

Paradigmas políticos y penales.

Reflexiones iniciales sobre la reforma del artículo 55 y 67 del Código Penal.

Ernesto Julián Ferreira –

Manuel Alberto Bouchoux

Alumnos de la Especialización en
Derecho Penal y Criminología

Una ley penal es siempre un hecho político.

Ello es así no sólo porque –como toda ley- es el resultado del ejercicio del poder que el pueblo otorga a sus representantes y que se traduce en el procedimiento de sanción de normas generales que prescribe nuestra Constitución, sino porque –además- esa significación política se hace más evidente cuando la legislación versa sobre el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado.

Sin embargo, y aun cuando lo expresado no merezca demasiada discusión, desde la tradición jurídica clásica se ha pretendido siempre evitar que la tarea del jurista se vea afectada por valoraciones que se catalogaban como ajenas a su disciplina, proponiendo en consecuencia una neutralidad aséptica respecto del poder que en verdad no pudo sino traducirse en ignorancia u ocultamiento respecto de la funcionalidad política que ostenta toda construcción jurídica.

Para la dogmática tradicional la actividad valorativa recaía en el legislador y el jurista realizaba su labor clasificatoria sobre un objeto –la ley- que aunque más no sea ficticiamente se concebía como un producto perfecto que había que interpretar sistemáticamente con la finalidad de “dilucidar” su alcance en cada situación concreta.

Esa mítica concepción a la ley y la tarea del jurista ha recibido cuestionamientos que entendemos fundados, por cuanto de una observación sincera del fenómeno jurídico surge con evidencia que cualquiera sea el análisis que se emprenda de una ley penal, aun el dogmático, se requiere siempre de una actividad valorativa que conlleva además algún grado de funcionalidad política.

Dicho lo anterior, aclaramos desde ahora que la intención de estas líneas no es realizar un análisis dogmático de los nuevos textos de los artículos 55 y 67 del Código Penal (Leyes 25.928, B.O. 10-IX-2004 y 25.990, B.O. 11-I-2005), tarea que debiera ser objeto de una labor posterior, sino simplemente ubicar contextualmente la reformas legales para así discurrir en orden a su significación político criminal y sus perspectivas de eficacia.

En lo que se refiere al nuevo art. 55, el mismo fue sancionado en un contexto muy particular. Decimos eso porque no puede desconocerse que el Congreso Nacional aprobó el

nuevo texto legal que regula la formación de la pena en los casos de concurso real de delitos en el marco de una respuesta institucional al reclamo de algún sector de la sociedad –sobre todo de la Capital Federal-¹ que se manifestó pública y masivamente peticionando que el Estado asuma políticas denominadas de “mano dura” para controlar la problemática de inseguridad generada por la comisión de ciertos delitos, contexto éste que otorga un significado político aun más tangible a la norma y obliga a una reflexión en torno a su significación.

Por su parte, la reforma del art. 67 del C.P. fue sancionada sobre el final de período del año legislativo del año 2004 y sin ser objeto de suficiente discusión legislativa, a partir de lo cual fue criticada por aquellos mismos sectores de la opinión pública argumentando que tendría disvaliosas consecuencias vinculadas con una reducción del poder punitivo estatal.²

Las denominadas políticas de “mano dura” o “tolerancia cero”, aun cuando no sean más que superficiales actualizaciones del discurso policial criminológico de principios del siglo veinte, significaron en la década del noventa el correlato político criminal del ideario económico representado por el neoliberalismo, que constituyera el indiscutible paradigma de la amplia mayoría de las expresiones políticas que tuvieron responsabilidades de gobierno en nuestra región durante aquel tiempo.

Este ideario neoliberal aconsejaba la reducción del Estado en casi todos sus ámbitos, defeccionando conscientemente en orden a funciones que otrora –en tiempos del estado de bienestar- se consideraran irrenunciables (salud, educación, seguridad social) y, paradójicamente, aumentando la intervención estatal sólo en términos de poder punitivo, a partir de un importante aumento de las penas y de la ampliación del catálogo de conductas que se consideraban delictivas, sobre todo vinculadas con la violencia urbana.

