

El modelo de exclusión del derecho penal del enemigo en el régimen de libertad condicional

*Por: María Marta Schianni .**

Sumario: I- Introducción. II- Tendencia hacia el expansionismo penal. Breve reseña del “derecho penal del enemigo”. III- Algunas reflexiones críticas de la propuesta de Günther Jakobs. IV- La sanción de la ley 25.892. Antecedentes. V- Influencia del derecho penal del enemigo en la reforma penitenciaria. VI- Conclusión.

I- INTRODUCCIÓN.

El miedo al delito y la sensación de inseguridad de los ciudadanos generan constantes reclamos por mayores mecanismos de control y de expulsión del seno de la sociedad de los estigmatizados como “peligrosos”, evidenciándose una notable repercusión de los mismos en los sistemas penales. Motivados por el preocupante y contundente avance del expansionismo penal, en el presente trabajo abordaremos uno de sus modelos denominado “derecho penal del enemigo” y la injerencia de éste en nuestra legislación penal. Así, en primer lugar se realizará una aproximación hacia los rasgos característicos que lo informan, para luego, abordar algunas reflexiones críticas teniendo en cuenta la estructura en la que se erige nuestro sistema penal, esto es, basado en el Estado de Derecho Democrático. Se pondrá de resalto que, pese a la adopción de nuestra construcción jurídico-política, existen palmarias filtraciones en nuestro ordenamiento penal.

Tal es el caso del art. 14 del CP, modificado en el año 2004 por la ley N° 25.892, mediante el cual se excluye el acceso de la libertad condicional a los autores de los delitos tipificados en los arts. 80 inc. 7, 124, 142 bis anteúltimo párrafo, 165 y 170 anteúltimo párrafo del CP. A tal fin, se abordará el tratamiento del contexto y los antecedentes parlamentarios que marcaron la sanción de la mencionada ley y que coadyuvaron a imprimirle un marcado perfil segregatorio. Finalmente, se examinarán los quebrantamientos a nivel constitucional que engendra la normativa reseñada, específicamente en materia de ejecución penitenciaria, demostrando en cada caso la consecuente conciliación con el paradigma del derecho penal del enemigo. El objeto de

*Abogada. Adscripta Penal I. [Contacto: mschianni@hotmail.com](mailto:mschianni@hotmail.com)

estudio se abordará utilizando como técnica de trabajo el método lógico-descriptivo y de tal forma se determinará la incoherencia de la disposición con nuestro sistema normativo a los fines de propiciar una posible derogación de la misma.

II- TENDENCIA HACIA EL EXPANSIONISMO PENAL. BREVE RESEÑA DEL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”.

Los sistemas penales de nuestros días han experimentado un marcado incremento en la respuesta punitiva para hacer frente a los problemas de inseguridad ciudadana, particularmente reflejado en la creación de nuevas figuras penales, en el endurecimiento de las sanciones, en las restricciones de derechos penitenciarios y en propuestas tendientes a disminuir la edad de imputabilidad. Este fenómeno denominado como “expansionismo penal” debe su crecimiento a las exigencias que demandan las sociedades actuales a las clases políticas por mayor represión en la lucha contra la delincuencia. Tales requerimientos han tenido acogida mediante la sanción de numerosas reformas de nuestro Código Penal, procurando apaciguar el clamor social y demostrar un “seudo” compromiso en la problemática reseñada sin atacarla desde sus cimientos. Menos aún, se ha reparado en las palmarias violaciones de tales medidas respecto al núcleo fundamental de garantías constitucionales que sustentan nuestro Estado de Derecho Democrático.

Pero por otra parte, es dable destacar que el expansionismo penal no es un fenómeno exclusivo de nuestro país, sino que reviste un carácter global, en torno al cual se han elaborado una serie de modelos que proporcionan marcos explicativos, cuya aparición en las legislaciones penales del mundo no se da en forma pura, antes bien, se entremezclan y entrecruzan. Así, de acuerdo a la clasificación aportada por José Daniel Cesano podemos distinguir los siguientes modelos del expansionismo¹: a) derecho penal simbólico; b) culturas de la emergencia o excepcionalidad penal; c) derecho penal del riesgo; d) derecho penal del enemigo; e) estrategia de segregación punitiva.

Cual manifestación del expansionismo penal, el modelo del derecho penal del enemigo se origina como una propuesta del profesor alemán Günther Jakobs, quien partiendo de las construcciones del Estado de Hobbes, Rosseau y Kant, propugna la creación de un derecho penal especial aplicable a determinado tipo de criminalidad, cuyos partícipes son considerados por el autor como “no personas” o “enemigos”. En

¹ CESANO, José Daniel. “La política criminal argentina: ¿Últimas imágenes del naufragio?” (en línea). Dirección URL: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos. (consulta 2/07/09).

efecto, ante el surgimiento de nuevas formas de criminalidad organizada (terrorismo, trata de personas, tráfico de armas, tráfico de drogas), cuya sofisticación delictiva permite en muchos casos la impunidad del accionar estos grupos, el modelo propicia un tratamiento diferenciado del resto de los delincuentes declarando una verdadera “guerra abierta” para combatir estos flagelos. A tal fin, entre otras medidas, el catedrático propugna la utilización de ciertas herramientas de lucha que implican restricciones al ámbito privado de los involucrados, por ejemplo, “la posibilidad del allanamiento de morada con fines investigativos, la posibilidad del registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas telefónicas”.²

