





# CRIMEN, POLÍTICA Y ESTADO



ARIEL LARROUDE

# CRIMEN, POLÍTICA Y ESTADO

APUNTES PARA COMPRENDER LA  
POLÍTICA CRIMINAL EN EL MARCO  
DE UN ESTADO DE DERECHO

PRÓLOGO DE  
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI



**EDIAR**

Larroude, Ariel

Crimen, política y Estado / Ariel Larroude – 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2019.

106 pp. ; 21 x 15 cm

ISBN 978-950-574-395-7

1. Derecho. 2. Derecho Penal. I. Título.  
CDD 345

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que exige la Ley 11.723

Copyright by Editora Ar S. A.

Tucumán 927, 6º piso

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

[www.ediar.com.ar](http://www.ediar.com.ar)

2019

*A Yeyo y a Indio,  
por su amor invaluable.*



# ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS . . . . .	13
PRÓLOGO . . . . .	15
CAPÍTULO I	
INTRODUCCIÓN Y EPISTEMOLOGÍA DE LA POLÍTICA CRIMINAL . . . . .	17
¿Cómo abordar la Política Criminal? . . . . .	17
El poder punitivo como punto de partida para un correcto análisis político criminal . . . . .	18
Los intereses punitivos detrás de la confiscación del conflicto social . . . . .	20
Peligrosidad, emergencia y orden . . . . .	22
CAPÍTULO II	
¿QUÉ ES LA POLÍTICA CRIMINAL? . . . . .	27
El discurso: el primer gran eslabón de la Política Criminal .	27
La normatividad: el uso ambivalente de la ley . . . . .	31
Prácticas: el poder visible y subterráneo de las agencias estatales . . . . .	34
CAPÍTULO III	
POLÍTICA CRIMINAL, DERECHO Y CRIMINOLOGÍA . . . . .	37
Las teorías de la pena . . . . .	39
Las teorías relativas o utilitaristas . . . . .	42
Teoría criminológica de “La defensa social” . . . . .	45

CAPÍTULO IV	
LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO . . . . .	
	51
CAPÍTULO V	
LAS DIMENSIONES POLÍTICO CRIMINALES . . . . .	
	57
Las dimensiones político-criminales . . . . .	57
La dimensión Federal . . . . .	58
La dimensión ordinaria . . . . .	61
La dimensión urbana . . . . .	63
CAPÍTULO VI	
LA PRETENSIÓN PUNITIVA DEL ESTADO Y SUS ELEMENTOS DE COERCIÓN SOCIAL . . . . .	
	67
Cuestiones previas al diseño de una Política Criminal . . . . .	67
En qué conflictos debe intervenir de manera violenta el Estado y por qué . . . . .	67
Con qué elementos el Estado lleva adelante su pretensión punitiva . . . . .	72
a) El poder legislativo . . . . .	73
b) Ministerios de Seguridad y las fuerzas policiales . . . . .	75
c) El sistema judicial . . . . .	78
El universo controlado y perseguido por la Política Criminal	80
CAPÍTULO VII	
EL DISEÑO DE UNA POLÍTICA CRIMINAL EN EL MARCO DE UN ESTADO DE DERECHO . . . . .	
	83
La fijación de intereses político-criminales . . . . .	84
La elaboración de un plan político-criminal . . . . .	86
Faz preventiva . . . . .	87
a) Faz preventiva territorial . . . . .	88

b) Faz preventiva situacional . . . . .	90
c) La faz comunitaria . . . . .	90
Faz reactiva . . . . .	91
a) Faz reactiva directa . . . . .	92
b) Faz reactiva indirecta . . . . .	92
Faz punitiva . . . . .	93
Ejecución y control . . . . .	95

PALABRAS FINALES

HACIA LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL . . . . .	97
---	----

APÉNDICE

EL MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL ARGENTINA . . . . .	99
La institucionalidad de la seguridad en el país . . . . .	99
El sistema policial . . . . .	100
Sistema de Justicia . . . . .	101
Fuerzas Armadas . . . . .	102
Sistema Carcelario . . . . .	102
Sistema de Inteligencia . . . . .	103
Leyes argentinas sobre seguridad y conflictividad criminal . .	103



## AGRADECIMIENTOS

Quiero dar las gracias a todos aquellos que han contribuido a la realización de este libro. A mis viejos, Pablo y Patricia, quienes me inculcaron el valor de la palabra y la honestidad; a mi hermana Yamila; a mi abuela Antonia y a mi abuelo Pepi; a mi madrina Mabel, mi prima Giselle; mi tío Sergio y, muy especialmente, a mi tía Verónica, una inspiración profesional constante. También a los amigos, quienes fueron la pausa necesaria para el refresco de ideas. Asimismo, no quiero dejar de agradecer al Colegio Esteban Echeverría y a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Instituciones donde he realizado mis estudios iniciales, primarios, secundarios, universitarios y de posgrado. Por último, quiero hacer una mención especial los grandes maestros que, directa o indirectamente, me han formado en la cuestión criminal. Especialmente: Raúl Eugenio Zaffaroni, Alberto Binder, Norberto Tavosnanska, Iñaki Anítua, Daniel Rafecasy Marcelo Saín, entre otros.

Sin ellos, estas líneas no hubieran sido posibles.



## PRÓLOGO

La lectura de este trabajo de Ariel Larraude es por demás alentadora, puesto que siempre es bueno que alguien verifique que la política criminal puede ser un poco más racional.

Si bien no son estos los carriles por los que la política criminal circula en nuestro país ni en general en Latinoamérica y ni siquiera en el mundo, es necesario que alguien muestre algo así como un modelo de mayor prudencia y racionalidad, que sea útil para la crítica de la realidad, sin pensar en utopías ni en profundos cambios sociales, políticos o culturales.

En pocas páginas se pasa revista –casi con lógica de sentido común– del conjunto de fallas elementales en que incurre el ejercicio del poder punitivo en nuestro país, obsesionado con la idea de resolver la conflictividad social por medio de la violencia estatal, perdiendo de vista la indispensable selección por gravedad, reemplazada por la sensación pública creada al compás de los intereses coyunturales de los empresarios de monopolios mediáticos.

Es innegable que la agenda de la política criminal en la Argentina la marcan los medios monopólicos, como respuesta a necesidades sectoriales, tales como desprestigio de gobiernos populares, generación de odio social, distracción de coyunturas económicas negativas, desviación de la atención pública de hechos de corrupción o escándalos del poder, estigmatización de personas o grupos molestos o disfuncionales al poder económico o político, proximidad de contienda electoral, etcétera.

Una sociedad que delega su agenda político-criminal en medios de comunicación monopólicos y que, al mismo tiempo, deriva su conflictividad preferentemente al ejercicio del poder punitivo, está mostrando su reducida capacidad para procurar soluciones satisfactorias para la coexistencia pacífica, puesto que, como es sabido, el modelo punitivo no resuelve los conflictos, sino que los suspende con el ejercicio vertical

de poder. Una coexistencia saludable, por el contrario, debe procurar el mayor número de soluciones eficaces y no el puro ejercicio de poder.

En los últimos tiempos el discurso oficial insiste en el reforzamiento del arbitrio y de la violencia policial, llegando a insistir incluso en la profusión de armas en la población, creando la falsa sensación de que las armas solo las emplean los ciudadanos para defenderse de los ladrones.

El reforzamiento del arbitrio policial no hace más que debilitar al Estado como proveedor de condiciones de coexistencia pacífica, toda vez que cada agencia policial encierra el riesgo de establecer un ejercicio de poder punitivo autónomo, paralelo o subterráneo, que debilita el control estatal, habida cuenta que en ninguna de ellas falta esta pulsión en potencia.

Cuando por una errada política criminal demagógicamente punitivista se permite la autonomización policial y se pasa de la potencia al acto, el debilitamiento del control estatal abre paso al peligrosísimo surgimiento de ejercicios de poderes al margen del propio Estado y de sus agencias. Llegado a ese extremo, se pluralizan los sistemas punitivos en forma caótica, con la consiguiente pérdida de poder estatal, perfectamente funcional para la pérdida de soberanía e incluso de control territorial.

La paradoja es que un Estado que pretende ser fuerte por vía del punitivismo, termina siendo débil en el ejercicio de su soberanía y, por ende, incapaz de emprender el camino del desarrollo progresivo, en razón del caos que acaba generando la pluralización de ejercicios de poderes punitivos.

Este es el penoso panorama que presentan algunos países de nuestra región y al que parecen querer llegar algunas directivas insólitas e irracionales de las cúpulas políticas de nuestras fuerzas de seguridad, hasta ahora, por fortuna, limitadas casi con exclusividad a despropósitos y exabruptos mediáticos.

La lectura de estas páginas es saludable y sedante en este sentido, porque tienen la virtud de mostrar con claridad y sin pretensiones de fina teorización, que otro camino es posible.

E. Raúl Zaffaroni

Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires

## CAPÍTULO I

# INTRODUCCIÓN Y EPISTEMOLOGÍA DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Varias son las preguntas que nos hacemos cuando nos acercamos a la Política Criminal. Ello lo menciono porque si bien podemos enlazar su denominación a un punto en común, como ser la problemática delictual, ambos sabemos que la cuestión no se agota en el estudio del delincuente ni en el estudio del delito. La profundidad del tema y el protagonismo que adquieren sus componentes, nos permiten abstraernos de definiciones tajantes para centrarnos en un debate necesariamente más amplio.

En este sentido, podemos afirmar que la Política Criminal no aborda, o no desea abordar, ningún fenómeno criminal en particular pese a desarrollarse en el campo de la problemática delictiva como parte de una conflictividad social aún mayor. Por ello, no sabremos con exactitud si lo que abordaremos en estas líneas corresponde a un saber científico, en tanto no podemos establecer un objeto y un método de estudio concreto, aunque probablemente encontremos elementos que definan una orientación epistemológica clara. De ahí que la única intención de este trabajo sea la de crear una herramienta, un saber práctico, que pueda ser abordado de la manera que más pueda satisfacer a los operadores interesados en la cuestión criminal.

### **¿Cómo abordar la Política Criminal?**

Históricamente la Política Criminal fue abordada en el campo de la ciencia social por los operadores del Derecho Penal y Sociología Jurídica. Lo que limitó su objeto de estudio al análisis de casos (cantidad de delitos) y de personas (víctimas y victimarios), intentando desde

allí dar una explicación al fenómeno criminal en toda su extensión. No obstante, esta metodología cuantitativa y cualitativa nunca ha logrado dar una respuesta adecuada a la hora de interpelar el fenómeno delictivo. Principalmente porque su lógica siempre se redujo al espectro seleccionado por las agencias que intervienen en la cuestión criminal, sin tener en consideración su funcionamiento y los intereses que existen detrás del ejercicio punitivo. De esta manera, surge la necesidad de desasnar la Política Criminal desde una óptica distinta, que busque indagar qué elementos e intereses rodean e inciden en el conflicto penal, principalmente, desde la recuperación del sistema democrático de gobierno. Este camino es el único que nos permitirá comprender la Política Criminal desde una mirada profunda y adversa a la tradicional.

### **El poder punitivo como punto de partida para un correcto análisis político criminal**

El poder punitivo, en tanto manifestación organizada de la violencia estatal, resulta el punto de partida correcto si lo que se pretende es discutir cómo se organizan y se dirigen los medios represivos del Estado y, a partir de ello, cómo se define la Política Criminal. Su reconocimiento y funcionalidad resultan vitales para comprender la dinámica de la violencia en el marco de un estado de derecho, ya que es imposible abordar la criminalidad si no se parte de la acción del sistema penal que la define y que reacciona contra ella<sup>1</sup>. Tal como afirma Alberto Binder: "... el análisis político criminal debe comenzar por la constatación de los usos de violencia organizada, por más que no respondan a un plan político criminal formal, sino por la mera existencia de esa violencia organizada"<sup>2</sup>.