Este proceso fue caracterizado lúcidamente por Loïc Wacquant como la transformación del Estado providencia en el Estado penitencia, en una aceptable síntesis de la significación otorgada a la respuesta punitiva ante los fenómenos de la desocupación masiva, la imposición de trabajo precario y el achicamiento de la protección social hacia los sectores excluidos³.

Ahora bien, es más o menos claro que el esquema neoliberal que marcó el camino a las políticas económicas de los años noventa se encuentra en crisis en nuestra región, y específicamente en nuestro país sus postulados están en franco retroceso a partir de la crisis política de diciembre del 2001.

¹ De hecho, la Cámara de Diputados de la Nación insistió en la aprobación del texto original de la reforma –desechando las modificaciones introducidas en el Senado- pocos días antes de la denominada tercera marcha de Blumberg, y ante la inminencia de un reclamo sobre el punto.

² Otras críticas, más elaboradas, cuestionaron específicamente el efecto que esta norma podría tener en relación con los delitos cometidos en ejercicio de la función pública.

³ *Wacquant, Loïc*, “Las cárceles de la miseria”, Ed. Manantial, Bs. As., 2000.

Sin embargo, si bien en términos económicos resulta plausible la ruptura del esquema antes referido y la tendencia hacia la reasunción por parte del Estado de aquellas responsabilidades abandonadas, en materia política criminal, pareciera advertirse cierto grado de continuidad en orden a la respuesta brindada a la conflictividad social derivada de la comisión de delitos.

Así, la mayoría de las últimas modificaciones al Código Penal parecen⁴ ir en el sentido anunciado, esto es, en considerar que el aumento de las penas y la tipificación de nuevas conductas como delictivas son la respuesta idónea para afrontar la problemática de la violencia urbana.

La reforma del art. 55 del C.P., al establecer la posibilidad de imponer penas privativas de la libertad de hasta 50 años, resulta ser el caso más paradigmático de la ideología antes descrita, por cuanto de las múltiples reformas introducidas a la ley de fondo en el contexto narrado, es la que más groseramente pretende brindar una respuesta al masivo reclamo de aumento de penas.

También, entendemos, podemos aseverar que su eficacia será nula en orden a un aumento en la “seguridad”, término que si bien sería deseable que algún día fuera precisado mínimamente -para evitar debates en los que se discuta en referencia a conceptos distintos-, creemos entender que en general pretende aludir a la cantidad de delitos violentos cometidos en el ámbito urbano, sin perjuicio de otros “clamores populares” que han surgido en las zonas rurales de la provincia de Buenos Aires, que condujeron a la sanción de la ley 25.890. (modificándose el inc. 1º del art. 163 e incorporándose los arts. 167 ter, quater y quinque).

En verdad, creemos que sólo podría asignarse algún grado de eficacia a la reforma introducida si se vinculara tal virtud con las concepciones funcionalistas sistémicas que asignan a la pena un efecto de prevención general positiva por reforzamiento de la confianza en el sistema.

Claro que si se entendiera, como lo sostiene esta corriente del pensamiento penal – tan en boga en este tiempo-, que la pena protege las condiciones que hacen posible la interacción social reafirmando la confianza de quien confía en la vigencia de la norma⁵,

⁴ Utilizamos el término “parecen” porque, como veremos, existen excepciones –meditadas o no- a esta tendencia general.

⁵ Jakobs, Gunther *Estudios de Derecho Penal*. “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Gunther Jakobs” por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá. UAM Ediciones y Editorial Civitas S.A. Madrid 1997, pág 19: “La función de la pena estatal para garantizar las expectativas sociales se resume en producir “prevención general a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma”. Esta prevención general, que se denomina positiva porque no es meramente intimidatoria, se manifiesta en tres aspectos diferentes. Por un lado y ante todo, la pena sirve para confirmar la confianza en la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción (“ejercicio de confianza en la norma”). En segundo término, la pena se orienta al “ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho” en el sentido antes mencionado. Y, por último, mediante la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costes, sus consecuencias penales (“ejercicio en la aceptación de las consecuencias”). Este planteamiento de la prevención general positiva en el Tratado pone especialmente de relieve la primera de

podríamos llegar hasta la eliminación de todo límite máximo para el castigo en casos de concurso real de delitos.

