

#

**TITULO DE PONENCIA:** Expansión-Reducción del Derecho Penal: El Discurso Jurídico y los Derechos Humanos

**NOMBRE DE AUTOR:** Truccone Borgogno, Santiago Damián

**SUMARIO:** Derechos Humanos, Terrorismo, Inmigración, Empresarios Morales, Delincuente, Discurso, Seguridad, Emergencia, Medios de Comunicación Masiva, Opinión Pública, Enemigo, Poder Punitivo, Ley Penal, Derecho Penal, Política Criminal, Estado de Derecho, Autoritarismo, Garantías.

## **Expansión-Reducción del Derecho Penal: El Discurso Jurídico y los Derechos Humanos**

*“El discurso Jurídico-penal no puede desentenderse del “ser” y refugiarse o aislarse en el “deber ser”, porque para que ese “deber ser”, sea un “ser que aún no es” debe reparar en el devenir posible del ser, pues de lo contrario lo convierte en un ser que jamás será, o sea, en un embuste”*

*E.R. Zaffaroni<sup>1</sup>*

### **1. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo pretende realizar un enfoque crítico sobre la actual situación de los Derechos Humanos. Se intenta demostrar como el discurso de “emergencia” es utilizado por los sectores dominantes para justificar medidas que, a la postre, tienen la única finalidad de mantener en la exclusión a los sectores más vulnerables, con la consiguiente violación de los Derechos Humanos que ello implica. Así mismo se analizará el Bien Jurídico Seguridad en el contexto global a los fines de poder tener una perspectiva integral de la temática.

A estos fines se observará: el discurso estadounidense en la lucha contra el terrorismo para justificar medidas represivas, principalmente contra las personas provenientes de los países árabes; las prácticas de los países centrales endureciendo sus políticas migratorias hasta el punto de restringir derechos fundamentales; y la sistemática violación de los Derechos Humanos que se produce en el seno de los países de América Latina en relación con la criminalización de la pobreza.

---

<sup>1</sup> E.R. Zaffaroni, *En Busca de la Penas Perdidas*, Ediar Bs. As. 1987, 5° Reimp. 2009, Pág.23

Para realizar este análisis se partirá desde una perspectiva holística porque, a mi entender, es imposible comprender la problemática actual de la materia jurídico-penal sin insertarla en el contexto de la globalización y de sus consecuencias sociales y culturales.

Se concluye el trabajo ratificando la validez del derecho penal como herramienta útil en el marco de la protección de los derechos humanos.

## 2. LOS DERECHOS HUMANOS

Es importante destacar que al utilizar el término *Derechos Humanos* (o *derechos fundamentales* en la terminología de Peces-Barba), lo hacemos en el sentido de “*prerrogativas o pretensiones de individuos o grupos de individuos que se presentan como derechos no renunciables que corresponden a sus titulares por la simple razón de ser hombres o agrupaciones de hombres.*”<sup>2</sup>

La ideología de los derechos humanos reconoce múltiples raíces, pero “*su formulación contemporánea proviene del Siglo XVIII, de un momento de conciencia humanista impulsado e instrumentado por la clase de los propietarios de las máquinas que propugnaban por un poder que era detentado despóticamente por quienes se decían titulares del mismo por derecho divino.*”<sup>3</sup> Esta ideología se asentó sobre el ideal contractualista que procuraba limitar el poder del soberano. Sin embargo desde ese mismo momento (sobre todo en materia penal) la ideología de los derechos Humanos, como así también el discurso jurídico-penal liberal vienen albergando la contradicción de justificar un hecho de poder y pretender limitarlo desde su legitimación justificante. Téngase presente que los estados de derecho no son otra cosa que la contención de los estados de policía.

En el mundo occidental, la protección de los Derechos Humanos desde el derecho Internacional, se sostiene, tiene su origen en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esa fecha marca el inicio de muchos tratados que surgirán luego y paulatinamente irán siendo ratificados por los diferentes Estados, a los fines de ir avanzando en la protección de los mismos.

