

La insostenible ‘modernización del derecho penal’ basada en la ‘tolerancia cero’ desde la perspectiva de los países ‘emergentes’

por

CARLOS JULIO LASCANO

Profesor Titular por concurso de Derecho Penal I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, y Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas de la Universidad Nacional de La Rioja, España

I. Introducción

Han transcurrido ya más de veinte años desde la publicación de la valiosa obra *Peines perdues. Le système pénal en question*,¹ que generó numerosos debates entre los cultores de las Ciencias Penales, de la Filosofía del Derecho, de la Sociología del Derecho y de la Criminología.

La razón para la abolición del sistema penal que postula el Profesor de Rotterdam Louk Hulsman quedó implícita en el título de ese libro, pues *peines perdues* significan “castigos sin sentido” y al mismo tiempo “castigos perdidos”, que deben abolirse precisamente por su falta de sentido.²

Eugenio Raúl Zaffaroni³ expresó correctamente: “Llama la atención que sea justamente un profesor de Derecho Penal quien proponga la abolición

¹ Escrito por LOUK HULSMAN, en colaboración con JACQUELINE BERNAT DE CÉLIS, (1982), París, Éditions Centurion.

² DE FOLTER ROLF S., (1989), “Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault”, en *Abolicionismo Penal*, traducción del inglés por MARIANO ALBERTO CIAFARDINI Y MIRTA LILIÁN BONDANZA, Ediar, Buenos Aires, 1989, pp. 60 y 61.

³ “El abolicionismo Penal de Louk Hulsman (aproximación a algunas observaciones al reciente realismo Penal verde)”, in *Doctrina Penal*, año 6, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 365.

del sistema Penal, pero no por ello debe pensarse que se trata de una voz aislada y discordante, como tampoco es posible desentenderse fácilmente de sus argumentos con el simple mote de ‘utópicos’ ”.

Dicho autor oponía como principal reparo al enfoque abolicionista de Hulsman, que pierde de vista que la criminalización es producto de conflictos entre grupos de intereses antagónicos, que muchas veces cumple funciones meramente simbólicas y que, en definitiva, al menos en los países periféricos, afecta a la dignidad de la persona humana, pues se sirve de ella como mero instrumento en la medida en que la condiciona para que su ejemplo mantenga a raya al resto de la población.⁴

En *Peines perdues*, Louk Hulsman destacaba el bajo índice de delitos violentos dentro del total de situaciones problemáticas que caen en la maquinaria del sistema penal, a la par que criticaba las estadísticas policiales y la forma en que son confeccionadas, generadora de inútil alarma social, todo lo cual tiene pleno valor en la actualidad en nuestros países. También observaba que la seguridad en las calles no es un problema “nacional”, sino eminentemente “local”, que es “nacionalizado” precisamente por el sistema penal.

Tales aspectos resultan significativos en nuestros días, pues estamos viviendo tiempos en que se percibe en la sociedad una creciente *sensación de inseguridad* derivada del incremento de la ola de violencia delictiva. La transmisión de este fenómeno a través de los medios masivos de comunicación y el recurso a las encuestas de opinión, traen como consecuencia que las posibilidades de dramatizar la violencia y hacer política por medio de ella son buenas: los medios atribuyen al ejercicio de la violencia un alto valor como noticia e informa sobre ella, sin embargo, en forma altamente selectiva; la amenaza de violencia – sea real o sólo supuesta – es un regulador mediante el cual puede ser fomentada la política criminal (típicamente restauradora); aquello que vale como un bien jurídico que requiere protección penal (y que por tanto puede ser portador de amenaza penal) se decide por medio de un acuerdo normativo social, para el cual, de nuevo, resultan constitutivas las sensaciones de amenaza de la población.

La sociedad, puesta contra la pared por la amenaza del delito, se encuentra en un encrucijada que exigiría mayor eficacia de la persecución punitiva que no puede seguir dándose el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad (la *Carta Magna del delincuente* de que hablaba Von Liszt), pues lo necesita como un instrumento eficaz de lucha

⁴ ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, *op. cit.*, p. 367.

contra el delito, dando lugar a un *derecho penal del enemigo*, es decir, el delincuente.