No obstante, el poder punitivo, pese a haber sido abordado por distintas disciplinas sociales a lo largo de la historia, nunca fue tomado en consideración como un aspecto clave para el análisis político criminal.

<sup>1</sup> Baratta, Alessandro, "Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, p. 84. Editorial Siglo XXI.

<sup>2</sup> Binder, Alberto, "Derecho Procesal Penal" Tomo II, p. 85, Editorial Ad-Hoc.

Tanto fue así que el tratamiento sobre la cuestión delictiva, en términos políticos, solo englobó el estudio sobre el endurecimiento de las penas y el abordaje crítico sobre la reproducción acalorada de medios represivos del Estado. En resumidas cuentas, nunca se puso en discusión que parte de la confección y éxito de una Política Criminal dependa más de la posibilidad de gestionar inteligentemente la criminalidad a partir de la creación excepcional de figuras típicas, que de la violencia de las agencias del Estado que intervienen en la delincuencia.

Por ello, abordar la Política Criminal desde el poder punitivo, más allá de novedoso, resulta una opción más que interesante si lo que se pretende llevar adelante es un análisis serio que pueda interpelar nuestro objeto de estudio desde la capacidad estatal de controlar dicha criminalidad, como de dirigir y organizar los medios represivos que intentan prevenirla.

Tomar este camino no debe conllevar, necesariamente, a reducir la Política Criminal a la discusión sobre el funcionamiento de los aparatos represivos. Ya que una mínima organización represiva es necesaria si con ella se evita que esta resuelva sus problemas desde la imposición del más fuerte, tal como sucede en el orden de la naturaleza.

Por lo expuesto, si no comprendemos la capacidad punitiva que detenta el Estado, en tanto a la existencia de un poder organizado que define con exclusividad qué acciones están prohibidas y cuál es su penalidad, no podremos advertir el volumen real que poseen las agencias represivas para administrar violencia y, en consecuencia, la Política Criminal. Aceptar esto, en tanto quién castiga, cómo, cuándo y por qué, es premisa fundamental para abordar correctamente la Política Criminal<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Es importante resaltar que el poder punitivo, este dispositivo racional de violencia, no es contemporáneo. Es una forma de poder que se ha detentado en sociedades organizadas burocráticamente y que ha tenido lugar en varios momentos de la historia. Roma fue la primera gran organización punitiva, cuando tomó la decisión de ampliar sus fronteras para convertirse finalmente en un Imperio (27 a.c. - 476 d.c.). Tanto fue así que esta decisión no solo trajo aparejada una reorganización política y militar de su territorio, sino también, una readecuación discursiva, práctica y normativa de su sociedad a partir de un férreo control a sus habitantes. Dicho proceso se dio a partir de dos variantes. La primera, cuando se estableció que para ampliar

## Los intereses punitivos detrás de la confiscación del conflicto social

Si en el punto anterior dejamos en claro la importancia que posee el poder punitivo a la hora de analizar la Política Criminal, resultaría obje-  
table no abordar la situación por la cual el Estado, a partir de la confiscación del conflicto social, ha fijado sus propios intereses político-criminales y ha dirigido políticas punitivas hacia determinado tipo de conflictividades, por encima de otras, según las necesidades políticas de cada época.

La confiscación del conflicto social y el empoderamiento punitivo, ambos procesos nacidos durante el auge del Imperio Romano (27 a.c.- 476 d.c.) pero, principalmente, en la Europa Occidental a partir del siglo XV<sup>4</sup>,

---

sus fronteras, Roma debía reorganizarse desde sus células más pequeñas, la familia, a partir del control del *pater* (*padre*), al que se le sometían las mujeres, los viejos, los siervos, los esclavos y los niños, tal como lo hacían sus ejércitos. Un patriarcado en toda la extensión e interpretación de la palabra. Este proceso marcó no solo un férreo control interno, sino también, la creación de un sinfín de responsabilidades consuetudinarias y legales a las que debía responder este sujeto, ahora dotado de gran poder., más allá de resultar ajeno al hecho por el cual debía responder. En este sentido, la estructura punitiva de Roma concibió no solo la primera gran verticalización de la humanidad, o por lo menos de la que se tenga registro, sino, además, la primera gran esquematización jurídica. En tanto se aceptó, en pos de la grandeza y expansión del futuro Imperio, que el poder popular delegue en el Estado la capacidad de resolver sus conflictos, aun perdiendo una cuota enorme de su libertad. La segunda variante, fue jerarquizar su sociedad diferenciando el trato entre el nativo y el extranjero, entre el romano y el hostil, a quien se lo consideraba carente de derechos por estar fuera de la comunidad. Tal como dice Zaffaroni, la palabra hostil “*proviene de la raíz sánscrita ghas-, que alude a comer, lo que explica su origen común con hostería. Hostire también significa matar y hostia tiene el sentido de víctima*. Es por ello válida la relación que el jurista encuentra entre la etimología de esta expresión y el trato dado, por ejemplo, al enemigo en edad antigua, en tanto un *hostil* representaba no solo un extranjero, sino también, una amenaza respecto de una comunidad organizada sobre la base de un territorio. Organizar la sociedad cívica y militarmente, fue el paso previo que tuvo que atravesar Roma para la conquista de nuevos territorios. Sin este control precedente, habría sido impensada la expansión de su Imperio.

<sup>4</sup> Bien describe Michel Foucault este proceso que modificó sustancialmente la relación entre la sociedad y las estructuras de poder: “Cada vez que hay un crimen, delito o pleito entre individuos, el procurador se hace presente en su condición de

sentaron los precedentes de la actual administración de la justicia, en tanto estructuras punitivas organizadas, tales como las que encontramos hoy en día, fueron creadas para resolver conflictos sociales con el argumento principal de evitar la venganza privada.

No obstante, este poder, esta organización racional, a medida en que fue pasando el tiempo, trajo consigo una fuerte discrecionalidad, debido a que el Estado, ante la imposibilidad real de perseguir y reprimir todos los conflictos, históricamente seleccionó solo un grupo (particularmente aquellas que le resultaban molestas), acarreado, no solo una fuerte impronta discrecional a la hora de perseguir y castigar, sino también la construcción de una poderosa maquinaria punitiva, de fuerte impronta burocrática. A partir de este proceso, el Estado no administra lesiones entre particulares, como mero árbitro, sino infracciones a su propio orden social. Lo que supone una mirada epistemológica distinta a la hora de analizar el fenómeno criminal ya que existe una estructura con poder que tiene real interés en direccionar y punir ciertas conflictividades por encima de otras.

Este detalle, no menor a la hora de abordar la dimensión político criminal, es el que reconoce la posibilidad que tiene el Estado para crear escenarios que le permitan administrar conflictividades sociales en términos delictivos según sus propios intereses. Lo que supone un manejo discrecional de la violencia legítima a partir del poder que tiene el Estado para dirigir sus medios represivos. Y si bien esto ya fue analizado desde la

---

representante de un poder lesionado por el solo hecho de que ha habido delito o crimen. El procurador doblará a la víctima pues estará detrás de aquél que debería haber planteado la queja, diciendo: Si es verdad que este hombre lesionó a este otro, yo, representante del soberano, puedo afirmar que el soberano, su poder, el orden que él dispensa, la ley que él estableció, fueron igualmente lesionados por este individuo. Así, yo me coloco contra él". "La infracción no es un daño cometido por un individuo contra otro, es una ofensa o lesión de un individuo al orden, al Estado, a la ley, a la sociedad, a la soberanía, al soberano. La infracción es una de las grandes invenciones del pensamiento medieval. Se ve así como el poder estatal va confiscando todo el procedimiento judicial, el mecanismo judicial, el mecanismo de la liquidación de los litigios entre individuos de la alta edad media". Ver en Foucault, Michel. "La verdad y las formas jurídicas", Editorial Gedisa.

Filosofía, el Derecho Penal y la Criminología, no resulta un dato menor que el Estado, en virtud del proceso confiscatorio, haya tenido –y tenga en la actualidad– la posibilidad de fijar intereses político-criminales y, por ende, de privilegiar la persecución de ciertas conflictividades.

Esta arquitectura de poder fue la que le permitió al Estado darle volatilidad y envergadura al castigo, ya que le otorgó la posibilidad de administrar la respuesta penal según la necesidad política de turno.

En la actualidad, si bien la modalidad y el *quantum* del castigo se encuentra de alguna manera prefijado por los códigos penales, la realidad nos permite ser contundentes en cuanto a la direccionalidad punitiva que adquieren ciertas conductas cuando son puestas en crisis por la injerencia que determinados actores con real interés en la punición producen sobre la cuestión criminal. Principalmente, cuando esta injerencia se da en razón de la idea de “peligrosidad” y “emergencia”, paradigmas que han moldeado la Política Criminal en nuestro país durante los últimos treinta años.

### **Peligrosidad, emergencia y orden**

El tercer y último punto que debe ser tenido en cuenta para abordar correctamente nuestro objeto de estudio será aceptar que la Argentina, durante los últimos treinta años, ha desarrollado su Política Criminal sobre la base de los paradigmas de “peligrosidad”, “emergencia” y “orden”. Lineamientos que suponen que: a) Un individuo es peligroso a partir de su potencialidad criminal, basada fundamentalmente en estereotipos y no en razón a hechos delictivos concretos; b) ciertas conflictividades criminales, lejos de ser atravesadas por políticas públicas que tiendan a prevenirlas o pacificarlas, son abordadas por instrumentos aún más violentos bajo la excusa de una catástrofe social inminente; c) los problemas de criminalidad son la consecuencia lógica de una policía atada de pies y manos, una justicia garantista y una sociedad desordenada y clientelar, que debe ser reajustada en términos económicos en base a los principios del individualismo (opuesto a la idea comunitaria del ser humano),

la meritocracia económica (los logros de las personas dependen de su esfuerzo personal y no de las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales) y de supremacía clasista (no aceptación de la movilidad social ascendente).

Esta idea de “peligrosidad, emergencia y orden” se gestó a finales de los años 80’, donde irrumpió en la Argentina un discurso que sostenía que la creciente conflictividad social, política y económica heredada de la última dictadura cívica militar, solo podía ser resuelta por medio de políticas de control punitivo. Tal como afirma la socióloga María Victoria Pita<sup>5</sup> se construyó en nuestro país un discurso, formulado en clave de seguridad, que sostenía la necesidad de la intervención del Estado en su dimensión represiva para el mantenimiento de un orden social que, ante las serias necesidades de subsistencia, de a poco se fue mostrando propenso al conflicto con la ley penal, principalmente en los estratos sociales más vulnerables de la sociedad.

Este paradigma, construido desde la ideología neoliberal, favoreció el traspaso de aquella concepción del criminal como sujeto “indisciplinado” y “molesto” (borracho, vago, lumpen), al marginal, en tanto “enemigo” y “peligroso” (pibe chorro). Dicho proceso fue el que motivó la construcción de escenarios permeables para el etiquetamiento de sujetos y de lugares hostiles, como también para la legitimación de un discurso que veía con buenos ojos la injerencia del aparato represivo del Estado para el control de una conflictividad social ascendente.

Esta situación fue la que originó una creciente intromisión del aparato represivo estatal en la vida cotidiana de la sociedad que de a poco fue tolerando su actuación en aquellos escenarios donde debían intervenir otras agencias estatales sin poder letal. Así, escenarios conflictivos, previamente tolerados y gestionados por el Estado y sus agencias no represivas, pasaron a convertirse en escenarios delictivos y peligrosos por el solo hecho de ser intervenidos desde el sistema penal.

<sup>5</sup> Pita, María Victoria, *Lo infinitamente pequeño del poder político*, Tesis de Maestría, Facultad de Ciencias Económicas, UBA, 2003, .p. 5.