Es que, si se trata de confianza o desconfianza en la vigencia de las normas, los “datos” que seleccionan las empresas de comunicación acerca de los índices de aceptación y aprobación de las instituciones del Estado (ejecutivas, legislativas y judiciales) generarían –siempre en el marco del fenómeno comunicacional que supone la corriente de pensamiento a la que aludimos- una necesidad de nuevos y renovados “refuerzos” en la ejercitación en la confianza y fidelidad a la norma y en la aceptación de las consecuencias penales de la infracción.

Por fuera de esa crítica, entendemos que el funcionalismo no puede superar una objeción fundamental, cual es el la de cosificar al individuo al determinar su castigo en virtud de un fenómeno comunicacional. Así, si la pena tiende a reestablecer la configuración psíquica de los restantes miembros de la comunidad, el autor del delito ostenta el carácter de instrumento de motivación de otros, de modo tal que, ante el mensaje que envía el sujeto al no regirse por las normas, recibe una respuesta (contra-mensaje) que niega esa pretensión al imponer una pena.

El contenido meramente comunicacional del fenómeno se advierte si contextualizamos el proceso legislativo que en materia penal nos toca vivir en nuestro país en la actualidad. Las múltiples reformas en el Código Penal, y las que comentamos en particular, se han visto precedidas de la instalación mediática de un pretendido “clamor popular por la seguridad” encarnado en “ciudadanos eminentes legitimados por su dolor”. Esta petición debió quizá analizarse con más cuidado para desentrañar, como antes se señalaba, qué es lo que se entiende por “seguridad” y, por ende, qué es lo que se solicitaba, para a partir de ello concluir en orden a su conveniencia y factibilidad. En cambio, se impuso la rápida definición del dilema interpretando que lo que se reclamaba era: “más delitos, más penas, más prisionizados”.

Parece evidente que la sanción definitiva de la reforma al artículo 55, pocos días antes de una nueva marcha en reclamo de medidas estatales contra la “inseguridad”, es una respuesta comunicacional que ingresa en la lógica propuesta por los medios de comunicación masivos.

En verdad, nunca podrá ponderarse con algún grado precisión el real grado de afectación de la psiquis social que se pretende sobreentendido y al que se alude recurrentemente, ni tampoco en qué medida tal afectación es el resultado de los hechos trágicos informados por los medios de comunicación y en cuanto influye el modo en que se transmiten las noticias.

En este punto no debe olvidarse que los medios masivos de comunicación responden a intereses privados y que en la generalidad de los casos seleccionan el manejo de la información brindada a la opinión pública en beneficio de aquellos intereses –muchas veces también coyunturales y políticos- creando expectativas distorsionadas en orden a la posibilidad de que la aplicación de leyes más represivas sirvan para responder a problemáticas que en verdad no pueden ser resueltas desde el marco punitivo.

Adviértase, además, que -en un aspecto del problema que se silenció o se presentó bajo el simple expediente de apostrofar a los jueces por excesivamente “garantistas”- la reforma que nos ocupa es en cierta medida una respuesta legal que pretende superar los límites que al ansia por elevar el quantum de las sanciones penales significaron importantes pronunciamientos jurisdiccionales tales como el caso “Zelada Cuello” de la Sala II del Tribunal de Casación de la Pcia. de Bs. As. y “Franco”⁶ de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, en los que se afirmó que el límite de la pena privativa de libertad divisible es de veinticinco años.