De lo expuesto se desprende que la evolución en la protección internacional de los Derechos Humanos no queda allí, por el contrario, existen órganos de justicia regional

---

<sup>2</sup> Juárez Centeno, Carlos A. *Derechos Humanos y Relaciones Internacionales: reflexiones sobre el entrecruzamiento de estas disciplinas en la teoría y prácticas internacionales. Una aproximación a la realidad latinoamericana*

<sup>3</sup> E.R. Zaffaroni, *En Busca de la Penas Perdidas*, Ediar Bs. As. 1987, 5° Reimp. 2009, Pág.154

establecidos por Tratados, donde los estados signatarios quedan sometidos a esa competencia supra-nacional. En este sentido, América Latina, cuenta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ambas surgidas de la Declaración Americana de los Derechos Humanos) que tienen por fin propender a la defensa de los Derechos Humanos ante violaciones que pueden provenir tanto de particulares como de los estados signatarios. En La Unión Europea, a raíz de la Convención Europea de Derechos Humanos, surge para los casos de violaciones de Derechos Fundamentales, una última instancia para que éstos sean juzgados por el *Tribunal de Derechos Humanos* con sede en Estrasburgo. La reciente jurisprudencia de estos órganos ha expresado que los estados signatarios deben bregar y garantizar condiciones para que las personas sometidas a su jurisdicción no sufran violaciones de Derechos Humanos; en este sentido, El Tribunal de Estrasburgo ha expresado “*El Tribunal considera que la obligación de las partes contratantes de acuerdo con el Art. 1 de la Convención de asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción los derechos y libertades reconocidos en el Art. 3 de la Convención, requiere que los estados tomen medidas destinadas a asegurar que las personas sometidas a su jurisdicción no sean sometidas a torturas o a tratamientos o castigos inhumanos o degradantes, incluyendo también los malos tratos cometidos por los particulares. (M.C. v. Bulgaria)*”<sup>4</sup> Pronunciamientos en igual sentido pueden encontrarse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>5</sup>, lo que ha llevado a varios países de Latinoamérica a reformar su legislación interna.

Como se observa, la positivización de los Derechos Humanos en los instrumentos internacionales, tiene por fin servir de programa de transformaciones de la Humanidad de Largo alcance, en este sentido, se coincide con Baratta en el sentido de que, “*el concepto de los Derechos Humanos asume una doble función. En primer lugar, una función negativa concerniente a los límites de la intervención penal. En segundo lugar, una función positiva, respecto de la definición del objeto, posible, pero no necesario, de la tutela por medio del derecho penal*”<sup>6</sup> Es decir que el concepto que los define debe ser utilizado como herramienta para contener a la violencia que se ejerce por medio del poder punitivo.

---

<sup>4</sup> M.C. v. Bulgaria en, Fletcher, George P., *Gramática del Derecho Penal*, 1ªed. Edit. Hammurabi 2008. Pág.169

<sup>5</sup> Vease fallos Bulacio; Kimel; Fermin Ramirez; Raxcaco; Meriadri de Morini (Corte Interamericana de DD.HH)

<sup>6</sup> Baratta, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*.Edit. B de F 2004. Pág.299

### **3. HISTORIA N° I: Terrorismo**

Los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en los EEUU, del 11 de marzo de 2004 en Madrid, y del 7 de julio de 2005 en Londres han hecho que las democracias occidentales adopten distintos instrumentos normativos encaminados a reforzar su acción en la lucha contra el terrorismo que en muchos casos han supuesto una autentica conculcación de derechos fundamentales tales como: la libertad y seguridad personales, la tutela judicial efectiva, la intimidad, el secreto de las comunicaciones telefónicas o a través de Internet, etc. Asimismo, se han aumentado los poderes y facultades de los servicios de inteligencia y la policía, se han creado cárceles de máxima seguridad y se ha afectado de manera singular al estatus jurídico de los extranjeros residentes en sus territorios, quienes, en ocasiones, han visto cercenados sus derechos más fundamentales de una forma absolutamente arbitraria.