*La peligrosidad, la emergencia y el oden*, en tanto fenómenos criminológicos, no resultan cuestiones novedosas. Forman parte de una dinámica natural. Un reflejo propio de las sociedades neoliberales que han comprendido al fenómeno delictivo desde una óptica belicista y segregadora que intenta dividir a la sociedad entre potenciales víctimas y potenciales victimarios. Lo que ocurre cuando se entiende que la conflictividad criminal es producto de una decisión libre y soberana del sujeto infractor quien, entre elegir hacer el bien, elige discrecionalmente hacer el mal.

Esta visión del fenómeno criminal, nutrido principalmente por las teorías criminológicas positivista y de la defensa social –las que abordaremos más en detalle en el capítulo tres– fue la que produjo que la Argentina siempre haya transitado por planes político-criminales espasmódicos, autoritarios y sin resultados efectivos. Para explicar esto tomaremos a Alberto Binder, para quien la sociedad argentina ha oscilado históricamente entre la idea del “orden” y del “caos”, como forma unívoca de abordar la realidad criminal. Para el jurista, la fuerza de esta dicotomía radica en una falsa creencia que entiende al fenómeno delictivo como una desviación del equilibrio social a la cual debe oponérsele una férrea política de restablecimiento del orden perdido por medio de políticas de seguridad que tengan como único propósito aumentar la capacidad represiva del Estado. El “orden”, en términos político criminales, no es un fin en sí mismo sino un pretexto para legitimar la acción punitiva del Estado.

Para quienes sostienen esta idea, la representación del desequilibrio social se encuentra ligada a la falta de respuesta del Estado en términos punitivos, por ello la necesidad de implementar ajustes en sus formas de control. Y si bien ciertas políticas implementadas bajo este legado han despertado históricamente una alta expectativa en algunos sectores de la sociedad, lo cierto es que la mayoría de ellas (por no decir su totalidad) han fracasado. Lo que se debió a la deficiencia de los medios elegidos y a la ausencia de un debate democrático serio que tenga como fin gestionar y prevenir la criminalidad.

Decimos esto en tanto creemos, tal como afirma Binder, que allí donde se gesta una idea de reorganización social por medio de la fuerza, lo que se esconde es una idea autoritaria que predica la imposición de la

violencia como única forma de resolución de conflictos. En este sentido, si el Estado lo que busca con esta forma de intervención es “reordenar” la sociedad, deberá comprender que estará utilizando de todas las herramientas que posee, aquella que se acerca más peligrosamente a lo que quiere evitar, la violencia.

Asimismo, el mayor problema del desarrollo de estos paradigmas fue la creación de condiciones óptimas para el perfeccionamiento de un conjunto de políticas públicas que han relajado los estándares mínimos de derechos y garantías. Siendo esta situación un eterno condicionante para los pilares básicos del derecho penal liberal, que solo pueden remitirse a hechos y circunstancias concretas y no a meras insinuaciones basadas en condiciones discriminatorias, como el color de piel, la vestimenta o el arraigo.

Por ello, el hecho de aceptar que la construcción político criminal de nuestro país se haya edificado sobre la base de los paradigmas de *peligrosidad, emergencia y orden*, hoy nos obliga a abordar este fenómeno desde otra mirada si lo que se pretende es gestionar la problemática criminal como parte de una conflictividad más dentro de otras que no pueden ser atravesadas con las mismas prácticas y discursos que hace treinta años. Máxime cuando los resultados deficientes se repiten década a década, cuestión que será examinada más adelante.

En este capítulo hemos sobrevolado aquellos elementos que deben tenerse en consideración para un correcto abordaje de nuestro objeto de estudio. El poder punitivo, la confiscación del conflicto y los intereses que el Estado ha regulado a partir de ello, resultan –a mí entender– un aspecto clave para establecer una definición correcta (y necesariamente ligada a nuestra realidad histórica) de aquello que entendemos por Política Criminal.

Empaparse de estos elementos, además, nos da la posibilidad de poner en real foco al Estado como estructura punitiva y no como mero espectador de la criminalidad. Teniendo en consideración estos tres puntos, en razón de su incidencia e implicancia para la Política Criminal, estamos en condiciones de aproximarnos a una definición de nuestro objeto de estudio, cuestión que tomaremos en el próximo capítulo.



## CAPÍTULO II

### ¿QUÉ ES LA POLÍTICA CRIMINAL?

Si en países como el nuestro la Política es la administración de la pobreza, la Política Criminal es la administración de la violencia del Estado. No obstante, por la obligación que tenemos de precisar una definición más técnica de nuestra materia, podemos concluir que: “La Política Criminal es el conjunto de discursos, normas y prácticas que organizan y dirigen los medios represivos del Estado hacia aquellas conflictividades que este decidió resolver de manera violenta”.

Este proceso se da a partir de la injerencia de tres variables: la inabarcabilidad punitiva de las agencias penales (imposibilidad de perseguir todos los delitos que se comenten), del fracaso previo de las agencias no represivas para la resolución de conflictos sociales y/o de la preeminencia en la utilización de los medios represivos del Estado (la opción del Estado de preferir intervenir violentamente en los conflictos pese a saber que muy pocas veces dicha intervención puede resolverlos en su base).

A continuación, desmenuzaremos este concepto ya que la elección de las palabras que la componen no resulta inocente. Todas y cada una adquieren sentido cuando abordamos la Política Criminal.

#### **El discurso: el primer gran eslabón de la Política Criminal**

No existe forma de poder, en tanto demostración de fuerza o ejercicio de control social, que no esté precedido y acompañado por un discurso que lo legitime y que a su vez establezca las condiciones necesarias para definir qué está prohibido y que está permitido.

El discurso es, básicamente, un relato construido para generar conciencia punitiva que, en términos político-criminales, penetra en la población con el fin de regular la subjetividad de cada uno de sus integrantes. Es ni más ni menos que la búsqueda del consenso social para la resolución violenta de los conflictos, en donde intervienen no solo intereses públicos sino también intereses privados, por eso se expresa en términos sociales (sociedad civil) e institucionales (agencias estatales).

No obstante, el discurso punitivo no siempre se exhibe de forma concreta y manifiesta. A veces se vuelve sutil e invisible. Es una forma de poder capaz de crear una conciencia colectiva a partir de un interés o un hecho concreto que se reproduce a gran escala. Con ese fin es que se crean normas y se agudizan prácticas. El discurso es ese saber masticado, condensado y exteriorizado que busca parecer y manifestarse como producto de un consenso social natural cuando, en definitiva, es la resultante de un entramado de factores de poder (intereses ideológicos, comunicacionales y culturales) que encarrilan dicha pretensión. Crear soberanía, ejercer hegemonía y establecer legitimidad para la articulación de reglas, de derechos y castigos es la función del discurso de la Política Criminal. El discurso crea miedos, no soluciones. El discurso es quien le prepara el terreno a la normatividad, que a su vez organizará reglamentariamente los límites sobre lo permitido y lo prohibido. El discurso es la soberanía del temor, es donde se crean vulnerabilidades y donde se regulan comportamientos. Es donde la necesidad punitiva se moldea y fija sus pretensiones represivas.

La historia nos ha dado cuenta de que toda práctica punitiva, en tanto ejercicio vertical de poder, ha estado legitimada por una corriente de pensamiento que la acompañó para justificarla. Y si bien entendemos que este terreno, el del estudio de los discursos legitimantes del poder punitivo, le corresponde a otra disciplina social como lo es la Criminología, no menos cierto es que su entendimiento resulta cabal a la hora de analizar y comprender la Política Criminal. Esto lo digo porque los discursos han servido, y sirven en la actualidad, para establecer marcos propicios para la persecución de determinadas conflictividades y, por ende, de ciertas personas. Tal como dice Foucault "No hay ejercicio de

poder sin cierta economía de los discursos de verdad que funcionan a través de ese poder<sup>6</sup>.

En nuestro país el discurso punitivo ha sido bastante homogéneo. Desde la época colonial hasta nuestros días, los lineamientos discursivos que determinaron la actuación de las agencias represivas del Estado, si bien fueron adecuándose a diversas problemáticas, siempre han trabajado sobre la lógica de las conflictividades internas. Robos, prostitución, orden público, juego clandestino, drogas, armas, homicidios y protesta social fueron históricamente las grandes materias criminales de nuestro país, las que a su vez han sido moldeadas bajo figuras jurídicas elásticas, utilizadas a discreción por las fuerzas de seguridad, bajo el argumento del riesgo que estas suponen para el orden público<sup>7</sup>.

Para decirlo de alguna manera, el discurso contra la criminalidad en la Argentina, siempre ha sido moldeado sobre la base de problemáticas locales ligadas al control de la territorialidad<sup>8</sup>.

Por ello, si el discurso es un saber que se exterioriza y se construye de forma vertical, la pregunta que nos debemos responder es a qué interés responde. En este sentido, hay que reconocer que en la Política

<sup>6</sup> Foucault, Michel, "Defender la sociedad". Editorial Fondo de Cultura Económica. Año 2000, p. 35.

<sup>7</sup> Ver Barbano, Rolando, "Sangre Azul" historia criminal de la Policía Federal Argentina. Editorial Espejo de la Argentina-Planeta.

<sup>8</sup> Esto lo digo porque la mayoría de los hechos criminales que se persiguen oscilan entre no más de diez conflictos (robos, hurtos, homicidios, amenazas, lesiones, tenencia de estupefacientes, daños, ofrecimiento de sexo en vía pública) cuando a la redacción de este libro –sin contar con las leyes complementarias– el Código Penal posee trescientas trece (313) acciones pasibles de imposición de pena. Asimismo, vale una aclaración respecto a los períodos de terrorismo de Estado, ya que ha sido insoslayable la cooperación de las agencias represivas en nuestro país durante estos lamentables sucesos. En aquellos tiempos, a diferencia de los procesos democráticos, los altos mandos militares prescindieron de la vigencia del Estado de Derecho razón por la que no hubo poder punitivo organizado, racionalizado y legitimado, sino que lo que ocurrió fue una aplicación directa y sistemática de todos los medios represivos hacia la población civil sin marco regulatorio que permita o limite el campo general de acciones. Allí la diferencia.

Criminal confluyen intereses ideológicos, culturales y políticos, pero, principalmente, intereses económicos. Bancos nacionales e internacionales, circuitos de comercialización de capital, bienes y mercaderías, empresas de seguros, empresas de seguridad privada, medios de comunicación, etc. Todos convergen de manera simultánea en nuestra materia. Ahora bien, cómo estos intereses delimitan el campo discursivo de la Política Criminal. Para responder este interrogante, piénsese en la protección que la propiedad, como bien jurídico, posee en nuestra vida cotidiana<sup>9</sup>. Policías, personal de seguridad privada, video-vigilancia, aplicaciones celulares, alarmas, portación legal de armas, etc. Toda una industria, toda una batería de medidas que intentan poner en resguardo nuestros bienes, los que lejos de quedarse estancos, tienden a innovarse y a ser acumulados por la necesidad que el mismo sistema económico genera en la sociedad.

En este contexto, no resulta paradójico que las clases menos favorecidas sean las más expuestas a la persecución criminal. La construcción ideológica que se genera sobre la criminalidad callejera es la que asocia y delimita discursivamente el delito con ciertos sectores marginales. Por ello no debe resultar extraño que todo el aparato de propaganda del Estado respecto a la cuestión criminal se elabore sobre la base acotada de la represión de ciertas problemáticas, principalmente, incidencias en la vía pública, y no sobre otras que parecen no representar un peligro concreto o se mantienen en niveles llamativamente tolerables (corrupción, narcotráfico, trata de personas, lavado de activos, etc.).

