

Derecho penal de dos velocidades: derecho penal de dos clases sociales

*Por: Federico G. Mazzieri**

*“al carácter formador de poder del derecho
corresponde el carácter creador de derecho del poder”*

Hermann Heller

I - INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene como finalidad poner de manifiesto como un sector de la sociedad, el más poderoso, que lo es tal por su gran capacidad económica, ha pretendido -desde su ascenso al poder -mantenerse al margen del sistema penal, siendo que paradójicamente lo utiliza para reprimir las conductas que le son inconvenientes, que son en general las de quienes están marginados del sistema económico imperante.

Para ello se utilizará un fenómeno actual que ha sido denominado como “*expansión del derecho penal*”, que se traduce en el intento de abarcar con el derecho penal nuevas conductas lesivas que son consecuencia del desarrollo de las sociedades postmodernas, y cuyos autores son sujetos poderosos, y una de las principales soluciones que se proponen para enfrentarlo: un “*derecho penal de doble velocidad*”, el cual a simple vista se muestra como razonable, siendo incluso víctima de críticas de los acérrimos defensores del “*buen y viejo derecho penal*”, pero que sin embargo se vislumbra como clasista e ineficaz para cumplir con los fines que pretende.

El reducido espacio con que se cuenta no permitirá más que un breve y superficial desarrollo de la temática, motivo por el cual seguramente quedarán muchos aspectos sin ser expuestos y explicados acabadamente. Sin embargo, nos conformamos con resultar lo suficientemente claros en nuestra exposición y pensamiento, lo que entendemos debería permitir iniciar un necesario debate en torno a la problemática.

II - EL NACIMIENTO DEL DERECHO PENAL TAL COMO LO CONOCEMOS. LA BURGUESÍA SU PRINCIPAL PROMOTOR.

El origen del Derecho Penal actual se sitúa en la segunda mitad del siglo XVIII, y coincide con el surgimiento del liberalismo y ascenso al poder de la burguesía. La idea de ésta fue cuestionar y disputar el poder ilimitado del monarca, por cuanto si bien la burguesía contaba con un fuerte poder económico que incluso le permitió efectuar

* Abogado. Adscripto en Derecho Penal II

importantes empréstitos a los monarcas, ya sea que fueran para que estos se mantuvieran en el poder o para que sostuvieran guerras contra otros reinos, ello no le brindaba la suficiente seguridad de que un buen día el monarca de turno, al concentrar todos los poderes en su persona, despojara a esa clase ascendente de su patrimonio, incluso, aplicándoles castigos crueles e inhumanos (que para la época eran de lo más habituales), ya que en el campo del derecho penal imperaban todo tipo de penas, desde la pena de muerte, pasando por las corporales como la torturas, al destierro, e incluso algunas fuertemente pecuniarias como por ejemplo la confiscación de todos los bienes.

La Revolución Francesa aparece entonces como el momento cúlmine en el cual la burguesía elimina para siempre aquella posibilidad. Nace así el Estado Liberal de Derecho, propugnando por la libertad en todos los ámbitos, personal, económico, de pensamiento, religioso, literario, artístico, etc., por la soberanía popular, la separación del poder en las tres esferas que todos conocemos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), y propendiendo al control entre las mismas. En fin, un perfecto correlato de los ideales del Estado liberal de Derecho lo encontramos en las constituciones de la época, y la nuestra es un ejemplo inmejorable de ello.

En ese contexto, el derecho penal no quedó al margen del nuevo espíritu de la época y nace con un fuerte matiz garantista y limitador del poder estatal. Sus principales ideas ya habían sido expuestas magníficamente por Cesare Beccaria, en su obra titulada “De los delitos y las penas”, publicada en el año 1764. Así, se da origen a la idea de un *derecho penal de intervención mínima* como garantía frente, no ya al monarca, sino al poder punitivo del naciente Estado de Derecho, es decir, un “Derecho Penal [que] sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”¹. Al mismo tiempo, la pena privativa de la libertad se presenta como la pena por excelencia, lo cual es lógico por cuanto se le priva al “*delincuente*” de uno de los bienes esenciales –junto a la propiedad privada- que todo ser humano debe tener - según propicia el propio liberalismo - garantizado poder gozar, esto es la libertad individual.

