

EJERCICIO DE PODER PENAL -LIMITES OPERATIVOS EN LA CONSTITUCION ARGENTINA-

Omar Gabriel Orsi

Fiscal de Buenos Aires

Resumen

El creciente y universal proceso de inflación penal ha demostrado la escasa aptitud de las construcciones teóricas para limitar la creatividad del legislador. Partiendo del supuesto de que una constitución no es sólo una declaración de principios sino la implementación de un verdadero programa político, el trabajo pretende efectuar un abordaje dinámico de la estructura normativa que complemente la tradicional descripción de las garantías constitucionales en materia penal. Así, y con el objetivo de buscar una expresión operativa de los principios limitativos del ejercicio de poder represivo, el trabajo enfoca dos aspectos centrales de la dinámica constitucional: i. la posibilidad de diferenciar el proceso de sanción de una ley penal de aquéllas dictadas en otras materias, exigiendo para ello una mayoría calificada; ii. la posibilidad de facultar a cualquier juez a que realice el control de compatibilidad legal entre la constitución y la norma a aplicar, como mecanismo superador de los tribunales constitucionales especiales.

Palabras clave: represión, constitución, dinámica, límites, operatividad

Abstract

The global trend of increased criminal litigation has shown the weakness of current legal theories to set limits to the patterns used by lawmakers when enacting new legislation in this field. Based on the assumption that a written constitution is not only a declaration of principles but the actual implementation of a political agenda, this work attempts to complement, in a dynamic fashion, the traditional description of constitutional rights in criminal matters. In this sense, the work aims at finding a practical use of principles limiting the exercise of criminal enforcement by the State by focusing on two essential aspects of a constitutional framework: i. the possibility to differentiate the passing of criminal acts, from those enacted on other matters, by requiring a special majority vote; and ii. the possibility of vesting judges with the authority to verify the constitutionality of the criminal law to be applied, as an overcoming alternative to special constitutional tribunals.

Keywords: enforcement, constitution, dynamics, limits, operability

1. La imaginación legislativa: inflación y heterogeneidad penal

Suele repetirse con cierta letanía que el derecho penal tiene por objeto aquellos ataques intolerables a bienes jurídicos indispensables para la vida en sociedad. La definición, cierta a grandes rasgos y concisa por donde se mire, reproduce sin embargo uno de los principales problemas del saber jurídico: su capacidad para generar refinados marbetes de alta aceptación y extendido consenso, pero débiles a la hora de engendrar principios reguladores y derivaciones operativas.

Tal situación se expresa con suma evidencia en la etapa de criminalización primaria, incapaz de sofrenar a un legislador dado a soluciones efectistas en un terreno esquivo a las políticas de fondo¹. Atajos sobran para ello: no existe tarea más sencilla que reivindicar lo que de apreciable hay en un valor, y, si se quiere más, sobre su condición de *indispensable* para la vida en sociedad; a la par, cualquier ataque a esos bienes puede considerarse *intolerable* desde una visión peligrosista, donde todo incremento del riesgo se transforma en preludio de una segura lesión, lo cual lo hace en sí reprimible². Así, el sentido del signo viene dado en el propio acto de definición (positivo para el bien, negativo para su ataque), a más que los caracteres de “indispensable” —para uno— e “intolerable” —para el otro— carecen de precisión, en especial si se resigna la utilización, como es usual, de cualquier mecanismo comparativo³. La tendencia se ve a su vez potenciada por una hipertrofia del

¹ Entre otros factores porque: a) la división discursiva entre ilegalidad extrema y legalidad facilita la perpetuación del problema, pues las agencias de seguridad tienden a generar su propia demanda, con lo cual a la rentabilidad del negocio delictivo se suma el incremento de las partidas presupuestarias, generando un sistema de retroalimentación positiva; b) se trata de un terreno trasvasado por un elevado número de factores, complejidad que el derecho penal reduce mediante la unificación del remedio -el encierro carcelario-, lo cual permite desplazar el debate, impropia, a la graduación de las penas; c) en definitiva, por definición, y luego de la guerra, porque se trata de los conflictos sociales más graves, de lo que se deduce que nos encontramos ante los problemas de más difícil solución.

² Pese a su apariencia en extremo restrictiva, la definición no apunta a los hechos más graves e intolerables *toto coelo*, sino a los que reúnan estas características *dentro* de cada valor, lo cual es bien distinto pues permite generar delitos para cualquier bien jurídico, en tanto se encuentre constitucionalmente reconocido, a despecho de su escasa relevancia comparativa. La construcción de la definición en torno a dos variables sigue de cierto modo la tradicional disputa teórica entre el disvalor de acción y de resultado, desdoblamiento que, en este plano, permite amplificar la utilización del remedio represivo al aislar primero cada bien jurídico, para después escoger los ataques más graves.

³ Sobre las virtudes correctivas y de control que posee este mecanismo, Sartori, “La comparación en las ciencias sociales”, en Sartori y Morlino (editores), *La comparación en las ciencias sociales*, Madrid, Alianza, 1994, p. 30 y sgs..

carácter público del derecho penal, donde el ministerio fiscal suplantó a las víctimas, expropiándoles el conflicto bajo el difuso criterio del interés social: desligada la lesividad de correlato directo, se abren las puertas a la penalización de las ofensas abstractas sino a la lisa y llana oposición al derecho. Tal inclinación encontró rápido aval en un proyecto constitucional entendido como programa activo de tutela de intereses⁴, bajo el paradigma superador del estado social y democrático de derecho⁵. A ello cabe sumar el sempiterno temor a la anomia y la necesidad de aplicar correctivos para evitar el “des-control social”, provocado por el “auge” o el “incremento” de determinados delitos⁶, argumentos éstos usualmente montados sobre falsas dictotomías: garantías *vs.* eficacia⁷, inseguridad *vs.* máxima penalización⁸.

La facilidad para acudir al remedio penal⁹, sin embargo, no lo explica todo: a ello cabe adicionar factores menos presentables, como el juego de la supervivencia política o la lucha por la hegemonía¹⁰. Y es que la norma

⁴ La Constitución, de origen liberal, incorporó en 1957 los derechos sociales de los trabajadores (art. 14**bis**) y, tras la reforma de 1994, los derechos de tercera generación (Capítulo Segundo: Nuevos derechos y garantías). Este benéfico proceso fue acompañado sin embargo por un notable desplazamiento conceptual: la cláusula de garantía contenida en el viejo programa liberal -lesividad- se transformó en criterio habilitante de la etapa de creación legislativa -bien jurídico-. Cfr. Zaffaroni, *Derecho penal -parte general-*, Bs.As., Astrea, 2000, p. 486.

⁵ Los efectos de esta concepción en la extensión del ámbito penal hacia esferas que antes parecían excluidas de su radio de acción, en Baratta, “Integración-prevención: una ‘nueva’ fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en *DPI*, Año VIII, Nro. 29, enero/marzo 1985, p. 10.

⁶ La *ratio legis* suele ubicarse en la necesidad de afrontar un conflicto extendido, que exceda el caso paradigmático, mas el trámite parlamentario rara vez incluye fuentes de información directa: la reiteración de sucesos, la más de las veces, suele tomarse como un dato indiscutible, en base a las construcciones de las agencias preventivas, otros grupos de interés o de los medios de comunicación, cuando estos se embarcan en las conocidas campañas de “ley y orden”.

⁷ De modo que las garantías son concebidas como un obstáculo a la pretensión persecutoria. La genealogía y efectos de este razonamiento, en Bergalli, “La ‘eficiencia’ del sistema penal. Identificación ideológica e instrumentalización política”, en *NDPI*, 1998/B, p. 467; en la misma línea, García, “La crisis o el cuestionamiento al sistema penal -La diacronía genealógica entre el garantismo y la eficiencia-”, en *CDJP*, Año III, Nros. IV y V, abril 1997, p. 443.

⁸ De modo que la inseguridad no se deriva de disfunciones de las instituciones de control y prevención, o de factores sociales, sino de una amenaza penal insuficiente.

⁹ “En razón de la escasísima capacidad operativa de las agencias ejecutivas, la impunidad es siempre la regla y la criminalización secundaria la excepción, por lo cual los empresarios morales siempre disponen de material para sus emprendimientos”. Zaffaroni, *Derecho Penal...*, *cit.*, p. 7.

¹⁰ Ejemplo del primer caso es la votación de una norma por parte de una minoría -necesaria para lograr el *quorum* establecido- ello a cambio de espacios de gestión política. También

—y, en especial, la norma penal—, además de cumplir con su primordial objetivo organizador de la vida social, hace también al mecanismo de producción y reproducción de los sujetos habilitados para emitirlos¹¹. Un primer aspecto visible de este mecanismo es el de constituir un formidable mensaje simbólico¹², que impacta masiva y directamente sobre la emotividad social, generando procesos de empatía y adhesión perdurables y transformables en una futura inclinación electoral¹³. El segundo, menos visible, el ejercicio de

la sanción de una ley penal puede ser una forma de inocular ciertos sectores díscolos dentro de la misma facción política, encolumnándolos detrás de esta clase de proyectos: con ello puede anularse, tanto en el discurso como en la práctica, cualquier intento de diferenciación, reforzando así la hegemonía y la disciplina interna.

¹¹ Un ejemplo concreto del proceso expansivo del dispositivo penal, cuando confluyen poder político, medios de comunicación y agencias operativas, en Miralles, "Discurso criminológico y política criminal socialista en Barcelona", en *El poder penal del estado -homenaje a Hilde Kaufmann-*, Bs.As., Depalma, 1985, ps. 54 y sgs.

¹² Dispositivo útil para el ámbito legislativo pues se trata de "...una falsa conciencia respecto de que la respuesta penal puede resolver los conflictos sociales que están en la base del fenómeno criminal. Con frecuencia, presiones de sectores sociales organizados sobre la instancia legislativa, precipitan iniciativas de reforma legal que se dirigen a penalizar nuevas conductas, a elevar las penas ya existentes o bien a incrementar y fortalecer los aparatos policial y judicial represivos, como supuestas medidas eficaces contra la percepción de una creciente criminalidad... Se trata, en síntesis, de una función simbólica negativa (ideológica) porque el discurso jurídico-penal proclama estar resolviendo un problema que en realidad no resuelve y porque, de paso, encubre o pone un velo sobre la realidad social que genera el conflicto y al que descarnadamente se desatiende... Como resultado tenemos un mal social de mayor envergadura, una especie de patología colectiva consistente en un autoengaño por medio del cual 'se hace que se hace', respecto del gravísimo problema de la delincuencia, calmando momentáneamente nuestras conciencias mientras crece la espiral de la violencia y el colapso mismo del sistema democrático en su conjunto". Arroyo Gutiérrez, "Función instrumental y función simbólica del derecho penal", en Sánchez-comp., *Sistemas penales y derechos humanos*, San José, García Hnos., 1997, p. 104. Una visión similar, con mención del sentido positivo con que se utiliza la expresión "derecho penal simbólico", en Mahiques, *Cuestiones de política criminal y derecho penal*, Bs.As., Di Plácido, 2002, p. 82 y sgs.

¹³ La visibilidad es vital para los políticos ubicados en cargos electivos y no orgánicos o articuladores de poder. Aquella depende, en gran parte, de la vinculación del político con problemas de honda repercusión pública: de allí la reiterada utilización de la problemática de la inseguridad, las leyes penales, de inmigración o extranjería, etc. Estos temas -como la patria, la religión o la familia- hacen a núcleos profundos de la constitución del sentido de pertenencia -y de exclusión-, fácilmente canalizables en términos políticos, en especial cuando se aproximan al pensamiento mágico, siempre propenso a la simbología de la solución sencilla y tajante. A ello contribuye la propia estructura de los medios de comunicación, predispuestos a tratar temas de gran impacto emotivo: el escaso tratamiento intelectual es, aquí, un resultado de la fragmentación, de la vertiginosa sucesión de temas, donde propaganda y contenido tienden a fundirse. También es éste el canal de construcción del electorado, y ya no la dinámica interna del partido, por lo que es previsible que todos estos sectores se aproximen y potencien, en torno a un mismo mensaje. La cuestión, tan

un poder real que permite la articulación de la política formal con otros segmentos del espectro social, cuyos intereses pueden encontrar abrigo tras el excluyente discurso de la seguridad o la lucha contra el delito¹⁴.