### **4. HISTORIA N° II: Inmigración en los Países Centrales**

Dado el contexto internacional en la actualidad, la política de los países centrales es un tanto contradictoria para con los países periféricos. Si bien por un lado el discurso esgrimido para la comunidad internacional es el de realizar acciones que pretenden crear mejores condiciones de vida en los países de origen de los migrantes; por otro lado, con el apoyo militar y policial de los países de origen se blindan fronteras y proliferan leyes y medidas represivas tendientes a desfomentar la inmigración hacia los países centrales, con la consiguiente violación a los Derechos Humanos que ello lleva aparejado. Ejemplo claro de lo referido hasta aquí es la llamada “*Directiva del Retorno*”, que facilita las formas de deportación y aumenta la posibilidad de adoptar medidas represivas sin proceso previo por un tiempo duradero, estigmatizando a inmigrantes y criminalizando a trabajadores. En este sentido, la “*Directiva del Retorno*” prevé cárcel para los migrantes indocumentados de hasta 18 meses antes de su expulsión, lo que implica una violación sistemática del orden jurídico internacional, entre los que podemos mencionar los Arts. 2, 3, 5, 6, 7, 8 y 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

### **5. HISTORIA N° III: Latinoamérica, el caso de los Empresarios morales.**

*"Los jueces deben defender los derechos de la gente y no de los delincuentes"*<sup>7</sup>. Con esta frase los sectores integrados de poder, presentan sus aflicciones como problemas comunes al conjunto de la sociedad incluyendo en esa ilusión a vastos sectores de la clase media generando

---

<sup>7</sup> Mensaje del gobernador de la Provincia de Córdoba, 15 de febrero de 2005

un *prototipo de víctima decente*. Estas construcciones llevaron a que el debate público en los últimos años gire en torno a la cuestión de *inseguridad*, impulsando a los gobernantes a implementar políticas que llevan a la criminalización de la pobreza, a la *limpieza* de las ciudades a través de la relocalización de villas, el aumento exponencial en los presupuestos policiales y parapoliciales y la creación de cuerpos especiales de agencias de seguridad<sup>8</sup>. Este cúmulo de medidas que no contempla derechos básicos de los habitantes y profundiza la represión, marginación y estigmatización de los pobres, termina por naturalizar (para el resto de la sociedad) la relación entre pobreza y delito.

Ahora bien, en un contexto nacional e internacional donde se enarbola como bandera la protección de los Derechos Humanos, ¿Cómo es posible poder llevar adelante este cúmulo de medidas, claramente violatorias de los mismos, y además con el beneplácito de vastos sectores poblacionales?

## 6. CONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO LEGITIMANTE

Para contestar la pregunta precedente, se ha construido un discurso legitimante en torno a dos conceptos clave: *Seguridad*, y *Emergencia*, los cuales deben ser completados con otros tres, a saber: *medios masivos de comunicación*, la llamada *opinión pública*, y *enemigo*.

### a. Seguridad

Comencemos exponiendo el valor que posee el concepto de “*Seguridad*” en la construcción discursiva legitimante de este obrar conculcador de Derechos Humanos. La *Seguridad* es una necesidad humana, que entre otros fines, ha sido lo que ha justificado (seguridad jurídica) el nacimiento del Estado Moderno; pero al propio tiempo es una *Necesidad Secundaria (Baratta)*, es una “*necesidad de certeza de la satisfacción de necesidades*”<sup>9</sup>. Así mismo en el campo legal, sostiene el mismo autor, la *Seguridad* es también una necesidad secundaria (certeza). Sin embargo en este último tiempo en los ordenamientos jurídicos penales se han creado tipos delictivos tendientes a “proteger la seguridad”, con lo que se ha creado el bien jurídico “Seguridad”. Es interesante destacar que lo que se está protegiendo es un “medio para

---

<sup>8</sup> Ejemplo de esto es lo ocurrido en Córdoba (Argentina), donde en el año 2005 el Gobernador de la Provincia por sugerencia del *Manhattan Institute*, implementó pautas de la doctrina de la “Tolerancia cero”. Esta doctrina lleva a la intensificación del castigo del delito pequeño, profundizando en definitiva la selectividad del sistema penal. (hoy en día los pobres son los que llenan las cárceles de Córdoba). *Dato obtenido de Informe realizado por la “Comisión Intersectorial de Observación y Seguimiento de la Situación Carcelaria en Córdoba”*

<sup>9</sup> Baratta, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Edit. B de F 2004. Pág. 200

alcanzar intereses primarios”, por lo que la apertura de los tipos delictivos en estos casos es inconmensurables lo que hace que “*si la seguridad es de los bienes jurídicos, el debilitamiento de las garantías deja a la población a merced de la arbitrariedad policial*”<sup>10</sup> es decir, de quien tiene el poder de *seleccionar y decidir* qué acciones son contrarias a ese amplio espectro que es la seguridad.

