

LA POLÍTICA CRIMINAL EN ARGENTINA

por JORGE DE LA RÚA *

Todo reemplazo de un código y, en especial, un código penal, requiere un nivel de debate profundo, que permita un adecuado consenso en ciertos aspectos fundamentales, de modo tal que la sociedad sepa lo que se da a sí misma para regular este ejercicio del poder punitivo por parte del Estado. En eso estamos en cero, porque si ni siquiera tenemos claro lo que hay que debatir, menos entonces existe la posibilidad de acuerdo.

Lo que me propongo de aquí en adelante es reflexionar con ustedes sobre los principales factores que determinan esta alarmante falta de debate y de toma de decisiones, con niveles a veces surrealistas. Y no va a ser muy grato.

1. En primer lugar, la mayoría de los operadores del sistema penal (jueces, abogados, juristas, legisladores, etc.), por no decir todos, carecemos de conocimientos serios, profundos y sistemáticos de política criminal, aunque todos hablemos y opinemos. Las áreas del propio gobierno de política criminal toman aspectos muy secundarios, pero no hay verdaderos diseños de política criminal en la sociedad.

2. Como reflejo de lo anterior, *no tenemos un concepto único de política criminal*; cuando hablamos de política criminal unos decimos una cosa y otros dicen otra. Veámoslo:

a. La posición tradicional, desde Soler, tomó la dicotomía de Liszt: el derecho penal es lo que es, la ley, y la política criminal lo que debe ser, no lo que es, entonces la política criminal es el estudio de la mejora de la ley.

Para los que nacimos después de la batalla, la cuestión parece muy simple, pero ese concepto tuvo que luchar fuertemente con el positivismo determinista de raíz italiana. Este positivismo negaba la libertad del hombre admitiendo factores que determinaban su modo de comportamiento. Por ese punto de partida determinista la política criminal tendía a tratar como enfermos a estos enfermos, que son los que se llaman delincuentes, procurando remover o inhibir los factores que, necesariamente, lo conducen al delito.

Y el país presenció el gran combate (recuérdese la Exposición y crítica del Estado peligroso y el Derecho penal argentino, ambos de Soler), que concluyó prácticamente con la desaparición del positivismo sociológico en el derecho penal argentino, en su ciencia, en sus cátedras, en los jueces. Sólo resistió un tiempo en algunas cátedras de Buenos Aires como neopositivismo.

Pienso que ahí está la raíz de por qué hemos cultivado tan poco la política criminal. Sencillamente, porque cuando la dogmática soleriana triunfa tan categóricamente sobre el positivismo criminológico se profundiza entre nosotros un camino de estudio dogmático, de estudio normativo: estudiamos el sistema jurídico, y lo hacemos, realmente, porque Soler demostró cómo lo necesitábamos, porque hasta ese momento la inseguridad jurídica, el condicionamiento científico del positivismo, la falta de manejo sistemático de elementos estructurales de una teoría del delito, hacía que el derecho penal fuera poco estable. A partir de Sebastián Soler el derecho penal es seguridad, es dogmática, los jueces fallaban transcribiendo páginas enteras de Soler. Es la línea dogmática que inició Soler, y que siguen nuestros principales penalistas, tanto positivistas jurídicos como Núñez, o normativistas como Fontán Balestra o Frías Caballero, y que se proyecta en las corrientes finalistas. De ahí en más la gran *métier* de los argentinos fue la dogmática penal. Cuando me tocó vivir fuera del país durante mi exilio, advertí cómo la dogmática argentina tenía un prestigio incomparable en Latinoamérica, pero en cambio éramos desconocidos en criminología y en política criminal. Esa coyuntura histórica va a explicar esta falencia que estamos notando de la falta de manejo y de debate de cuestiones de política criminal.

b. En los tiempos actuales se desarrolla una posición según la cual el propio derecho penal es la concreción de una política criminal, de modo tal que no es que estén separadas por un

muro sino que están entrecruzadas, pues la política criminal alimenta la dogmática y la dogmática orienta o acota a la política criminal. Tal es, por ejemplo, lo que expone Zipf y que es la posición prevaleciente y que nosotros compartimos.

c. Algunos han tomado esta confluencia como un concepto fundante de un sistema penal. Roxin con su método funcional teleológico parte del fin de la pena y del fin de protección de la norma para fomentar sus dos pilares del sistema: la imputación objetiva del hecho y la responsabilidad penal en la que a la culpabilidad le agrega la necesidad de prevención, con fundamentación político-criminal. De dónde deriva esas finalidades es la cuestión, que puede atender a raíces supraleales, o puede atender, en cambio, a raíces dogmáticas en el propio sistema constitucional.

d. Otra concepción de política criminal -que es muy difundida entre nosotros porque la sostiene el penalista más espectable- es la de Zaffaroni. Según esta posición *“una política criminal limitada al mejoramiento [agreguemos: la clásica política criminal, la de Zipf incluso, la de Roxin incluso], es un discurso legitimador vinculado a teorías positivas de la pena; en posiciones negativas como se supone una actividad valorativa del modo de encarar la conflictividad criminalizada, por tanto el juez también toma decisiones políticas”*. Unido esto a su concepción no legitimadora de la pena, resulta claro el sentido de esas decisiones políticas, muy vinculadas a ciertos conceptos de “horizontalidad” judicial del caso “Casal”.