En este sentido, es importante comprender que el discurso ha acentuado la doctrina que ubica al delito como potestad exclusiva de las clases más postergadas y, no contento con ello, ha fomentado también la creación de estereotipos criminales ligados a la marginalidad (camperita deportiva, gorrita, cierto uso lascivo del lenguaje, etc.) como propósito

<sup>9</sup> Con las nuevas formas de acumulación del capital de las relaciones de producción y de estatus jurídico de la propiedad, todas las prácticas populares que dimanaban, ya bajo una forma tácita, cotidiana, tolerada, ya bajo una forma violenta, del ilegalismo de los derechos, se han volcado a la fuerza sobre el ilegalismo de los bienes. El robo tiende a convertirse en la primera de las grandes escapatórias de la legalidad". Ver Foucault, Michel en "Vigilar y Castigar" p. 91, Siglo XXI Editores.

y dirección única de la Política Criminal. De allí que lo que sí podemos asociar con la pobreza es el castigo, en tanto casi la totalidad de las personas encarceladas son pobres<sup>10</sup>.

Para resumirlo: el discurso es la primera gran herramienta de la Política Criminal en tanto allí se gesta la pretensión punitiva de las agencias represivas del Estado y es desde donde se abre paso a la normatividad. Así es que en nuestro país el torrente discursivo respecto a la cuestión criminal se encuentra anclado sobre una base muy pequeña de delitos, los que se reproducen cotidianamente en la medida en que, con su persecución, también se favorece el desarrollo de ciertos factores económicos que obtienen ganancias siderales gracias al temor que genera la mera posibilidad de verse expuesto a un hecho delictivo.

### **La normatividad: el uso ambivalente de la ley**

Como bien dijimos anteriormente, el discurso precede a la norma. En este sentido, es dable reconocer que la normatividad, en tanto conjunto de leyes que exteriorizan y organizan la voluntad represiva del Estado, resulta una parte fundamental del engranaje político criminal. Ello, porque es el resultado de una conciencia punitiva que reconoce en diversas problemáticas sociales su necesidad de represión. Sin embargo, cabe recalcar que aún pese a que la norma es producto de esa conciencia y que la Política Criminal se apoya en su utilización para dirigir y organizar qué se va a reprimir y cuál es su límite, nunca la “normatividad” –como entidad– pudo escapar ni de la artificialidad de su concepto, ni de los límites que ella misma impone (en tanto garantía ciudadana frente al poder exorbitante del Estado) por lo menos en el plano formal.

Sobre el primer punto, la artificialidad de la norma, debemos comprender que el delito es una construcción social carente de sentido óptico, pese a que reconozcamos la existencia de situaciones históricamente

<sup>10</sup> Dice Roger Matthews, en su título *Criminología Realista* que: “...la cárcel –principal forma de pena en la mayoría de las sociedades occidentales– es un castigo reservado casi exclusivamente a las clases más bajas”, Ediciones pp. 58 Didot.

problemáticas pasibles de ser gestionadas aún con cierto grado de orden y violencia. El delito no surge de la naturaleza. Emerge de una fuerte tradición organicista emparentada a cómo la sociedad resuelve sus conflictos en el marco de sus relaciones de poder.

Esta idea artificial de la ley y, por ende, del delito, es la que reconoce que a partir de la reconversión “delictiva” de ciertas conductas, el Estado es quien posee una suerte de control de lo punitivo, del “hacer” o del “no hacer” de las personas.

No obstante, pese a la potestad que tiene el Estado para crear criminalidad, la ley nunca ha sido una barrera para evitar la comisión de hechos delictivos. La cantidad de crímenes y la cantidad de personas privadas de su libertad, no dependió nunca de la agresividad de la norma, sino de la interacción de múltiples factores sociales, económicos, culturales y políticos. Pese a ello, ha habido en nuestro país un uso demagógico de la ley que buscó en la penalidad una salida desesperada para morigerar momentos de tensión entre clase dirigente y la sociedad. Esta situación denominada “demagogia punitiva” (herramienta que encuentra en la inflación penal una posibilidad concreta de administrar las pretensiones represivas y de canalizar las demandas sociales que depositan en la ley una herramienta capaz de contener los efectos de la criminalidad) es la que propone dirimir la conflictividad social con el uso y abuso de los instrumentos violentos del Estado. Haciendo entrever la existencia de una falsa dicotomía entre dos modelos de sociedad: a) aquella en la que impera la ley y el orden (la sociedad responde al conjunto de valores axiológicos que impone el Estado) y b) aquella en la que impera la anarquía y el descontrol (la sociedad es violenta y tiende a dirimir sus conflictos sin otra regla que aquella que impone el más poderoso).

No obstante, esta dicotomía debe ser mirada con atención y desconfianza en sociedades donde mayoritariamente se persigue penalmente al delito predatorio o callejero, tal como dijimos anteriormente. Es que en los dos modelos opera la ley del más fuerte, ya que ambas se alejan del ideal democrático, en tanto, en una opera el imperio de la ley, como dogma, (que en definitiva no es ni más ni menos que la continuidad de las relaciones de dominación afianzadas muchas veces desde el derecho,

las cuales se profundizan en sociedades inequitativas como la nuestra); y en la otra, se impone la voluntad de aquel que circunstancialmente tiene el poder. Por ello, una sociedad que no le presta atención a su criminalidad, o a lo que ella esconde, es una sociedad débil en términos democráticos. Ya que entiende que uno de sus conflictos, la delincuencia, solo debe ser atravesado desde una mirada netamente punitiva y no desde otras alternativas que pudieran resultar ser opciones más pacíficas y eficaces.

Sobre el segundo y último punto (los límites que la misma norma impone) cabe resaltar que desde el siglo VXIII en adelante, las codificaciones europeas han sido la piedra fundamental en la creación de los estados modernos. Ello, en razón de la limitación a los abusos del poder punitivo heredados de los gobiernos monárquicos, como en los procesos de separación de la idea de castigo, como expiación moral o religiosa, de la idea de infracción como atentado a la ley<sup>11</sup>. En este sentido, cabe resaltar que si bien las leyes han moldeado las conductas de la sociedad civil, también es cierto que la ley ha enmarcado los límites de la actividad estatal, por lo menos durante la vigencia del estado de derecho.

La legislación argentina, desde la Constitución, los pactos internacionales, las leyes nacionales, provinciales, municipales, orgánicas, etcétera, delimitan un marco operativo que regula el espectro de actividades permitidas y prohibidas también para estructuras de gobierno y sus agencias. No obstante, la práctica demuestra que existen vulnerabilidades y arbitrariedades a la hora de la aplicación de estas reglas que generan la necesidad de equilibrar los pulsos de los estados autoritarios para la vigencia plena de derechos y garantías. Con esto quiero decir que la Política Criminal encuentra en la norma una suerte de doble vara. Por un lado, la ley es el instrumento formal que habilita la coerción, pero por otro lado, justamente, es ese marco legal que pone límites a la reacción represiva estatal. En la ley se define el límite formal a la actividad represiva

<sup>11</sup> “El principio fundamental del sistema teórico de la ley penal (...) es que el crimen (...) no ha de tener en adelante relación alguna con la falta moral o religiosa. La falta es una infracción a la ley natural, a la ley religiosa, a la ley moral; por el contrario, el crimen o la infracción penal es la ruptura con la ley. Foucault, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, p. 96, editorial Gedisa. 2007.

del Estado y, por consiguiente, es el lugar donde se mide la vigorosidad del estado de derecho.

### **Prácticas: el poder visible y subterráneo de las agencias estatales**

Las prácticas punitivas representan el conjunto de manifestaciones (acciones u omisiones) legales e ilegales que desarrollan aquellas agencias del Estado que convergen en la cuestión criminal.

Decimos “legales” e “ilegales” porque a lo largo de la historia hemos padecido diversos ejemplos que nos han demostrado la existencia de usos correctos, pero, también, de ciertos vicios institucionales que, en la práctica, representaron un orden social paralelo. Hago referencia a esta situación toda vez que hemos aceptado la existencia de prácticas que han operado por fuera del sistema jurídico pero que a la vez nunca fueron discutidas por entender que a través de estas se mantiene a raya cierto tipo de conflictividades. Es por ello que algunas prácticas son aceptadas como parte del trabajo diario de las fuerzas policiales, pese a no estar reconocidas institucionalmente, en tanto no obedecen a criterios de actuación basados en algún marco legal.

Así, por ejemplo: los malos tratos, los paseos en patrullero por largas horas, los pedidos de identificación sin causa, la falta de atención médica a detenidos heridos, la discriminación, la liberación de zonas, torturas, etcétera; resultan parte del trabajo cotidiano de las fuerzas de seguridad.

No obstante, lo peligroso de estas prácticas, y de su incidencia en la Política-Criminal, es que muchas de estas terminan siendo aceptadas por el ordenamiento jurídico según el modelo de seguridad que se intente imponer. De esta manera, mientras que un modelo de seguridad ciudadana intenta recomponer el lazo entre la sociedad y su policía a partir de un control limitado de la criminalidad basado en la ley, los modelos militarizados hacen hincapié en las prácticas ilegales por el solo hecho de entender que la criminalidad se controla por la fuerza. Lo que en un sentido extremo nos conlleva a padecer un sistema de monitoreo

constante que menoscaba el sentido del estado de derecho, dando lugar al estado de policía y a su modelo de vigilancia extrema. Lo que disminuye el piso de legalidad a partir del fortalecimiento de otras prácticas aún más aberrantes.

En resumen, no abordar el conjunto de prácticas punitivas y no tomar en consideración su incidencia en el armado de un plan político-criminal, es no reconocer que a partir de las mismas los gobiernos definen los márgenes de actuación de sus fuerzas represivas y con ello los niveles de vigencia del conjunto de derechos y garantías.

Por lo expuesto, el discurso, las normas y las prácticas organizan y dirigen los medios represivos del Estado y, por ende, trazan en conjunto su Política Criminal. Cada uno de estos eslabones es independiente, pero a la vez necesarios entre sí. En este sentido, es imposible imaginar que los discursos no sean proyectados en normas y que estas últimas no se exterioricen en prácticas, las que dependen de la fuerza que tenga un estado de derecho para que cada vez que se desarrollen, obedezcan a los límites que impone la ley.



## CAPÍTULO III

# POLÍTICA CRIMINAL, DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

Si en el anterior capítulo arribamos a una definición de aquello que entendemos por Política Criminal, ahora cabe preguntarse cuál es su relación con otras disciplinas de las ciencias sociales que paralelamente han abordado la conflictividad delictiva. Más precisamente me gustaría indagar la relación de la Política Criminal con el Derecho Penal y con la Criminología y, en particular, su relación con las teorías de la pena y aquel discurso legitimante del poder punitivo que moldeó para siempre el paradigma de la criminalidad en nuestro país.

Para comenzar, cabe dejar en claro algunas cuestiones toda vez que la interpretación que en este libro se le dé al derecho penal y a la criminología debe ser tomada de manera complementaria ya que solo intenta contribuir al abordaje de la Política Criminal, siendo esta materia nuestro principal objeto de estudio. Ahora bien, respecto a la relación entre la Política Criminal y Derecho Penal cabe decir que desde un plano teórico y práctico sendas materias mantienen un cierto grado de tensión dado, principalmente, por la distinción de sus objetivos. Si la Política Criminal tiene como finalidad reducir la criminalidad, el Derecho Penal se ocupará de armonizar dicha reducción en base a los postulados de la Constitución Nacional y el estado de derecho. En este sentido, la disputa entre Política Criminal y Derecho Penal obedece a la pretensión punitiva de la primera y a la misión limitadora de la segunda. Para ser más gráficos, si existe un impulso natural de nuestras sociedades a delegar en el aparato violento del Estado la resolución de nuestros conflictos y, en consecuencia, un aprovechamiento de las agencias represivas para expandir su poder, el derecho penal debe aparecer para contener esta pretensión punitiva a partir de una serie de filtros que surgen la Constitución Nacional (y los

Tratados internacionales), el código penal y los distintos códigos procesales penales del país. Del entrecruce de todos estos dispositivos técnicos surgen el conjunto de principios, reglas y mandatos que obligan al Estado a morigerar su pretensión violenta. Por lo que el derecho penal, entendido por lo menos desde el deber ser, resulta un filtro vital para darle un manto de legalidad y organización al uso de la violencia estatal. Cabe aclarar que el reconocimiento a la función limitadora del poder punitivo del derecho no desconoce la existencia de una dosis de violencia estatal aplicable por fuera de los parámetros de legalidad que forman parte engranaje del sistema penal, tal como vimos en el anterior capítulo. No obstante, su regulación, no es responsabilidad del derecho sino de la misma Política Criminal que, para gozar de una aplicación ligada a las necesidades y reglas del Estado de derecho, debe ajustar, desde sus inicios como política pública, sus herramientas a los postulados normativos aun cuando esto pueda significar un retroceso en la reducción de la criminalidad, que es en definitiva su finalidad última.