El juego conjunto de estos factores explica la tendencia del parlamento a responder a la legítima demanda de mayor seguridad mediante la creación de delitos y el incremento de sus escalas punitivas, generando así el conocido y mundialmente extendido proceso de “inflación penal”¹⁵. Este proceso representa un problema de por sí pues, como hemos sugerido, implica una oposición directa a la naturaleza misma del derecho penal: su condición fragmentaria y de *ultima ratio*. Pero a la par, la variabilidad de situaciones, coyunturas disparadoras e intereses puestos en juego impiden cualquier conato de integración y racionalización de la labor legislativa: así se multiplican las leyes especiales, mientras el código de fondo abandona su tradicional sobriedad para adquirir aires *pastiche*¹⁶.

difícil de aprehender desde las esferas académicas, es reflejada con extrema crudeza y poder de síntesis por sus propios actores: en el informe de comisión correspondiente el trámite parlamentario de la ley 22.456 -lavado de activos-, rubricado por el en ese entonces diputado y actual ministro de la Corte Suprema Maqueda, se reconoce que es usual que el derecho penal sea “...usado en la política argentina, siguiendo el pulso de unos medios de prensa poco informados, como moneda de cambio de estrategias electoralistas”.

¹⁴ Aunque parezca mentira, cabe siempre recordar -lo que nos demuestra lo naturalizada que está la cuestión- que las leyes se hacen en nombre de todos, pero pueden promover o perjudicar diferencialmente al conjunto de la sociedad: de allí que muchos países hayan regulado la actividad de presión o, como se la conoce extendidamente, de *lobby*. El tema seguridad no está al margen: ciertos sectores -por ejemplo, las agencias policiales, penitenciarias y judiciales, los servicios de seguridad privada, las agencias o instituciones que manejan información, etc.- pueden verse afectadas o promovidas por la implementación de normas penales o de seguridad, lo cual puede llevarlos a influir en la formación de la voluntad legislativa.

¹⁵ El Consejo de Europa, al tratar la decriminalización de ciertas conductas, advertía ya sobre el sesgo expansivo de la herramienta criminal, entre otros factores, por: a) la tendencia de legisladores y jueces por reforzar las presunciones implícitas contenidas en la propia doctrina penal, sin discriminar entre la distancia que media entre esas presunciones y la realidad social, como así también un cálculo irreal entre los costos y beneficios de la criminalización, b) la facilidad de la herramienta penal por evitar todo cálculo respecto del costo que irroga la implementación de una norma represiva, c) el hecho que los usos sociales estimulan la conducta rotulada como criminal, lo cual refuerza la razonabilidad de toda norma represiva, d) la utilización de la herramienta penal por parte del legislador como solución aparente del problema social y e) la influencia ejercida por los grupos de presión a favor de la criminalización (*Decriminalización -Informe sobre problemas de la criminalidad-*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1980, p. 61).

¹⁶ Sobre las características de este proceso en la Argentina, Lituachky y Lancesremere, “Reforma al Código Penal y Procesal Penal de la Nación entre enero de 2003 y junio de 2004”, *NDP*, 2004/B.

Va de suyo que la Constitución Argentina, de origen liberal, no incubaba tamaño proyecto, sino que aquél se ha ido abriendo paso conforme el peso de los acontecimientos históricos, rápidamente acompañados por discursos legitimadores¹⁷. Es evidente pues que las instituciones democráticas y, fundamentalmente, los poderes que dan vida al sistema penal, no han sabido hacer mundo el alto proyecto fundacional. Pese a este momentáneo contratiempo, nos parece útil repasar la sabia letra del constituyente en busca de algunos mecanismos que permitan llevar a la práctica el objetivo por aquél trazado: la ímproba tarea de acotar lo posible o, en términos políticos, de limitar el ejercicio de poder delegado¹⁸.

2. *Koiné* de la norma fundamental y principios del derecho penal

La estructura de orden que regula la vida social en la Argentina es el constitucionalismo democrático, bajo la forma de gobierno representativa, republicana y federal¹⁹, concebido en sus orígenes como contención del poder en ejercicio por parte de una clase social en ascenso, racionalizado luego como el emergente de un contrato social celebrado libremente por los ciudadanos²⁰.

¹⁷ Originados, en esencia, en el centro de producción teórica que marca la pauta global en el derecho penal continental: Alemania. Este país ha desplegado en las últimas décadas un impresionante arsenal de divulgación teórica que, con sus matices, coincide en el carácter preventivo de la herramienta penal y en la necesidad de dotarla de un discurso legitimante, que poco ha aportado a su contención concreta y eficaz. Esta prédica ha incidido en la academia española, lo cual permitió acentuar su influjo sobre el estamento teórico argentino.

¹⁸ Sobre el tema, Baratta y Sibernagil "La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal", en *Revista de Derecho Penal*, Bs.As., 8/32, octubre-diciembre 1985; Tavárez, "La creciente legislación penal y los discursos de emergencia", en *Teorías actuales en derecho penal*, Bs.As., Ad-hoc, 1998.

¹⁹ Tal organización política no es el mero reconocimiento de una situación de fuerza, sino que pretende reflejar cierta racionalidad. De allí que tal organización se presente como un sistema jerárquico, donde las normas inferiores deben guardar compatibilidad con las superiores. Por contenido y forma de sanción, la Constitución -sus disposiciones y pactos internacionales allí reconocidos- se ubica en la máxima jerarquía, seguida, en ese orden, por leyes y decretos. Las sentencias tienen por función aplicar la ley al caso concreto, entendiendo por ley no la norma específica sino la integralidad del orden jurídico: cabe a esta instancia, en consecuencia, el control concreto del principio de compatibilidad legal, ejercido de manera difusa por cualquier instancia jurisdiccional, aunque luego se vea sometida a revisión por vía jerárquica, de sustanciarse el correspondiente recurso.

²⁰ En el caso argentino el proceso constituyente, desatado luego de la disolución del modelo colonial, refleja una compleja y sangrienta disputa entre facciones, ligadas en parte a las fuerzas económicas y políticas que diferenciaban al antiguo del nuevo régimen, enfrenamientos que hicieron fracasar los movimientos constitucionalistas de 1819 y 1826. La

Cierto es que el grado de complejidad de una sociedad resulta irreductible a su orden político y normativo: en su seno anidan múltiples fuerzas, cuyas fases de enfrentamiento y acuerdo conforman, a la postre, una suerte de tensa armonía²¹. Pero no es menos cierto que las formas de gobierno que se adopten, su sometimiento a derecho y la participación ciudadana tienen, también, su importancia²².

ocupación del espacio de poder no involucró a todos los estratos sociales sino a las oligarquías locales, divididas en una vertiente mercantilista y otra más próxima al modelo económico colonial. La disputa comienza a resolverse con la derrota militar de Juan Manuel de Rosas en manos de Justo José de Urquiza, en la batalla de Caseros, lo que allanó el camino a un nuevo proceso constituyente, sobre la base del acuerdo de San Nicolás del año 1852. Sin embargo la provincia de Buenos Aires pronto se alza nuevamente contra Urquiza, ese mismo año, quedando al margen del proceso. En ausencia de la región económica más dinámica, quedó instalado en la ciudad de Santa Fe, el 8 de noviembre de 1852, el Congreso General Constituyente, el cual aprobó la norma básica el 1.º de mayo de 1853, jurada por las trece provincias el 9 de julio del mismo año. La nueva derrota de las fuerzas de Buenos Aires en la batalla de Cepeda, en octubre de 1859, condujo al Pacto de San José de Flores, en el cual se acuerda la definitiva incorporación de la mentada provincia a la Confederación y la convocatoria a una nueva convención, la cual da vida al texto constitucional de 1860. Aunque luego se producen otras reformas, se entiende que la de 1860 cierra el período constituyente que, con sus marchas y contramarchas, se abriera en 1819. Pero más allá de las luchas intestinas que resolvieron la correlación de fuerzas, es recién mucho tiempo después que se instaura el voto universal, lo que permite medir la distancia que existe entre la realidad histórica y las abstractas premisas del contrato social. En un contexto más amplio, las revoluciones burguesas contaron con un relevante alzamiento del proletariado, fuerzas que luego entran en contradicción, generando sangrientos procesos contrarrevolucionarios hasta el afianzamiento del orden burgués. Una descripción de éste proceso en la Francia de 1848 a 1872, en Marx, *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, Bs.As., Polémica, 1975. Para el contexto argentino, la descripción de este período histórico en Romero, *Breve historia de la Argentina*, Bs.As., F.C.E., 2003, ps. 49 y sgs.

²¹ De modo que el orden normativo es el emergente -y parte integrante- de un orden social más amplio. La convención originaria o las convocadas para reformar una constitución son la expresión de una determinada correlación de fuerzas que confluyen en un proceso de integración. Una constitución no es nunca la máxima aspiración de todos los integrantes de una sociedad, sino, generalmente, el emergente de un conflicto en el que ganadores y -en medida variable- perdedores fijan un marco mínimo de convivencia. De tal modo los procesos originarios suelen producirse después de un enfrentamiento violento, mientras que las modificaciones suelen representar formas de morigeración de las tensiones sociales mediante herramientas políticas. A nivel teórico, la idea de cambio como producto de contradicciones internas aflora en diferentes autores y épocas: por citar sólo dos casos, en Leibniz como expresión inmanente de la divinidad (Leibniz, *Monadología*, Barcelona, Orbis, 1983, p. 24), en Mao como lucha de clases (Mao, *Las contradicciones*, México, Grijalbo, 1969, p. 65 y sgs.).

²² En términos genealógicos, y como hemos dicho, el constitucionalismo no crea un orden social *ex nihilo*: tal el caso de las cartas de derecho obtenidas por los burgueses, sobre ámbitos comerciales y políticos antes hegemonizados por los estados absolutos. La postrer ideología

Hecha esta necesaria reducción, podemos decir que el orden social democrático pretende ubicar al hombre en su centro, en tanto que portador del poder originario²³. Es este el único sujeto facultado a dar forma tanto a las reglas principales²⁴ como a las derivadas²⁵, así como a seleccionar a las personas que tendrán a su cargo la función de gobierno²⁶. La esencia de este sistema de orden se basa en el reconocimiento de que ciertas tareas no pueden

constitucionalista de limitación de poderes conserva, así, una doble tendencia: el reconocimiento de la existencia de poderes sociales reales que le exceden y a los que busca contener y, a su vez, la necesidad de acotar los nuevos poderes que instaura. En su núcleo una constitución debe ser interpretada como un límite al ejercicio ilegal o abusivo de poder, cualquiera fuera su origen. La declaración -a modo de finalidades buscadas- de otros efectos benéficos o virtudes posteriores puede -y debe- formar parte del horizonte constitucional, pero no son la causa eficiente ni de su surgimiento histórico ni de la funcionalidad de su actual supervivencia. En esta línea, Bergalli sostiene que la división de poderes no debe entenderse como un dogma abstracto, una concepción jurídico-constitucional de separación de las diversas esferas de legalidad, sino como una estrategia de equilibrio de poderes entre los diferentes sectores en lucha. El desarrollo de esta idea y el modo en que este enfrentamiento encarnó en la realidad argentina, en Bergalli, *Estado democrático y cuestión judicial*, Bs.As., Depalma, 1984, ps. 53, 75 y sgs.