Esta suerte de *guerra santa* llegaría a justificar políticas criminales de *seguridad ciudadana* – versión posmoderna de las antiguas campañas de *ley y orden* – que así se transforma actualmente en el nuevo *bien jurídico*, que alimenta la creciente industria de la seguridad.

De tal forma se postulan cursos de acción que reflejen el modelo de la *tolerancia cero* del alcalde neoyorquino Giuliani – caracterizado como una línea de *mano dura* – con algunas propuestas como las siguientes: dotar de mayor poder a los organismos policiales – no sólo en cuanto al incremento de recursos económicos que les permitan contar con mayores y mejores elementos técnicos y humanos – a la par que reducir los límites impuestos a su accionar preventivo y represivo; disminuir la edad para la adquisición de la imputabilidad penal; elevar la severidad de las escalas penales; recurrir a testigos de identidad reservada, *arrepentidos*, agentes encubiertos e informantes estimulados por recompensas económicas; admitir la validez de pruebas obtenidas en violación de garantías constitucionales, etcétera. De aquí a la justificación del *gatillo fácil* existe poca distancia.

Frente a esta realidad, que exhibe una tendencia maximalista debemos preguntarnos: ¿qué ha quedado del abolicionismo penal que postula la supresión total del poder punitivo?; ¿dónde se sitúan los principios de un *derecho penal de intervención mínima*, basado en el respeto de las garantías constitucionales, con sus subprincipios de fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal?; ¿cuál es su rol en la actualidad ante la potenciación de sus *efectos simbólicos* que proporcionan a la opinión pública la ilusión de que la ley penal puede resolver o reducir el problema de la criminalidad?

Si bien no son temas fáciles, no podemos claudicar frente a semejantes propuestas de derecho de excepción que vulneran garantías constitucionales, porque si justificamos estas excepciones, las excepciones se van a ordinarizar y así como se empezó aceptándolas sin límite alguno para el narcotráfico, y ahora quieren imponerse también para el terrorismo, después se van a querer extender para la delincuencia administrativa, tributaria o para cualquier delito organizado. Y luego, para todos. Esto también tenemos que advertirlo porque *ni la inusitada gravedad de un delito puede justificar la ilegalidad para investigarlo y castigarlo*.⁵

La sistemática violación de los derechos individuales y el desprecio a la ley, unidos al alarmante nivel de impunidad que se registra actualmente en

⁵ CAFFERATA NORES JOSÉ I., (1997), *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 142.

nuestra República, donde con gran facilidad se comete toda clase de actos ilícitos, sin que, muchas veces, los responsables deban cumplir pena alguna y a menudo sin que los hechos sean siquiera investigados, han creado la sensación dominante de ausencia de justicia y seguridad y de inoperancia de un Poder Judicial en buena medida dependiente del poder político y de las presiones provenientes de los medios de prensa y de la opinión pública.

El oscuro panorama que presenta semejante realidad, nos plantea la pregunta de cómo poder hacer funcionar las categorías de la dogmática jurídico-penal o las propuestas de la Política Criminal en una sociedad fracturada e injusta como la que nos toca vivir.

También nos obliga a cuestionarnos qué sentido y utilidad tiene en nuestra realidad, intentar aplicar los criterios político-criminales que en las sociedades post-industriales se postulan frente a la actual crisis que se deriva del fenómeno que ha dado en llamarse la “*expansión del Derecho Penal*”.

Ello significa que nuestra posición es por demás frágil, porque – inmersos en el colapso de la estructura socio-cultural que define a la anomia “*propia*” de nuestro país, que se suma a la crisis “*global*” de los sistemas penales del “*primer mundo*” que los han colocado en una situación que ha sido calificada de “*insostenible*”– debemos encarar la apremiante necesidad de buscar soluciones equilibradas que posibiliten lograr la máxima eficacia en la prevención y el castigo de la actividad delictiva, respetando al mismo tiempo los derechos fundamentales y las garantías del imputado.

Concretamente, intentaremos responder los siguientes interrogantes:

1. ¿Resultaría “*sostenible*” dentro del modelo del Estado social y democrático de Derecho una “*modernización del Derecho Penal*” basada en el criterio de “*tolerancia cero*”, o – por el contrario – nos encontraríamos frente a un nuevo Derecho Penal autoritario?