En cambio, respecto a la relación de la Política Criminal con la Criminología, diremos que esta última solo se ocupa de estudiar y comprender el conjunto de discursos que legitiman el poder punitivo. Por lo que la relación entre estas dos materias de alguna forma queda supeditada a la existencia de una forma de violencia organizada. En este sentido podemos manifestar que la Política Criminal no solo comprende el desarrollo de los marcos teóricos-conceptuales que establecen la necesidad de reprimir y perseguir penalmente determinadas conductas y sujetos en base a un plan político-criminal sino que, además, su objeto de estudio se expande al estudio normativo y práctico de dicha pretensión punitiva. Lo que de ningún modo le quita a la Criminología su status de disciplina autónoma, en tanto su grado de especificidad le permite abordar, con cierta rigurosidad científica, las razones de la gestación de los discursos legitimantes del poder punitivo, poniendo en relieve no solo su carácter político criminal sino también su genealogía. Lo importante a resaltar de la relación entre la Política Criminal y la Criminología es que esta última es aquella que debe orientar a la primera para que esta contemple los elementos históricos, sociales y culturales cuando desde el Estado se quieran definir o determinar lineamientos político-criminales que busquen o intenten reducir la

criminalidad. Lo que sirve para nutrir a las agencias del Estado de un caudal de información considerable para orientar su pretensión, advirtiéndole si las propuestas punitivas ya han sido utilizadas y cuáles fueron sus resultados. En términos de Binder: *“La criminología o sociología de control social debe describir, explicar y criticar en profundidad el funcionamiento real del sistema penal y con ello proveerá de ideas para su transformación o supresión, pero debe dejar que otra disciplina construya el saber necesario para el desarrollo práctico de la Política Criminal; disciplina que debe tener la capacidad de elaborar ordenadamente los conceptos que necesita hoy en día la formulación, ejecución y evolución de una política pública moderna, sometida a las condiciones y exigencias de una sociedad democrática. Esto no significa, de ninguna manera, disminuir la importancia central que tiene la criminología al proveer materiales de la realidad sobre la que debe operar la política y la ingeniería social y menos aún implica disminuir la importancia de su crítica al funcionamiento real (independientemente del pretendido) del sistema penal”*<sup>12</sup>.

A partir de lo expuesto podemos concluir que el tridente formado por la Política Criminal, el Derecho y la Criminología sistematiza de manera simultánea la organización represiva del Estado. No obstante, a lo largo de la historia hubo –por así decirlo– encuentros intelectuales entre estas disciplinas que han marcado a fuego la conciencia punitiva de nuestras sociedades y que, pese a la evolución de cada una, siguen vigentes en la actualidad. Para ser concretos, las teorías de la pena –para el caso del derecho– y la escuela Positivista –para la criminología–, se mantienen y se retroalimentan, lo que no solo es un mérito de estos paradigmas sino una orfandad intelectual del saber criminal que hasta este momento no ha podido ser superado.

## Las teorías de la pena

A partir de los siglos XVIII y XIX, con las formaciones de los Estados modernos y las primeras codificaciones, se reformuló y se reorganizó el

<sup>12</sup> Binder, Alberto, Derecho Procesal Penal. Tomo II. La dimensión político-criminal del proceso penal. Pág. 129. Editorial Ad-Hoc.

sistema judicial europeo. El sentido de dicha reforma, tal como destacamos en el capítulo anterior, fue desligar toda relación entre la noción de infracción a la ley con la idea de falta moral y religiosa. Por lo que el delito ya no podía ser concebido como un pecado, como sucedió durante el oscurantismo de la edad media, sino como una ruptura al pacto que dio a luz al contrato social mediante el cual los ciudadanos han delegado una cuota de su libertad para que una estructura superior cuide de aquella no delegada y así asegurar una convivencia pacífica. En este sentido, las nuevas estructuras de poder de los Estados europeos intentaron darle una orientación distinta al castigo toda vez que la idea de expiación, en tanto equivalencia entre delito y pecado propia de las monarquías, había quedado atrás. Fue así como aparecieron las primeras teorías de la pena que, en tanto ejercicio organizado de la violencia, pretendieron darle una justificación al poder punitivo poniendo en el epicentro del conflicto al hombre, en tanto sujeto libre, y no a Dios. De esta manera podríamos conjeturar que el conjunto de discursos, reglas y prácticas desarrollados durante la vigencia de cada una de estas teorías dieron lugar a la formación de los primeros lineamientos político-criminales de la era moderna.

*La teoría retributiva*, o mejor conocida como teoría absoluta, es la que interpreta que el castigo es la resultante de la infracción a la ley y su finalidad no es otra que retribuir el mal causado con otro mal, pero solo en su forma equivalente. Para la teoría retributiva el castigo no tiene otra finalidad más que la imposición de dolor sea este físico o psicológico, porque el ser humano no puede ser utilizado como medio para otros objetivos, ya que el castigo es un fin en sí mismo<sup>13</sup>. Esta teoría de la

<sup>13</sup> Si bien su genealogía la podemos encontrar con Howard, Jeremy Bentham, Hobbes y Locke, padres del disciplinarismo inglés, los autores que verdaderamente contribuyeron al desarrollo de esta teoría, fueron, aunque en distinta medida y bajo distintos propósitos, Cesare Beccaria, Emmanuel Kant y Georg Friedrich Hegel. Para el primero, por ejemplo, todo castigo debía ser proporcional a la acción cometida y el resultante de un proceso legal donde dicha acción se encuentre tipificada como delictiva de manera previa al hecho imputado. Kant, en cambio, hizo foco en la ruptura entre pecado y delito. Por este motivo, para el filósofo alemán, la violencia estatal debía ser la resultante de un juego dialéctico que debía atravesar no solo la criminalidad sino todo el orden social. En este sentido, la respuesta al

pena ha sido toda una revolución en tanto plantea la necesidad de que la medida del castigo esté condicionada por la acción. Lo que no daría lugar a castigos desproporcionados sino en razón a la afectación de bienes jurídicos. No obstante, esta teoría ha sufrido algunos cuestionamientos y embates. En primer lugar, la teoría retributiva lleva consigo una fuerte impronta moral, más allá de la sistematicidad de su entendimiento. El simple hecho de entender al delito como un mal, lo aleja de su carácter racional y lo relaciona fuertemente con la impronta cristiana de pecado por la cual si el delito es un mal la pena es su forma de expiación. Lo que es una contradicción con el valor axiológico del Estado, en tanto su poder se construye y legitima desde la razón y no desde la religión. Por otro lado, todo lineamiento político criminal que se ampare en retribuir el mal causado por el delito a través de la pena, llevará consigo la crítica de no poder establecer racionalmente su intensidad y su duración, como de no comprender la evolución de la conflictividad social, toda vez que lo que puede resultar hoy dañino no lo puede ser a futuro y no siempre la adecuación típica de una conducta habla de por sí de su anti-juricidad. Más allá de lo expuesto y tal como ya dijimos con anterioridad, la teoría retributiva fue considerada un progreso en la discusión sobre la finalidad de la pena y la actuación del Estado, toda vez que intentó poner un límite racional al uso de la fuerza, ya que la herencia violenta de los gobiernos monárquicos obligó a discutir la justificación del castigo por fuera de la idea de falta moral o religiosa.

---

delito era la respuesta al imperativo categórico que afirmaba que la forma correcta de obrar es la que estipulaba que aquello que quiero para mí lo debo querer para los demás. De lo que deriva en su forma práctica el latiguillo “no hacer lo que no quieras que te hagan” y lo que culmina en que el delito no sea ni más ni menos que un insulto a la razón. Ello, toda vez que el delincuente no puede querer para sí aquello que hizo para con el otro, porque nadie racionalmente puede atentar contra sí mismo. Por otro lado, Hegel, sostenía que el delito era una decisión de los hombres libres, virtud que no reconocía ni en los pobres ni en los esclavos, no por condescendencia sino por una visión etnocentrista y racista del ser humano. Para el otro famoso filósofo alemán, el delito, en tanto infracción, era la negación a la regla de convivencia. Una negación al derecho. Por lo que la pena era entonces la negación de la negación y era, en definitiva, una forma de restablecer el derecho a partir de la anulación del delito.

## Las teorías relativas o utilitaristas

A diferencia de la teoría retributiva de la pena, las teorías relativas son aquellas que hacen foco en la sociedad y en el delincuente, entendiendo que el castigo, como entidad, es un medio para la obtención de un fin político criminal.

Se parte de la premisa por la cual la pena no puede ser entendida como la simple consecuencia de un acto ilícito, sino que debe aplicarse en la medida en que cumplan con un objetivo, sea este el tratamiento del reo o producir determinados efectos en la sociedad. En base a esto podemos identificar dos teorías relativas, la prevención general y la prevención especial, que a su vez pueden ser subdivididas en positivas y negativas.

La *Prevención General Positiva* es aquella teoría que busca que la sociedad vea a través del castigo una reafirmación de las reglas del derecho, en tanto la pena reafirma la confianza en el sistema de leyes. La utilidad política de la punición es la validación del pacto social y del método de resolución de conflictos colegido por la sociedad al momento de la firma del contrato social. No obstante, esta teoría adolece de varios puntos críticos. El primero, y más importante, es que la pena de ningún modo reafirma el valor axiológico del sistema jurídico porque este depende de la actuación de los jueces y fiscales y no a partir de una condena. Por otro lado, si la idea es reafirmar el derecho a través de la pena, su consecuencia lógica sería interpretar que una mayor confianza se obtendría a través de montos de penas elevadas. Lo que en definitiva pondría al derecho como instrumento de control social al servicio de gobiernos despóticos. Por último, lo cierto es que, en sociedades desiguales como la nuestra, más que una confianza en el derecho, lo que hay es una confianza en la selectividad represiva de los sectores que, no expuestos a la persecución punitiva, confían en mantener su status ya que culturalmente se entendió que el delito es propiedad y estamento de las clases más populares. Por lo que la pena, lejos de reafirmar el derecho, reafirma el juego de vulnerabilidades del sistema social.

La teoría de *Prevención General Negativa* es aquella que entiende que la función del castigo es intimidar, desde la sanción penal y sus nocivos

efectos, a aquellas personas que todavía no han cometido una infracción para que no la lleven a cabo. Esta teoría parte de la idea del ser humano racional y libre, que sabe distinguir cuáles son los costos y beneficios de su actuar delictivo. En este sentido, cuanto más dura sea la sanción, más se podría disuadir a la sociedad de evadir la ley y así el sistema penal cobraría sentido. No obstante, esta teoría adolece de varias críticas. En primer lugar, su plan político criminal solo será rigurosamente efectivo cuando todas las personas se abstengan de delinquir por el temor que el castigo genera. Lo que de por sí es un error, toda vez que se ha demostrado que aun cuando las penas aplicables sean letales, la sociedad nunca se abstuvo de cometer delitos<sup>14</sup>. Por lo que el temor a la sanción penal no genera los efectos esperados por esta teoría, por lo menos para ciertas personas. Por otro lado, lo cierto es que las reglas de la ley penal no aplican a todos por igual, ya que existen grupos vulnerables a la persecución del Estado y grupos que no lo son. En este sentido, la abstención de delinquir por miedo a la sanción solo resultaría un presupuesto a evaluar por los grupos expuestos a la persecución penal y no por quienes deben hacer un esfuerzo mayor por ponerse en el ojo de la vulnerabilidad punitiva, cuestión que tampoco ocurre. Aun así, la ley y el castigo no disuaden en la perspectiva que requiere esta teoría. Por último, la mayor crítica a la prevención general negativa es que sus presupuestos resultan un caldo de cultivo óptimo para los gobiernos autoritarios que, desvirtuando el sentido del derecho, utilizan a la ley como medio para el cumplimiento de sus propósitos espurios. Siendo que su objetivo no es el respeto por la norma sino el sometimiento de la población a su voluntad.