²³ La reducción pretende eludir otros planos, como el filosófico o el histórico: conforme es aceptado hoy en forma casi unánime por la comunidad científica, no existe la posibilidad de constituir la subjetividad individual por fuera, o de forma previa, a la interacción social, de lo que se deduce que ninguna de esas instancias genera la otra, sino que -en tanto que dimensiones de un único sustrato- ambas cobran vida en el mismo proceso. Por lo tanto ni la suma de voluntades individuales agota la dimensión social, ni lo social determina al individuo, generándose complejos campos de estructuración, reformulación, aleatoriedad o indeterminación diferenciales. En resumen: los valores que estructuran el orden social son creados por el hombre, pero, además, lo constituyen como tal. También pretendemos evitar toda discusión sobre la distribución del poder originario, pues es evidente que éste, como hemos dicho, queda reducido a determinadas instancias formales -por ejemplo, los actos eleccionarios- que no agotan el conjunto de factores sociales de poder. Preferimos ubicarnos, pues, en el plano pragmático de la constitución, en punto a la participación ciudadana en la diagramación y ejercicio de determinados poderes, pasibles de afectar a todos, a un conjunto o a cualquiera de los integrantes de una sociedad dada.

²⁴ En el sistema argentino la Constitución surge de una Convención Constituyente, elegida por el voto de los ciudadanos.

²⁵ El Congreso Nacional -dividido en dos cámaras: diputados y senadores- es el único poder facultado para dictar leyes.

²⁶ El Poder Ejecutivo es unipersonal. El presidente es elegido -junto con el vicepresidente- por voto directo y es él quien nombra a sus ministros. Por su parte los integrantes de ambas Cámaras del Congreso son elegidos también por voto directo. Las únicas excepciones a la regla de elección directa son el Poder Judicial y el Ministerio Público. La Corte Suprema es nombrada por el presidente con acuerdo del Senado. Los inferiores surgen de una suerte de maridaje entre evaluación técnica y selección política. Desde que en dicho proceso intervienen los otros poderes -elegidos por voto directo-, podemos hablar de una intervención popular indirecta, aunque mediatizada tanto por las fuerzas políticas como por las propias corporaciones jurídicas: ellas tienen su representación en el consejo que selecciona a los

ser desarrolladas por todos sino por un número reducido de ciudadanos²⁷, por lo que los dispositivos de delegación buscan evitar que el ejercicio de la prerrogativa se torne abusiva y se extienda más allá del límite fijado en el mandato. Tal cometido se logra mediante el equilibrio de poderes²⁸ y la renovación periódica de sus integrantes a través del voto popular²⁹, entre otros mecanismos³⁰.

El esquema general recién desarrollado tiene enorme incidencia en el terreno penal. En efecto, una de las facultades cedidas por los ciudadanos

magistrados. Un mecanismo similar al de la corte se utiliza para designar al Procurador y al Defensor General, mientras que los inferiores también siguen el esquema de evaluación y mecanismo de selección política.

²⁷ Tareas mínimas desde una concepción liberal -que supone la tendencia al equilibrio como emergente del libre juego de las fuerzas sociales, garantizado por el estado-, ampliadas desde una concepción afín al estado social -que supone la necesaria intervención del gobierno en la generación de ese equilibrio-. La delegación y especialización es un derivado necesario del nivel de complejidad social. Esta necesidad genera otros efectos: la posibilidad de que los diferentes sectores, que a su vez integran el conglomerado social, obtengan un reconocimiento diferencial de sus intereses o, de la otra mano, que ellos sean contenidos y acotados en beneficio del conjunto social. De allí que estos tipos de sistemas, si bien reconocen el principio de soberanía popular, también proponen un marco de negociación para contener la dinámica -muchas veces agonal- de las fuerzas que, en su seno, se expresan.

²⁸ De modo de no concentrar poder y dividirlo conforme sus funciones: legislar, ejecutar y juzgar. Cada uno de los tres poderes actúa sobre los restantes por una serie de mecanismos (*checks and balances*): por caso, todos los integrantes del sistema judicial tienen a su cargo el control de constitucionalidad de los actos de los restantes poderes, cuyos integrantes, además, se encuentran sometidos a su imperio. Cabe recordar que la estructura federal de la Argentina implica la reproducción de un orden piramidal similar hacia el interior de cada provincia, con sus propios sistemas de división de poderes y elección de gobernantes, reteniendo las facultades no delegadas: este esquema se erige, pues, en otro contrapeso al poder central.

²⁹ Las excepciones son, como hemos dicho, el poder judicial y el ministerio público. En estos casos los nombramientos duran hasta la remoción por mal desempeño, el retiro voluntario o la jubilación, con lo cual se busca que la judicatura no siga ni los tiempos ni la composición de los otros dos poderes. Claro que esta regla formal se ve recurrentemente alterada por la dinámica real, de modo que, por diversos mecanismos -nombramientos luego del período de facto (Alfonsín), ampliación del número de integrantes (Menem) o remociones por juicios políticos (Kirchner)-, cada nuevo gobierno ha logrado conformar una mayoría afín.

³⁰ Como, por ejemplo, la constitución de organismos independientes o autónomos: por caso, la Auditoría General de la Nación (que ejerce el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos) o el Defensor del Pueblo (cuyo cometido es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración, así como también el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas).

es la de resolver determinados conflictos por sus propios medios: en nuestro campo, la especial respuesta consensuada es el encarcelamiento de una de las partes. Ciertamente no se trata de cualquier derecho, pues la noción de libertad —física, política, civil y comercial— es el transfondo de la constitución: la organización que ella implica y la cesión de poder realizada al efecto sería impensable sin la preexistencia de un sujeto libre. A su vez, la libertad constituye el supuesto necesario de casi todos los artículos que la componen, y es señalada en el preámbulo como la fuente de los beneficios que la norma tiende a asegurar. Bajo esta lógica, la posibilidad de conculcar ese derecho por la fuerza es, indudablemente, la cesión más relevante efectuada por los ciudadanos al estado. No es extraño en consecuencia que el ejercicio de semejante poder haya sido revestido de múltiples cláusulas de garantía en el propio texto fundamental, pactos incorporados y leyes derivadas. Así, pueden ir desgranándose algunos principios fundamentales del derecho penal argentino, los que por otra parte son, en sí mismos, imperativos legales³¹.

El primer principio que inmediatamente podemos derivar del orden democrático y el estado de derecho antes referido es el de culpabilidad. Como hemos dicho, la soberanía popular y la facultad de delegar poderes presupone el concepto de persona y, con él, el de responsabilidad. Superadas ya las estrechas objeciones formuladas por el determinismo mecanicista³², es claro que tanto la libertad como la eventual responsabilidad por los actos desarrollados en su ejercicio no son simples supuestos formales sino el adecuado

³¹ Vale aclarar que quedarán excluidos principios de gran importancia, como el de irretroactividad de la ley penal, las leyes desincriminatorias o más benignas, la retroactividad de la jurisprudencia, el principio de intrascendencia o el principio de prohibición de la doble punición, entre otros, por no guardar relación directa con la etapa de criminalización primaria. Para una revisión extensa del tema, Ferrajoli, *Derecho y razón –teoría del garantismo penal-*, Madrid, Trotta, 2001, ps. 34/38 y 93/94. En la exposición de los principios seguiremos a Zaffaroni, *Derecho penal...*, cit.

³² El cual pretendía aplicar su marco teórico -idóneo para otra porción de fenómenos- a la conducta humana: con ello negaba la existencia de aquello que, simplemente, no estaba preparado para encontrar. La sistémica -y, en las ciencias sociales, su vertiente cognitiva- es una buena demostración de que tal problema no era de orden sustancial sino de enfoque, lo que ha llevado a superar el mecanicismo o materialismo estrecho incluso en el campo de las ciencias "duras". Sobre este último punto, Prigogine, *El fin de las certidumbres*, Madrid, Taurus, 1997. Más cerca del derecho, la crítica de Sanz Morán, "Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena", en Díez Ripollés, *la ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo -Libro homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir-*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 153. En el mismo libro, un desplazamiento del tema del plano absoluto al plano procesal en concreto, en Vives Antón, "El principio de culpabilidad", p. 211.

reconocimiento de una facultad real y propia del ser humano³³. De allí que el derecho penal no pueda desconocer la condición de quien, en última instancia, le ha dado vida como mera herramienta puesta a su servicio³⁴. El principio de culpabilidad indica entonces que nadie puede ser declarado responsable de acciones prohibidas si no ha tenido la posibilidad tanto de prever el acontecer lesivo como de conocer la conminación penal existente y adecuar a ella su conducta en la circunstancia concreta³⁵.

³³ Libertad y responsabilidad no son principios eternos, universales e inmanentes, sino facultades generadas y depuradas por el ser humano a lo largo de su historia: ello no las hace menos reales o determinantes. Tal postulado no implica absolutización alguna, sino que, por el contrario, supone la necesaria existencia de condiciones de surgimiento y restricciones operativas. De allí que el derecho penal no tome la culpabilidad como un supuesto legal sino como un elemento del delito que cabe acreditar, de lo que se sigue que pudo o no haber existido en el caso concreto. Una exposición inicial del paradigma de la libertad individual desde la óptica penal, en Feuerbach, *Tratado de Derecho Penal*, Bs.As., Hammurabi, 1989.

³⁴ "La libertad de un ser humano normal para comportarse en una situación normal de una manera u otra y, por tanto, para comportarse también conforme a Derecho se asienta firmemente en nuestra realidad (que está constituida lingüísticamente y que es ineludible para cualquier función social vinculada al lenguaje) no como una mera ficción o una aserción normativa, sin como parte de la realidad social". Schünemann, "La culpabilidad: estado de la cuestión", en Schünemann y otros, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario de la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2000, p. 112. Sobre la necesidad de que el derecho reconozca a la persona como su propia condición de existencia y realización, Welzel, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Bs.As., B. de F., 2004, p. 214; Gracia Martín, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho Penal del enemigo'", en *RDJ*, 2005-1, p. 143.

³⁵ Este principio se deriva del artículo 19 de la C.N., también utilizado como fuente del principio de lesividad, al que luego nos referiremos. Ambos principios son "...igualmente ordenadores de una política constitucional de reducción y contención del poder punitivo, al excluirse tanto la mera causación de un resultado como la pura manifestación de la voluntad. Por la cancelación de cualquiera de ambos se viola el principio de reserva, pues sin el primero nadie puede saber cuándo su acción estará prohibida; y sin el segundo, queda como presupuesto de la punición sólo la infracción moral a la acción correcta... Estos desvíos se apartan de la consideración de los principios de culpabilidad y de lesividad como dos caras de una misma moneda, requeridos recíprocamente para orientar una teoría del delito en el marco del estado constitucional de derecho". Zaffaroni, *Derecho Penal...*, cit., p. 142. Por nuestra parte enfocamos la culpabilidad como un principio axial del derecho penal no sólo por limitar el poder punitivo, sino por su primordial función ordenadora: el eje puesto en el conflicto, en el resultado lesivo de un acto humano responsable. Sea por operar como límite básico, sea por sentar las bases legitimantes del sistema, lo cierto es que, según nuestra interpretación, esta racionalidad no puede ser equiparada a los postulados de la peligrosidad, cuya influencia sobre el preventivismo notase claramente en el siguiente pasaje de Maurach: "...el juicio sobre la peligrosidad es prognosis pura. El hecho y la culpabilidad pueden servir como indicios de una peligrosidad existente, mas no lo son necesariamente... De allí que el juicio sobre la peligrosidad no se refiera al hecho o a su autor, sino al ser

Otro principio fundamental es el de legalidad: el artículo 18 de la Constitución Argentina establece que ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, mientras que el 19 indica que ningún habitante podrá ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Trátase de los principios de legalidad y reserva, que constituyen dos manifestaciones de la misma garantía general de legalidad. Estas cláusulas indican que la única fuente productora de ley penal son los órganos habilitados, y en tanto aquélla sea fruto del procedimiento establecido por la propia constitución. Claro es que este principio no pretende afirmar que todo producto de tal actividad es, sólo por ello, ley penal mecánicamente aplicable: se trata más bien de un principio limitativo tendiente a descartar las normas generadas de otro modo por cualquiera de los poderes del estado³⁶.