III - LA BURGUESÍA EN EL PODER. CAMBIO DE PARADIGMA. APARICIÓN DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO.

Eliminado el poder absoluto de la monarquía se produce un cambio en el paradigma del poder, ahora el poder ya no se trasmite por sucesión hereditaria en títulos

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho Penal, parte General, 5º Ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pag. 72.

reales y de nobleza, sino que el poder lo da el dinero, y el dinero se encontraba en manos de la burguesía. Tal como afirma Hermann Heller², se pasa de la fórmula “soy poderoso, luego tengo dinero”, a la fórmula “tengo dinero, luego soy poderoso”. Con ello la burguesía ya no necesitó preocuparse de las garantías individuales por las que tanto había abogado, por cuanto ante un Estado mínimo su principal garantía ahora se encontraba en el poder que le daba ser la titular de los medios de producción y del capital.

Prueba de lo que venimos sosteniendo fue el intento de imponer en el ámbito del derecho penal el Positivismo criminológico. Tal como magníficamente señala Juan Alberto SOTOMAYOR³, “la crisis del Estado Liberal que trajo consigo el (...) liberalismo económico, provocó el paso de un Estado guardián a un Estado intervencionista (...) El Estado liberal, limitado a salvaguardar la base de la sociedad burguesa, es decir, la propiedad privada, y a fijar las normas generales que debían regular las relaciones recíprocas entre sujetos económicos, sin inmiscuirse en el funcionamiento de la economía y de la sociedad, se mostraba ahora incapaz de hacer frente y resolver estos nuevos problemas... el Estado tenía ahora que intervenir para garantizar un mínimo de seguridad y de estabilidad social ” que la miseria de amplios sectores sociales ponía en riesgo. “De ahí que el control del Estado asumiera el carácter de una defensa social, lo cual tuvo notables repercusiones en el campo del derecho penal. La nueva realidad exigía... que el derecho penal liberal, al mostrarse insuficiente para interpretar la realidad contradictoria y conflictiva, diera paso a otras ideas y métodos que hicieran posible una mayor intervención en el control de la delincuencia... el derecho penal debía dar paso a un derecho penal intervencionista... Por consiguiente, el punto de mira del derecho penal, que durante la vigencia del pensamiento clásico estuvo puesto en las garantías del individuo frente al Estado, se traslada ahora a la defensa activa de la sociedad. La base de legitimación de esta estrategia intervencionista la constituyó el positivismo” el cual “se convierte en la nueva ideología de control social”.

Ya todos conocemos que el positivismo postulaba poner el foco de atención en el delincuente y no en el delito, consagrando lo que se conoce como *derecho penal de autor*, con el necesario abandono de la pena por medidas de seguridad, por cuanto los

² HELLER, Hermann, “Teoría del Estado”, Ed Fce (Mexico), 1974.

³ SOTOMAYOR, Juan Oberto, “*Imputabilidad y Sistema Penal*”, Ed. Temis, Bogota, 1996, pag 44 y 45

catalogados “*delinquentes*” estaban determinados a delinquir y por lo tanto la sociedad (burguesa) debía protegerse de ellos.

Aquí es donde queda desenmascarada la trampa de la burguesía, ya que para reprimir y eliminar lo que se consideraba que ponía en riesgo el orden social burgués, que por otra parte era generado por la propia usina del capitalismo, no tenía inconvenientes en coexistir con un Estado intervencionista que limara las garantías individuales, por cuanto ella (la burguesía) nunca sería sujeto pasivo de persecución por parte del poder estatal, porque no era sujeto activo de los delitos que “molestaban” al orden social imperante, aunque lo podía ser de algún delito como el homicidio⁴, pero en ese caso, podía invocar no sólo todas las garantías penales propias del estado liberal clásico, sino que contaba con los márgenes de impunidad que el propio poder del dinero les confería (y aún le confiere).

IV - EL FENÓMENO DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL. CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL.