Con lo dicho resulta claro que este primer problema que enfrentamos tiene repercusión, porque si no nos vamos a poner de acuerdo sobre qué es política criminal y no nos vamos a poner de acuerdo en el nivel de debate, no vamos a avanzar mucho ni vamos a resolver este nivel de conflictividad conceptual que existe en la sociedad argentina.

Como demostración de esto yo les plantearía una serie de temas y Uds. me dirán si está claro entre nosotros que son cuestiones a debatir y que se integran en la definición de una política criminal: ¿la legitimidad y, en caso afirmativo, la finalidad preventiva de la pena?; ¿la protección eficiente de bienes por el Estado a través de la pena?; ¿un sistema garantista puro?; ¿es rol de los jueces limitar la aplicación del sistema punitivo en la mayor medida?; ¿tiene política criminal el Estado?; ¿la política criminal tiene fuerza normativa *per se*? Son todos temas de los que no hemos hablado y que están un poco confundidos. En la excelente exposición de Slokar, aunque en realidad se refería a otro tema, que era de técnica legislativa, los distintos niveles en la formulación de las normas (el axiológico o ético respecto de la definición de los principios, el finalista respecto al objetivo, la viabilidad de la norma, la integridad jurídica, la integridad lingüística), está mostrando cómo en esos cinco escalones muchos de los temas se vinculan a la política criminal o a lo que llamamos política criminal o a lo que entendemos de política criminal.

3. Pero el tema no termina ahí, y se han ido agregando elementos significativos. El mundo, después de las dos guerras mundiales, y con objetivos muy plausibles, ha ido incorporando cada vez más el desarrollo, tanto en tratados como en concepciones científicas, de los derechos humanos; derechos humanos cuyo concepto esencial proyecta los derechos originarios del ciudadano de la democracia al mundo, es decir, que los debe respetar no sólo el Estado del cual es ciudadano sino que deben ser respetados en todo el mundo y todos los Estados del mundo están obligados a hacerlos respetar.

El punto de partida, por tanto, fue el contexto de los originarios derechos liberales del estado constitucional, consagrados globalizadamente. Así, la Carta de Nueva York, por ejemplo. Para derechos penales y procesales evolucionados, como es nuestro caso, son reglas rudimentarias: que la ley debe ser previa, no obligar a declarar contra sí mismo, no ser sometido a torturas, contar con un defensor, etc..

4. Pero lo significativo, que hoy está ocurriendo, es que como derivación de la enérgica incorporación de los derechos humanos y de los tratados internacionales en la Constitución de 1994, en la que yo intervine y que otorgó a éstos jerarquía constitucional, se ha generado una fuerte corriente de interpretación que se aproxima a una suerte de libre examen de todo el

sistema normativo local. Así, por ejemplo, se ha declarado la inconstitucionalidad de la norma que exige primera condena en el beneficio de la condicionalidad, por ser contraria a los fines de resocialización de la pena de algún pacto internacional. Y, también, invocando en parte críticas a la peligrosidad desarrolladas por la Corte Interamericana, nuestra Corte ha resuelto que la internación indeterminada del art. 52 es inconstitucional porque constituye una pena indeterminada. Y los dos casos son un buen ejemplo. En el segundo, confieso que, no obstante haber defendido durante años que la internación del art. 52 era una medida, me ha convencido el argumento de la Corte de que su ejecución limitada a la mera privación de libertad la convierte en una pena, aunque no comparto la desvalorización *in totum* del concepto peligrosidad. Pero si en un debate poco consolidado, se procura invalidar por la libre interpretación de los pactos internacionales un sistema jurídico normativo, ello va a afectar a la larga un sistema de seguridad jurídica sobre todo en un sistema continental europeo como el nuestro. En ese sentido yo debo advertir críticamente que la Corte está utilizando un sistema *obiter dicta* muy laxo al resolver cuestiones importantes, anticipando pronunciamientos que se merecen un debate profundo, incluso en orden al poder que se le asigna a los jueces en un sistema crítico o agnóstico, que no está claro si es compartido por todos los ministros. De todos modos, bueno es el progreso de los derechos humanos, que no debe concluir en una relativización del valor normativo de un sistema penal.

5. El cuarto tema está íntimamente vinculado al anterior. Es con relación al cuestionamiento del positivismo jurídico o, quizás de modo más general, de la regla de legalidad. Entre nosotros, de Soler en adelante, derrotado el positivismo sociológico, se desarrolló un modelo propio del positivismo jurídico en el marco de la interpretación de la legislación penal. Las variantes del normativismo no implicaron un apartamiento del principio, aunque ampliando el recurso valorativo. En cambio, nuestra dogmática no receptó las propuestas del egologismo. Sin embargo hoy, activados por tendencias analíticas que relativizan el modelo tradicional de ley-juez-sentencia conforme a la ley, se abre una alternativa. O se interpreta libremente el sistema penal, considerando a la ley como un dato más, o admitiendo la incapacidad de ésta de resolver *per se* toda la conflictividad, sin embargo se acepta como *desideratum* considerar que el gran porcentaje de soluciones está en la propia ley, que ésta es anterior al hecho y que se aplica igualmente para todos, y que su complementación con otras valoraciones debe procurar el mayor nivel de regularidad y previsibilidad en la interpretación y aplicación del derecho. La libre invocación del sistema valorativo del juez para resolver el conflicto, al margen de la ley, genera un alto riesgo para la seguridad jurídica. Hoy esa tendencia libertaria está en manos de gente confiable desde el punto de vista de la libertad civil, pero al romper el cristal, cuando el sistema pase a otras manos, quizás añoraremos viejos modelos de seguridad jurídica.