2. Si – a modo de hipótesis – entendiéramos a tal “*modernización*”⁶ como un concepto material histórico que – suponiendo una ruptura sustancial con el modelo anterior sustentado en el ideario político ilustrado liberal de la burguesía capitalista – significa “la lucha por integrar en el discurso penal a la criminalidad de las clases sociales poderosas que estas mismas han podido excluir hasta ahora” del Derecho Penal, “gracias a su

⁶ Como lo hace MARTÍN LUIS GRACIA, (2003), *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 166 y 167.

posición de poder de disposición absoluto sobre el principio de legalidad”, ¿podrían o no catalogarse como razonables ciertas regulaciones positivas expresivas del modelo de “*tolerancia cero*”, el cual constituye una de las manifestaciones particulares del Derecho Penal moderno?

Por el carácter resumido que impone a nuestra exposición el espacio aquí disponible, solamente intentaremos realizar una aproximación a tan inquietantes cuestiones, conscientes de nuestras limitaciones y que la adecuada respuesta a las mismas requiere profundizar su análisis desde las perspectivas de un modelo jurídico multidimensional,⁷ que hunda sus raíces en la relación hombre-sociedad-cultura-derecho.

II. Las actuales tendencias expansivas del derecho penal y las soluciones propuestas

Ramon Ragués⁸ ha expresado con acierto que “en los últimos años el Derecho penal está experimentando un fenómeno de crecimiento y endurecimiento que esta vez no es consecuencia de los desmanes de regímenes totalitarios, sino que, por el contrario, surge en muchas ocasiones de la voluntad política de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía. En semejante contexto, la labor de la política criminal como ciencia deviene más compleja, pues se trata de valorar un fenómeno de ampliación de los tipos delictivos y de endurecimiento de las penas que, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, recibe su impulso de la opinión pública y es ejecutado por un poder político que cuenta con plena legitimidad democrática”.

Agrega a continuación: “Por este motivo, el discurso de quienes se dedican a la política criminal se ha visto obligado a cambiar, pues ya no es posible recurrir sin más a la deslegitimación del poder político como argumento para desautorizar los excesos punitivos. La tarea es ahora más ardua: debe desacreditarse el crecimiento del Derecho penal pese a que éste es reclamado por los ciudadanos y otorgado por sus legítimos representantes. Sin embargo, no debe ser ésta una tarea imposible. Como

⁷ MARTÍNEZ PAZ FERNANDO, (2003), *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, p. 53.

⁸ RAGUÉS I VALLÉS RAMON, (2003), “Retos actuales de la Política Criminal y la Dogmática Penal”, en *Pensamiento penal y criminológico*, Revista de Derecho Penal Integrado, año IV – n° 6 – Córdoba, Editorial Mediterránea, abril de 2003, p. 240 y ss.

afirma Lorenz Schulz, ‘en un Estado constitucional el proceder del legislador elegido democráticamente comporta una presunción de corrección, pero no la garantiza’ ”.⁹

Finalizamos la cita del joven profesor de la Universidad Pompeu Fabra: “En la actualidad el Derecho penal sustantivo está creciendo en los siguientes tres sentidos: primero, se está ampliando en general el ámbito de lo penalmente prohibido, introduciéndose nuevos tipos penales o ampliándose los ya existentes; segundo, se están endureciendo las penas clásicas o se plantea la introducción de nuevas sanciones; y, tercero, están empezando a aparecer nuevas instancias de creación y aplicación del Derecho penal distintas de los Estados. Asimismo, en el ámbito del proceso penal se advierte una tendencia general a la reducción de garantías en aras de una mayor eficacia global en la persecución del delito.”

Si bien es cierto que la *crisis* es un “*estado connatural al Derecho penal*”, no es menos exacto que en determinados momentos suelen presentarse situaciones coyunturales algo más “críticas”, como lo afirma Jesús-María Silva Sánchez,¹⁰ quien agrega: “La coyuntura en la que se mueve el Derecho penal en los últimos diez años es una de las más graves, pues compromete los rasgos definitorios de su propia identidad. En efecto, la crisis que se plantea en la actualidad no deriva de la convicción de que es preciso someter a constante análisis el ejercicio del *ius puniendi* para resolver sobre su posible limitación: lo que ha constituido la idea rectora de la comprensión del Derecho penal ilustrado por parte de los penalistas. Por contra, se trata precisamente de una crisis derivada de la tensión expansiva a que se está sometiendo al Derecho penal para que éste se encuentre supuestamente en condiciones de afrontar con éxito y de forma expeditiva la misión de lucha contra una criminalidad cuyo incremento en cantidad y dañosidad se afirma.”