Los elementos estructurantes del derecho penal del enemigo son: 1- Anticipación de la represión penal a actos preparatorios, sancionando la conducta del sujeto peligroso en una etapa muy anterior a la del hecho delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se castiga la peligrosidad del sujeto, no sus actos. 2- Desproporcionalidad de las penas. En ese sentido, el autor afirma: “la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo: así, por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario; una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de la libertad.”³ En razón de ello, la pena se erige como el aseguramiento frente a hechos futuros y no frente a sucesos ya producidos. 3- Debilitamiento de las garantías constitucionales de carácter penal, procesal y penitenciario.

Jakobs identifica al “enemigo” como aquél individuo que ha quebrado definitivamente su fidelidad hacia el derecho, lo ha abandonado de modo duradero o decidido, por lo tanto lo entiende como “no persona” y debe ser combatido. Ello, por cuanto no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de comportarse como “persona”, ante cual no puede participar de los beneficios de dicho concepto. Pone en cabeza del Estado la obligación de no conferirle las prerrogativas que poseen los ciudadanos comunes, ya que de lo contrario atentaría contra el derecho a la seguridad que posee el resto de la comunidad. La pena pierde su función de compensación de un daño para mantener la vigencia de la norma. Antes bien, tiene asignada una función de “eliminación o exclusión” del enemigo, teniendo en cuenta el peligro que este tipo de delincuentes representa para la vigencia del ordenamiento jurídico y de la sociedad.

² JAKOBS, Günther, en entrevista periodística publicada en el matutino La Nación de fecha 26/07/2006, Sección Cultura.

³ JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, *Derecho Penal del Enemigo*. Reimpresión. Bs. As., 2007, p. 20.

Por otra parte, el autor diferencia al “enemigo” del delincuente común a quien no excluye del carácter de “ciudadano” y lo mantiene dentro del derecho por dos razones que explicita del siguiente modo: “...por un lado el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como ciudadano, en todo caso su situación dentro del derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho.”⁴

De acuerdo a la postura del autor, este derecho penal especial debe ser separado del derecho penal común dirigido a los delincuentes tradicionales: “Un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo”⁵. En este punto, la pretensión del autor se dirige a reconocer la existencia en las legislaciones penales de filtraciones normativas propias del modelo que plantea, propiciando sanear tal contradicción mediante la creación de un sistema diferenciado en resguardo del Estado de Derecho.

III- ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS DE LA PROPUESTA DE GÜNTHER JAKOBS

Nuestro modelo constitucional consagra una serie de principios y derechos fundamentales que se erigen como una barrera ante el poder punitivo del Estado. Aquéllos cumplen una función de contención de éste último, reforzando la legitimación del Estado de Derecho Democrático. De las características particulares explicitadas con relación al modelo belicista de Jakobs, se desprende que el derecho penal del enemigo contraría abiertamente el referido núcleo de garantías. En consecuencia, tal propuesta no puede ser acogida en el sistema penal argentino por encontrarse evidentemente en pugna con el modelo jurídico político adoptado por nuestro país. En ese orden de ideas, debemos destacar lo sostenido por el Profesor Luis María Bonetto: “...la democracia, en esencia, es libertad, diálogo, participación, tolerancia, y por sobre todo, *respeto a la dignidad de la persona humana*, no es difícil concluir su incompatibilidad con un sistema que desconoce a la persona, denominando al “enemigo” como “no persona” y

⁴ JAKOBS, Günther, ob. cit. p. 27.

⁵ JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 64.

que se basa en su exclusión y eliminación”.⁶ El avasallamiento a la dignidad de la persona humana mediante la “despersonalización” del individuo considerado como fuente de peligro para la sociedad, procurando su apartamiento y neutralización, resiente las raíces más profundas de la racionalidad del Estado de Derecho Democrático, esencialmente inclusivo y pluralista.

Otra de las palmarias contradicciones lógicas con nuestro sistema, consiste en que el derecho penal del enemigo es, por excelencia, un derecho penal de autor. Ello, por cuanto las herramientas punitivas del Estado se encaminan a la persecución del sujeto “no persona” por su presunta personalidad peligrosa y no por un accionar concreto cometido por él. Tal situación compromete un arraigado principio liberal, el derecho penal de acto o de hecho, que concibe al delito como un conflicto que produce una modificación del mundo exterior provocada por un acto humano como decisión de una persona responsable y fundamentalmente libre. Al respecto, el Profesor Manuel Cancio Meliá reflexiona críticamente con relación a la propuesta de Jakobs: “Si se examina... la amplia eliminación iuspositiva de las diferencias entre preparación y tentativa, entre participación y autoría, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista, difícilmente puede parecer exagerado hablar de un Derecho penal de autor: mediante sucesivas ampliaciones se ha alcanzado un punto en el que “estar ahí” de algún modo, “formar parte” de alguna manera, “ser uno de ellos”, aunque sólo sea en espíritu, es suficiente”.⁷