La configuración de la sociedad actual en la que nos toca vivir obviamente no es la misma de la que hablábamos, en la que nació y comenzó a desarrollarse el derecho penal clásico, ni tampoco se parece a la de hace 150 años cuando se encontraba en pleno auge la llamada Revolución Industrial. Nuestras sociedades occidentales actuales están caracterizadas por una enorme complejidad, en las que los avances tecnológicos no encuentran paralelo en toda la historia de Humanidad. Así, si bien se ha producido un importante incremento del bienestar individual⁵, también se han elevado los riesgos de procedencia humana también en un nivel inusitado y nunca antes visto. Es por ese motivo que algunos llaman a estas sociedades post-industriales como “Sociedades de riesgos”⁶, en las cuales ha surgido la necesidad de dar respuesta un sinnúmero de nuevos fenómenos, y el Derecho penal, siendo uno de los principales instrumentos de control social, no ha quedado al margen.

Menciona Silva Sánchez, que “la combinación de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo <*delito de lesión de bienes individuales*> al modelo <*delito de*

⁴ En este sentido, es históricamente conocido la cantidad de hechos de homicidios y otros castigos que infligían los empleadores a sus empleados en las fabricas, dejando al descubierto el total desprecio por la ley penal y los “miserables” que empleaban en los grandes establecimientos.

⁵ Lo que no quita desconocer los amplios sectores de pobreza y marginalidad existentes en estas sociedades cuya posibilidad de acceso a los mas fundamentales derechos es meramente formal.

⁶ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal de las sociedades post-industriales*, Civitas, MADris, 1999, pag. 21.

peligro de bienes supraindividuales>, pasando por todas las modalidades intermedias”⁷, y por tanto “el derecho penal que reaccionaba a posteriori contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo) se ha convertido en un derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha <administrativizado>”⁸, ya que se utilizan razonamientos típicos del derecho administrativo sancionador, donde se tiene en cuenta el “daño acumulativo”⁹. Se menciona como típicos ejemplos de ese fenómeno ámbito de los delitos tributarios, ambientales, de estupefacientes y de tráfico de rodado.

Por otra parte, también contribuye a la expansión del derecho penal, los ilícitos propios de la globalización y la integración nacional, tanto en su modalidad empresarial convencional (donde también se podría incluir los delitos contra el medio ambiente y los tributarios), como la llamada macro-criminalidad (narcotráfico, tráfico de armas, trata de personas, etc), que se caracterizan por ser un tipo de delincuencia económica, de sujetos poderosos y muy bien organizada¹⁰, en la cual intervienen colectivos de personas estructuradas jerárquicamente y “el resultado de la lesión puede aparecer significativamente separado, tanto en el espacio como en el tiempo de la acción de los sujetos más relevantes en el plan delictivo”¹¹.

Ante tal situación, en la que la tendencia legislativa para hacer frente a tales realidades va paulatinamente flexibilizando categorías, reglas de imputación, y principios, como el de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, que se creían –y algunos aún lo creen- inmutables, han surgido ferozmente desde la doctrina toda clase de cuestionamientos intentando, en el peor de los casos, dejar al margen del derecho penal las situaciones que no se ajustan al “*buen y viejo derecho penal liberal*”¹², y en el mejor, a formular propuestas como la que Silva Sánchez denomina <*Derecho penal de dos velocidades*>¹³, que busca una solución conciliadora, pero que termina generando,

⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús María, ob. cit pag. 98.

⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús María, ob. cit, pag. 100.

⁹ Silva menciona que Lothar Kuhlen es quien ha desarrollado últimamente esta teoría, proponiendo que “hay que subsumir en el tipo determinados actos concretos, aunque estos, contemplados por sí mismos, no pongan en peligro ni siquiera en abstracto el bien jurídico protegido. En la medida de que la *acumulación* de tales actos concretos sí tiene la capacidad de producir consecuencia lesivas, entiende que debe someterse no sólo su tipicidad formal, sino la propia tipicidad material”. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, ob. cit, pag. 109.

¹⁰ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, ob. cit pag. 95,96.