### **b. Emergencia**

El segundo de los conceptos clave que integran este discurso es el de “*Emergencia*”. Este concepto *per se*, como legitimante de la intervención del poder punitivo, no es para nada innovador. Esta herramienta legitimadora, aparece por primera vez en la historia en el *Malleus Maleficarum* (Martillo de las Brujas), escrito por Henrich Kramer y James Sprenger en 1484, sancionado como manual de los inquisidores por la Bula de Inocencio VIII del 9 de diciembre de ese mismo año.<sup>11</sup> Desde entonces, en todo discurso de “emergencia”, se han reconocido<sup>12</sup> una serie de características estructurales, las cuales es de interés citar a los fines de una mayor comprensión. a) *El Armamentismo del discurso*: se reitera la conspiración organizada y armada del enemigo, “el armamentismo del enemigo, obliga al propio”. b) *La Disparidad de Enemigos*: el enemigo manifiesto nunca es real, los peores enemigos de toda emergencia son los que ponen en duda la magnitud de la necesidad invocada. c) *La Disparidad de Fines*: no interesan los objetivos manifiestos, sino la forma misma del ejercicio del poder. d) *El propio discurso debe propender a la legitimación del bien*. e) *La inferioridad del enemigo*: para lo cual construye estereotipos que responden a los peores prejuicios de cada sociedad. e) *Inmunidad al mal de los propios especialistas*: el que combate el mal, debe ser inmune a éste. f) *Asegurar la reproducción de Clientela*: si se agotan los enemigos, la necesidad cesa.

Sin embargo en el siglo XXI esta *emergencia* legitimante de la mayor utilización de poder punitivo tiene algunas características particulares, y esto se debe al auge y poder de los Medios Masivos de Comunicación y la importancia que poseen en la formación de (falsa) conciencia social.

---

<sup>10</sup> Zaffaroni, E.R. “El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos” en *En Torno a la Cuestión Penal*, Bs. As. B de F, 2005 Pág. 155

<sup>11</sup> Zaffaroni, Eugenio R. *El Enemigo en el Derecho Penal*, 1° ed. Ediar 2007 Bs. As. Pág. 82

<sup>12</sup> Zaffaroni, E.R. “El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos” en *En Torno a la Cuestión Penal*, Bs. As. B de F, 2005 Pág. 155

### **c. Los Medios de Comunicación Masiva**

Es importante destacar que los medios masivos de comunicación, “*se han erigido en la forma paradigmática de instrumentar la comunicación entre los hombres en casi todas las sociedades del planeta*”<sup>13</sup> lo que los ha llevado a tener, en la construcción de los discursos, un papel esencial. En este sentido, es a través de los “medios”, que las personas que participan realmente en la vida económica, social y cultural del planeta –segmento social cuantitativamente menor- imponen al resto de la sociedad sus pautas morales, culturales, políticas, económicas construyendo una realidad conforme a estos parámetros y reproduciéndolos en leyes y usos culturales.

El uso de “*la inseguridad*” ha hecho que “*los delincuentes*” sean el único factor que le impide a la sociedad vivir normalmente. La *inseguridad* frente al delito posee una naturaleza esencialmente psicológica, interior a los individuos. En este sentido, “*los medios de comunicación exacerbaban con verdadera fruición esos sentimientos propagando constantemente el mensaje de que la seguridad de las posesiones y de la vida están en peligro y que nadie puede sentirse seguro en ninguna parte*”<sup>14</sup>. Así mismo *los medios*, con la misma exacerbación que han pretendido generar un enemigo creíble, han fomentado la respuesta a ese fenómeno, han buscado que la *opinión pública* reclame un aumento en el uso de poder punitivo por parte del Estado, legitimando a su vez una legislación penal conforme a ese pedido y descalificando cualquier alternativa garantista que se pretenda discutir.