Aquella tendencia expansiva del Derecho Penal se refleja en una verdadera “*inflación penal*” con la introducción de un mayor número de tipos penales y la agravación de los ya existentes, la creación de nuevos “*bienes jurídico-penales*”, la ampliación de los espacios de riesgos penalmente relevantes (delitos de peligro abstracto), la flexibilización de la reglas de imputación, la responsabilidad de las personas colectivas y la relativización de los principios político-criminales de garantía.

⁹ SCHULZ L., en *Irrwege*, p. 129.

¹⁰ Prólogo a la edición española de *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) – Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000, p. XI.

Jesús-María Silva Sánchez¹¹ afirma que la racionalidad de la Política Criminal valorativa influenciada por esa doble perspectiva de Claus Roxin, que ha marcado el rumbo en los últimos treinta años en Alemania, ha ido experimentando una cierta disolución de “sus dos ejes fundamentales: la fe en la resocialización y, también, la convicción acerca de la incommovilidad de las garantías”.

En cambio – a su entender – “se ha sido asentando una política criminal ‘práctica’ de orientación intimidatoria e inocuidadora, en un contexto general presidido por la oportunidad y el populismo. Seguramente no es exagerado afirmar que con ello la situación del derecho penal se está haciendo insostenible. Ahora más que nunca se debe, pues, hacer hincapié en la necesidad de orientar la política criminal a los principios que derivan de la idea de dignidad de la persona”.

1. Con ese punto de partida, para quienes pregonan la *modernización del Derecho Penal* nos encontramos frente a una *crisis de crecimiento*, y resulta una situación insostenible pretender que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal pueden seguir teniendo eficiencia para ejercer el control social de las nuevas formas de criminalidad de los umbrales del siglo XXI (delincuencia organizada, delitos violentos y extremismo político) mediante el uso de una autocomprensión, unos principios y unos instrumentos concebidos para el Estado liberal y gendarme del siglo XIX.

Los partidarios de esta corriente de pensamiento propician la ampliación de las facultades de investigación de la policía, la abreviación de los procesos penales, la anticipación de la punibilidad o la agravación de las escalas penales.

2. En la posición contraria se ubican los representantes de la denominada “*Escuela de Frankfurt*” (Hassemer, Lüderssen, Naucke, entre los más destacados), quienes afirman que en realidad se trata de una *crisis de metamorfosis* y que son precisamente las consecuencias de los esfuerzos de *modernización* del Derecho Penal las que dan lugar a su insostenible situación en nuestros días.

Estos autores postulan el utópico regreso al “*viejo y buen Derecho penal liberal*” con sus principios político-criminales de garantía, tanto sustantivos como procesales, y se quejan del ritmo acelerado que caracteriza a la tarea

¹¹ Reflexiones sobre las bases de la Política Criminal, en *Crimen y Castigo*, Cuaderno del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho – U.B.A., año I, agosto de 2001, n° 1, Buenos Aires, Depalma, pp. 231 y 232.

del legislador, de la praxis judicial penal y de ciertos sectores doctrinales, al mismo tiempo que destacan los abusos y omisiones, las exacerbaciones, deformaciones y demoliciones que desde hace tiempo exige la Política criminal oficial al Derecho penal y al Derecho procesal penal.

Así por ejemplo, rechazando el principio de oportunidad, algunos reclaman el retorno al principio de legalidad procesal, que sólo tendrá éxito en la medida en que el Derecho Penal sustantivo se reduzca, limitándose al denominado “*Derecho penal nuclear*” (Hassemer), protector de bienes predominantemente personales (vida, salud, honor, integridad sexual, libertad) y patrimoniales.

Para Hassemer el Derecho penal liberal tradicional debería reducir su objeto al “Derecho penal nuclear”, pero las infracciones contra los nuevos bienes jurídicos (como los referidos al orden económico) podrían ser reguladas a través de lo que él llama un “*Derecho de intervención*”, que – aunque no aparece suficientemente concretado – tendría que ser situado a mitad de camino “entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las que pudieran imponerse a los individuos”¹².