¹¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María, ob. cit, pag 70

¹² Como por ejemplo la denominada Escuela de Frankfurt (Hassemer, Lüderssen, Naucke) Cfr. LASCANO, Carlos Julio, “*La insostenible ‘Modernización del derecho Penal’ basada en la ‘tolerancia cero’ desde la perspectiva de los países emergentes*”

¹³ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, ob. cit pag 124.

a más de una desigualdad que resulta -a nuestro entender- intolerable entre los delitos calificados como <Crimes of the powerful> con los delitos de los <powerless>¹⁴, normas penales lisiadas, ya que se las priva del principal promotor de su cumplimiento: la conminación de una pena privativa de la libertad.

V - DERECHO PENAL DE DOS VELOCIDADES: DELITOS DE LOS PODEROSOS SIN PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.

Silva Sánchez, resignado en cuanto a la posibilidad de frenar la expansión del derecho penal, dada la configuración y las aspiraciones de las sociedades modernas, sostiene que no habría dificultad en admitir un modelo de menor intensidad garantística conviviendo junto al sistema rígido de garantías del Derecho penal clásico. Incluso advierte que optar por el Derecho penal para dar respuesta a los nuevos fenómenos, ofrece una importante ventaja frente al Derecho civil reparador y al Derecho administrativo sancionatorio, cual es la mayor dimensión comunicativa y simbólica que posee el Derecho penal respecto de aquellos. Pero lo hace a nuestro entender a un precio demasiado alto: sacrificando la pena privativa de la libertad.

Concretamente, propone una “configuración dualista del sistema de derecho penal, con reglas de imputación y con principios de garantías a dos niveles”¹⁵, donde coexistan una <primera velocidad>, determinada por los delitos a los que cabe aplicarles pena privativa de la libertad, los cuales están dados por lo que llama el *derecho penal nuclear* (homicidio, robo, privaciones de la libertad, sexuales, etc), donde habría que respetarse rigurosamente las reglas de imputación individual y los principios jurídicos tradicionales; y una <segunda velocidad>, que se aplicaría a todo el nuevo *derecho penal moderno* (recordemos que según el propio Silva reconoce que es económico y de sujetos poderosos), donde las sanciones no serían penas restrictivas de la libertad, sino privativas de derechos o pecuniarias, donde se aceptaría una “flexibilización de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de criterios de la autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, etc), como también de los principios político-criminales (como por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad)”¹⁶.

¹⁴ Términos utilizados por Silva Sanchez, Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, ob. cit pag 66.

¹⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús María, ob. cit pag 121

¹⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús María, ob. cit pag 125

VI - LA FINALIDAD DE MOTIVACIÓN DE LAS NORMAS PENALES COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS.

Hoy en día no existen discrepancias doctrinarias en definir el derecho penal como un <conjunto de normas> ¹⁷, identificando dos clases: las *normas primarias*, que son normas de conducta dirigidas a los ciudadanos, ya sea prohibiéndoles la realización de algo (normas primarias prohibitivas) u obligándolos a la realización de una conducta determinada (normas primarias preceptivas o de mandato); y las *normas secundarias*, que están dirigidas a los responsables de la aplicación del derecho, es decir los jueces, imponiéndoles la aplicación de las penas a quienes infrinjan las normas primarias.

Ahora bien, tal como señalan los partidarios de la “teoría de la motivación”¹⁸, la esencia de la función motivadora de las normas penales radica en la posibilidad de lograr influir sobre la conducta externa de los sujetos destinatarios de las mismas, incluso permite que contribuyan, a largo plazo, a internalizar los valores que en ellas subyacen¹⁹. Así, tomando los postulados de las tesis psicoanalíticas, Gimbernat Ordeig, explica que “de la misma manera que el Super-Yo del niño se forma reaccionado con la privación de cariño (castigo) ante el comportamiento prohibido y con el otorgamiento de cariño ante el comportamiento deseado... la Sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir –creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo- que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana”²⁰.

En esa misión motivadora, se dice que la norma primaria es la que desempeña el papel central pues es quien señala a los ciudadanos destinatarios el comportamiento requerido, haciéndoles saber que el mismo se encuentra conminado bajo amenaza de una pena. Sin embargo, no es menos importante la norma secundaria, ya que significa un importante refuerzo a la motivación ejercida por la primaria, por cuanto le ordena a los jueces que efectivamente apliquen esas sanciones a quienes las transgredan, confirmando de esa manera la seriedad de la amenaza.²¹

¹⁷ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, “Aproximación al Derecho penal Contemporáneo”, Bosch, Barcelona, 1992, pag. 311.