El principio anterior no sólo supone la existencia de una ley sino que exige, tanto de ésta como de su interpretación, máxima taxatividad. Tanto la propia esencia del lenguaje como la falibilidad del legislador abren la posibilidad de que las normas soporten diversas interpretaciones. Sin embargo, aunque posibles, no todas tienen igual grado de validez a la luz de la estructura jurídica. De este modo queda prohibida para el ámbito penal la aplicación de la analogía *in malam partem*. Pero en un sentido más amplio, el principio de máxima taxatividad indica que, dentro del alcance semántico de los términos legales, deberá aplicarse la interpretación más limitativa de la criminalización³⁷.

humano. Básicamente, la peligrosidad puede ser admitida aún cuando no haya hechos punibles anteriores, en la medida que se den suficientes indicios de su existencia..." Y más adelante, "...frente al juicio de culpabilidad, relacionado con el hecho y dirigido al pasado, se ubica el juicio de probabilidad sobre la peligrosidad que representa el autor, que se relaciona con éste y se dirige hacia el futuro". Maurach, *Derecho penal -parte general-*, Bs.As., Astrea, 1994, ps. 81 y 82.

³⁶ Sobre este principio, Tozzini, "El principio de legalidad", en *El penalista liberal -Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología-*, Bs.As., Hammurabi, 2004, p. 258.

³⁷ El Derecho Penal provee mayor seguridad jurídica cuanto más discontinuo es el ejercicio del poder punitivo, extremo que también se refleja en el principio procesal *in dubio pro reo*. Esta interpretación restrictiva remite incluso al contexto social e histórico en el cual se generara la norma, de modo que no puede optarse por un criterio extensivo cuando, en su contexto de origen, no lo tuvo. Trátase también de una manifestación de los principios de buena fe y *pro homine*, que impide que el discurso penal invoque las disposiciones de la Constitución Nacional y los tratados para violar los límites del derecho penal de garantías.

Ahora bien, para configurar un delito no basta con una ley correctamente diagramada, formalmente sancionada y racionalmente interpretada: será necesario, y esto es fundamental, que la conducta sea lesiva. Conforme el primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Nacional, las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. De este modo no puede legitimarse una intervención punitiva cuando no media un conflicto, entendido como la afectación de la relación de disposición —por un individuo o un colectivo— de un bien jurídico total o parcialmente ajeno. El principio de lesividad se erige así como criterio limitador, lo cual impide la criminalización sin lagunas —carácter fragmentario de la respuesta penal—, excluyendo las afectaciones lejanas o hipotéticas —peligros abstractos o remotos— o aquéllas que resulten intrascendentes. Por el contrario, la herramienta debe reservarse para conductas especialmente lesivas y siempre que una solución tan extrema sea útil e imprescindible. El concepto de bien jurídico, ínsito en el principio de lesividad, influye también a la hora de crear delitos: las normas penales no pueden relevar bienes directamente de la realidad social, sin que ellos se encuentren contenidos en el texto constitucional³⁸.

Cumplido el principio anterior, es claro que la respuesta deberá mantener proporcionalidad mínima con la magnitud del derecho lesionado³⁹. Este

Este principio incide fundamentalmente en la etapa de creación de la norma, donde deben adoptarse los máximos recaudos para fijar las conductas, optando por los modelos de tipificación que permitan el mayor grado de concreción en lo que hace a la lesión o real puesta en peligro del bien jurídico y la estricta descripción de las conductas idóneas para alcanzar tal finalidad.

³⁸ En las restantes ramas del derecho, cualquier instancia -en la medida habilitada- puede reconocer o promover valores. Pero dado el extremo carácter de la herramienta punitiva, el legislador penal no puede ni crearlos ni recogerlos de otras normas de igual rango. Los bienes asociados a la respuesta penal son primero captados por el constituyente -quien los eleva así a la categoría de bienes jurídicos fundamentales- y, posteriormente, resignificados por el legislador penal cuando se trata de conductas especialmente lesivas. El legislador penal no sólo no puede crear otros bienes sino que, además, debe aplicar igual criterio restrictivo de modo de: a) establecer que se trata de afectaciones intolerables, b) descartar que el caso no puede ser solucionado con las normas ya existentes o por medios menos violentos, y c) que la respuesta penal tiene alguna utilidad o -puesto que puede argumentarse que ello es prácticamente indemostrable- asegurar que, cuanto menos, no agravará el problema.

³⁹ Sobre el punto, Urquiza Olaechea, "Principio de proporcionalidad", en Díez Ripollés, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo -Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir-*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 193.

principio impide aplicar una pena a conflictos de ínfima lesividad o de puro peligro. Cabe también descartar su empleo cuando la afectación de derechos que tal solución importa sea desproporcionada respecto de la lesividad del conflicto. Subsidiariamente obliga a graduar la pena conforme el grado de afectación, de modo de no equiparar el peligro, la tentativa o los actos preparatorios punibles con la lesión consumada. Este principio fuerza también la introducción de un orden general, de modo que, por ejemplo, las lesiones a la propiedad no tengan mayor pena que las lesiones a la vida⁴⁰.

A diferencia del comportamiento del legislador común, la prudencia y voluntad del constituyente se expresa pues con suma claridad en la estructura del sistema político y la función nuclear de las garantías constitucionales, que son, a no dudarlo, las que mejor contribuyen con el objetivo que, junto con las restantes ramas, persigue el derecho penal: la seguridad jurídica o, en otros términos, la necesidad práctica de asegurar condiciones óptimas de coexistencia. Así, crear delitos, aumentar sus penas o juzgar a un ciudadano es una de esas tareas delegadas que, por la entidad del derecho afectado, debe encararse siempre desde una óptica restrictiva⁴¹, máxime si tenemos en cuenta que este sistema es incapaz de dar solución definitiva al conflicto, sino que, a lo más, puede aspirar a contenerlo y suspenderlo⁴².

⁴⁰ Este parece ser, en realidad, el criterio rector, pues nada hay de proporción entre un hurto y un mes de privación de la libertad en una cárcel: se trata de series heterogéneas unidas por una dudosa convención. Sin embargo sí puede hablarse de una suerte de proporcionalidad en la respuesta programada para la afectación de los bienes jurídicos, conforme la graduación -relativa- derivada de la valoración social.

⁴¹ Tal óptica se deriva, justamente, de todo el conjunto de cláusulas de salvaguarda que, con esfuerzo, se han colocado tanto en las normas básicas como en las dictadas en consecuencia. Siguiendo a Larenz, "restrictivo" no se utiliza aquí en el sentido de mayor o menor apego a la voluntad real del legislador, sino en el de aquél que, en relación a otro posible, tiene un ámbito de aplicación más restringido. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 350.

⁴² El derecho contribuye con la meta común -la posibilidad a la libre realización de cada ser humano- promoviendo y asegurando el marco general para que ello así ocurra, preestableciendo -además- los modos y elementos de fondo que ayuden en la solución de conflictos que, en el desarrollo del objetivo principal, se susciten. La decisión de encarcelar a parte de sus miembros -en tanto que herramienta diferencial del derecho penal- surge de la necesidad general de asegurar la pacífica convivencia, dando así una respuesta concreta a los eventos sumamente graves que lesionan bienes jurídicos fundamentales. Empero, el encarcelamiento no repara el daño producido: por el lado tanto de los victimarios como de los posibles y futuros infractores, la pena de prisión no causa, en la implacable lógica de los grandes números, ningún efecto benéfico comprobado. De este modo la pena no resuelve el conflicto existente entre las partes sino que lo expropia, suspendiéndolo. Podríamos decir que tal

De ello se sigue que la constitución no fomenta en este plano el doble discurso de erigir instancias netamente garantistas que operen, por así decirlo, a contrapelo de las pulsiones represivas: en cada etapa cabe actualizar el espacio de garantías, de modo que la sanción advenga, en realidad, cual consecuencia indeseable pero, a la par, inevitable. En otras palabras, y en la lógica de la norma fundamental, las agencias legislativas, policiales, e incluso el ministerio público fiscal, no deben cumplir un rol criminalizador a ultranza⁴³, equilibradas por un poder judicial garantista —que es lo que de hecho ocurre en la mayoría de los casos—⁴⁴. En combinación con el rol amplificador que suelen cumplir los medios masivos de comunicación, tal dinámica lleva, la más de las veces, a la creación de un derecho penal simbólico de funestas consecuencias⁴⁵.

conclusión se deriva del propio criterio de demarcación del ámbito penal: en tanto selecciona los quebrantamientos más graves a las reglas de convivencia, implícitamente reconoce que se trata de los conflictos más difíciles de solucionar. Esta dificultad es directamente proporcional al incremento en la gravedad del conflicto. En un sentido similar, Binder, quien sostiene que atendiendo al carácter selectivo y no reparador de la justicia penal, ésta "...no soluciona ningún conflicto, su función consiste en 'redefinir' el conflicto en términos —en el mejor de los casos— más legítimos o más 'pacíficos' para una determinada sociedad". Binder, *Justicia penal y estado de derecho*, Bs.As., Ad-Hoc, 1993, p. 61.

⁴³ Tendencia que se confunde usualmente con el objetivo que tales agencias deberían cumplir. Por caso, suele decirse que la tarea policial es lograr la aprehensión que propicie la futura condena de un delincuente -lo cual es, en parte, cierto- pero ello sugiere -si no abiertamente, cuanto menos como realidad tolerada- el debilitamiento de las garantías procesales entendidas como obstáculo, o el sostenimiento de una postura persecutoria extrema, sin aval probatorio. Con el Ministerio Público ocurre algo parecido, pues su función de parte en el proceso como titular de la acción penal pública, suele ser entendida de manera extrema, al punto de darse por supuesto que el fiscal siempre debe inclinarse por expresar una pretensión acusatoria que lleve, en última instancia, a una condena: sin embargo el art. 120 de la Constitución Nacional establece que tal objetivo se supedita a su función principal, que es la de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

⁴⁴ El garantismo limitado al proceso penal no es algo novedoso, sino consustancial a los estados modernos: ampliado o reducido a su mínima expresión, tal enfoque ha sobrevivido en la mayoría de los países. El problema es que, precisamente, las garantías deben ser reconocidas en un procedimiento policial o en un expediente concreto, con lo cual también asistimos a la lamentable realidad de su aplicación diferencial, conforme la capacidad para esgrimirlos y obtener su reconocimiento. Aunque benéfico en los casos en que se aplica, ello no hace más que reforzar la tendencia selectiva, decantando los casos que sólo incidentalmente han sido criminalizados. Cabe por ello extender una misma concepción a la integralidad del proceso de criminalización, de modo de obtener un comportamiento general más homogéneo y coherente.

⁴⁵ Lo cual ocurre al relacionar la norma penal con los problemas de seguridad, de modo de generar la expectativa de que crear nuevos delitos y aumentar las penas harán disminuir

3. Pragmática constitucional y derecho penal

Habrà notado el lector que hemos iniciado la exposici3n de principios constitucionales con la culpabilidad, toda vez que ésta representa la clave de bóveda del sistema, en t3rminos constructivos y generativos. Sin embargo hubimos de anotar otro principio, el de lesividad, como piedra de toque, como punto de anclaje ya no generativo sino ordenador del funcionamiento concreto del sistema penal, en tanto que instrumento morigerador de un conflicto entre partes, tal como ocurre en las restantes ramas del derecho⁴⁶.

Así, la selecci3n de este principio como criterio ordenador no responde sólo a una convicci3n te3rica sino, ademàs, metodol3gica: el criterio de lesividad nos confiere una atalaya óptima para adentrarse en los mecanismos prácticos que regulan tanto el reconocimiento de bienes jurídicos —o creaci3n, según la postura⁴⁷— como su control —intra y extranormativo—, lo cual permite observar la dinàmica real del sistema sin abandonar el plano legal, elemento éste nuclear del saber jurídico.

la cantidad e intensidad de los conflictos. Se ignora así la propia naturaleza conflictiva del proceso criminalizador y de su siempre inacabado proyecto: " ...resulta importante la comprobaci3n de que, en principio, el comportamiento criminal no aparece frente al Derecho Penal como un objeto previo, sino que tal objeto proviene de un procedimiento de selecci3n al que también pertenece la manipulaci3n te3rica y práctica del Derecho Penal. En este sentido es posible afirmar que el Derecho Penal produce el delito contra el cual él mismo se dirige. Esta circunstancia relativiza desde el principio la pretensi3n que a él le corresponde. No es precisamente su funci3n la de eliminar del mundo, tanto como sea posible, la criminalidad 'en sí', sino la de establecer un mayor grado de justicia. Esto se realiza a través de un múltiple proceso social de selecci3n de comportamientos que se desvalorizan como criminales y que se sancionan realmente en un número limitado de casos". Stratenwerth, *Derecho Penal, Parte General, I- El hecho punible*, Madrid, Edersa, 1982, p. 8.