La teoría de la *Prevención Especial Positiva* es aquella teoría que postulaba que el único fin de la pena era la resocialización del delincuente. Razón por la que el paso del reo en prisión solo debería tener fines correccionales y terapéuticos. A diferencia de la prevención general, la prevención especial positiva parte del presupuesto de considerar que

<sup>14</sup> Por ejemplo en Inglaterra, entre 1688 y 1815, existía el tristemente célebre código de sangre (Bloody Code) que castigaba con pena de muerte a más de doscientas conductas. Entre las conductas penadas se encontraban las amenazas, la tala de árboles y el robo de correspondencia, entre otros.

el ser humano no es libre en sus decisiones (libre albedrío) sino que se encuentra determinado hacia ellas por circunstancias biológicas o sociales que las moldean. En este sentido, al partir de un método racional, si el ser humano delinque, es porque estaba impulsado a ello. Razón por la que –para esta teoría– todo reproche punitivo sería injusto ya que ningún ser humano puede escapar de su propia determinación. Por ello el fin de la pena debe ser corregir al delincuente para evitar que reincida. Más allá de lo anterior, esta teoría ha recibido innumerables críticas ligadas principalmente a las consecuencias que el encierro genera en la población carcelaria. Ello, en tanto, la cárcel lejos está de ser una institución que resocialice, sino que tiende a reproducir o a empeorar las condiciones que llevaron al sujeto a delinquir; de igual manera se considera que la cárcel, pasado un determinado tiempo, genera secuelas psicológicas irreparables y que en casi su totalidad las instituciones penitenciarias se encuentran superpobladas y en condiciones de insalubridad, por lo que el proyecto resocializador en este contexto deviene impracticable. Asimismo, el concepto resocializador sigue en pie (más allá de su proyección utópica) no solo desde lo conceptual sino también desde lo normativo. Toda vez que este propósito se encuentra vigente de manera táctica en la Constitución Nacional<sup>15</sup> y en los tratados internacionales<sup>16</sup> que versan sobre esta cuestión, como así también en la misma ley de ejecución penal.

<sup>15</sup> Ver el Art. 18 que en su parte pertinente establece que “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.

<sup>16</sup> El propósito de las penas privativas de la libertad es “la reforma y la readaptación social de los condenados” (artículo 5.6 de la CADH. A tal fin, “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). El numeral 4 de las “Reglas Mandela” expresa: “ Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo” (cfr. En el mismo sentido las Reglas 5, 9, 67.2, 87, 90, 91, 98, 103.3, 104.2 y 108.1).

La *Prevención Especial Negativa* es aquella teoría que niega todas las finalidades descritas con anterioridad y establece que el verdadero propósito de la pena es neutralizar al sujeto infractor para que no vuelva a delinquir porque es un peligro para la sociedad. En este sentido, si bien se reconoce el mal que causa la pena esta debe ser aplicada como un bien para la sociedad, por entender que el delincuente es irrecuperable debido a su inferioridad biológica. Esta teoría de la pena, de tinte sistémico y organicista (en virtud de comprender a la sociedad como un conjunto de células donde cada una cumple una función determinada que hace a la vida del cuerpo social), establece que el sujeto que no puede cumplir con su rol en la sociedad y, por ende, con sus objetivos, debe ser excluido para siempre. Respecto a esta teoría diremos, básicamente, que es aberrante. No solo no cumple con los fines mínimos del estado de derecho, sino que, por el contrario, alienta la puesta en marcha de estados fascistas y dictatoriales, donde un grupo minúsculo de personas detenta el poder de manera tan abusiva que tiene la posibilidad de neutralizar a toda aquella persona que considera riesgosa, sin tener en cuenta el carácter artificial de la norma.

### **Teoría criminológica de “La defensa social”**

Al conjunto de corrientes discursivas que crean, intensifican y legitiman el uso de la violencia estatal, aquí las definiremos como corrientes criminológicas, o bien, simplemente, como *criminología*. Estas corrientes fueron las usinas de pensamiento que utilizaron las agencias encargadas de la cuestión criminal para legitimar distintos universos punitivos a partir de dar respuestas a los interrogantes sobre cuándo, dónde y por qué el Estado debe intervenir violentamente en la sociedad. No obstante, en este apartado quiero abordar la escuela criminológica que, entiendo, más repercusión han tenido en el desarrollo de nuestra Política Criminal. Hablo del Positivismo en el marco de aquello que se conoció como la ideología de la Defensa Social, teoría que –de alguna manera– se mantiene vigente en la dinámica cultural contemporánea.

Haciendo un poco de historia, al nacimiento de esta corriente hay que ubicarlo en la Europa post revolución industrial, donde se necesitó de

un fuerte dicitaminamiento social para controlar los flujos de población provenientes del campo a las grandes ciudades. En el orden externo, este proceso se basó principalmente en un férreo control sobre las colonias que nutrían de mano de obra esclava la meta expansionista de los primeros países industrializados. En este sentido, el derecho se constituyó como la gran herramienta del nuevo orden social, en tanto la misma ley aseguraba que todos los ciudadanos eran libres e iguales y era la que brindaba las herramientas al Estado para punir conductas consideradas delictivas.

El principio general era que el hombre nuevo, al gozar de “plena libertad”, era el responsable de sus actos. Por lo que, si cometía un crimen, éste era producto de su libre elección y debía responder por él. A partir de ello, fue la “libertad” la que arrojó a las sociedades capitalistas a competir por su supervivencia, librando una lucha sin igual en la historia del hombre. Este proceso de competencia salvaje creó, por así decirlo, afortunados y vulnerables. Para los primeros, el derecho civil fue el instrumento que cobijó las primeras distorsiones de la libre competencia, mientras que para los segundos el derecho penal fue quien ocupó un rol central. En este sentido, la ley penal sistematizó sus prácticas sobre los grupos vulnerables, quienes no le aseguraban al nuevo poder burgués una circulación pacífica del capital toda vez que su escasa preparación y falta de contención los arrojó sobre los tipos penales que tutelaban principalmente el derecho a la propiedad privada, algo inédito en ese momento en comparación con el régimen y protección del señor feudal. Así fue que aparecieron los primeros enemigos de la sociedad liberal. Los vagos, los inmigrantes, los locos, las prostitutas, los esclavos liberados. En definitiva, los pobres del nuevo orden social. De esta manera se fue gestando el nuevo paradigma que asoció la criminalidad con estos grupos minoritarios, lo que terminó por consolidar una red compleja de agencias del Estado que comenzaron a intervenir para contener los efectos no deseados (pero esperables) del liberalismo económico.

No obstante, la mayor particularidad de esta época fue la consolidación de un nuevo pensamiento denominado biologismo que intentó determinar, desde la comprobación empírica, cuáles eran los rasgos particulares de cada sociedad para establecer así sus fortalezas y debilidades.

La idea era que las sociedades funcionaban mejor si se neutralizaba sus componentes problemáticos, tal como un cuerpo humano busca neutralizar sus células malignas para que funcionen correctamente.

Trazando un paralelo en términos criminológicos, en Italia, a finales del Siglo XIX, comenzaron a surgir algunos estudios que intentaban establecer de manera anticipada qué sujetos, en razón de determinadas características físicas, etnológicas y raciales, estaban destinados a delinquir. A esta escuela se la denominó *positivismo criminológico* y sus máximos referentes fueron: Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Raffaele Garófalo, en Italia, y José María Ramos Mejía, Carlos Bunge, Luis María Drago y José Ingenieros en nuestro país.

El postulado más relevante de esta teoría fue tratar de ligar el delito a la idea de condición natural de determinados seres humanos, una condición preexistente según los rasgos de cada persona. Algo que a la luz de la historia no solo fue un error teórico sino también metodológico, en tanto querer comprender la criminalidad desde la fisonomía humana o desde su ámbito de procedencia, es negar lisa y llanamente el universo humano interpelado (jóvenes pobres, esclavos, desplazados) sino también el carácter artificial del delito y el juego de vulnerabilidades que se generan con los cambios de poder. En tanto dicha vulnerabilidad no es resultante (ni puede serlo) de condiciones físicas, religiosas, etcétera, sino de las condiciones punitivas que establezca y reglamente quien detente el poder, tal como aclaramos en el capítulo precedente. Más allá de lo anterior, una de las consecuencias más importantes que trajo aparejada la aparición de esta teoría criminológica fue la construcción de toda una maquinaria ideológica que no solo identificó como criminales a los grupos marginales de la sociedad, sino que, además, promovía la necesidad de defender a la población de estos sujetos a partir de un conjunto de mecanismos y dispositivos amparados desde el mismo Estado.

Quien grafica de manera exacta el contenido y el funcionamiento de esta ideología es Alessandro Baratta, a partir de la definición de ciertos postulados de la defensa social a través de la enumeración de los siguientes principios:

*(a) Principio de legitimidad. El Estado como expresión de la sociedad está legitimado para reprimir, por medio de las instancias oficiales (legislación, policía, magistratura, instituciones penitenciarias), la criminalidad de la cual son responsables determinados individuos. Estas instancias oficiales interpretan y asumen la legítima reacción de la sociedad, o de la gran mayoría de ella, dirigida a la reprobación y a la condena del comportamiento desviado, y a la reafirmación de los valores y de las normas sociales.*

*(b) Principio del bien y del mal. El delito es un daño para la sociedad. El delincuente es un elemento negativo y disfuncional del sistema social. La desviación criminal es el mal, la sociedad constituida es el bien.*

*(c) Principio de culpabilidad. El delito es expresión de una actitud interior reprochable, porque es contrario a los valores y a las normas presentes en la sociedad aún antes de ser sancionadas por el legislador.*

*(d) Principio del fin o de la prevención. La pena no tiene –o no tiene únicamente– la función de retribuir, sino la de prevenir el crimen. Como sanción abstractamente prevista por la ley, tiene la función de crear una justa y adecuada contra-motivación al comportamiento criminal. Como sanción concreta, ejerce la función de resocializar al delincuente.*

*(e) Principio de igualdad. La criminalidad es la violación de la ley penal y, como tal, es el comportamiento de una minoría desviada. La ley penal es igual para todos. La reacción penal se aplica de modo igual a los autores de delitos.*

*(f) Principio del interés social y del delito natural. El núcleo central de los delitos definidos en los códigos penales de las naciones civilizadas representa la ofensa de intereses fundamentales, de condiciones esenciales a la existencia de toda sociedad. Los intereses protegidos mediante el derecho penal son intereses comunes a todos los ciudadanos. Sólo una pequeña parte de los delitos representa la violación de determinados órdenes políticos y económicos y es castigada en función de la consolidación de éstos (delitos artificiales)”<sup>17</sup>.*

De alguna manera, este conjunto de principios que apuntan a defender a la sociedad de la delincuencia, en tanto protección del bien contra

<sup>17</sup> Baratta, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Págs. 36/37. Año 1986. Siglo XXI editores.

el mal, se mantienen hoy en día, aunque camuflados en aquello que hemos denominado como *inercia penal*<sup>18</sup>: Es decir: la resistencia que oponen las agencias que intervienen en la cuestión criminal a modificar su comportamiento aun cuando pesa sobre ellas un reconocimiento innegable de su función estigmatizante, discriminante y selectiva.