¹⁸ Gimbernat Ordeig, Mir Puig, Muñoz Conde, Luzon Peña, Cfr. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, ob. cit. pag. 354.

¹⁹ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, “Aproximación al Derecho penal Contemporáneo”, Bosch, Barcelona, 1992, pag 358

²⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en Estudios de Derecho penal, Madrid, 1990, p. 147

²¹ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, ob. cit. pag 355 y 356

Es por ese motivo que las sociedades modernas ante la necesidad de dar una respuesta efectiva a los nuevos fenómenos que se presentan, y que a no dudarlo ponen en crisis la propia existencia de la misma²², deciden recurrir al Derecho penal, es decir, por su gran fuerza motivadora de conductas, fuerza que carecen otras ramas del Derecho como ser el civil o el administrativo.

Sin embargo, si se priva a las normas penales que intentan contener esa nueva criminalidad del principal disuasivo con que cuenta, esto es la pena privativa de la libertad, so pretexto de que estos nuevos delitos conllevan a que necesariamente se flexibilicen las reglas de imputación y los principios políticos criminales clásicos, el efecto motivador de las normas penales queda completamente desarticulado y con ello se deja vía libre a su quebrantamiento sistemático por quienes pueden ser autores: sólo los sujetos y organizaciones poderosos.

VII - LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD: UNA <AMARGA NECESIDAD>²³

A estos sujetos poderosos no tenemos dudas en caracterizarlos como sujetos responden al modelo de persona como “*hombre económico*”, que “operan desde parámetros racionales, según la ponderación de costes y beneficios a corto plazo”²⁴, por lo cual sus decisiones estarán dadas por criterios maximizadores de utilidades. Poco tienen de “*hombre cooperador*”, con tendencia al respeto por las normas, “sacrificando lo que parecería más beneficioso para sus intereses a corto plazo”²⁵.

Por lo tanto el derecho penal debe estar capacitado para dar respuesta a esas tendencias egoístas. El “derecho penal no puede sostener la persecución de sus fines únicamente con medios simbólicos, sino que condición para el mismo mantenimiento de la confianza en las expectativas normativas es el empleo de medios instrumentales dirigidos no sólo a manifestar la vigencia del acuerdo, sino a imponer coactivamente el acatamiento de conductas”²⁶. Si ello no se verifica, tal como señala Dölling²⁷ “el

²² Quien puede negar que los delitos contra el medio ambiente, los del narcotráfico, o los económicos y tributarios no atentan contra los cimientos mismos de la sociedad.

²³ El termino le pertenece a Gimbernat Ordeig, pero sólo para referirse a la pena, sin referencias a la pena privativa de la libertad, Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ob. Cit. Pag. 150

²⁴ ALCACER GUIRAO, Rafael, “¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico?”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, Año 7, N° 11, Ad-Hoc, Bs As, pag. 319

²⁵ ALCACER GUIRAO, Rafael, ob. cit. Pag 321

²⁶ ALCACER GUIRAO, Rafael, ob. cit. Pag 329

²⁷ Citado textualmente por ALCACER GUIRAO, Rafael, ob. cit. Pag 329.

ordenamiento jurídico no podrá contar con un respeto generalizado de las normas cuando tolera que los que quebrantan el derecho alcancen mejores posiciones socio-económicas que los respetuosos del derecho”.

Es así que, particularmente en estos tipos de delitos económicos, la amenaza de pena privativa de la libertad, y su posterior efectiva aplicación ante el quebrantamiento de la norma, deviene necesaria e imperiosa, por cuanto es la única capaz de verdaderamente motivar que las conductas que se pretenden evitar no sean realizadas. Ante sujetos económicamente poderosos, que efectúan permanentemente cálculos de costes y beneficios, la representación de la posibilidad cierta de perder un bien tanpreciado como la libertad, es el único factor disuasivo con que cuenta el derecho que los puede encaminar por la senda del respeto de las normas.