Un examen aparte merece el riesgo que representa la incertidumbre en el establecimiento de las pautas y el órgano-persona encargado de determinar quién es el enemigo. Es que, el encuadramiento del individuo en una u otra categoría no es una cuestión menor en vistas a las graves consecuencias de tal desdoblamiento jurídico, particularmente en lo que respecta a las esferas de libertad. En referencia a ello se ha dicho: “En este análisis, es correcta la observación de Gracia Martín, en el sentido que el concepto de derecho penal del enemigo se construye con una argumentación circular. Dicho de otro modo, no se puede distinguir con claridad dónde termina el ciudadano y comienza el enemigo, o bien, cuál es la frontera punitiva en cuanto hecho y sanción a partir de la cual, se deja de ser persona, y se transforma el ciudadano en enemigo”.⁸

⁶ BONETTO, Luis María, “Derecho Penal: miedo o convicción”, *El Derecho Penal y sus enemigos*. Córdoba, 2008, p. 38.

⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Derecho penal del enemigo?”, *Derecho Penal del Enemigo*. Reimpresión. Bs. As., 2007, p. 106.

⁸ BONETTO, Luis María, ob. cit., p. 22.

En cuanto a la excepcionalidad de la aplicación de éste régimen penal especial a determinados tipos de delincuentes, debemos dar cuenta de la advertencia de Raúl Eugenio Zaffaroni: “En una perspectiva dinámica, el derecho penal del estado de derecho no puede cometer la ingenuidad de cederle un espacio y menos aún su instrumento orientador al estado de policía, confiando que este se mantendrá en ese ámbito acordado y compartimentalizado”.⁹ Nada nos garantiza que la excepción luego no se transforme en regla. Por el contrario, es altamente probable que el derecho penal del enemigo siga avanzando en aras de ampliar o extender su influencia a otros ámbitos, luego de lo cual resultará dificultoso o hasta imposible regresar al estado de cosas original, respetuoso de la dignidad de la persona humana.

Como muestra de ello podemos mencionar la situación que atraviesan los prisioneros de Guantánamo, respecto a lo cual el propio Jakobs hizo referencia en la entrevista periodística citada anteriormente: “En las primeras ocho semanas después de su captura podía existir cierta justificación internacional sobre el rigor con que debía tratarse a esos prisioneros, porque entre otras cosas, había que identificarlos y los servicios secretos de Estados Unidos tenían que ver cuán peligrosos eran. Pero ahora que han pasado varios años desde los atentado a las Torres, es inadmisibile que se haya mantenido la misma situación sin haber cambiado el status jurídico de los propios sujetos”.¹⁰ Sin duda, una vez que el poder punitivo conquista nuevos terrenos de actuación, difícilmente luego los resigne a favor del Estado de Derecho.

Por otra parte, desde un análisis de efectividad en cuanto a la aplicación de normas penales compatibles con el derecho penal del enemigo, debemos señalar que este paradigma no coadyuvó a la prevención de delitos ni a combatir a la criminalidad organizada que le dio su origen. Particularmente se ha dicho: “En el plano empírico, parece que puede afirmarse que la experiencia en otros países de nuestro entorno respecto de organizaciones terroristas “endógenas” muestra que la aplicación de este tipo de infracciones no ha conducido a evitar delitos, sino ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión”.¹¹

De acuerdo a las reflexiones vertidas, cabe concluir que en defensa del Estado de Derecho Democrático no podría legitimarse en nuestro sistema penal un modelo de las características propuestas por Jakobs. Empero, analizando las reformas legislativas

⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *El enemigo en el derecho penal*. Bs. As., 2006, p. 170

¹⁰ JAKOBS, Günther, en entrevista periodística publicada en el matutino La Nación de fecha 26/07/2006, en la sección Cultura.

¹¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, ob. cit. p. 97.

impulsadas por el denominado efecto “Blumberg” se advierten manifestaciones o filtraciones del derecho penal del enemigo, generando un avance del poder punitivo del Estado en detrimento de principios constitucionales. Entre ellas encontramos la modificación al régimen de libertad condicional mediante la sanción de la ley N° 25.892, especialmente la limitación instaurada en el art. 14 del CP que excluye lisa y llanamente el acceso a la libertad condicional a los autores de determinados delitos, cuyos aspectos relevantes e implicancias se desarrollarán a continuación.

IV- LA SANCIÓN DE LA LEY 25.892. ANTECEDENTES.

El día 5 de mayo de 2004 el Congreso de la Nación sancionó la ley N° 25.892, y fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 24 de mayo de 2004. Como se señaló antes, dicha normativa modificó, entre otros aspectos, la restricción de acceder al beneficio de la libertad condicional a los autores de los delitos tipificados en los artículos 80 inc. 7, 124, 142 bis anteúltimo párrafo, 165 y 170 anteúltimo párrafo del CP, denominados en el tratamiento parlamentario como “delitos aberrantes”. Tal modificación respondió al reclamo multitudinario encabezado por el Sr. Juan Carlos Blumberg, realizado por esos días en Plaza de Mayo, oportunidad en la que se elaboró un petitorio exigiendo una serie de reformas en la legislación penal tendientes a lograr una mayor e intensa represión punitiva. Relacionado a nuestro objeto de estudio, cabe señalarse que el citado petitorio demandaba: “...4. Todas las penas deben ser de cumplimiento efectivo y total, sin salidas anticipadas. ...6. Que la pena perpetua sea efectivamente de por vida.”