A modo de conclusión, cuando hablamos de la relación de las teorías de la pena y de las teorías criminológicas con la Política Criminal, lo que podemos notar es que la síntesis de esta relación es la creación de una racionalidad punitiva orquestada y diagramada con el único fin de poner en pugna el proyecto democrático inclusivo. Por ello, todas las políticas públicas en materia político-criminal nunca tuvieron la finalidad de reducir el delito sino administrar el miedo. Y cuando lo que se busca es administrar el miedo, lo que se hace es intentar persuadir y trabajar sobre la fibra más íntima del ser humano: su supervivencia. Este paradigma es el que nos ha llevado a los escenarios cortoplacistas y complejos de los que no ha escapado ninguna bandera política, ya que aún en los gobiernos progresistas se ha mantenido esta ideologización sobre la cuestión criminal.

Por lo expuesto en este capítulo debemos conjeturar que el camino o la transición hacia una Política Criminal seria debe resolver (o ayudar a que ello suceda) las dicotomías que la utilización regresiva del Derecho y la Criminología han tenido en diversos tramos de la historia, por lo menos en la cuestión criminal. Es que desde un plano material podemos decir que, si bien a través del derecho se ha intentado limitar el abuso de poder por intermedio de una serie de mecanismos y dispositivos codificados y públicos (derechos y garantías propiamente dichas), lo cierto es que según la dirección que el Estado le dé a su Política Criminal, el Derecho puede ser utilizado como una herramienta de desarrollo y protección de los sectores más vulnerables de la sociedad, procurando la búsqueda de la equidad, o bien, como una herramienta a disposición del poder que, bajo el pretexto de la igualdad de la ley, sistematiza sus prácticas y decisiones

<sup>18</sup> Larroude, Ariel, De Castigos y Justificaciones. Hacia la democratización de la Política Criminal.

en contra de los intereses de los menos favorecidos, quienes se ven más expuestos a cumplir los objetivos de la vida social con escasos recursos y serias limitaciones.

Tal como puede advertirse en Foucault y en otros pensadores, el *derecho*, durante la era moderna y principalmente durante el neoliberalismo, es la resultante reglada o codificada de las relaciones de dominación. Pero no la dominación en términos bélicos, sino en el sentido de las luchas y conquistas de una burguesía que ha evolucionado y mutado en grupos de poder, nacionales y transnacionales. Por lo que el derecho, cuando no es abordado de forma crítica, tiende a disolver las consecuencias de esta nueva dominación, bajo el paradigma de la igualdad formal.

De la misma manera ocurrió –ocurre– con la Criminología, la que en vez de ser utilizada desde una mirada histórica a los fines de no repetir una y otra vez políticas punitivas que han fracasado, se la utiliza como eje discursivo para la creación de enemigos y de discursos de emergencia. Lo que siempre convirtió a esta disciplina social en una fuente histórica de legitimación del poder punitivo.

## CAPÍTULO IV

### LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO

La Política Criminal debe ser considerada una política más dentro de un conjunto de políticas públicas que definen la dirección gubernamental de un Estado. No obstante, en nuestro país, esta materia nunca ha sido objeto de planificación seria ya que no ha existido jamás una política criminal que haya tenido como norte reducir la criminalidad, sino que se ha apostado por incrementar las herramientas punitivas del Estado como si este fuese el objetivo final de nuestra materia.

Tal como mencionamos en el primer capítulo, desde la recuperación del sistema democrático de gobierno, pero más aún durante el neoliberalismo económico (1989-1999 y 2015-2019), se ha construido en la Argentina una lógica punitivista que tiende a priorizar la resolución de los conflictos sociales a través de los medios coercitivos del Estado. Sin embargo, dicha pretensión resolutoria nunca estuvo moldeada o establecida como política pública sino más bien como una tarea encomendada por la política a las fuerzas policiales. Lo que no quiere, decir bajo ningún concepto, que estas últimas se hayan autonomizado en su labor político-criminal, sino que más bien siempre ha sido más fácil exponer a la policía frente a los problemas de la criminalidad, como si la delincuencia fuera una cuestión ajena a la coyuntura y a las necesidades de la sociedad. Básicamente, la Política Criminal, la inseguridad y la criminalidad fueron siempre consideradas como cuestiones apolíticas.

La falta de armado político de la Política Criminal, valga el juego de palabras, se ha debido a tres cuestiones fundamentales. En primer lugar, porque si el estado de derecho y las democracias modernas han sido forjados sobre la base del *contrato social* (lo que supone un gran

acuerdo entre los integrantes de la comunidad, en tanto cada ciudadano delegó una cuota de su libertad en post de la formación de una estructura que, por encima de ellos, debe garantizarle su seguridad personal y la custodia de sus bienes), discutir la faz punitiva del Estado equivale a plantearse el sentido mismo de la existencia estatal. Cuestión que ningún gobierno ha querido llevar a adelante por el costo político que puede acarrear dicho interrogante. En segundo lugar, porque nuestro país, al haber desarrollado históricamente una matriz punitiva de resolución de conflictos fomentó que nunca haya habido otro plan político-criminal que el uso desmedido de los medios coercitivos del Estado. Lo que derivó históricamente en la aplicación absurda de leyes represivas en detrimento de garantías, derechos y libertades personales<sup>19</sup>. Por último, porque se ha comprobado que, pese a la preocupación social que emerge a consecuencia de los problemas de criminalidad, la sociedad no dirime la elección de sus gobernantes en razón de propuestas punitivistas, sino en virtud de promesas económicas. Lo que ha generado la ausencia de cuadros políticos y técnicos en condiciones de analizar la cuestión criminal con sensatez y dedicación.

En este sentido, vale destacar que esta decadencia en términos político-criminales no se replica en otros órdenes de gobierno. Es difícil que, ante dificultades económicas, educativas y sociales, no aparezcan expertos que salgan a debatir mediáticamente sobre paradigmas que, aún desde enfoques antagónicos, busquen mejorar los problemas reales de la ciudadanía. Lo que no ocurre con nuestro objeto de estudio, en tanto la política criminal está siendo abordada por una variedad diversa de ignorantes que, motivados por intereses políticos, económicos e ideológicos, reducen su análisis a un sinfín de elementos que merodean la cuestión

<sup>19</sup> En la Argentina, entre idas y vueltas y aproximadamente hasta el año 1996, robar un vehículo automotor era aún más grave que un homicidio simple. La escala penal para el primero iba desde 9 a 20 años, mientras que el hecho de matar a una persona le correspondía de 8 a 25 años. Asimismo, se ha autorizado y legitimado que las fuerzas de seguridad puedan actuar bajo edictos o también, derogados estos, pidiendo documentos en la vía pública sin ninguna norma que faculte a dichas fuerzas para poder hacerlo. Véase el fallo Vera del 15/12/15 del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

delictiva sin un conocimiento mínimo sobre las dificultades por las que nuestro país atraviesa en términos políticos-criminales.

Ahora bien, sabida la falta de planificación y debate, cómo darle sentido y trascendencia a la Política Criminal en el marco de las políticas públicas de gobierno.

Como primera medida hay que entender que de todas las políticas públicas que el Estado lleva adelante, la Política Criminal es la más peligrosa porque tiene como fin reducir la criminalidad a partir de la administración de la violencia. Cuestión que en países como el nuestro ha dejado severas consecuencias por la matriz abusiva que han tenido las agencias dedicadas a la cuestión criminal. Sin embargo, administrar la violencia a no equivale a decir que el Estado deba intervenir en todos los conflictos criminales violentamente. Justamente, son muy pocos los hechos que ameritan una intrusión estatal de tal magnitud. Ocurre que lamentablemente se ha comprendido que la eficacia de una Política Criminal radica en la rigidez y vigorosidad de las agencias punitivas, lo cual es un error. Ya que la eficacia de una Política Criminal no depende de la potencialidad de los instrumentos violentos del Estado sino de las herramientas que este haya desarrollado para prevenir escenarios conflictivos (si es que estos pueden prevenirse) o las que ha desarrollado para resolver estos sin el uso de la violencia letal.

Por otro lado, es necesario que la Política Criminal, para un correcto funcionamiento, delimite su campo de acción. Es decir: que establezca el marco en el cual va a desarrollarse de forma independiente a otras políticas públicas, pese a estar todas ellas vinculadas por el sentido mismo de gobierno. En este sentido, la independencia de la Política Criminal no debe depender de su capacidad operativa (cantidad de recursos humanos, técnicos y económicos) sino de la autonomía funcional que detente en virtud de la delimitación restringida de su campo de acción. La que de por sí debe ser acotada, en tanto, toda Política Criminal –al responder al principio de última ratio– debe limitar su margen de actuación solo a cuestiones excepcionales que no pueden ser resueltas pacíficamente por otras agencias del Estado.

Ojo que con lo anterior no estamos diciendo que ciertas situaciones no merezcan ser atendidas por el Estado. Lo que intentamos manifestar es que dicha atención no puede quedar en manos de las fuerzas de seguridad ni en modo colaborativo por el solo hecho o la mera posibilidad de que ciertos conflictos escaleno violentamente. El Estado es demasiado grande y ostenta diversos recursos como para solo acudir al poder punitivo como método eficaz de resolución de conflictos.

Por lo expuesto, las preguntas que habría que hacerse, si se quiere replantear una agenda político criminal eficaz y moderna, serían qué conflictos son pasibles de ser atravesados por la faz punitiva del Estado y cuáles no.

La primera respuesta debe ser categórica. Si los conflictos que el Estado debe resolver violentamente son pocos, tal como mencionamos con anterioridad, lo más lógico sería que la intervención violenta esté reservada para una gama acotada de conflictividades sobre las cuales si el Estado no intervendría de esta manera, su situación se agravaría. Los ejemplos más claros resultan ser los delitos más complejos: trata de personas, narcotráfico, ciertos homicidios, robos agravados, fraudes económicos, entre otros. Por ello, si el Estado no debe generar más violencia que aquella que intenta prevenir, lo ideal sería que el Estado intervenga violentamente cuando sin su intervención violenta el conflicto no pueda resolverse o, como mencionamos anteriormente, tiende a agravarse. Cuestión que desarrollaremos más adelante pero que nos lleva a pensar que no toda violencia social debe ser atravesada por la violencia estatal si existen medios alternativos para finiquitar el propósito de su intervención.

Respecto a qué conflictos deberían dejar de ser absorbidos por la faz punitiva estatal, diremos que uno de los principios lógicos de los sistemas democráticos modernos es que en toda sociedad debe primar el mandato que establece esta debe resolver sus problemas de un modo no violento. Por ello, si existe la posibilidad concreta de que un conflicto determinado pueda diluirse efectivamente sin el uso de la violencia, este debería ser el camino. Esta cuestión resulta de vital importancia a la hora de interpelar nuestro objeto de estudio, toda vez que ciertas conflictividades terminan

formando parte del universo criminal debido a la falta de decisión política para ser atravesadas por otras agencias estatales no represivas. Un ejemplo propicio resultan los conflictos que se desarrollan en la dimensión urbana (contravencional) de la Política Criminal, la que veremos con detenimiento más adelante, pero que hoy son absorbidas y resueltas por tribunales penales cuando deberían ser abordadas por tribunales vecinales de naturaleza compositiva o restaurativa. Ello, en tanto, su finalidad es asegurar la convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad mientras que sus conflictividades no se subsuman en tipos penales. Lo mismo para el derecho de faltas que si bien tiene trámite administrativo en su trabajo operativo también intervienen fuerzas policiales y su naturaleza jurídica es netamente penal

Asimismo, resulta vital reconocer que el sistema penal configura la primera línea de trabajo de la Política Criminal, toda vez que el poder punitivo se exterioriza formalmente a través de sus instrumentos. No obstante, a la hora de evaluar el sentido de una política pública, en este caso la política criminal, el derecho también ofrece sus límites cuando el Estado desea castigar, ya que la totalidad de las conductas prohibidas solo pueden emanar de los cuerpos normativos que forman parte de dicho sistema represivo.