La mera amenaza de penas pecuniarias o privativas de derechos no resultan suficientes, por cuanto son fácilmente sorteables para ese sector que obtiene muchísimas ganancias de la transgresión. Pensemos por ejemplo en los delitos tributarios, en los cuales los empresarios que evaden importantes sumas de dinero, luego las colocan en bancos extranjeros, lo que permite que generen intereses, o en los delitos ambientales, donde las ganancias que representan la transgresión de parámetros de contaminación son mucho mayores a las multas que posteriormente deberían pagar llegado el caso de ser encontrados responsables.

En definitiva, así como el sistema penal no puede prescindir de la pena privativa de la libertad para el derecho penal nuclear, menos aún lo puede hacer para combatir las modernas modalidades delictivas donde los sujetos verdaderamente actúan como sujetos racionales²⁸, que efectúan cálculos de costes y beneficios. Por lo tanto, tal como afirma Gimbernat Ordeig, "la pena [privativa de la libertad] - es una <amarga necesidad>, y una Sociedad que prescindiese de ella tendría sus días contados"²⁹.

VIII- CONCLUSIONES.

A nuestro entender, la propuesta de Silva Sánchez de un *derecho penal de dos velocidades*, tal como esta formulado, no hace más que generar: primero, un *derecho*

²⁸ No como sucede con los llamados “delincuentes comunes”, donde ello es más una suposición que una certeza.

²⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en Estudios de Derecho penal, Madrid, 1990, p. 150.

*penal de clases*³⁰; y segundo, una normativa penal que es inservible para motivar a sus destinatarios.

La realidad es que, subrepticamente, lo que se esta tratando de garantizar es la impunidad de un sector, el de los poderosos, a los que antes llamábamos burguesía, y que hoy podríamos denominar neo-burguesía trasnacional.

La excusa es perfecta: Como los *powerless* tienen la “suerte” de que los hechos delictivos que materialmente pueden cometer se concentran dentro del denominado *derecho penal nuclear*, donde sus tipos de comportamientos “encajan” perfectamente con las reglas de imputación clásicas y se pueden atribuir sin “violar” los principios jurídico criminales tradicionales, so pretexto de que cuentan con todas las garantías que el sistema penal les brinda, se les aplica la pena privativa de la libertad. En cambio para los *powerful*, que no son quines precisamente van a realizar un robo a mano armada, sino delitos económicos, que por la propia modalidad de comisión y por la sofisticación que conllevan, tienen la “mala suerte” de que no encajan en las reglas clásicas de imputación, y los principios jurídico penales deben ser flexibilizados, se decide, en una suerte de negociación, penarlos con penas que no solo no los motivan a obrar conforme a derecho, sino que llegado el caso les resultan realmente irrelevantes.

Así, el sistema penal, no hace más que confirmar que es un sistema de control social selectivo, perfectamente dirigido contra una franja de la población que son “*los delinquentes de siempre*”, de la que los sujetos poderosos no forman parte.

No es el común de los ciudadanos quienes van a contaminar el medio ambiente con grandes emanaciones de contaminantes, tampoco son ellos quienes van a evadir tributariamente fuertes sumas de dinero que verdaderamente provocan un daño en las finanzas estatales, y tampoco son quienes van a provocar crisis económicas con motivo de la rapacidad financiera. En el marco de las conductas que hacen a la expansión del derecho penal, los ciudadanos comunes tal vez serán quienes pongan en peligro la vida de otros conciudadanos conduciendo un automóvil alcoholizado, pero hasta en ese caso se debe efectuar una valoración y decidir si es conveniente punir penalmente esa conducta, si como contrapartida se puede evitar la muerte de miles de personas por año como consecuencia de las mismas.

³⁰ Aunque el propio Silva lo niega, sosteniendo que no se trata de distinguir entre sujetos, sino según hechos y consecuencias jurídicas, el esfuerzo es en vano, ya que los únicos sujetos que pueden cometer los delitos por los que propugna la eliminación de la pena privativa de la libertad, son sujeto poderosos.