En el debate parlamentario surgieron expresiones que reflejaban por parte de la dirigencia política la presunta preocupación por la situación de crisis de seguridad y los embates de la violencia delictiva, problemática que, según sus dichos, merecía una salida urgente y drástica. Así, enarbolando la bandera del bien común, la seguridad ciudadana y el derecho de las víctimas, la solución se enderezó hacia la limitación de los derechos de las personas privadas de su libertad, basados en fundamentos peligrosistas y de exclusión, sin reparar en los conflictos constitucionales que podría acarrear.

A mayor ilustración, repasemos la exposición del senador Pichetto en la sesión del día 5 de mayo de 2004, respecto al tratamiento de la restricción que nos ocupa, la cual denota la tendencia segregatoria que inspiró la reforma: “...consideramos que sobre estos sujetos que cometen delitos aberrantes tiene que recaer la reclusión perpetua y el techo de los treinta y cinco años. Aquí no dudamos. No tenemos ningún conflicto moral ni ético, ni nos preocupa demasiado el tema de la resocialización, porque estos

sujetos no se resocializan...”. Si bien el senador reparó en las posibles implicancias constitucionales, como el principio de resocialización del condenado, contradujo abiertamente y al parecer a conciencia el mandato constitucional. Ello denota a las claras que la sanción de la ley fue producto de una maniobra demagógica y propia del oportunismo político ante la necesidad de enviar un mensaje tranquilizador a las masas.

Otra de las expresiones demostrativas del espíritu de exclusión predominante en el seno de la reforma fue la exposición del senador Agúndez en la misma sesión: “Hoy es necesario para este momento histórico que en las cárceles estén los delincuentes peligrosos. Usemos todos los recursos para poder reinsertar a los otros que pueden tener posibilidades mayores de reinsertión. Hoy tenemos malas y pocas cárceles y un desastre en la reinsertión social. Un puñado de delincuentes peligrosos, que no deben ser muchos entre los 35 millones de habitantes, no puede tener en ascuas a todos los argentinos...”.

En concordancia con el reclamo popular y mediático, los legisladores adoptaron una medida discriminatoria para combatir a la etiquetada “delincuencia grave y peligrosa”, creando de tal forma una normativa carente de parámetros científicos e incompatible con nuestro sistema constitucional. No se propiciaron respuestas serias y reflexivas a la problemática expuesta, antes bien, se transitó la vía simplista y efectista con el fin de impactar en el ánimo de la ciudadanía y satisfacer sus demandas superficialmente. No se diseñó un plan de acción global con el objeto de profundizar la labor en los factores relacionados con la delincuencia y la inseguridad.

Sólo se abrió una nueva puerta para que, como se verá en adelante, el paradigma belicista del derecho penal del enemigo diera otro paso quebrantando el andamiaje constitucional del régimen de ejecución penitenciaria. A tal fin, resulta esclarecedora la descripción que realiza Karolina Víquez en cuanto al surgimiento del modelo: “El derecho penal del enemigo se origina en un estado de inseguridad, en el que la población cede -convencido por una nueva política criminal- su Derecho a la libertad a cambio del Derecho a la seguridad. Dicho de otra forma, ante el estado de crisis la manifestación de uno o varios sujetos como fuentes de peligro era solo latente, pero es mediante el etiquetamiento Estatal que dicha manifestación se hace manifiesta. El Estado se encarga de identificar el peligro, y la población se solidariza -mediante la

enemistad- a luchar por su conservación. Generándose una reacción masiva en contra del enemigo, donde se justifican las medidas represivas en el nombre de la seguridad”.¹²

V- INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA REFORMA PENITENCIARIA.

La limitación del acceso a la libertad condicional estipulada en el art. 14 del CP resulta, a nuestro criterio, representativa del discurso de exclusión característico del derecho penal del enemigo. En ese sentido, se abordarán los conflictos constitucionales y las relaciones con el citado modelo que acarrea la aplicación de la misma.

1- Vulneración al principio de progresividad del régimen penitenciario

Uno de los pilares fundamentales de la ejecución de la pena es el principio de progresividad receptado en los arts. 6 y 12 de la ley 24.660 en los que se obliga al Estado a utilizar todos los medios necesarios y adecuados para lograr la reinserción social del condenado, debiendo implementar a tal fin un régimen progresivo. Dicho régimen se caracteriza por la flexibilización de las condiciones de encierro a medida que el condenado atraviesa determinadas fases o grados fijados por la normativa, las que poseen distintas modalidades de ejecución donde las privaciones o restricciones derivadas de la privación de la libertad se atenúan paulatinamente durante el tiempo de cumplimiento de la pena. Las fases están estipuladas en el art. 12 de la ley 24.660 y son: a) periodo de observación; b) periodo de tratamiento; c) periodo de prueba; y d) periodo de libertad condicional.