### **d. La Opinión Pública**

En realidad, la llamada “*opinión pública tiene muy poco de público, en realidad, es sólo el promedio estadístico de las opiniones privadas. Privadas porque son expresadas por los entrevistados no en el ejercicio de un papel público, sino en la función de espectador aislado, objeto de un sondeo de opinión*”<sup>15</sup> Sin embargo este *promedio de opiniones privadas*, la mal llamada “opinión pública” ha tenido un papel fundamental en la legitimación del uso de las propuestas punitivas actuales. Los “medios” han logrado que se internalice en gran parte de la sociedad moderna, el error de considerar que el castigo penal es el recurso más eficiente para asegurar los intereses del hombre en sociedad. Pero, ¿Por qué esto es así? La respuesta, entre otras cosas se debe a que los operadores políticos de los Estados han perdido el poder y no se

---

<sup>13</sup> Juárez Centeno, Carlos A. *Democracia, Derechos Humanos y Medios de Comunicación*

<sup>14</sup> Elbert-Balcarce, *Exclusión y Castigo en la Sociedad Global*. B de F Editores Bs. As. 2009 Pág. 31

<sup>15</sup> Baratta, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Edit. B de F 2004. Pág. 213

encuentran en condiciones de resolver conflictos. El estado ya no es un mediador entre quién posee el capital y quien posee la fuerza de trabajo. Se ha debilitado y como se ha quedado sin capacidad de resolver conflictos sociales, tiende a simular. Es aquí donde se produce un alejamiento entre la opinión de los operadores políticos y la opinión de la sociedad. La gente no se siente representada por los operadores políticos, se siente insegura. En consecuencia se debe brindar seguridad. En este sentido, la crisis de legitimidad de las autoridades y la necesidad de “ir hacia adelante”, ha dado origen a la *ideología populista* apelando a medidas capaces de calmar el “clamor popular”, con el objetivo de meramente aparentar eficacia en la lucha contra el crimen para apaciguar la (*llamada*) opinión pública, ya no evitar conductas socialmente dañosas.

El populismo penal es “*una actitud radicalmente pragmática ante los problemas político-criminales, a los que concibe como fáciles de resolver, mediante una rígida voluntad represiva*”<sup>16</sup>. Se ha logrado así el descrédito a las *garantías*, haciéndolas ver como *concesiones*. Se han endurecido leyes procesales, se han agravado tipos penales, se han creado nuevos tipos delictivos y calificaciones, se han abarrotado las cárceles, se ha generado una actitud de complacencia a la tortura, se ha cedido un mayor ámbito de discrecionalidad a las agencias ejecutivas. En fin, la política populista ha avasallado el derecho penal liberal y ha convertido a la política criminal en una herramienta de satisfacción *ad hoc* de los intereses de potenciales votantes.

Este discurso de *Emergencia* legitimante del uso de un poder punitivo conculcador de los Derechos Humanos, que utiliza a los *medios de comunicación masiva* con el fin de influir en la llamada “*opinión pública*” so pretexto de conseguir una mayor *Seguridad*, se encontraría incompleto si no se hiciera referencia al concepto de *Enemigo*.

#### **e. Enemigo**

La política criminal tiene como *enemigo* único y acérrimo al marginado, es enemigo el *terrorista*, lo es el *inmigrante*, lo es el hombre con *aspecto de prisión preventiva (delincuente)*. En este contexto, se ha definido al Terrorista como “*quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden*”<sup>17</sup>. Este concepto ha creado un enemigo de la sociedad global, un ser que está dispuesto a atacar *la seguridad* de los pobladores que viven en un estado de Derecho, y está dispuesto a hacerlo de cualquier manera

---

<sup>16</sup> Elbert-Balcarce, *Exclusión y Castigo en la Sociedad Global*. B de F Editores Bs. As. 2009 Pág. 34

<sup>17</sup> Jakobs, Gunter, en *Derecho Penal del Enemigo*, Jakobs y Cancio Melia. Edit. Hammurabi Bs. As. 2005 Pág. 41

generando una (“real”) situación de *Emergencia*. Cuando en los países centrales se habla del *inmigrante*, y en los países latinoamericanos *del delincuente* se utiliza, para legitimar las medidas represivas en contra de estos grupos, el mismo concepto que utiliza Jakobs para definir al terrorista. Sin embargo, debemos recordar que “*en nombre de la lucha contra el terrorismo se han violado normas básicas del derecho penal y del Derecho procesal penal.*”<sup>18</sup>

Este enemigo creado en los diferentes ámbitos, no puede ser sino fácil y exteriormente identificable por el resto de la sociedad, posee prefiguraciones negativas de determinada clase de personas que por conducta o apariencia se tienen por sospechosas. No debe creerse que este *estereotipo* es inventado por las agencias ejecutivas; en realidad es construido por la comunicación montada sobre los prejuicios sociales, por lo que es claro que “*el portador de caracteres estereotipados corre mayor riesgo de selección criminalizante que las otras personas*”<sup>19</sup> debido a que “*no hay nada más sencillo que seleccionar a un ladrón con uniforme de ladrón y autor de groserías de fácil investigación*”<sup>20</sup> En síntesis, el *delincuente-inmigrante-terrorista*, es “el otro”, una persona distinta de las demás.