Un ejemplo paradigmático de lo que venimos sosteniendo fue la derogación de la ley 20.840, conocida como Ley de “Subversión económica”. La misma, so pretexto de contener tipos amplios e imprecisos, fue derogada en el año 2002. Pero no fue derogada en cualquier contexto, se lo hizo luego de una de las peores crisis económicas de la historia, la que según el análisis efectuado por Javier Llorens y Mario Cafiero³¹, fue desencadenada por una fuga de capitales silenciosa y perfectamente planificada. Así, pudiéndose probar que la misma fue deliberadamente provocada, los banqueros que la causaron quedaban comprendidos dentro de los tipos de esa ley. No obstante ello, llegado el caso, los banqueros contaban con la posibilidad de argüir judicialmente que dicha ley era inconstitucional en razón de que no respetaba -cuando no- el principio de legalidad. Sin embargo, tal fue el temor que les suscito la mera posibilidad de ser perseguidos judicialmente, que directamente abogaron por su derogación, la cual, presión de FMI mediante, finalmente se logró.

En definitiva, tal como señalamos al comienzo este trabajo, hay un sector que se ha garantizado desde la abolición de las monarquías absolutas su tranquilidad e impunidad, y cada vez que ese *status* se ve en peligro, ya sea, por un lado, porque se siente amenazada por delitos cometidos por los “*delincuentes*”; o por el otro, porque el propio sistema por ella misma establecido se vuelve como un boomerang en su contra, la reacción es inmediata: en un caso abogando por más “*mano dura*” y políticas de “*tolerancia cero*”, sin importar en ese caso que se deban dejar al margen los principios y garantías clásicos (total no van a ser alcanzados por dichas normas), y en el otro, poniendo énfasis que los delitos que pretenden comprenderlos no respetan esos mismos principios que les niegan a los “*indeseables delincuentes*”.

De ahí que no resulta extraño la aparición de propuestas teóricas como “*el derecho penal de dos velocidades*” de Silva Sánchez, la cual va en el último de los sentidos, o Günther Jakobs con su teoría conocida como “*Derecho penal del enemigo*” que va en el opuesto. Aunque no podemos dejar de señalar, que ésta última podría ser utilizada contra cualquier clase de delito – de ahí la peligrosidad de la misma-, ya que quien define quien es el enemigo (de la sociedad) no es otro que quien detenta el verdadero poder dentro de ella.

³¹ Cfr. LLORENS, Javier y CAFIERO, Mario; “*¿Por qué se quiere derogar la ley de Subversión económica?*”, <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/ari/Principal/SUBVERSION%20ECONOMICA/DEROGACION.pdf>

Finalmente, debe comprenderse que si verdaderamente se quiere combatir ese tipo de criminalidad económica, por sus propias características especiales, necesariamente se deberá flexibilizar las reglas de imputación y los principios de jurídicos tradicionales, manteniendo la pena privativa de la libertad como sanción. Pretender lo contrario, si se nos permite la metáfora, sería como intentar derribar con arcos y flechas un moderno avión de guerra.

Como colofón, diremos que nos quedan dudas respecto de si verdaderamente se quiere combatir esa criminalidad, aunque si recordamos la cita con la que se comenzó el presente trabajo “*al carácter formador de poder del derecho, corresponde el carácter creador de derecho del poder*”, todo parecería indicar no.

BIBLIOGRAFÍA.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho Penal, parte General, 5º Ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002
- HELLER, Hermann, “Teoría del Estado”, Ed Fce (Mexico), 1974
- SOTOMAYOR, Juan Oberto, “*Imputabilidad y Sistema Penal*”, Ed. Temis, Bogota, 1996
- SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal de las sociedades post-industriales*, Civitas, MADris, 1999
- SILVA SANCHEZ, Jesús María, “Aproximación al Derecho penal Contemporáneo”, Bosch, Barcelona, 1992, pag.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “*¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*”, en Estudios de Derecho penal, Madrid, 1990
- ALCACER GUIRAO, Rafael, “*¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico?*”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, Año 7, N° 11, Ad-Hoc, Bs As.

- LLORENS, Javier y CAFIERO, Mario; “¿Por qué se quiere derogar la ley de Subversión económica?, <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/ari/Principal/SUBVERSION%20ECONOMICA/DEROGACION.pdf>