⁴⁶ El orden de exposici3n pretendió evocar, de algùn modo, el esquema constructivo mismo de la organizaci3n política. Si los principios, más que por su pauta de construcci3n, se abordaran desde la óptica *ex post*, esto es, desde la aplicaci3n del sistema jurídico, el orden debe cabiar: sumariamente, desde el conflicto hacia la responsabilidad.

⁴⁷ A nuestro criterio el valor social no puede agotarse en la mera enunciaci3n legal: cosa difícil es, por ejemplo, que los legisladores tipifiquen el homicidio sin estar vivos. Puede considerarse sin embargo que lo que preexiste es el ente mismo, mas no su valoraci3n, la cual puede ser creada por el derecho; sin embargo no se ha asistido aún a tal grado de alucinaci3n legislativa, por lo que parece más prudente quedarse con lo indicado por la abrumadora mayoría de casos, en punto a que tanto el objeto como su valoraci3n social preexisten a la norma. Ahora bien, el hecho de que el valor sea generado socialmente no implica una actitud pasiva por parte de la esfera jurídica. Y es que el derecho, al tomar algunas conductas vinculadas con un objeto de estima social para asignarles determinadas consecuencias, lo resignifica o revaloriza, al comprometer el poder público como máximo

3.1. Bien jurídico y criminalización primaria

Como hemos visto al inicio, la caracterización teórica del derecho penal no sólo reposa en la gravedad del ataque sino en la relevancia del bien jurídico: éste debe alcanzar la característica de indispensable para la vida en sociedad. Ahora bien, y tratándose por definición de valores positivos que pretenden regir *erga omnes*, parece lógico que un sistema sano y racionalmente orientado permita el relevamiento de bienes en cualquier instancia de la estructura jurídica. El problema es que este razonamiento también se aplica, sin medias tintas, en el terreno represivo, al asignarle una función tutelar que su especial respuesta —esto es, el encierro carcelario—, no puede cumplir. Con ello el concepto operativo de “seguridad jurídica” se ve reemplazado por el criterio sustancialista y valorativo de “bien jurídico”⁴⁸.

Sobre este último tópico, la constitución no limita los bienes jurídicos a los expresamente reconocidos, ya que estos no deben ser entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, que nacen “...del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”⁴⁹. Será entonces el Congreso el que, en ejercicio del poder delegado, deba proveer a la tutela amplia de los derechos explícita e implícitamente reconocidos en

respaldo ejecutivo al que puede aspirarse. Vemos entonces que la potestad legislativa no puede agotar lo social, pero tampoco se encuentra fuera: su tarea constituye una parte significativa del valor, al adicionarle consecuencias que, previo a su intervención, no existían.

⁴⁸ Todas las ramas del derecho pretenden proveer seguridad jurídica, en punto a asegurar al ciudadano una respuesta estatal predeterminada frente a una situación de conflicto: se trata, pues, de una declaración operativa, donde se resalta el procedimiento de respuesta más que el sentido de la respuesta misma. Aunque las ramas del derecho aspiran a brindar seguridad jurídica, todas -salvo el derecho penal- hacen confluir dicho objetivo con la tutela de bienes. La seguridad jurídica está puesta en función de preservar la sustancia -los valores o bienes jurídicos-. El derecho penal, en cambio, no puede reforzar ninguna situación de tutela, pues la pena no cumple funciones reparadoras o compensatorias: su objetivo es, derechamente, la seguridad jurídica, como forma de respuesta preestablecida que evite el ejercicio privado de violencia. Este es el valor ubicado en la base del sistema penal, pero no se trata, claro está, del bien jurídico relevado en el delito: este, como hemos dicho, es una condición de realización, un factor acotante expresado por el principio de lesividad.

⁴⁹ art. 33 C.N. Se observa aquí que aunque la enunciación sea amplia, el texto reconoce que la fuente de los derechos implícitos no es la mera creación legislativa, sino los sujetos soberanos y la organización política que ellos han conformado, delineando así dos grandes grupos de bienes -individuales y comunitarios-. Ambos grupos no se encuentran en pie de igualdad, pues la constitución reconoce expresamente el principio de soberanía popular (art. 37), siendo el gobierno un poder derivado que actúa en su representación (art. 1).

la Constitución⁵⁰. Como vemos la estructura admite el reconocimiento jurídico de bienes sociales en el desempeño normal de los poderes constituidos, bajo la forma de una ley⁵¹. Mas cabe recordar que el soberano ha declarado su imperio al postularse expresamente como única fuente de poder, aunque sólo consigne los bienes fundamentales con el fin de evitar la transformación de la norma básica en un compendio de códigos⁵², tarea derivada que es propia, justamente, del poder delegado⁵³.

En el terreno penal, sin embargo, la propia estructura del texto nos indica otra exégesis. Y es que, junto a las declaraciones y los derechos⁵⁴, la

⁵⁰ En el preámbulo de la norma fundamental, el constituyente declara -entre otros- el objeto de "... promover el bienestar general..." Este lenguaje promocional se manifiesta claramente al referirse aquél a los derechos, que no a las declaraciones y garantías que completan la primera parte. A modo de ejemplo, el artículo 14: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender." Sobre los intereses difusos, Monti, *Los intereses difusos y su protección jurisdiccional*, Bs.As., Ad-Hoc, 2005.

⁵¹ En punto al órgano y mecanismos facultados para tutelar bienes mediante la sanción de leyes, arts. 44 y 77 y sgs., C.N.

⁵² Esto no sólo por cuestiones materiales sino de orden del sistema, pues lo que resulta excluyente nunca puede ser todo, de modo que la arquitectura constitucional es, en sí misma, una exposición de un determinado orden de valores, figurando en la cúspide sólo los más importantes. Descender en el orden de valores implica también un aumento geométrico del grado de precisión, por lo cual pasar de un texto simple a uno harto complejo puede no representar gran ganancia. De otro lado la constitución representa una prenda de acuerdo, por lo que suele contener aquellos programas realizables, lo cual no ocurre a medida que se desciende en el orden normativo: en otras palabras, su inclusión en la norma fundamental la condenaría a su incumplimiento, con el consecuente riesgo para la paz interior.

⁵³ Puesto que se refiere a los derechos contenidos en la parte declarativa del texto constitucional, no es de extrañar que, en su parte operativa, se recoja esta pretensión de tutela amplia. Esta se observa incluso en la redacción dada a las atribuciones del Congreso, cuando éstas refieren a tales derechos: en estos casos la forma es proactiva, utilizando la palabra "promover" o "proveer", entre otros -a modo de ejemplo, los incisos 18, 19, 23 y 24 del artículo 75-.

⁵⁴ La norma fundamental argentina se divide en una primera parte que contiene las declaraciones, derechos y garantías, y una segunda, destinada a regular la forma de gobierno representativa, republicana y federal. Las "declaraciones" corresponden a la enunciación de los principios generativos y ordenadores del sistema -la forma de gobierno (art. 1), la sede del gobierno federal (art. 3), la conformación de la hacienda y gastos nacionales (arts. 4 y 9), las atribuciones y relación con las provincias (arts. 5 a 8 y 10 a 13), la inadmisibilidad de las prerrogativas de sangre, nacimiento, fueros personales o títulos de nobleza (art. 16), declaración de estado de sitio (art. 23), la promoción de relaciones internacionales (art. 27),

constitución también enuncia las garantías o cláusulas de reserva de los ciudadanos, cuya finalidad es limitar las atribuciones conferidas a los poderes delegados o, lo que es lo mismo, demarcar aquellos ámbitos de soberanía que no han sido cedidos⁵⁵.

El texto constitucional parece atender así a las dos caras de la acumulación de poder. Por un lado, se reconoce su enorme potencial transformador, en punto a operar el control y reordenamiento de facciones y fuerzas individuales en pos de un objetivo común, consistente en "...constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad...", como reza el preámbulo. En éste aspecto el poder es concebido y operado como promotor y reasegurador de la igualdad de oportunidades, como fuerza positiva dirigida a evitar la dominación de unos sobre otros y fomentar el bienestar común⁵⁶. Pero la Constitución también advierte, de la

el sistema de reforma de la constitución (art. 30), el reconocimiento de la estructura jerárquica de las normas (art. 31)- junto a otros temas accesorios -posición del gobierno frente al culto (art. 2), el fomento de la inmigración (art. 25), los nombres oficiales (art. 35). Algunos de los nuevos derechos y garantías (Cap.II), pese a su nombre, son también declaraciones: tal la contenida en el primer párrafo del art. 36 (supervivencia de la vigencia de la constitución ante una interrupción forzada) y la del primer párrafo del 38 (los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático). Los derechos refieren en cambio a las potestades de las personas o conjunto de personas *erga omnes*: el concepto de "derechos", aplicable estrictamente en algunos casos (por ej., arts. 14, 14bis, 20 y 26, entre muchos otros) es más abarcativo, y comprende a las garantías y declaraciones. Sobre las distintas acepciones de la palabra "derechos" en el texto constitucional, Nino, *Fundamentos de derecho constitucional -análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional-*, Bs. As., Astrea, 1992, p. 216.

⁵⁵ Para referirse a los derechos, la constitución emplea un lenguaje promocional, por ejemplo "...usar y disponer..." de la propiedad (art. 14). Pero veamos el mismo derecho de propiedad en el artículo 17, enfocado ahora como garantía: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie". En este caso no se enuncia el derecho y se declara su promoción mediante leyes que no lo desvirtúan, sino que, muy por el contrario, aquí se traza un claro límite y se enumeran pormenorizadamente los mecanismos de excepción a los cuales cabrá recurrir para franquearlo.

⁵⁶ Clara expresión de este principio es la declaración del artículo 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni

otra mano, la capacidad represiva del poder y su potencial tendencia hegemónica, lo cual lleva al esquema de contención y equilibrio ínsito en el sistema de gobierno, la enunciación de reservas e, incluso, el reconocimiento expreso del derecho de resistencia⁵⁷. Si en el primer caso el supuesto es la desconfianza entre los propios ciudadanos —concretamente, entre los que tienen más o menos poder—, el segundo prurito apunta a quien ha sido investido como árbitro, administrador y promotor de los intereses del conjunto social. Esta doble faceta explica por qué las garantías, siendo también derechos, han recibido en el texto un tratamiento bien diferente⁵⁸.

títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

⁵⁷ El derecho de resistencia, expresamente en el art. 36 C.N.