Entendemos que, y tal como se señala desde el propio funcionalismo sistémico⁷, la legitimidad material (en sentido amplio) de las normas penales es externa al derecho penal y a las concepciones dogmáticas que lo explican y estructuran. Entonces, esa legitimidad habrá de buscarse en los lineamientos de las normas de grada superior (Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos de igual jerarquía, arts. 31 y 75 inc. 22) y en el marco de políticas estatales que, superando clamores coyunturales, brinden respuestas que superen el mero recurso simbólico comunicacional del aumento de las penas, desde que –aún desde un standard ético utilitarista y no deóntico- es de toda evidencia que las normas en general, y las penales no escapan al fenómeno, carecen de efectos demiúrgicos, esto es, no modifican por sí mismas la realidad social.

Concretamente, el nuevo tope de cincuenta años no implica ni inmediata ni mediatamente, mayor seguridad, sino apenas la seguridad de que a la violencia delictiva se le adicionará una mayor, tal vez sofisticada y de origen legal, pero no por eso menos irracional.

Asimismo, podría inaugurar –en el marco de la proclamada “emergencia de inseguridad”- la introducción en nuestro país de líneas de acción descriptos en los enfoques conceptuales que aluden a un “derecho penal de garantías diferenciadas”⁸ o “un derecho

⁶ Un meduloso análisis de la jurisprudencia de las distintas Salas de la Cámara Nacional de Casación Penal, con anterioridad a la reforma del art. 55 del C.P., se encuentra en “¿Se puede ir más allá de los veinticinco años? (El antes y el después de las decisiones de la Cámara Nacional de Casación Penal respecto del límite máximo de las penas privativas de libertad [casos “Manfredi” y “Franco”]), por Mariano G. Alvarez. Págs. 471/525 de *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Casación 3*. Ed. Ad-Hoc. Villela Editor. Diciembre de 2003.

⁷ Jakobs, G. op. cit., págs 26/30.

⁸ Yacobucci, Guillermo Jorge “¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días”. ED. 27-09-2004. Doctrina y Jurisprudencia. En este trabajo se describe el modelo de análisis que, bajo este nombre, efectúa el doctrinario español Jesús María Silva Sánchez.

penal de enemigos”⁹ que, más allá de los matices de tales explicaciones, detectan una renuncia a los principios liberales del derecho penal en aras de la “inocuidad” de los “enemigos de la convivencia social”. Sea por la vía de un derecho penal de garantías de tercera velocidad o por la definición de un concepto diferenciado de imputado-ciudadano y criminal ciudadano, por un lado, y de imputado-enemigo y criminal-enemigo por otro, se advierte la inutilidad para la segunda categoría de la expresión de sentido que la pena supondría –reservada para los autores que se conduzcan a grandes rasgos como un ciudadano, es decir, como persona que actúa en términos generales con fidelidad al ordenamiento jurídico- frente a “enemigos” (rótulo que el discurso del orden rápidamente impondría a los supuestos “delincuentes irre recuperables”) que muestren una actitud duradera de defraudación normativa que conduciría a que deje de tratárselos como destinatarios del acto comunicacional de sentido inscripto en la pena, ejerciéndose contra ellos un puro aseguramiento fáctico inocuidador de “peligros”.

En definitiva, las escalas penales resultantes del concurso de delitos tan desmesuradas, podrían interpretarse como una renuncia a la rehabilitación y reinserción social del condenado –proclamadas en las leyes de ejecución penal- para convertirse en meros instrumentos de relegación de “enemigos”, sin que sobre señalar –a título ejemplificativo- que la aplicación del art. 55 –que no proporciona alternativas a tenor de su texto- conduciría a que dos robos calificados por el empleo de arma de fuego idónea (art. 166 inc. 2º del C.P. según ley 25.882) contemplen un máximo de hasta 40 años de prisión o reclusión.