3. Finalmente, Silva Sánchez¹³ rechaza la crítica de Schünemann a las tesis liberales radicales promovidas por la *Escuela de Frankfurt*, basada en el argumento que aquéllas “serían *sospechosas* ahora que, por primera vez, el Derecho Penal comienza a afectar seriamente a los poderosos”. Para ello el Profesor español argumenta que la preocupación garantista ha existido en el Derecho Penal desde hace por lo menos dos siglos.

Tampoco acepta la pretensión consistente en volver a un Derecho penal liberal que nunca existió en los términos en que ahora se representa: “*el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal*”¹⁴.

¹² HASSEMER-MUÑOZ CONDE, (1995), “Viejo y nuevo Derecho penal”, en *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 46.

¹³ Prólogo a *La insostenible situación del Derecho Penal*, pp. XII y XIII.

¹⁴ *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (2001), 2ª ed., Madrid, Civitas, p. 149. Dicha expresión es criticada por su “absoluta falta de fundamento histórico material”, por MARTÍN LUIS GRACIA, “*Prolegómenos...*”, p. 175 y ss., quien afirma que el orden liberal burgués se articula en torno al discurso de *Locke*, cuyo objeto

Silva Sánchez intenta formular una síntesis entre las posiciones anteriores en base a una propuesta *posibilista* que consiste en la “resignada” admisión de un espacio de *expansión razonable* del Derecho penal para los hechos ilícitos que no tengan conminada una pena privativa de libertad.

En tal sentido,¹⁵ a partir de la necesidad de conectar el grado de exigencia de los principios garantistas con la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito, Silva propone un modelo de Derecho penal de “dos velocidades”: una *primera velocidad*, representada por el Derecho penal “*de la cárcel*”, aplicable a los “*delitos nucleares*” (homicidio, violación, privación de libertad, robo y otros delitos patrimoniales tradicionales, etc.), en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una *segunda velocidad*, para los casos en los que, por tratarse de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían admitir una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción.

III. El modelo de tolerancia cero y su aplicación en los países emergentes

El profesor chileno Miguel Soto Piñeiro – en una conferencia pronunciada en Córdoba en junio de 2002 – formuló una clara distinción en las modalidades que el fenómeno de la “*huída hacia el Derecho penal*” asume en los países más avanzados de Europa y las que se manifiestan en países “*emergentes*”, entre los cuales suele ser ubicado el nuestro.

Sin pretender justificar la “*administrativización*” del Derecho penal (al estilo del “Derecho de intervención” de Hassemer) que incluya a los hechos lesivos del medio ambiente y a los que afecten el orden económico, como tampoco el denominado modelo de “*dos velocidades*” (Silva),¹⁶ que admite

central es la propiedad privada como derecho natural, con exclusión total del discurso de *Rousseau*, que considera a aquélla como la causa de todos los horrores y desgracias del género humano y como un factor criminógeno por excelencia.

¹⁵ *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (1999), 1ª ed., Madrid, Civitas.

¹⁶ Ambas propuestas son calificadas como “teorías del *Big Crunch*” por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ CARLOS, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial

un menor grado de garantías para los delitos que no tengan conminada penas privativas de libertad, podemos advertir que en el desarrollado y próspero “*primer mundo*” de la postmodernidad parecería existir cierta dosis de razonabilidad en una política criminal derivada de la existencia de los nuevos riesgos propios de las sociedades postindustriales (delitos socio-económicos, protección penal de los recursos naturales y el ecosistema, criminalidad transnacional organizada, etc.). Se trataría de un sistema más equilibrado pues no sólo apunta a los delitos tradicionales, sino también a la delincuencia de “*cuello blanco*” de los sectores más poderosos.

En cambio, en los países marginales y, también, en los más avanzados que en los últimos años experimentan problemas de vertebración social por la inmigración, la multiculturalidad, los bolsones de pobreza y los excluidos del sistema, se observa que aquel proceso expansivo del Derecho Penal se traduce en un orden irracional, que acentúa la injusticia, la desigualdad y la selectividad en perjuicio de los sectores de menores recursos.