A medida que el condenado evoluciona positivamente en el régimen y transita por los periodos antedichos, se mitigan los efectos nocivos del encierro, siendo promovido a cada uno de ellos teniendo en cuenta dos criterios: el concepto y la conducta. De este modo, conforme lo estipulado por el art. 6 de la ley, se procura limitar la permanencia del interno en establecimientos cerrados, procurando la incorporación a establecimientos penales semiabiertos o abiertos basados en el principio de autodisciplina, y luego su egreso anticipado al medio libre mediante las instituciones previstas por la ley (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, etc.).

¹² VIQUEZ, Karolina, “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?” Polít. Crim. N° 3, 2007, A2. (en línea). Dirección URL: www.politicacriminal.cl. (consulta 2/07/09)

La exclusión prevista por el art. 14 del CP atenta contra el principio rector de progresividad en el régimen de ejecución penitenciaria, toda vez que los autores de los delitos que prevé la norma no podrán acceder a otra modalidad distinta que no sea la del puro encierro en establecimientos carcelarios. En consecuencia, la evolución del tratamiento penitenciario en aras a la resocialización, engendrará un régimen eminentemente formal desde el punto de vista de la progresividad. Ello, por cuanto la peculiaridad del sistema radica en la tendencia hacia la ejecución de la pena mediante otras alternativas diferentes a la privación de la libertad, circunstancia vedada a los autores de los delitos mencionados.

Por otra parte, es dable resaltar lo sostenido por el Profesor Carlos Julio Lascano (h) en cuanto a la afectación de tal medida al interno sometido al tratamiento penitenciario: “Es que al impedirle al condenado recuperar anticipadamente su libertad ambulatoria mediante el cumplimiento de ciertas exigencias fijadas por la ley, derecho que constituye uno de los pilares de la progresividad del régimen de ejecución de las penas privativas de la libertad, se priva al interno de un importante estímulo para asumir voluntariamente el tratamiento penitenciario y se incurre en una irracional limitación de su libertad, transformando a la reclusión y prisión perpetua en sanciones de “*por vida*”, lo que está prohibido por la antropología constitucional de respeto a la dignidad de la persona”.¹³

2-La frustración del ideal resocializador

La finalidad de resocialización de la ejecución penal posee raigambre constitucional a partir de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos mediante la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994 (art. 75 inc. 22 CN). Así, el art. 10 apartado 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 5 apartado 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos prevén como finalidad esencial del régimen penitenciario la readaptación social de los condenados. En ese mismo sentido, el art. 1 de la ley 24.660 plasma tal directriz del siguiente modo: “lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social”.

La resocialización importa un proceso de rehabilitación de los contactos entre el individuo privado de su libertad y la sociedad. Su objetivo radica en propender a la incorporación del interno al medio social, para lo cual el Estado deberá brindar las

¹³ LASCANO, Carlos J. (h), “El nuevo régimen de la libertad condicional – Ley 25.892”, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado. Año V – N° 9*. Córdoba, 2004, p. 168.

herramientas necesarias a fin de favorecer la integración del individuo con la vida social al recuperar su libertad. En cuanto al alcance de dicho concepto, Cesano¹⁴ nos indica que existen dos posibilidades hermenéuticas: una basada en el respeto a la legalidad, denominada “programa de readaptación social mínimo”, y la otra basada en la exigencia al interno que se adapte a una determinada concepción de vida social que el Estado debe imponer a través de la ejecución de la pena, denominada “programa de readaptación social máximo”.

Nuestro sistema de ejecución penal resulta compatible con el primer alcance basado en el respeto de la opción personal del individuo privado de su libertad en cuanto a su sistema de valores. Ello, desde que la forma de gobierno democrática adoptada implica pluralismo, tolerancia, diálogo, libertad, etc., por lo que puede ocurrir que el programa de readaptación falle ante la eventual disidencia entre la propuesta del Estado y lo que el condenado decide sobre sí mismo. Si, tal como se pretende mediante el segundo alcance, “programa de readaptación máximo”, se intentara imponer determinados valores, ideologías, convicciones y modos de vida daríamos cuenta de un cambio de rumbo en lo que respecta a nuestro esquema político, encaminándonos hacia un modelo de estado totalitario, congruente con un derecho penal del enemigo que excluye a quienes no garantizan la más mínima seguridad cognitiva de comportamiento personal. Implementar un programa de tales características importaría el desconocimiento a la dignidad de la persona como sujeto capaz de adoptar sus propias decisiones en lo que respecta a su individualidad, a su ámbito personal y a su entorno.

Cesano nos advierte al respecto: “...nuestro sistema constitucional (Constitución histórica y Tratados sobre Derechos Humanos, con jerarquía constitucional) resulta incompatible con un programa de readaptación social máximo. Y afirmamos esto por cuanto, como se podrá advertir a partir de la descripción de modelos normativos que adscriben a estos tipos de programas, tal concepción constituye la más cruda manifestación de una ideología que admite la consideración del hombre como un mero objeto de la actividad estatal”.¹⁵

El art. 14 del CP desvirtúa el ideal resocializador que inspira nuestro sistema, dado que priva a los autores discriminados en dicho artículo a reestablecer los vínculos con la sociedad, separándolos aún más de ella. Sin duda, tal medida segregatoria resulta

¹⁴ CESANO, José Daniel. “Objetivos de la ejecución penitenciaria” (en línea). Dirección URL: www.carlosparma.com.ar. (consulta 2/07/09).