⁵⁸ Esta tendencia a registrar la materia penal como cláusulas de garantía se remonta al origen del proceso revolucionario argentino, aflorando en la amplia mayoría de los intentos por generar una norma básica que represente la unidad nacional, alcanzada, como antes dijéramos luego de un dilatado período de luchas intestinas. Por ejemplo, ya el artículo 9no. de la Sección 2da. del "Reglamento de División de Poderes", emitido por la Junta Conservadora de Gobierno de 1811 disponía que el poder ejecutivo no podía tener arrestado a ningún individuo, en ningún caso, más que 48 horas, dentro de cuyo término debería remitirlo al juez competente, con lo que se hubiere obrado. La infracción de éste artículo era considerada como un atentado contra la libertad de los ciudadanos, habilitando a cualquiera a elevar su queja a la Junta Conservadora. También preveía el reglamento la independencia del poder judicial, el cual -según el art. 3ro. de la Sección 3ra.- era responsable "...del menor atentado, que cometa en la substancia, ó en el modo contra la libertad, y seguridad de los súbditos". La fuente de inspiración revolucionaria, republicana y contractualista se manifestaba también en los comentarios del reglamento, el que tenía como objetivo "...poner los cimientos de una constitución liberal, y equitativa, que perfeccionada por el futuro congreso labre la felicidad de la nación, afianzando la libertad justa del ciudadano, y poniendo trabas a la arbitrariedad de los depositarios del poder". Esta tendencia hacia el sistema contractualista y de división de poderes se mantuvo en el "Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado", dictado por la Junta de Observación el 5 de mayo de 1815. El estatuto redujo el lapso de detención a 24 horas, tras lo cual la persona debía ser puesta a disposición del juez independiente (Sec.III, Cap.II, Art.II), enumerando en la séptima sección diversas garantías en la materia: el debido proceso legal, la regulación de la prisión preventiva y la incomunicación, las características de los organismos carcelarios con derecho a la indemnización en caso de maltrato o abuso, las sanciones a los funcionarios que privasen ilegalmente de libertad a una persona y el derecho de los habitantes a resistir con la fuerza la detención o embargo de bienes intentados fuera del orden y formas legales. Cevasco, *Encubrimiento y lavado de dinero*, Bs.As., Di Plácido, 2002, ps. 67 y sgs. La influencia de este decreto en el Estatuto Provisional de 1815, en el Reglamento Provisional de 1817, en el proyecto de Constitución de 1819, en la Constitución de 1826 y en el proyecto que llevara a la Constitución de 1853, en Bunge Campos, "El decreto de seguridad individual de 1811", en Edmundo Hendler (compilador), *Las garantías penales y procesales -enfoque histórico comparado-*, Bs.As., Del Puerto, 2001, ps. 19 y sgs..

Cabe retener entonces que los actos de promoción amplia de la tutela legal de bienes —derechos, en el lenguaje de la Constitución— opera en todas los campos del ordenamiento jurídico, mas no en el represivo⁵⁹: tanto por el horizonte histórico de surgimiento como por el texto concreto de la norma, el concepto de bien jurídico penal representa una cláusula restrictiva y no habilitante⁶⁰. Así, el hecho que la Constitución reconozca ciertos bienes — expresa e implícitamente— ni fundamenta el uso de la herramienta represiva ni obliga al legislador a transformar en delito las agresiones más graves que contra ellos se dirijan⁶¹. Ello no quita mérito a que el constituyente haya condensado los valores relevantes para la vida en sociedad; empero, y siguiendo con el criterio restrictivo que en esta materia delinea la carta fundamental, es claro que tal enumeración no justifica sino que limita la creatividad del legislador ordinario, de modo de impedir la sanción de delitos que afecten otros bienes jurídicos, aún cuando estos puedan deducirse implícitamente de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. El carácter subsidiario del derecho penal no apunta así a un eventual refuerzo de la tutela, sino al límite fijado por aquellos bienes que, por estar expresamente

⁵⁹ Al Congreso le cabe sancionar, bajo forma de ley, los Códigos Civil, Comercial, de Minería, del Trabajo y Seguridad Social y, en lo que nos importa, el Penal (art. 75, inc.12, C.N.). Empero, y como hemos dicho, esta enumeración conjunta pasa por alto la naturaleza diferencial de la solución penal, cuanto menos si se interrogan las diferentes materias desde el punto de vista de las garantías constitucionales. Una vehemente defensa de la tesis contraria, en pos de legitimar el “derecho moderno” en el seno de un estado de derecho que trasciende la concepción liberal, en Gracia Martín, “¿Qué es modernización del derecho penal?”, en Diez Ripollés y otros (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo -libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir-*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 349.

⁶⁰ La idea de lesividad como criterio limitante, opuesto a la idea de tutela de bienes jurídicos, es propia de la Ilustración del siglo XVIII, y reconoce en la materia una clara línea de desarrollo, a principios del siglo siguiente, en Feuerbach, Birnbaum y Von Liszt. Según Maier tal función acotante cedió paso a la legitimadora, hasta transformarse en “... el último y más acabado ensayo teórico de aquello que los abolicionistas expresan con las palabras *expropiación del conflicto*, en tanto, al objetivar a la víctima y abstraer el objeto de la lesión, transforman un conflicto social entre protagonistas reales, en un conflicto con el Estado por la desobediencia a sus normas: la víctima real, según se observa, está ausente, despersonalizada y, en principio, carece de todo poder en el sistema; sintéticamente: no interesa”. Maier, “Dogmática penal y víctima del hecho punible”, en *Teorías actuales... cit.*, p. 344.

⁶¹ “Tenemos opinión segura de que la ley penal no está constitucionalmente obligada a incriminar ninguna conducta, ni a deparar tutela penal a ningún bien jurídico, salvo en los casos de los delitos que —aun sin establecer la sanción penal— están tipificados en la constitución”. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Bs.As., Ediar, 1993, T.I, p. 653.

reconocidos en la constitución, son la base de las diversas ramas del derecho⁶².

Ahora bien, puesto que transducir un valor social a norma jurídica implica ausencia de identidad —de modo que la segunda no puede reproducir al primero, sino representarlo o evocarlo en alguna de sus dimensiones—, cabe prestar entonces suma atención a los mecanismos previstos para controlar la fidelidad de aquella tarea, conforme las líneas directrices que ordenan el sistema legal: éste, cabe recordar, responde a una estructura piramidal⁶³ que no puede ser alterada sino retomando el poder soberano, cuya forma de manifestación —al no ser fundacional— se encuentra a su vez regulada en la propia constitución⁶⁴.

En este sentido, es claro que una visión acotante no parece condecirse con una cláusula de reconocimiento conferida al legislador ordinario, a simple mayoría: el ejercicio de poder represivo —siempre problemático— se habilitaría aquí con el mínimo de consenso. Por el contrario, la racionalidad que subyace en el texto constitucional bien lleva a reclamar que tan importante tarea de resignificación ocurra en la cúspide del sistema, de modo de asegurar que la respuesta penal se inserte en el mundo legal conforme la importancia declamada, pues el acto fundante implica el punto de máxima resolución de las fuerzas sociales, el cual tiende a hacerse más laxo en la dinámica cotidiana de gobierno⁶⁵. De hecho, no otra cosa ocurre con la tipificación de delitos en

⁶² La configuración fragmentaria y la condición de *ultima ratio* del derecho penal representa la medida en la cual los ciudadanos han renunciado a la autotutela, la cual es limitada en el caso en que la solución del conflicto prevea la privación de la libertad, y más amplia cuando sólo comprometa el patrimonio.

⁶³ Sobre las condiciones generales de ésta clase de sistemas, Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Bs.As., EudeBa, 1994, en especial el cap. IX —La estructura jerárquica del orden jurídico—, p. 135 y sgs. Ejemplo de reconocimiento de órdenes lógicos dentro del sistema normativo, el art. 28 de la C.N.: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

⁶⁴ La constitución puede ser reformada en todo o en parte, pero a condición de que su necesidad sea declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes de sus miembros, y llevada adelante por una convención convocada al efecto (art. 30). Los principios, garantías y derechos reconocidos en sus artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28), siendo que la propia constitución y los tratados incorporados —leyes supremas— así como las que en consecuencia dicte el Congreso —leyes de la nación— son obligatorias también para las autoridades provinciales (art. 31).

⁶⁵ Por las mismas razones, luce inapropiado que quien remite el momento de reconocimiento a la norma fundamental, también faculte al constituyente a inventar valores: con ello se promovería la máxima amplitud en el marco de un acto que, conforme lo visto, apunta a

la propia constitución y el tratamiento de las garantías, las cuales, como hemos visto, se caracterizan por excluir el uso —natural y expansivo— del poder delegado, trazando detallados procedimientos de conculcación legal, fórmula opuesta a la empleada para regular los derechos⁶⁶. Para ambas formas es claro entonces que ningún sentido tendría la descripción de bienes jurídico-penales, pues estos son una parte importante pero no la esencia del delito, ubicada en la lesividad de la conducta; en consecuencia, el desarrollo de un programa penal exhaustivo y fiel al criterio restrictivo de los constituyentes demandaba la inclusión de todos los tipos delictivos —en otras palabras, la incorporación a la Constitución del código penal—, lo cual se oponía a la propia arquitectura y concepción filosófica de la norma⁶⁷.

la contención mínima de un conjunto de fuerzas que le preexisten. No es casual entonces que tanto las constituciones como el concepto de bien jurídico -surgidos ambos del ideal iluminista- se proyecten sobre un transfondo liberal, cuya lógica suprema es la subordinación del poder delegado al real. Leída la cuestión desde el problema que nos ocupa, el estado gendarme representaría el más cabal reconocimiento de la preexistencia de factores sociales externos, que son los que le insuflaran su inicial contenido pasivo y arbitral.

⁶⁶ Obsérvese con qué lujo de detalle regula el artículo 18 el procedimiento necesario para conculcar la libertad de un ciudadano y el tratamiento al que cabe someterlo: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

⁶⁷ Nótese sin embargo que cuando ha decidido señalar aspectos penales sumamente trascendentes, lo ha hecho bajo la forma de verdaderas figuras delictivas, complementadas luego en el CPA. Así en el artículo 15, cuando dispone que todo "...contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice". El art. 22: "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición". También en el 29: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincias, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que los formulen, consentan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria". En el mismo sentido, en el art. 36: "Esta

Sin embargo esta entendible y compartida objeción no impide alcanzar igual grado de resolución de las fuerzas sociales —y, con ello, similares efectos acotantes— en el funcionamiento normal de poder delegado, para lo cual basta con un mecanismo que, sin ser tan engorroso, recree las mismas constricciones fijadas para la reunión de una convención constituyente: en concreto, una mayoría especial para el dictado de leyes penales, que comprenda el voto de las dos terceras partes de los miembros del Congreso⁶⁸. De hecho el mecanismo existe ya en la constitución respecto de las leyes modificatorias del régimen electoral y de partidos políticos —estos últimos, mediadores necesarios en la delegación de poder⁶⁹—, para las cuales se exige mayoría absoluta del total de miembros de ambas Cámaras⁷⁰.

Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este Artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos". Finalmente, el delito de traición conforme el art. 119: "La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro". Sobre algunos de estos delitos, Gómez, *RDDP*, Año V, 1949, Ira. Sec., p. 9.

⁶⁸ Además de inclinarse por la generación de una teoría específica sobre la legislación penal, la necesidad de contar con un mecanismo material de restricción conforme la cantidad calificada de votos en Díez Ripollés, "La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", en *VV.AA., Teorías actuales en el derecho penal*, Bs.As., Ad-Hoc, 1998, p. 449.

⁶⁹ Puede entenderse que el régimen electoral hace directamente a la manifestación del poder originario, pero el régimen de los partidos políticos, aunque vinculado con aquella manifestación, tiende directamente al resguardo del *status quo* de estas estructuras de mediación -distintas al ciudadano portador de poder originario- que son las que, en lo medular, ejercen el poder delegado.

⁷⁰ El *status* diferencial de esta materia se expresa en el segundo párrafo del art. 77. Llamativo es que este párrafo no formó parte de la redacción original del texto constitucional, sino que fue agregado por ley 24.430 (B.O. 10/01/1995), compuesta de cuatro artículos: el primero, que ordena la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994), transcrita en el propio artículo; los artículos 3 y 4, dedicados a cuestiones de forma; y el segundo, que es el que nos importa. Este dice literalmente: "El texto transcrito en el artículo 1ro. de la presente ley incluye todas las disposiciones constitucionales sancionadas por la Convención Nacional Constituyente reunida en las ciudades de Santa Fe y Paraná en el año 1994,

Además de ello, cabe recordar que la mayoría calificada, como mecanismo en sí, tampoco es novedoso: el artículo 81 establece que ningún proyecto desechado totalmente por una de las Cámaras —diputados o senadores— podrá repetirse en la sesiones de aquel año. Similar inteligencia aflora en la segunda parte del artículo, respecto de las adiciones o correcciones efectuadas por la Cámara revisora, controversia que se resuelve, según el caso, acudiendo al voto de las dos terceras partes de los presentes⁷¹. El mecanismo de búsqueda de consensos especiales se manifiesta incluso en mayor medida en aquellos proyectos desechados en todo o en parte por el Poder Ejecutivo, los cuales, para su promulgación obligatoria, reclaman mayoría de dos tercios de votos de ambas cámaras⁷². Los ejemplos demuestran entonces que el constituyente ha seleccionado determinados casos para apartarlos del trámite normal por mayoría bicameral y aprobación del Poder Ejecutivo⁷³, en razón del valor asignado a determinadas manifestaciones de voluntad de los representantes, en estos casos, por su entidad numérica⁷⁴.

comprendiendo como artículo 77, segunda parte, la aprobada en la sesión del primero de agosto de 1994 que expresa: "*Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras*"."