6. Este endeble andamiaje de la comprensión social de un sistema penal, ha mostrado su impotencia para contener un debate sobre seguridad ciudadana. Existe entre nosotros una clásica confusión que es confundir derecho penal y política criminal, y confundir política criminal con política de seguridad, y en este marco paranoico no se distingue entre política, la política legislativa, la ingeniería de la que habla Zaffaroni por una parte, y lo meramente tecnológico, el policía de la esquina, el evitar el delito, el detener a los culpables.

Esa confusión genera que, ante la dolorosa sensación de una inseguridad que nos quema, nos molesta, nos pica, nos toca (a Blumberg le mataron su hijo), se generó un debate que en vez de acotarse prevalecientemente en la seguridad, se pasa a discusiones de legislación y de política criminal. Para temas de seguridad, habrá que aludir a recursos, policía, tecnología, pero de ahí a sostener paladinamente que esa criminalidad se produce porque la imputabilidad es a los 16 años (y los medios periodísticos, ignorantes como siempre, y más ignorantes en estos casos, repiten y repiten), y de allí concluir en que hay que bajar la imputabilidad es, al menos, no demostrado. ¡Y no vaya a ser que en ese contexto aparezca un menor de 15 años cometiendo un delito, pues tendrá un título catástrofe! Difícilmente se oír, en esos momentos, decir que si ese menor inimputable delinquirió, si hubiera sido imputable era lo mismo, el proceso jurídico es

el mismo, el tratamiento es el mismo, las consecuencias (salvo una eventual pena que se aplicará allá lejos en el tiempo) son las mismas. Son, pues, niveles de discusión mentirosos.

7. Argentina se está debiendo realmente un debate, y ésta es una buena oportunidad. El proyecto de Código Penal se promovió, está claro, como un contrafuego de las protestas de Blumberg, y me parece razonable. Y resultó un buen proyecto: es un proyecto liberal, que está en la línea del derecho penal liberal moderno, está en la línea de las instituciones que los países desarrollados tienen, y es un proyecto humilde, ha tenido la grandeza -y es el único de nuestro proceso histórico-, de respetar gran parte de las fórmulas del código de 1922 que eran de excelente factura y sobre las que se habían construido una doctrina y una jurisprudencia valiosas. Entonces en vez de tocarlas y cambiarlas se limitó a una línea que ya preconizaba Ricardo Núñez en los trámites previos a la ley 16.648: respetar la estructura básica del Código. Incluso, en temas complejos, como el error, que con tanta erudición trató Pessoa, las soluciones legislativas, en tanto sinceras y no escolásticamente excluyentes, permiten conciliar conceptos científicos diversos. Y ese es un concepto central: acotando principios de política criminal (definir si el sujeto que yerra sobre la prohibición debe ser castigado y, en su caso con qué alcances) nos sustraemos a un debate permanente.

8. Tenemos que definir la política criminal del Estado argentino, cuál es el grado de admisión de nuestra sociedad entre garantismo y eficientismo, y saber conciliar principios. Cuando en una sociedad tan lábil se está discutiendo un sistema de cambio de un código penal, es fundamental ponderar el nivel de sociedad que queremos, que no es probablemente la que resuelve todos los problemas con la pena, pero tampoco -como el mundo desarrollado lo muestra- la que pueda prescindir totalmente de ella.

Las cuestiones básicas de política criminal no tienen que ser abordadas oportunistamente por funcionarios políticos de turno, ni por jueces locuaces, o por el jefe de policía que pareciera que es el hombre de la política criminal, no tienen que ser abordadas bajo los acosos de Blumberg de un lado y el ultragarantismo del otro. Ni, tampoco, cerrarse el cerebro con el unilateralismo de organizaciones que toman presencias mediáticas espectaculares, lo que es su derecho, pero con un nivel de compromiso político que pone dudas sobre su objetividad en el análisis de los problemas.

Es necesario un espectacular esfuerzo de consenso, porque es la única forma de integrar una sociedad plural. De lo contrario seguiremos debatiendo entre un proyecto de código penal que algunos consideramos bueno, y que otros consideran abortista. Mientras no superemos la capacidad de los argentinos de etiquetar los problemas y polarizar los debates -claros índices de subculturización- vamos a estar dentro de cincuenta años discutiendo sobre lo mismo.

Notas:

- Académico de número. Conferencia pronunciada en sesión privada el 7 de agosto de 2007.