¹⁵ CESANO, José Daniel, ob. cit.

abiertamente compatible con el modelo de derecho penal del enemigo analizado supra que propugna combatir a los “peligrosos” mediante su eliminación o exclusión.

3- Perpetuidad de las penas vs. principio de humanidad y culpabilidad

El principio de humanidad de la pena forma parte del plexo de garantías constitucionales que deben guiar el régimen de ejecución penitenciaria y se encuentra plasmado en el art. 18 de la CN, como así también, en los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), más específicamente en el art. 25 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10 apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 5 apartado 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, el mencionado principio tiene acogida en la legislación infraconstitucional en el art. 9 de la ley 24.660. En dicha normativa se garantiza el respeto a la dignidad de la persona privada de su libertad, cuya pena deberá estar exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Mediante la modificación instaurada por la ley N° 25.892 en el art. 14 del CP, se ha configurado una verdadera pena perpetua para los penados en los casos allí estipulados, por cuanto los mismos pueden estar privados de su libertad incluso hasta el día de su muerte, generando una modalidad de ejecución inhumana y de contenido segregatorio. Así, Zaffaroni sostiene: “se ha considerado -y lo es- que la pena privativa de la libertad realmente perpetua lesiona la intangibilidad de la persona humana, en razón de que genera graves trastornos de personalidad... por lo que debe evaluarse, en todo caso, la inconstitucionalidad de esas penas en general por su incompatibilidad con el art. 18 constitucional, en cuanto a que pueden asimilarse con el tormento psíquico - art. 1° de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes- y más específicamente, por imperio del art. 1° de la ley 24.660, al tener en cuenta que cuanto más larga sea la duración de una pena, tanto más difícil será la reinserción”.¹⁶

En ese orden de ideas, De la Fuente y Salduna¹⁷ consideran que la supresión del beneficio de la libertad condicional bajo estudio convierte a la pena privativa de la

¹⁶ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Bs. As., 2000, p. 902 y 903

¹⁷ DE LA FUENTE, Javier Esteban y SALDUNA, Mariana, “Ejecución penal. Reforma de los arts. 13, 14 y 15 del Código Penal”, *Reformas Penales*. Santa Fe, 2004, p. 41.

libertad en perpetua, generando el “aniquilamiento de la personalidad del interno” y una verdadera “muerte civil”. Por lo tanto, la exclusión conculca el principio de humanidad de la pena, produciendo un efecto de “despersonalización” en el condenado ya que es apartado del grupo social mediante su encierro perpetuo en el establecimiento carcelario.

De otro costado, es enriquecedor lo sostenido por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, mediante el resolutorio de fecha 4/02/2004 en los autos “Scorza, Horacio A.” en cuanto a la afectación del principio de culpabilidad: “La pena verdaderamente perpetua, por ser inhumana o degradante, también lesiona el principio de culpabilidad. Actualmente el derecho penal considera este principio como otro de los pilares de legitimación del ius punendi, es decir, otra de las reglas para encauzar, realizar y limitar la potestad punitiva del Estado. Así, surge de los arts. 1 (en el que la Nación Argentina adopta la forma representativa, republicana y federal) y 75 inc. 22 CN que la aplicación de una pena criminal encuentra su legitimidad en el principio de culpabilidad. Éste tiene como una de sus consecuencias el de la proporcionalidad de la pena concretamente aplicada al autor por el hecho cometido”.¹⁸

En efecto, el principio de culpabilidad hace al respeto de la dignidad de la persona, considerándola capacitada para tomar decisiones y dotada de libre albedrío, por lo que sólo procederá su responsabilidad penal ante la comisión de un hecho delictivo si pudo elegir o autodeterminarse, y nunca porque se encuentre determinada a actuar de cierta manera en virtud de su personalidad “peligrosa”. Como lo sostiene el Profesor Luis María Bonetto, este principio “exige, como presupuesto de la pena, *reconocer la capacidad de libertad del hombre*. Debe remarcarse, por su trascendencia, la vigencia de un derecho penal de culpabilidad por el hecho, el que excluye toda posibilidad de sancionar penalmente a una persona en razón de sus ideas, creencias, personalidad, o supuesta peligrosidad, que han sido el fundamento de los sistemas represivos impuestos por los regímenes autoritarios”¹⁹.

En esa línea, y ante la eventual perpetuidad de la pena privativa de la libertad instituida por la reforma de la ley 25.892, el Doctor Carlos J. Lascano²⁰ concluye que afecta el principio de culpabilidad en su dimensión limitadora de la duración de la pena. Así, con cita de Yacobucci, afirma que la pena debe ser necesariamente proporcional

¹⁸ Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 4, Lexis Nexis, diciembre de 2004, p. 765.

¹⁹ BONETTO, Luis María, “Derecho Penal y Constitución”, *Derecho Penal. Parte General*. Córdoba, 2002, p. 120.

²⁰ LASCANO, Carlos J. (h), ob. cit., p. 161, 162 y 166.

con relación al hecho punible, por lo que las penas crueles, inhumanas o carentes de razonabilidad son contrarias al orden constitucional. Desde esta perspectiva la prohibición de conceder la libertad condicional a los condenados por los delitos enunciados en el art. 14 del CP vulnera la dimensión relacionada con la “cuantificación penal” del principio de culpabilidad.