De tal modo, se implementan medidas legales, judiciales y policiales con las premisas ideológicas del movimiento – inicialmente norteamericano – de “*ley y orden*” que se manifestó en los años 60 y posteriores, pero que en nuestros días se inspiran en el modelo de “*tolerancia cero*” propiciado por William Bratton, asesor del Alcalde de Nueva York Rudolph Giuliani, al principio de los años 90, que significó en la práctica el endurecimiento de la actuación policial contra los grupos más marginales de la sociedad (drogadictos, pequeños delincuentes, prostitutas, inmigrantes ilegales, etc.), a los que se calificaba directamente como “*basura*”.¹⁷

La “*tolerancia cero*” aplica severas sanciones contra las pintadas en edificios y medios de transportes públicos, o los hurtos en supermercados, no porque tales hechos sean muy graves en sí mismos, sino porque si se

referencia al ámbito económico”), en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo – Libro homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS, CASABONA CARLOS MARÍA ROMEO, MARTÍN LUIS GRACIA, HIGUERA GUIMERA JUAN FELIPE (editores), (2002), Madrid, Tecnos, p. 396, donde expresa: “En Astrofísica se apunta asimismo otra reciente teoría, conocida con la denominación de “teoría del *Big Crunch*” (no científicamente verificable de momento, a diferencia de la teoría del *Big Bang*) que estima que la expansión de las galaxias posee un límite, o mejor un punto de retorno, a partir del cual el Universo no sólo dejará de expandirse sino que, antes al contrario, iniciará un proceso inverso, en virtud del cual las galaxias empezarán a contraerse hasta tornar a concentrarse en un punto similar al que dio origen al Universo”.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, *El nuevo Derecho penal autoritario*.

dejara impunes a sus autores, éstos pasarían posteriormente a cometer hechos de mayor entidad que ya no habría forma de atajar. La imagen gráfica utilizada para ejemplificar esta teoría es la de las “ventanas rotas” (*broken windows*): si en una casa hay una ventana rota que da al exterior, ello induce más a entrar a los ladrones que una casa bien pintada, que da imagen de solidez y no tiene desperfectos aparentes.¹⁸

En consecuencia, la política de “*seguridad ciudadana*” intensifica la reacción punitiva contra la delincuencia de masas y la criminalidad callejera (patrimonial y violenta) protagonizadas mayoritariamente por miembros de la clase baja y de la clase media económicamente venida a menos, operándose una suerte de “*criminalización de la pobreza*”, mientras se favorece la impunidad de otros delitos mucho más graves, como la corrupción administrativa y empresarial, las estafas masivas, el narcotráfico a gran escala, los delitos económicos, etc., cometidos por personajes “*poderosos*”, que viven lujosamente en “*barrios cerrados*” protegidos con seguridad privada, que han sido “limpiados” por la policía pública de la presencia de vecinos “indeseables” y pequeños delincuentes, contra los cuales se ha aplicado la política de “*tolerancia cero*”. El drama actual es que la inmensa mayoría de honrados ciudadanos, que en las grandes urbes reside en barrios comunes y sin protección especial, quedan librados a su suerte. Ello conduce a acentuar las desigualdades sociales.

Es que no estamos para nada convencidos que dentro del Estado de Derecho sea viable la coexistencia pacífica de dos modelos diferentes de Derecho Penal, uno respetuoso de las garantías y los derechos fundamentales, y otro puramente policial, de “*tolerancia cero*”, que renuncie a la aplicación de los principios característicos del Estado de Derecho, los cuales son vinculantes por mandato constitucional.¹⁹

En consecuencia, no podemos dar prioridad al valor “*seguridad*” por sobre las garantías de un Derecho Penal liberal, en lugar de realizar los cambios económicos y sociales necesarios para reducir los niveles de pobreza y hacer valer una mayor justicia social.

En la Argentina – donde los índices de pobreza han superado la mitad de la población y hemos debido padecer numerosas muertes de niños por desnutrición en un país reconocido a nivel mundial por la abundancia de sus materias primas alimenticias – el Estado de Derecho se encuentra en gravísima emergencia y jaqueado por la corrupción en todos los ámbitos, situación para la cual no existen soluciones mágicas y mucho menos frente

¹⁸ MUÑOZ CONDE, *ibidem*.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, *El nuevo Derecho penal autoritario*.

a la profundidad de la crisis que nos agobia, que no sólo es económica, sino también política, pero fundamentalmente moral y cultural.