## 7. EL MODELO AUTORITARIO

Como se expuso, estos conceptos: *Seguridad-Emergencia-Medios de Comunicación Masiva-Opinión Pública-Enemigo* son los utilizados para legitimar el uso del poder punitivo ensanchando la esfera de actuación de un Estado Autoritario en desmedro de un Estado de Derecho.

Este autoritarismo, como cualquier otro, absolutiza un mal justificando una necesidad apremiante, inmediata e impostergable de neutralizar, pues se lo presenta como amenaza a la subsistencia de la sociedad; sin embargo posee algunas características especiales, “*se propaga desde un aparato publicitario que se mueve solo, que ha cobrado autonomía y se ha vuelto autista, que impone una propaganda puramente emocional que prohíbe denunciar, y que, además -y fundamentalmente- sólo cabe caracterizarlo con la expresión que los mismos medios difunden y que señala entre los más jóvenes lo superficial, lo que está de moda, y se usa distraídamente: es cool*”<sup>21</sup>. En un contexto donde la “moda” en los debates políticos es la “lucha contra la *delincuencia-inmigración-terrorismo*”, a la hora de pergeñar una política criminal el

---

<sup>18</sup> Donna, Edgardo A. “*Es posible el Derecho Penal Liberal?*” Edit. Rubielzal Culzoni 2004 Pág.108

<sup>19</sup> Zaffaroni, Eugenio R. *Estructura Básica del Derecho Penal, 1º ed*, Ediar 2009 Bs. As Pág 24

<sup>20</sup> Zaffaroni, Eugenio R. *Estructura Básica del Derecho Penal, 1º ed*, Ediar 2009 Bs. As Pág 25.

<sup>21</sup> Zaffaroni, *El enemigo del Derecho Penal*. Ediar Bs. As. 2007 Pág. 67

objetivo “no es evitar conductas socialmente dañosas, sino apaciguar a la (llamada) *opinión pública en un determinado momento, aparentando eficacia en la lucha contra el crimen*”<sup>22</sup> En definitiva, ¿que “papel” juega el derecho penal en la cuestión de Derechos Humanos? O dicho de otra manera, ¿debe jugar algún papel el Derecho Penal en la cuestión Derechos Humanos?

## 8. EL DERECHO PENAL

Premisa básica, pero también resonante, en la protección de los derechos Humanos es que “*la defensa de los derechos humanos no es coherente con la negación de éstos para sus violadores*”<sup>23</sup>. Esta regla debe servirnos como guía a todos los que defendemos las garantías en un derecho penal liberal, de lo contrario, so pretexto de estar ante violadores de Derechos Humanos, (que es cierto que en muchos casos pueden ser genocidas, pero en otros, conforme a los autoritarismos imperantes el *delincuente-inmigrante-terrorista*) podemos estar violando derechos humanos.

Sobre el papel que le corresponde al Derecho penal, es necesario distinguir los conceptos de *ley penal, derecho penal, y poder punitivo*<sup>24</sup>. Se entiende a la *primera* como el sistema elaborado por el legislador donde concurre un catálogo de delitos y reglas generales para determinar la responsabilidad en cada caso concreto. El *poder punitivo* es todo ejercicio de coerción estatal, llevado a cabo por las agencias ejecutivas (policía); se encarga de realizar la selección criminalizante, es decir que son las que eligen de todo ese catálogo de delitos cuáles violaciones serán reprimidas y cuáles no. Esto se explica porque el programa instrumentado mediante la *ley penal* es un proyecto irrealizable (por la cantidad de tipos penales existentes y la imposibilidad de conocerlos a todos). En este sentido la represión cae siempre, o casi siempre, sobre los sectores en mayor estado de vulnerabilidad (*terroristas-inmigrantes-delincuentes*). Estos grupos son los que cometen los delitos más groseros y responden a un estereotipo físicamente identificable, que representa a aquellos sectores excluidos del sistema.