Aún sin ingresar en un detallado análisis de la economía de los montos punitivos previstos en las figuras penales acuñadas en la parte especial del Código Penal, es factible afirmar que las fragmentarias reformas que se han sucedido en su texto, han producido un desbalance notable de las penas, desvirtuándose así un dato de realidad que permitía estimar la razonabilidad de la intensidad de la reacción penal frente a la afectación de bienes jurídicos¹⁰, como también apreciar una jerarquización de dichos bienes que, mientras se mantuvo (en términos generales) el paradigma del derecho penal de la Ilustración, era asequible en cuenta de los criterios de claridad, simplicidad y coordinación que, conforme señala Yacobucci, informaban dicho modelo y que apuntaban a tutelar la libertad individual a través de los principios de legalidad, última ratio, subsidiariedad y ofensividad.

Cabe mencionar, por otra parte, que la “victoria legislativa”¹¹ de los proyectos del discurso de “mano dura” ha sido posible por el fenómeno mediático al que hicieramos

⁹ Yacobucci. Op cit. Rótulo propuesto por Gunther Jakobs.

¹⁰ Cabe destacar, en este punto, la inconstitucionalidad que oportunamente se declarara del mínimo de la pena prevista para el robo de automotores en el decreto 6852/58.

¹¹ Que, acaso, podría tornarse un triunfo pírrico.

referencia más arriba, ante el silencio de la “Academia”, tal vez temerosa de ser fagocitada por las iras populares.

Ahora bien, en el marco de una serie de reformas penales que pueden entenderse encaminadas en similar dirección¹², la norma introducida por la ley 25.990 aparece como una excepción que transita en sentido contrario.

Es que esta reforma no puede inscribirse en la corriente de “mano dura” en la que hemos ubicado a la modificación del art. 55 del C.P., desde que –simplificando- conduce a multiplicar los supuestos en que la reacción penal se cancela¹³ no sólo hacia el futuro sino respecto a causas pendientes y –aún- respecto de condenas firmes¹⁴, por aplicación del art. 2 del C.P.

En términos generales, la adopción de la tesis del paralelismo y la introducción taxativa de supuestos de interrupción de la prescripción de la acción penal permiten dar vuelta la página de las camaleónicas interpretaciones jurisprudenciales, en particular en lo que se refiere a la críptica “secuela del juicio”¹⁵ –suprimida del texto de la norma en cuestión-, al tiempo que supone un firme paso hacia delante en la búsqueda del esquivo “plazo razonable” de duración del proceso.

Empero, no puede desconocerse que la sanción de la ley 25.990 se produjo sin debate previo, en el marco de las maratónicas sesiones del Congreso Nacional que se repiten año a año y en las que se aprueban “bloques” enteros de leyes a “libro cerrado”.

Más allá de su acierto, entendemos que la sanción de esta ley evidencia la asusencia de una dirección unívoca en orden a la ideología de las innovaciones legislativas introducidas en nuestra ley sustancial.

Ante esta realidad, estimamos al menos apresurada una conclusión que afirme en el actual estado de situación que el cambio de paradigma político-económico operado en nuestro país no ha tenido incidencia en orden a las respuestas político criminales emanadas de los poderes del Estado.

Decimos que es apresurado porque entendemos que la circunstancia de que las reformas más “duras” hayan sido sancionadas bajo el impacto de un reclamo social masivo acompañado de una evidente campaña de importantes medios de comunicación privados promocionando las ventajas del aumento de penas, obliga a analizar el significado de la respuesta institucional ponderando esa coyuntura, lo que sumado a la distinta dirección

¹² Entre otras, leyes 25.297, 25.742, 25.767, 25.890, 25.189, 25.882 y 25.886,

¹³ Ya lo ha resuelto así la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, P.83.722, sent. del 23-II-2005

¹⁴ Acción de revisión mediante (art. 467 inc. 5º del C.P.P.)

¹⁵ Entre los últimos pronunciamientos que abordaban esta problemática se destaca el Acuerdo Plenario N° 9496 del Tribunal de Casación Penal de esta provincia (c.9496), que fuera objeto de nuestro comentario en el número 7 de esta publicación.

ideológica de la segunda de las reformas analizadas, viene a desaconsejar el esbozo de alguna conclusión que no sea provisional sobre el punto.