Las implicancias constitucionales examinadas en este acápite constituyen otra muestra cabal que el espíritu de la reforma encuentra su basamento en los lineamientos del derecho penal del enemigo. Arribamos a ello desde que la afectación de los principios analizados importa el desconocimiento de la persona humana, idea en torno a la cual gira la construcción del modelo aludido.

4-Delitos aberrantes: afectación de los principios de igualdad y derecho penal de acto

En el debate parlamentario se calificó a las figuras penales del art. 14 del CP como “delitos aberrantes”, aludiendo a la anormal y desmesurada gravedad que presumiblemente representan con relación al resto de los tipos delictivos. Sin embargo, de los argumentos vertidos en las sesiones legislativas no surgieron especificaciones técnicas-jurídicas a fin de determinar científicamente los parámetros a seguir para encuadrarlos en dicha categoría. Antes bien, se desprende que hubo manifestaciones encontradas entre los legisladores en cuanto a las figuras penales que debían incorporarse en la disposición, al tiempo que con el mencionado concepto de gravedad se entremezclaron los de “peligrosidad” y “características psicológicas” del autor de las maniobras.

Al respecto, el Profesor Carlos Julio Lascano (h) nos enseña: “...en un derecho penal de acto... cuya columna vertebral es el principio de culpabilidad, resulta difícilmente conciliable con este postulado reconocerle status científico en la dogmática jurídico-penal a los delitos aberrantes pues carecen de caracteres ónticos propios que permitan diferenciarlos del resto de los hechos punibles. En definitiva, entendemos que se trata de una categoría delictiva de límites imprecisos y fluctuantes en las diferentes sociedades y en distintos momentos de la evolución histórica...”²¹ A continuación, con cita de Zaffaroni, Alagia y Slokar, deja en claro que la gravedad objetiva de la lesión al bien jurídico afectado no puede ser tenida en cuenta como dato prejurídico para

²¹ LASCANO, Carlos J. (h), ob. cit. p. 164.

diferenciar determinados delitos de otros. Tampoco constituirá un parámetro de distinción “el grado de perversidad de la motivación” del sujeto activo, dado que conllevaría a adscribirse a un derecho penal de autor incompatible con nuestro sistema. Finalmente, señala que del análisis comparativo entre los distintos tipos del art. 14 del CP, no se vislumbra un denominador común que los comprenda, salvo el resultado muerte de una persona, que en algunos casos se da en forma intencional (art. 80 inc. 7 CP, 142 bis, anteúltimo párrafo CP y art. 170 anteúltimo párrafo CP), y en otros como un resultado no querido por el autor (arts. 124 y 165 CP).

En consecuencia, cabe concluir que no existe un criterio de razonabilidad congruente con nuestro modelo de Estado de Derecho Democrático que permita diferenciar los delitos excluidos del régimen de libertad condicional del resto de las figuras penales. Por lo tanto, tal medida configura un quiebre al principio constitucional de igualdad (art. 16 CN) que debe signar el régimen de ejecución de la pena, plasmado en el art. 8 de la ley 24.660 mediante el cual se prohíbe establecer discriminaciones o distingos en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Conforme a ello, De la Fuente y Salduna señalan lo siguiente: “...con la reforma introducida también se ve afectado el principio de igualdad, puesto que el principio de resocialización no debe regir sólo para algunos delitos de menor gravedad, sino para todos los hechos delictivos y respecto de todos los condenados”.²²

La arbitraria selección legislativa de los delitos excluidos de la libertad condicional se ha basado en condiciones de índole personal del sujeto activo, esto es, la presunta “peligrosidad” detentada por el mismo, comulgando de ese modo con un derecho penal de autor, que entiende al delincuente desde una noción determinista o biológica, incapaz de elegir entre el bien o el mal. “Este derecho penal imagina que el delito es síntoma de un *estado del autor*, siempre inferior al del resto de las personas normales”²³. Tal concepción atenta contra nuestro sistema que se fundamenta en un derecho penal de acto o de hecho, dado que considera al delito desde la comisión de un *hecho externo*, mientras que las condiciones de índole personal del sujeto activo pasan a un segundo plano.

Desde este lugar, la restricción del art. 14 del CP está asentada en el discurso del derecho penal del enemigo, procurando neutralizar o “sacar de circulación” a los autores

²² DE LA FUENTE, Javier Esteban y SALDUNA, Mariana, ob. cit. p. 42.

²³ ZAFFARONI, Eugenio R., ob. cit. pág. 63.

allí discriminados por constituir un peligro para el normal desenvolvimiento de la vida social. Nuestro derecho penal constitucional, cuyo principal objetivo es la protección de los intereses de los ciudadanos frente al Estado, cumpliendo una función de garantía de los derechos de aquéllos frente a éste, resulta inconciliable con tal postura.

VI- CONCLUSIÓN.