IV. Conclusiones

Finalizamos manifestando nuestra convicción que el mayor desafío de la hora consiste en diseñar una verdadera política de Estado en materia penal que permita alcanzar un punto de equilibrio entre el parámetro empírico de “*eficacia*” y el patrón valorativo de “*garantías*”, es decir, entre el Derecho Penal como manifestación de la pretensión punitiva del Estado que busca preservar la convivencia mediante la prevención y el castigo de las conductas antisociales que afectan los bienes jurídicos más relevantes, por una parte, y por otro lado, la reglamentación garantística del debido proceso “*fundado en ley anterior al hecho*”, que asegure el resguardo de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, sin caer en la “*tolerancia cero*”, que puede implicar mayor discriminación y exclusión de algunos sectores sociales.

Es así que, como respuesta al primer interrogante que formulamos inicialmente, podemos afirmar que resulta poco sostenible en el marco del Estado social y democrático del Derecho, la *concepción de tolerancia cero* de un Derecho Penal moderno, pues ella posee componentes autoritarios que – so pretexto de proteger a toda costa el valor “*seguridad*”– podrían derivar en una criminalización de la protesta social.

En alusión a la segunda pregunta, sin cuestionar la afirmación de Bernd Schünemann, en el sentido que Gracia Martín “*aboga por una modernización del Derecho penal pero sin renunciar en ningún punto, como hace el concepto de “Derecho penal del enemigo”, a los principios del Estado de Derecho*”,²⁰ pensamos que su pretensión de construir un nuevo Derecho penal guiado por “*el criterio rector de que sus contenidos deben estar constituidos en su mayor parte por los comportamientos criminales de la clase poderosa y para la defensa de las demás clases sociales frente a semejante criminalidad*”,²¹ parecería representar un *Derecho penal de “autor”* (que reclama el castigo de un *modo de ser* del sujeto), de signo inverso al del positivismo criminológico, y al mismo tiempo, un irracional proceso expansivo del Derecho Penal que – en una

²⁰ Presentación del libro “*Prolegómenos ...*”, p. 17.

²¹ MARTÍN GRACIA, *op. cit.*, p. 217.

suerte de efecto *boomerang* – podría acentuar la injusticia, la desigualdad y la selectividad en perjuicio de los sectores de menores recursos.

Tales conclusiones tampoco deberían conducirnos a la aceptación acrítica de la llamada “*Dogmática deslegitimadora del poder punitivo*”, mediante una teoría agnóstica de la pena. Es que cuando más nos alejamos de la norma como centro de nuestras vidas los más perjudicados no son los “poderosos” del sistema, sino los “pobres desgraciados”, es decir, los excluidos del sistema. En otros términos, cuanto más deslegitimación del sistema, menos garantías para los “pobres tipos” y mucho más poder arbitrario para los “poderosos”, que por eso lo son, precisamente. Creemos que la dogmática se construyó como sistema de garantías para el ciudadano, por tanto dejemos de ser “no ciudadanos” y comencemos a ejercer nuestros derechos.

SUMMARY

Basing himself on the relevant criminal legislation and having regard also to the specific Argentine situation, the Author sets out to answer the following questions:

a) Given the social State model and the rule of law, would a “modernization of the penal system” based on a zero tolerance criterion be acceptable or would it once more bring about an authoritarian penal system?

b) To what extent may one deem reasonable some of the rules born of the “zero tolerance” model, the model as such being one of the specific manifestations of modern penal law?

RÉSUMÉ

L’auteur évoque la doctrine criminologique pertinente, non sans se référer tout particulièrement à la situation de l’Argentine. Il se propose de donner une réponse aux questions suivantes:

a) Dans le cadre du modèle de l’État social et démocratique de droit, une “modernisation du système pénal” fondée sur un critère de “tolérance zéro”, serait-elle acceptable, ou ne nous mènerait-elle pas plutôt vers un nouveau droit pénal autoritaire?

b) Dans quelles limites peut-on retenir raisonnables certaines règles, expression du modèle de “tolérance zéro”, qui constitue à son tour une des manifestations typiques du droit pénal moderne?