No se quiere decir con esto que el poder punitivo no caiga sobre los sectores privilegiados, sino que cae con mayor fuerza o frecuencia sobre los sectores más vulnerables. Es

---

<sup>22</sup> Balcarce, Fabian I. *Derecho Penal de los Marginados. Lineas de Política Criminal en Argentina*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLI, num 122, mayo-agosto 2008. pp. 597-635

<sup>23</sup> De la Rúa, Jorge *El derecho Penal Democrático de la Argentina de hoy*. [www.terragnijurista.com.ar](http://www.terragnijurista.com.ar) ultima visita 04-04-2010

<sup>24</sup> Zaffaroni, Eugenio R. *Estructura Básica del Derecho Penal*, 1° ed, Ediar Bs. As. 2009

aquí donde el *derecho penal* debe jugar su papel fundamental de contención del poder punitivo. Cuanto menor sea el esfuerzo que tenga que hacer el sujeto para quedar “atrapado” por el poder punitivo, mayor será la fuerza de contención que en su contra podrá ejercer el derecho penal; y a la inversa, cuando el sujeto para quedar atrapado por el poder punitivo tenga que realizar un mayor esfuerzo, por tener un estatus que le garantice mayor impunidad menor será la defensa que el derecho penal podrá ejercer. Claro está que en todos los casos debe bregar porque se le respeten las garantías mínimas que exige la condición de persona.

## 9. CONCLUSIÓN

Cuando comenzamos este trabajo, explicamos que se pretendía realizar un enfoque realista aunque no descartando perspectivas ideales, es decir que se propone una solución “*idealista-pragmática*”. En lo particular, las perspectivas abolicionistas que idealmente son las más convincentes, cuando han sido llevadas a cabo, no han podido reducir el poder punitivo obrante en el sistema penal; en lugar de desinstitucionalizar determinados espacios del sistema, han formalizado soluciones de conflictos donde el éste antes no llegaba.

Por esta razón es que se ve en el *Derecho Penal de Garantías* un instrumento que puede y debe ser utilizado en la contención del poder punitivo para que no existan violaciones a los Derechos Humanos. El Estado de Derecho debe contener al Estado de Policía, en este sentido, los principios centrales del garantismo deben ser utilizados como un discurso de resistencia que bajo ningún punto de vista puede ceder ante el derecho penal de seguridad ciudadana. Es por este motivo que, habiendo comprobado la importancia que tienen los discursos en la construcción/legitimación de poder, se le debe dar al derecho penal (entiéndase bien, derecho penal, y no legislación penal o poder punitivo o sistema penal) el *valor simbólico* que merece. Si el discurso legitimante de la utilización de un poder punitivo casi ilimitado ha podido instalarse en la sociedad y se ha orientado a dotar de un inmenso capital simbólico a la legislación penal represiva como “*la varita mágica*” que solucionará todos los problemas de la sociedad y ha denostado todo aquello que tenga que ver con el derecho penal, considerándolo beneficiario de los *delinquentes-inmigrantes-terroristas*; no se ve como a la par de utilizar en todos los casos donde es posible el derecho penal para que se respeten los derechos fundamentales de los hombres, no se intente dotar de capital simbólico positivo al uso del derecho penal. Si esto es

logrado, la contra-pulsión que ejerza el Derecho Penal al Poder punitivo, será más fuerte y el Estado de Derecho tendrá una mayor seguridad en el encapsulamiento del estado de policía.

Sin embargo el modelo de respuesta planteado a la violación de los derechos Humanos por parte del poder punitivo no debe conformarse con soluciones de tipo jurídico, ellas son sólo “un dique de contención”, es sólo “*un aparato para administrar los ilegalismos, y no, {para} suprimirlos a todos*”<sup>25</sup>.

La verdadera respuesta viene de la mano de una política integral, donde el modelo de política criminal sea *transparente, no-expansivo, que propenda a la no producción de daños sociales y los más participativo posible.*<sup>26</sup> Y se ponga en práctica una visión global de la Prevención, una política Social que tenga sus necesidades axiológicamente determinadas orientada hacia la igualdad, pobreza, libertad, educación, etc.