Nuestro Estado de Derecho Democrático atraviesa una grave crisis debido a la constante presión ejercida por la proliferación de modelos del “expansionismo penal”, fenómeno globalizado en constante auge en nuestros días que propugna recurrir a la intervención punitiva como “prima ratio” y con mayor vigor represivo para dar respuesta a las reivindicaciones de seguridad del grupo social. Como vimos, la propuesta formulada por el catedrático de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs, denominada “derecho penal del enemigo” forma parte de esta tendencia y se basa principalmente en la idea belicista de combatir el foco de peligro que representan los “enemigos del derecho penal”, entendidos como “no personas”, mediante su eliminación o exclusión de la sociedad. El Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la seguridad de los ciudadanos comunes a través de la neutralización de estos sujetos, ya que los mismos han claudicado definitivamente comportarse de conformidad al ordenamiento jurídico.

A lo largo del presente trabajo hemos podido acreditar que el derecho penal del enemigo ha transmitido su influencia en la legislación penitenciaria argentina, pese a la adopción de nuestro modelo jurídico político, eminentemente pluralista e inclusivo, cuyo pilar esencial radica en el respeto a la dignidad del hombre. Así, el paradigma de Jakobs inspiró la sanción de la ley N° 25.892, particularmente en lo que respecta a la modificación del art. 14 del CP mediante la cual se excluye a los autores de los delitos tipificados en los arts. 80 inc. 7, 124, 142 bis anteúltimo párrafo, 165 y 170 anteúltimo párrafo del CP al acceso a la libertad condicional. Verificamos cómo dicha prohibición tensiona palmariamente el núcleo de principios y garantías constitucionales en materia de ejecución penal, a saber: progresividad, resocialización, humanidad de la pena, culpabilidad, igualdad y derecho penal de acto. El quebrantamiento de éstos tiene como base el desconocimiento de la persona humana, procurando segregar a los autores discriminados en la norma de la vida en comunidad, compatibilizando de tal suerte con el paradigma de Jakobs.

Creemos que la injerencia del modelo aludido en la reforma penitenciaria se explica en la intención de la clase política de plasmar automáticamente en una ley el clamor social que exige un mayor recrudecimiento punitivo para combatir la delincuencia. Cabe poner de resalto que la modificación analizada no fue sometida al estudio de especialistas o expertos, ni fue producto de profundas investigaciones o estadísticas. Por el contrario, su tratamiento careció de una reflexión crítica de los factores de fondo, priorizando transmitir un mensaje tranquilizador a la sociedad sin trabajar en aras a la solución real del problema planteado.

Pugnamos para que desde nuestros respectivos espacios frustramos el avance de las filtraciones del derecho penal del enemigo en defensa del Estado de Derecho Democrático, develando su existencia y, porqué no, propiciando su derogación de la legislación argentina. Somos concientes que la labor no es fácil teniendo en cuenta el auge de los discursos de mantenimiento del orden y de la seguridad ciudadana. Empero, debemos recordar que ceder ante estos paradigmas implica necesariamente un costo mucho mayor, el sacrificio de nuestras libertades.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

- BONETTO, Luis María, “Derecho Penal y Constitución”, *Derecho Penal. Parte General*. Córdoba, 2002.
- BONETTO, Luis María, “Derecho Penal: miedo o convicción”, *El Derecho Penal y sus enemigos*. Córdoba, 2008.
- CORBO, Pablo, “Leyes *ad hoc* que contradicen el programa constitucional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y comprometen la responsabilidad internacional del Estado argentino”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 7*, Lexis Nexis, Bs. As., 2005.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Derecho penal del enemigo?”, *Derecho Penal del Enemigo*. Reimpresión. Bs. As., 2007.
- CESANO, José Daniel. “La política criminal argentina: ¿Últimas imágenes del naufragio?” (en línea). Dirección URL: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos (consulta 2/07/09).
- CESANO, José Daniel. “Objetivos de la ejecución penitenciaria” (en línea). Dirección URL: www.carlosparma.com.ar (consulta 2/07/09).
- DE LA FUENTE, Javier Esteban y SALDUNA, Mariana, “Ejecución penal. Reforma de los arts. 13, 14 y 15 del Código Penal”, *Reformas Penales*. Santa Fe, 2004.

- GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, “Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo” (en línea). Dirección URL: www.carlosparma.com.ar (consulta 03/07/2009).
- GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, “Los principios rectores de la ejecución penal”, (en línea). Dirección URL: www.pensamientopenal.com.ar (consulta 3/07/2009).
- GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, “La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control jurisdiccional en un Estado de Derecho”, (en línea). Dirección URL: www.pensamientopenal.com.ar (consulta 3/07/2009).
- JAKOBS, Günther, en entrevista periodística publicada en el matutino La Nación de fecha 26/07/2006, Sección Cultura.
- JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, *Derecho Penal del Enemigo*. Reimpresión. Bs. As., 2007.
- LASCANO, Carlos J. (h), “El nuevo régimen de la libertad condicional. Ley 25.892”, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado N° 9*. Córdoba, 2004.
- MARTINEZ, Santiago, “Discurso de emergencia y limitación de derechos fundamentales de los reclusos. El caso de la ley 25.892”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 1*, Lexis Nexis, Bs. As., 2006.
- Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 4, Lexis Nexis, diciembre de 2004.
- VIQUEZ, Karolina, “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?” *Polít. Crim. N° 3*, 2007, A2. (en línea). Dirección URL: www.politicacriminal.cl (consulta 2/07/09).
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *El enemigo en el derecho penal*. Bs. As., 2006.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Bs. As., 2000.

