertad durante la sustanciación del proceso resultan muestras claras en tal sentido.

Ahora bien, apenas sumida en las problemáticas propias de todo proceso de implementación de un sistema judicial novedoso con las deficiencias lógicas en materia de recursos materiales y humanos, la reforma fue contradicha por una serie de contrarreformas que atentaron contra sus notas esenciales reseñadas (ley 12.405); ampliando las facultades policiales, restringiendo los casos de excarcelaciones, ejecutando inmediatamente las sentencias condenatorias privativas de libertad aún en caso que no estuvieran firmes; lo que debe entenderse como una clara involución en la materia procesal.

La evaluación de la reforma se realiza en forma inorgánica y los vaivenes normativos y político-criminales son tan reiterados que dificultan cualquier pretensión medianamente seria de valoración de los resultados del nuevo sistema procesal penal de la Provincia.

A pesar de ello, podrían detectarse como notas salientes en el orden orgánico, la diversidad de realidades locales que presentan los distintos departamentos judiciales en los que la reforma se ha implementado; y en el intra procesal como pauta general la todavía excesiva preponderancia de la fase de investigación, la utilización restringida del juicio oral, público y contradictorio, y la frecuente recurrencia a las alternativas procesales que plantean la suspensión del juicio a prueba y el juicio abreviado, que se presentan como verdaderas vías de aumento del control social punitivo con criminalizaciones más rápidas pero exentas de los controles constitucionales mínimos.

Reitero todos estos fenómenos requerirían de un avezado estudio que no parece realizarse, resultando por lo demás que la característica definitoria de esa reforma ha sido el tajante corte que se produjo a partir de la modificación del titular de la gobernación provincial que cimentó su campaña electoral sobre las campañas de ley y orden.

Emblemática en este sentido, además de las claras contrarreformas que se han reseñado o se indicarán más adelante, y de los contundentes mensajes enviados desde esa gobernación⁷³, la audiencia pública sobre política criminal que fuera desarrollada en el recinto de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires el 8 de

⁷³ Las frases más paradigmáticas desde la gobernación en este sentido han resultado: “...hay que meter bala a los delincuentes..” o “...una bala para cada delincuente...” Agosto de 1999.

febrero de 2000, y en la que el portavoz del mensaje del ejecutivo provincial resultó el entonces Ministro de Justicia de la Provincia Dr. Jorge Casanovas, quien por ejemplo, vociferó a favor de las reformas procesales en materia excarcelatoria y de facultades policiales: *“...se ha desarrollado en la Provincia de Buenos Aires un notorio incremento del delito, que las crónicas policiales evidencian ... la urgencia nos demanda legislar en forma más severa en materia de excarcelaciones, no para castigo de los delincuentes sino para la protección de los ciudadanos y los intereses públicos, contra el accionar de la criminalidad. Con esa mira es perentorio modificar el régimen vigente, de modo de evitar que delincuentes temerarios y habituales se beneficien con una regulación excesivamente permisiva, incompatible con la realidad criminal y con la exigencia de la gente que vive con terror...”*; *“... la ley puede limitar y controlar la actividad policial de seguridad, pero nunca eliminarla sin riesgo de condenar a la sociedad a sucumbir ante la delincuencia, a encerrarse en sus casas y negocios tras rejas en ventanas y puertas, con alarmas y con custodias privadas, mientras los delincuentes siguen circulando por las calles buscando a quién robar o a quién matar por un par de zapatillas o unos pocos pesos ... queremos una justicia de ojos bien abiertos, medida en la realidad, que sepa diferenciar honesto de delincuente. Queremos darle certeza a los ciudadanos que el Estado los protegerá ante el delito y los delincuentes y terminar con los acertijos judiciales y con las nulidades...”*.-

Posteriormente, no obstante, la imposición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el conocido precedente *“Verbitsky”*, en el sentido de alinear la normativa procesal excarcelatoria a los estándares constitucionales y en materia de derechos humanos, derivó en la reforma de la ley 13449 que volvió al espíritu original de la reforma procesal de 1998, asentado como regla general la libertad durante el proceso, a excepción de supuestos de riesgo procesal (art. 144, véase al respecto, el completo desarrollo en **Falcone-Madina**, cit: 693).