Y ante la pregunta *¿Qué hacemos ahora con los terroristas-inmigrantes-delincuentes?*

Si la respondemos desde el Derecho Penal, debemos preguntarnos: *¿Qué puede hacer el derecho penal con los terroristas-inmigrantes-delincuentes?*

Y la respuesta será: si ellos cometen delitos, corresponde individualizarlos, detenerlos, procesarlos, juzgarlos, condenarlos y hacerles cumplir la pena; y si no hacen nada, nada el derecho penal puede hacer. Se podrá decir entonces que los Derechos Humanos pueden ser violados con la creación de Tipos penales anti-terrorista, anti-inmigrantes, anti-delincuentes, pero éstos, en general son fuente de impunidad para quienes realmente cometen delitos, vale decir, que efecto práctico pueden suscitar tipos penales que no cubren ningún vacío de impunidad y por el contrario terminan confundiendo todo, confundiendo al que es atrapado por el sistema penal como enemigo y al verdadero violador de los derechos humanos, impune.

En este punto se debe ser claro: si se permite la disminución de los derechos fundamentales, so pretexto de neutralizar enemigos, entonces, el estado de derecho habrá sido abolido.

---

<sup>25</sup> Foucault, Michael. *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión* Siglo XXI edit. 2008 Pág. 103

<sup>26</sup> Binder, Alberto *Política Criminal: De la Formulación a la Praxis*. Edit AD:HOC pág 38

## Contenido

Expansión-Reducción del Derecho Penal: El Discurso Jurídico y los Derechos Humanos.....	1
1. INTRODUCCIÓN .....	1
2. LOS DERECHOS HUMANOS .....	2
3. HISTORIA N° I: Terrorismo .....	4
4. HISTORIA N° II: Inmigración en los Países Centrales .....	4
5. HISTORIA N° III: Latinoamérica, el caso de los Empresarios morales.....	4
6. CONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO LEGITIMANTE .....	5
a. Seguridad.....	5
b. Emergencia.....	6
c. Los Medios de Comunicación Masiva .....	7
d. La Opinión Pública.....	7
e. Enemigo .....	8
7. EL MODELO AUTORITARIO.....	9
8. EL DERECHO PENAL.....	10
9. CONCLUSIÓN .....	11
Contenido.....	13
Bibliografía .....	2

## **Bibliografía**

- Baratta, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Edit. B de F 2004
- Binder, Alberto *Política Criminal: De la Formulación a la Praxis*. Edit AD:HOC
- Balcarce, Fabian I. *Derecho Penal de los Marginados. Lineas de Política Criminal en Argentina*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLI, num 122, mayo-agosto 2008. pp. 597-635
- De la Rúa, Jorge *El derecho Penal Democrático de la Argentina de hoy*. [www.terragnijurista.com.ar](http://www.terragnijurista.com.ar) ultima visita 04-04-2010
- Donna, Edgardo A. *“Es posible el Derecho Penal Liberal?”* Edit. Rubielzal Culzoni 2004
- Elbert-Balcarce, *Exclusión y Castigo en la Sociedad Global*. B de F Editores Bs. As. 2009
- Fletcher, George P., *Gramática del Derecho Penal*, 1°ed. Edit. Hammurabi 2008
- Foucault, Michael. *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión Siglo XXI* edit. 2008
- Jakobs, Gunter, Cancio Melia, *Derecho Penal del Enemigo*, Edit. Hammurabi Bs. As. 2005
- Juarez Centeno, Carlos A. *Democracia, Derechos Humanos y Medios de Comunicación*
- Juarez Centeno, Carlos A. *Derechos Humanos y Relaciones Internacionales: reflexiones sobre el entrecruzamiento de estas disciplinas en la teoría y prácticas internacionales. Una aproximación a la realidad latinoamericana*
- Zaffaroni, Eugenio R. *En Busca de la Penas Perdidas*, Ediar Bs. As. 1987, 5° Reimp. 2009
- Zaffaroni, Eugenio R. *El enemigo del Derecho Penal*. Ediar Bs. As. 2007
- Zaffaroni, Eugenio R. *Estructura Básica del Derecho Penal, 1° ed*, Ediar Bs. As. 2009