⁷¹ "...Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora".

⁷² Art. 83: "Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen; ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por sí o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las Cámaras difieren sobre las objeticones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año".

⁷³ Descripto, en lo medular, en el art. 78: "Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa el Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley".

⁷⁴ El mecanismo de mayoría especial se repite en otros temas sensibles. Así, la atribución conferida a la Cámara de Diputados de ejercer el derecho de acusar ante el Senado al

Las dos formas de mecanismos calificados —en razón de la materia o de la composición del voto de quienes intervienen en el proceso de creación de una ley— revelan que la Constitución no opera sólo en función de la voluntad mayoritaria sino mediante la distribución republicana de poder, de modo de resguardar también el derecho de las minorías y obstaculizar la conculcación de garantías esenciales. En el trámite de una ley, la fragmentación se produce merced a la representación nacional —diputados— y provincial —senadores— que ejercen los legisladores reunidos en el Congreso Nacional, la cual se amplifica con la intervención del presidente —como jefe unipersonal del Poder Ejecutivo—, elegido, al igual que los diputados, por el conjunto de la ciudadanía. Como se observa, mayores niveles de consenso no implican sólo una forma práctica de superar trámites empantanados, sino que expresan la lógica profunda de una constitución entendida como carta de garantías del ciudadano frente al poder delegado, de modo de evitar la tiranía⁷⁵.

presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado hacer lugar a la formación de causa por la mayoría de dos tercias partes de sus miembros presentes (art. 53); la facultad complementaria concedida al Senado de juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, para cuya declaración de culpabilidad se requerirá la mayoría de los dos tercios de los miembros presentes (art. 59); la facultad acordada a ambas cámaras de corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de funciones, removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación y hasta excluirlo de su seno, para lo cual se requieren dos tercios de votos (art. 66); también el voto de dos tercios para suspender en sus funciones al acusado por querrela judicial y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento (art. 70).

⁷⁵ Esta lógica, y los mecanismos restrictivos y de control que ella implica, afloran en otros temas cruciales incluidos en la Constitución: así por ejemplo el art. 29, cuando prohíbe que el poder legislativo ceda al ejecutivo facultades extraordinarias o la suma del poder público, u otorgarle sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna, disponiendo que los actos de esa naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que los formulen, consentan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria. En un sentido similar el inciso 3ro. del art. 99, cuando establece que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir decretos de necesidad y urgencia en materia penal, prohibición que sólo se extiende, además, a las materias tributaria, electoral y al régimen de los partidos políticos. Más próximo a nuestra materia, el artículo 43, el cual prevé un trámite excepcional y especialmente abreviado - *habeas corpus*-, aún dentro de un precepto destinado al amparo de todos los derechos y garantías reconocidos por la constitución: así, cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma

Nada impide pues que el mecanismo se aplique en materia penal: con ello se tendería hacia el máximo consenso en un tema que el constituyente había declarado como extremadamente sensible a los derechos del hombre y la organización política de la nación, cuyo inacabado proyecto se debió más a una cuestión de forma que de fondo.

3.2. Lesividad y criminalización secundaria

Hasta aquí hemos visto que un enfoque que busque limitar la imaginación del legislador penal parece tener mayores posibilidades de éxito si postula que la sanción de delitos no es equiparable a las restantes actividades propias del parlamento, esto es, que requiere de una masa crítica similar a la convocatoria del poder constituyente o al dictado de las leyes modificatorias del régimen electoral y de partidos políticos: la mayor restricción se obtiene, pues, habilitando poder represivo sólo en la cúspide del sistema organizacional implementado por la Constitución.

Ahora bien, y además del grado de consenso, existe otro mecanismo tendiente a asegurar la fidelidad de la transducción del plano real al normativo: el programa constitucional establece un nuevo momento crítico en la instancia de control jurisdiccional, en punto a fulminar el precepto cuando el relevamiento del valor haya sido sustancial o formalmente irracional. Se trata de un mecanismo de control que opera en el mismo nivel lógico empleado para crear un delito, pues tanto el legislador como el magistrado deberán verificar, cada uno en su momento, que el precepto respete la estructura de orden plasmada en la constitución (contenidos, pautas operativas y mecanismos de articulación con la realidad). Aunque cambie el sujeto perceptivo, síguese hablando aquí de bien jurídico penal: existe pues una idéntica base conceptual, lo cual hace de este un neto mecanismo de control republicano, mediante la división de poderes sobre una misma materia⁷⁶.

o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio.

⁷⁶ Lo cual también ocurre desde la óptica del parlamento, y las garantías de sus miembros frente al accionar judicial: el art. 68 impide que aquéllos puedan ser acusados, interrogados judicialmente o molestados por las opiniones o discursos emitidos en el desempeño de su mandato; el art. 69 impide sus arrestos durante su mandato, excepto en caso de flagrancia, de lo que deberá darse cuenta a la Cámara respectiva; el art. 70, cuando reclama el voto de dos tercios para poner al acusado a disposición del juez competente para su juzgamiento.

Pero existe otro mecanismo de control de suma importancia, el cual expone a las claras la indeclinable voluntad del constituyente de que la norma cumpla una finalidad operativa respecto de la realidad. El nuevo mecanismo abandona el plano abstracto y genérico a que antes hiciéramos referencia, para hacer base en los casos concretos. Esta nueva faceta consiste en descartar los eventos que no sean lesivos: tal el sentido primario empleado por el constituyente, al supeditar el ejercicio de poder represivo a la real existencia de un conflicto provocado por el accionar humano en exceso del ámbito de reserva (art. 19). Desde esta nueva dimensión el órgano jurisdiccional interpreta la manda del legislador apelando a las trazas dejadas por el conflicto en el mundo: bien jurídico es, ahora, lesividad u ofensividad como efecto real, materialmente verificable mediante un procedimiento de indagación por parte de un observador imparcial, que actúa conforme las pretensiones de las partes en conflicto⁷⁷.

Vemos entonces que, desde una óptica republicana, el constituyente dividió la facultad de reprimir entre dos poderes del estado: uno aplica la norma que otro crea. Ahora bien, la pauta de funcionamiento del Poder Judicial difiere radicalmente de la dinámica del Parlamento. En el sistema republicano, y además de administrar justicia entre partes en conflicto, el Juez es la última garantía del ciudadano frente a los poderes del estado. Esta racionalidad, como no podía ser de otro modo, se plasma en los aspectos prácticos y dinámicos de la administración de justicia: nos referimos a la garantía del juez natural y al absoluto señorío que este tiene sobre las decisiones que adopta⁷⁸. Si bien el Poder Judicial también reconoce una estructura piramidal, aunque colegiada, esta responde a la necesidad de corregir temperamentos errados, de modo de obtener un mayor reaseguro de los derechos del ciudadano mediante la instauración de, cuanto menos, una doble instancia recursiva.

De este modo, el programa constitucional desaconseja que las instancias superiores abandonen este rol derivado y correctivo para erigirse en nodos

⁷⁷ La garantía de juicio previo, de no declarar contra sí mismo, de inmunidad al arresto sin orden de autoridad competente, inviolabilidad de defensa en juicio y otros derechos, en el art. 18.

⁷⁸ El principio de juez natural, en el art. 18 de la C.N., los arts. 1ro., 18 y sgs. del C.P.P. y en los precisos y restrictivos mecanismos de inhibición y recusación de los arts. 55 y sgs. del C.P.P. El Poder Judicial como órgano pluripersonal, representado por todos los magistrados conforme su instancia, en el art. 108.

de concentración de poder: la organización federal y republicana de gobierno no sólo se aplica entre poderes, sino hacia el interior de ellos. En otras palabras, la esencia del poder judicial es la figura del juez, como sujeto independiente⁷⁹, lo cual nos lleva, como de hecho ocurre, a que su óptimo de funcionamiento se adquiera en función de la dispersión y no de la concentración jerárquica, la que sólo debe actuar como correctivo para cada caso concreto⁸⁰.

Así las cosas, la misma fuerza constrictora que ubica el acto de habilitación en la cúspide de la labor parlamentaria es la que fija el óptimo de control en la base del sistema jurisdiccional. Es claro entonces que el programa constitucional se cumple adecuadamente mediante el esquema de control difuso, ejercido por cualquiera de los magistrados ante la simple constatación de la falta de adecuación de un precepto a los dictados de la norma fundamental⁸¹. Este es, de hecho, el único nivel en el que puede cumplirse con el segundo mecanismo de resguardo, cual es la verificación material de lesividad en el caso concreto. No es extraño que ambas funciones se concentren en el mismo sujeto, pues se trata de dos caras de la misma moneda: para la Constitución Argentina, bien jurídico penal no es un concepto habilitante, sino la expresión abstracta del principio de lesividad, ambos regidos por el mismo criterio restrictivo.

⁷⁹ Entre otros mecanismos que aseguran su independencia de los magistrados: la conservación de sus cargos mientras dure su buena conducta y la intangibilidad de sus salarios (art. 110), el sistema colegiado de nombramiento (art. 114), los estrictos mecanismos de remoción (art. 115).

⁸⁰ Ejemplo de este espíritu es la instauración del juicio por jurados, que implica sumar a la figura del juez garante del procedimiento la del juzgamiento por pares, no elegidos ni dependientes de alguno de los poderes estatuidos (arts. 24, 75 inc. 12 y 118). Pese a la insistencia del Constituyente, el juicio por jurados aún no ha sido instaurado.

⁸¹ El sistema argentino contempla el control difuso, de modo que la tacha de inconstitucionalidad de una norma -cualquiera sea su rango- y la aplicación del derecho correspondiente son ley para el caso, mas no implican la derogación del precepto, facultad reservada al Poder Legislativo. Este primer control difuso reconoce instancias de concentración de la decisión, ello por vía recursiva: en materia penal, las Cámaras de apelaciones, la Cámara de Casación Penal y la Corte Suprema de Justicia. Sobre el tema, Lozano, *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Bs.As., Ad-Hoc, 2004; Viturro, "Sobre el origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad", en Maier (Director), *Estudios de derecho procesal constitucional*, Bs.As., Ad-Hoc, 2002. El control puede exceder el fondo para adentrarse en cuestiones de forma, que hacen a la sanción de la ley, lo cual aproxima la solución a la nulificación de leyes, como efectivamente ocurriera con las denominadas "leyes de punto final y obediencia debida", sobre los crímenes cometidos durante la dictadura militar del año 1976. Sobre esta problemática, Bianchi, "Una cuestión política que ha dejado de serlo: el proceso de formación y sanción de las leyes", Bs.As., RED, T. 182, 1999, p. 1107.

4. Consideraciones finales

De manera contemporánea a los movimientos revolucionarios burgueses, y con la entronización del iluminismo como método de comprensión del mundo, el conocimiento penal dio a luz una extensa y significativa producción teórica⁸², basada en la naturaleza política de la herramienta represiva, desde una lectura eminentemente filosófica⁸³. Fue el positivismo el que reunió estas corrientes, tildándolas de *ancient régime* al sólo efecto de arremeter contra ellas: sin embargo, y fruto del estrecho arsenal empleado para aproximarse a la realidad⁸⁴, este nuevo reflujó cientificista pronto viró hacia el idealismo⁸⁵, con el agravante de diluir la discusión política tras una visión abstracta y aséptica del derecho⁸⁶. Con sus variantes, el divorcio entre realidad y norma se sostiene hasta el presente⁸⁷, incluso con una fuerte reedición del arsenal normativista⁸⁸, entre otras derivaciones más sutiles que, sin embargo, no

⁸² Entre otros y, aunque con notables diferencias en sus enfoques, podemos inscribir en esta corriente a Cesare Bonesana -marqués de Beccaria- (1738-1794), Giandomenico Romagnosi (1761-1835), Giovanni Carmignani (1768-1847), Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833), Pellegrino Rossi (1787-1848) y Francesco Carrara (1805-1888).