En el presente reciente, otra vez las urgencias en materia de seguridad urbana y repetidos *slogans* y lugares comunes en materia criminológica y político-criminal, impusieron la (contrar)reforma al código procesal penal como eje de las acciones estatales.

Por un lado, se encaró la comentada reforma en materia de atenuaciones a la prisión preventiva y a los regímenes de libertades anticipadas (ley 13943, arts. 159 y 163 ya citados), que vinculada a situaciones excepcionales ha pretendido

someter a restricciones precisas tales casos (imputados mayores de 70 años, o que padecieran una enfermedad incurable en período terminal, o cuando se trate de una mujer en estado de gravidez o con hijos menores de cinco años) en prístina contradicción a la reforma coetánea del artículo 10 del Código Penal que por el contrario, ha ampliado los supuestos de procedencia de la prisión domiciliaria, lo que importará mayor restricción en la medida de cautela que en la consecuencia procesal definitiva⁷⁴.

Por otra parte, la consagración ya mentada de mayores cuotas de derechos procesales y/o facultades autónomas en el marco de la persecución penal a las víctimas como particular damnificado, en el marco de la pretensión simbólica de satisfacer los requerimientos y demandas de un sujeto central en la política penal actual. (ver en forma más extensa, el punto 4.2 de este trabajo).-

De otra parte, se ha puesto en desarrollo un procedimiento específico para los supuestos de hechos en flagrancia, a través de las leyes 13.183 y 13811, que ha obedecido sustancialmente a las necesidades de mostrar un sistema de justicia penal más “*eficiente*”, con “*rápidas*” respuestas a las demandas sociales vinculadas al delito (ver punto 4.7 y las citas allí vertidas)

También en esta misma dirección la ley 13.943, ha ampliado la posibilidad de viabilización del juicio abreviado –con reducción de tiempos procesales a efectos de obtener una sentencia condenatoria- al fijar el monto máximo de pena en los cuales resulta procedente este trámite simplificado en hasta quince años de prisión (previamente era de hasta ocho años –art. 395 del CPP-).-

Por último, fundado en una racionalidad indubitadamente sistémica y autorreferencial, y buscando la eficacia en la posibilidad de mayor productividad judicial, también se ha propuesto la integración unipersonal de los tribunales, dotando de esa manera al sistema judicial de mayor capacidad productiva en

⁷⁴ La ley 26.472 ha introducido como casos en los que se podrá, a criterio del juez competente, cumplir con la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) el interno mayor de setenta años; e) la mujer embarazada; f) la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo.

términos más breves y con una optimización en la utilización de los recursos humanos (ley 13.943, arts. 338 y ccdtes.).

En fin, una serie de reformas que -orientadas por la pretensión de gobierno y las exigencias de las demandas sociales de seguridad urbana- distorsionan los esquemas institucionales básicos de la Constitución, la ley penal y la ley procesal penal.

5. REFLEXIONES FINALES

En conclusión, se ha pretendido mostrar en la presente contribución las características salientes de un fervoroso proceso de producción de normativa penal al que asistimos en la actualidad, guiado por la pretensión populista de un sistema político en franca deslegitimación dedicado a la gratuita labor de crear leyes con carácter estrictamente simbólico con el mero objetivo de producir el aplacamiento momentáneo de complejas demandas sociales y efímeros consensos que permiten la subsistencia de estructuras representativas perimidas y altamente cuestionadas y cuestionables.

No obstante, las reflexiones finales están orientadas a restringir la desazón que genera la verificación socio-política de esta realidad, observando que el escenario comparativo en el mundo permite preveer el carácter reversible de la tal situación.

Así, aún cuando las tendencias mundiales parecen alinear a la mayoría de los países en la tendencia de populismo penal que exhibe como pionero a los Estados Unidos de Norteamérica, ejemplos como lo que ocurre en latitudes como la canadiense, la alemana, o la escandinava (**Pratt**, 2007), permiten verificar que la abrumadora dirección punitiva no es inevitable (**Garland**, 2005; **Lacey**, 2008).

Es, por el momento, la labor de los estudiosos de la cuestión criminológica mostrar las deficiencias de las políticas encaradas y la vías más aptas de gobierno de los complejos problemas sociales que presentan las sociedades del presente.

BIBLIOGRAFIA CITADA:

Se puede requerir al autor.