⁸³ Hasta el período clásico inclusive, la cantera habitual del conocimiento penal fue el pensamiento filosófico: sólo para poner algunos ejemplos, el neoplatonismo agustiniano, las influencias aristotélicas en la escolástica tomista y el contractualismo rousseauiano en Beccaria.

⁸⁴ Entre otros, Cesare Lombroso (1835-1909), desde el paradigma médico, puso el foco sobre el cuerpo en busca de las causas físicas que predisponen al delito; Enrico Ferri (1856-1929) inscribió el derecho en el conocimiento sociológico, predicando que tanto el delincuente como la sociedad estaban determinados a enfrentarse.

⁸⁵ Claro ejemplo de esta derivación es Rafael Garofalo (1851-1934) y su búsqueda del delito natural, dependiente -pese a su diversa manifestación histórica- de su oposición a estructuras básicas y constantes del ser humano.

⁸⁶ El positivismo jurídico reemplaza así la realidad por la norma como objeto de estudio, tal como ocurre en el derecho penal con Karl Binding (1841-1920) y su teoría de las normas. La desvinculación del derecho con la realidad se expresa con claridad en la *Teoría pura del derecho* formulada por Hans Kelsen, la cual postula un orden autorreferente del mundo normativo, estructurado de manera piramidal en torno a una norma fundamental que, en tanto se supone válida, resulta eficaz: tras el concepto de "eficacia", como expresión del puro poder de realización, se disuelve la discusión sobre las diferentes formas de organización política. Como en el período clásico, la entronización del método y su aplicación al campo formal recibe aquí un fuerte espaldarazo filosófico, en especial del neokantismo de la escuela de Marburgo.

⁸⁷ Lo cual explica la creciente autonomía que ha recibido el campo criminológico y político-criminal, abordado desde diferentes horizontes (tales los casos, por ejemplo, del interaccionismo simbólico o algunas derivaciones del abolicionismo y la criminología crítica), como modo de aproximación a la realidad extrajurídica, pero débil a la hora de sintetizar un pensamiento propio del mundo normativo.

⁸⁸ La elucubración más relevante, Jakobs, quien breva de una vertiente idealizada y poco rigurosa del paradigma sistémico.

deparan al componente político función práctica alguna dentro del sistema de conocimiento⁸⁹.

Toléresenos aquí una simplificación, o, si se quiere, cierta licencia poética: puede que la situación recién descripta provenga del hecho de que el conocimiento jurídico ha brevado de la fuente equivocada, predispuerto por su herencia filosófica a una incorporación sesgada de la producción científica que prioriza sus componentes epistemológicos por sobre los metodológicos —por un lado— y sus construcciones idealistas por sobre aquéllas orientadas a la realidad —por el otro—. El derecho sigue moviéndose así en el orden de la representación, válida conforme su grado de adecuación a una realidad que, por definición y carencia de operadores adecuados, le resulta poco menos que fantasmática. No han de extrañar pues los reiterados afloramientos del romanticismo penal, con su irredento programa de aprehender, cual revelación, la totalidad.

No sorprende tampoco que, ya en el nivel doméstico, la pretensión de limitar el ejercicio de poder represivo se haya focalizado en la elicitación de los principios declamados en la primera parte de la Constitución Argentina. Ello sin embargo no resulta suficiente: he ahí por caso la detención durante el proceso, vedada tajantemente por el art. 18, pero relativizada en función de la necesidad —también constitucional— de afianzar la justicia; he ahí también la necesidad de conocer la conminación penal antes de una condena, que ordena el principio de culpabilidad, la cual puede interpretarse ora como un conocimiento y comprensión cabal, ora —como suele hacérselo— como una mera posibilidad de conocimiento de la prohibición que, de plano, siquiera incluye el monto punitivo; ha ahí también el requisito de ley previa, sobre cuyo contenido y alcance nada nos dice la constitución, o el de máxima taxatividad, que nos brinda un criterio interpretativo claro, es cierto, pero incapaz de limitar la redacción de formas punitivas amplias y laxas; he ahí incluso el tan preciado principio de lesividad, relativizado en extremo por la posibilidad de crear bienes antepuestos, formas de mera peligrosidad abstracta o mediante la aprehensión de etapas tempranas de la conducta ofensiva; he ahí, finalmente, la proporcionalidad de la pena, útil para evitar

⁸⁹ Tal el caso de la construcción teórica de Roxin, cuya reivindicación de la naturaleza política del derecho penal y el carácter restrictivo de la herramienta penal no logran contrarrestar los fuertes componentes expansivos que aquélla incuba.

aberraciones, pero incapaz de convertir una plétora de valores y agresiones de diversa índole en un denominador común y comparable. Esta “deriva” de las declaraciones sustantivas es la que nos devuelve al problema planteado al inicio del trabajo: la posibilidad de declamar un derecho penal restrictivo que, en la práctica, resulta exactamente lo contrario.

Ante este estado de cosas, el intento de este trabajo fue señalar que el fin y los medios se encuentran necesariamente unidos y que, de reclamarse una opción heurística de aproximación al problema, conviene siempre inclinarse más por lo segundo que por lo primero. Así, y conforme la licencia que antes nos hemos permitido, es mejor apuntarse a la apertura a la realidad que a la cerrazón de la norma, a la metodología que a la epistemología: método y técnicas son, justamente, formas pautadas de intercambio de información con la realidad. Y no responde ello sólo a nuestro antojo: es la propia constitución la que dedica 43 artículos a las declaraciones, derechos y garantías, y 75 a los mecanismos, perfectamente detallados, que regulan la forma de gobierno⁹⁰. Si el derecho define su objeto como norma, su interfase con la realidad se encontrará más en sus dispositivos operativos que en la declamación de sus principios.

Es hora pues de prestar atención al texto constitucional en tanto que programa político, como sistema integral de administración de poder, de modo de reclamar redundancia entre sus aspectos teóricos y prácticos. Ello, aunque no implique una solución definitiva, seguramente permitirá una mejor conversión de los postulados del saber penal —como el de *ultima ratio*— en dispositivos de fácil y rápida aplicación: tales los casos de mayoría calificada para crear delitos o disponer de un control constitucional difundido entre todos y cada uno de los magistrados, habilitados tanto a verificar la compatibilidad legal como la existencia de un conflicto grave entre partes concretas. La propuesta, desde el punto de vista intelectual, puede parecer en extremo simple, mas no conviene menospreciarla de manera sumario. No en vano la mayoría de los estados democráticos coinciden a la hora de declamar principios, pero pocos resignan la posibilidad de reducir el control jurisdiccional a un solo tribunal constitucional y ninguno exige mayorías especiales. En resumidas cuentas, y como en otros órdenes de la vida, decir y hacer son cosas bien distintas.

⁹⁰ Tales los casos de los artículos 75 (que cuenta con 31 incisos), 99 (20 incisos) y 100 (13 incisos), contra los artículos de la primera parte, que no cuentan con incisos: el espesor normativo se inclina, pues, hacia la segunda parte.

Bibliografía

- Arroyo Gutiérrez, “Función instrumental y función simbólica del derecho penal”, en Sánchez -comp.-, *Sistemas penales y derechos humanos*, San José, García Hnos., 1997, p. 104.
- Baratta, “Integración-prevención: una ‘nueva’ fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en *DPI*, Año VIII, Nro. 29, enero/marzo 1985
- Baratta y Sibernagil “La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Penal*, Bs.As., 8/32, octubre-diciembre 1985
- Bergalli, - *Estado democrático y cuestión judicial*, Bs.As., Depalma, 1984
- “La ‘eficiencia’ del sistema penal. Identificación ideológica e instrumentalización política”, en *NDPI*, 1998/B
- Bianchi, “Una cuestión política que ha dejado de serlo: el proceso de formación y sanción de las leyes”, Bs.As., *RED*, T. 182, 1999
- Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Bs.As., Ediar, 1993
- Binder, *Justicia penal y estado de derecho*, Bs.As., Ad-Hoc, 1993
- Bunge Campos, “El decreto de seguridad individual de 1811”, en Edmundo Hendler (compilador), *Las garantías penales y procesales -enfoque histórico comparado-*, Bs.As., Del Puerto, 2001
- Cevasco, *Encubrimiento y lavado de dinero*, Bs.As., Di Plácido, 2002
- Díez Ripollés, “La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, en VV.AA., *Teorías actuales en el derecho penal*, Bs.As., Ad-Hoc, 1998
- Ferrajoli, *Derecho y razón –teoría del garantismo penal-*, Madrid, Trotta, 2001
- Feuerbach, *Tratado de Derecho Penal*, Bs.As., Hammurabi, 1989
- García, “La crisis o el cuestionamiento al sistema penal -La diacronía genealógica entre el garantismo y la eficiencia-”, en *CDJP*, Año III, Nros. IV y V, abril 1997
- Gracia Martín, - “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho Penal del enemigo’”, en *RDP*, 2005-1
- “¿Qué es modernización del derecho penal?”, en Díez Ripollés y otros (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo -libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir-*, Madrid, Tecnos, 2002
- Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Bs.As., EudeBa, 1994

- Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994
- Leibniz, *Monadología*, Barcelona, Orbis, 1983
- Lituachky y Lancesremere, "Reforma al Código Penal y Procesal Penal de la Nación entre enero de 2003 y junio de 2004", NDP, 2004/B
- Lozano, *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Bs.As., Ad-Hoc, 2004;
- Viturro, "Sobre el origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad", en Maier (Director), *Estudios de derecho procesal constitucional*, Bs.As., Ad-Hoc, 2002
- Mahiques, *Cuestiones de política criminal y derecho penal*, Bs.As., Di Plácido, 2002
- Maier, "Dogmática penal y víctima del hecho punible", en *Teorías actuales en derecho penal*, Bs.As., Ad-hoc, 1998
- Mao, *Las contradicciones*, México, Grijalbo, 1969
- Marx, *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, Bs.As., Polémica, 1975
- Maurach, *Derecho penal -parte general-*, Bs.As., Astrea, 1994
- Mirailles, "Discurso criminológico y política criminal socialista en Barcelona", en *El poder penal del estado -homenaje a Hilde Kaufmann-*, Bs.As., Depalma, 1985
- Monti, *Los intereses difusos y su protección jurisdiccional*, Bs.As., Ad-Hoc, 2005
- Nino, *Fundamentos de derecho constitucional -análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional-*, Bs. As., Astrea, 1992
- Romero, *Breve historia de la Argentina*, Bs.As., F.C.E., 2003
- Sanz Morán, "Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena", en Díez Ripollés, *la ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo -Libro homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir-*, Madrid, Tecnos, 2002
- Sartori, "La comparación en las ciencias sociales", en Sartori y Morlino (editores), *La comparación en las ciencias sociales*, Madrid, Alianza, 1994
- Schünemann, "La culpabilidad: estado de la cuestión", en Schünemann y otros, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario de la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2000
- Tavárez, "La creciente legislación penal y los discursos de emergencia", en *Teorías actuales en derecho penal*, Bs.As., Ad-hoc, 1998
- Tozzini, "El principio de legalidad", en *El penalista liberal -Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología-*, Bs.As., Hammurabi, 2004

- Prigogine, *El fin de las certidumbres*, Madrid, Taurus, 1997
- Stratenwerth, *Derecho Penal, Parte General, I- El hecho punible*, Madrid, Edersa, 1982
- Urquiza Olaechea, "Principio de proporcionalidad", en Díez Ripollés, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo -Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir-*, Madrid, Tecnos, 2002
- Vives Antón, "El principio de culpabilidad" en Díez Ripollés, *la ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo -Libro homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir-*, Madrid, Tecnos, 2002
- Welzel, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Bs.As., B. de F., 2004, p. 214
- Zaffaroni, *Derecho penal -parte general-*, Bs.As., Astrea, 2000

**CRÓNICA E COMENTARIOS
XURISPRUDENCIAIS**