Por ello resulta correcto manifestar que, si el código penal y los códigos procesales son la reglamentación del Poder Punitivo, no puede haber lugar para interpretaciones vagas ni confusas sobre su aplicación. Toda política pública, y más aquella que detenta el uso de la violencia, debe ser por demás clara y direccionada a un fin político-criminal concreto. Quiero decir con ello que las agencias político-criminales (poder legislativo, judicial, fuerzas de seguridad) deberían pugnar por limitar su responsabilidad y dejar de ser el dique de contención estatal ante el fracaso de las restantes políticas públicas. Esto no es una idea precipitada si se la interpreta bajo los principios de la democracia y el republicanismo, en tanto no debe existir sociedad que ante la incertidumbre prefiera que sus problemas se resuelvan violentamente, por lo menos de forma consciente, tal como manifestamos con anterioridad. Por ello es necesario que se arbitren los medios para limitar el poder de las agencias que

intervienen en la cuestión criminal y reencausarlas en la dinámica del estado de derecho.

En virtud de lo expuesto en este breve capítulo podemos concluir que la Política Criminal tiene la obligación de responder a los intereses político-criminales de una sociedad, por más que ello parezca una obviedad. Sin embargo, responder a estos intereses, quiere decir que esta materia debe estar orientada por la significación política que, en términos ideales, supone la reducción de la criminalidad bajo una administración de los recursos humanos y técnicos en post del respeto al espectro de derechos y garantías de la ciudadanía. Cuestión no menor si se tiene en cuenta el tratamiento de la cuestión criminal en nuestro país.

## CAPÍTULO V

# LAS DIMENSIONES POLÍTICO CRIMINALES

### **Las dimensiones político-criminales**

En nuestro país existen básicamente tres dimensiones político-criminales, en tanto marcos legales de persecución penal. Las mismas se establecen y se dividen, básicamente, a partir de las competencias jurisdiccionales establecidas por la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias. Así es que podemos encontrar las siguientes dimensiones político-criminales:

*a) Dimensión Federal:* Es la que pretende reprimir aquellas acciones que por su trascendencia o potencialidad pongan o puedan poner en riesgo el orden democrático y el sistema de gobierno (delitos de lesa humanidad, narcotráfico, trata de personas, delitos de corrupción, violencia institucional, etcétera).

*b) Dimensión Ordinaria:* Establecida para la punición de acciones u omisiones que atenten contra los bienes jurídicos de la sociedad (homicidios, robos, amenazas, lesiones, daños).

*c) Dimensión Urbana:* Aquella que tiende a tutelar y a punir las acciones que alteren la normal convivencia en las ciudades (*cuidacoches*, oferta y demanda de sexo en la vía pública, hostigamiento, etc.) Las que, si bien poseen en muchos casos penas pecuniarias, multas e inhabilitaciones, tienen naturaleza penal.

Ahora pasamos al detalle de cada dimensión político-criminal en particular.

## La dimensión Federal

En el orden federal, nuestro país no ha establecido una Política Criminal clara. Por ejemplo, para el caso del Narcotráfico, la Argentina ha elaborado y diseñado históricamente su política antidroga siguiendo los pasos de la doctrina estadounidense de los años ochenta, encabezada por Ronald Reagan, la que puede ser analizada básicamente a partir de dos elementos:

a) La reconversión securitaria de la problemática, en virtud de entender que el uso de drogas no es un asunto de salud pública sino de seguridad nacional.

b) La militarización ideológica y territorial del conflicto, por entender que el poder de los cárteles radica en su capacidad de ocupación territorial, la captación de mano de obra desocupada y la capacidad de corromper las estructuras gubernamentales en razón de su poder económico de carácter transnacional.

No obstante, lo cierto es que este tipo de políticas, lejos de prevenir escenarios conflictivos y de reducir el consumo de drogas a nivel regional, lo que ha generado fue una gran cantidad de muertos, principalmente en países como México y Colombia, garantizando utilidades inimaginables para los grupos criminales mediante el lavado de activos y el financiamiento de campañas políticas en varios países de Latinoamérica. La Argentina, sin embargo, por condiciones geográficas, nunca ha sido considerada una nación peligrosa respecto a la comercialización ilegal de estupefacientes a gran escala. La lejanía con los Estados Unidos, principal consumidor de drogas del mundo, y la elección contemporánea de Brasil y Venezuela como países de “tránsito” hacia Europa, han sido factores claves para desalentar el asentamiento de bandas narcos en nuestro territorio.

Pese a ello, la falta de control en las rutas nacionales, en los ríos y en las fronteras por la ausencia de radares, principalmente en el NEA (noreste argentino) por ser limítrofe del Paraguay, de donde proviene la mayor parte de la marihuana que entra al país, y en el NOA (noroeste argentino) por ser limítrofe con Bolivia, desde donde proviene gran parte

de la cocaína que se elabora en Perú y Colombia- junto a la connivencia de pequeñas bandas con las fuerzas de seguridad, han propiciado escenarios óptimos para la comercialización de estupefacientes a baja escala (narcomenudeo), especialmente en el AMBA (Área Metropolitana de Buenos Aires), Santa Fe, Córdoba y algunas partes de la Patagonia.

Lo mismo con la Trata de Personas<sup>20</sup>, entendida como el proceso ilegal que abarca el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación laboral o sexual.

En la Argentina, al igual que con el narcotráfico, sobresalen el NEA y el NOA como los nodos de conexión más importantes hacia las ciudades industrializadas del país. Siendo que en la mayoría de los casos resultan captadas personas de entre 12 a 40 años, oriundas, en gran parte, de países limítrofes como Bolivia y Paraguay.

La particularidad de este delito radica en su dificultad de persecución, la que se debe, para los casos de explotación laboral, a las vastas extensiones rurales del país que dificultan el control de las agencias del Estado y a la impunidad de las grandes marcas de ropa que terciarizan su actividad a través de talleres clandestinos; mientras que para el caso de la explotación sexual, su dificultad radica en la rotación, que hacen los prostíbulos (llamados vulgarmente “privados”) en las principales ciudades y a la connivencia de los grupos criminales con las fuerzas policiales que han asegurado históricamente su impunidad.

Más allá de lo anterior, este delito ha sido reconocido y ponderado al calor de los procesos de aceleración y reconocimiento en materia de derechos humanos.

En nuestro país, recién con la sanción de la Ley 26.364 en el año 2008, se puso énfasis en esta cuestión dando cuenta de la necesidad de un cambio no solo en el orden normativo sino también en el cultural.

<sup>20</sup> El delito de trata de personas, que encuentra su génesis en la conciencia popular no por el histórico tráfico de esclavos de América y África hacia Europa, sino en referencia al tráfico de mujeres blancas en la Europa en guerra durante la primera mitad del Siglo XX.

Empoderando a las víctimas para poder ejercer sus derechos laborales en condiciones dignas para el caso de la explotación laboral, como desobjetivizando a la mujer considerada durante mucho tiempo como mera mercancía en los casos de explotación sexual.

Distinto ha sido el caso de delitos de Lesa Humanidad ya que desde hace varios años nuestro país ha tomado la decisión de investigar, enjuiciar y castigar a los responsables de la última dictadura cívico-militar. Cuestión que se ha convertido en una de las pocas políticas de Estado mantenidas, aunque con ciertos vaivenes, por todo el arco político.

La Argentina fue uno de los primeros países en el mundo en juzgar a sus propios militares, primero durante el gobierno del Dr. Raúl Alfonsín, con el recordado “Juicio a las Juntas” y luego, durante el Kirchnerismo (el Dr. Néstor Kirchner y la Dra. Cristina Fernández), con los “juicios de la verdad”, donde no solo se contempló la posibilidad de condenar a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos sino que también se buscó establecer qué sucedió con las personas desaparecidas, delimitando no solo la cadena de responsabilidades jerárquicas y la actuación de cada uno de los involucrados, sino, además, el real funcionamiento de los centros clandestinos de detención.

A través de estos procesos, el pueblo argentino ha entendido que no existe peor violencia que aquella que viene de las propias agencias del Estado. No solo por la brutalidad de aquellos que detentaron el poder, sino por el retardo de justicia que origina cualquier circunstancia que involucre a estas agencias, ya que si estas son las que delinquen no hay lugar para ningún tipo de reclamo.

Por último, la dimensión federal también abarca a los mal denominados delitos de corrupción. Digo “mal denominados” toda vez que, pese a la creencia popular, tales delitos no existen, sino que son un seudónimo al que se hacemos referencia cuando hablamos de los delitos de cohecho, estafa, malversación de fondos públicos, etcétera. En nuestro país, la investigación y el juzgamiento de estos delitos duran aproximadamente de entre diez a catorce años, y solo el siete por ciento de los casos llegan a condena, de la cuales muy pocas son las que adquieren firmeza.

En este sentido, es notorio que la Argentina adolece de herramientas en materia de investigación de hechos de corrupción, toda vez que el aparato policial del Estado no ha tenido nunca en la mira este tipo de conflictividades, ya que las ha naturalizado como parte de la ingeniería y la mecánica en la cual se construye el poder, principalmente el poder político y económico.

### **La dimensión ordinaria**

La Argentina padece un ritmo delictivo regular que afecta considerablemente el bien jurídico propiedad, el cual se ha visto sustancialmente alterado en tiempos de crisis políticas y económicas.

El robo y el hurto históricamente han encabezado las estadísticas criminales del país, mientras que los homicidios se han mantenido en tasas realmente bajas, no solo a comparación de otros países de Latinoamérica sino del resto del mundo, cuestión que abordaremos luego. En este sentido, vale destacar que el contexto político y social latinoamericano siempre ha sido un caldo de cultivo óptimo para el desarrollo de la criminalidad. No obstante, no debe enlazarse linealmente al factor de la pobreza con el delito. La experiencia indica que aún en épocas de crecimiento regional esporádico, los índices de criminalidad callejera se han mantenido. Es que la mayor parte de la población asocia los delitos de robo y hurto como el eje fundamental del universo delictivo<sup>21</sup> y la consecuencia de ello es la creación de planes de seguridad reactivos basados, principalmente, en la saturación territorial de efectivos policiales, sin indagar sobre cómo controlar la circulación de bienes y mercancías que origina el delito callejero. De esta manera, casi la totalidad de políticas públicas desarrolladas desde el Estado han sido represivas sin entender que el delito, de manera ilegal e ilegítima, también asegura un gran flujo de capital, por lo que la consecuencia

<sup>21</sup> Ver informe de la ONU sobre Seguridad Ciudadana del año 2013. <https://www.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>).

lógica del delito predatorio es la creación de organizaciones delictivas de baja y mediana escala<sup>22</sup>.

En nuestro país el delito predatorio se concentra en la Provincia de Buenos Aires, donde conviven más de dieciséis millones de personas; la Ciudad de Buenos Aires, donde residen más de tres millones de personas e ingresan otras tres millones por día; las provincias de Córdoba y Santa Fe, con cerca de cuatro millones y la provincia de Mendoza con casi dos millones de habitantes. Ello, en razón a la densidad poblacional de estos lugares, pese a que en los últimos años ha habido algunos corrimientos delictivos respecto al robo y al hurto hacia provincias como Catamarca y Neuquén<sup>23</sup>.

La particularidad también indica que no se atenta contra la propiedad en las zonas más acaudaladas, ya que estas por lo general condensan una gran cantidad de dispositivos de seguridad. Con esto quiero decir que se atenta contra la propiedad con mayor frecuencia en los barrios populares más densamente poblados donde el control policial es menor. La pobreza no genera delitos sino necesidades que se manifiestan muchas veces en conflictos con la ley penal.

Respecto a los homicidios, la Argentina ha tenido históricamente una de las tasas más bajas del mundo. Junto con Chile, nuestro país posee una media que no supera los seis homicidios dolosos cada cien mil habitantes. Por lo que, si a este número se lo compara con otros países de la región, como por ejemplo Venezuela, Brasil o Colombia, cuyas tasas oscilan desde ya hace varios años entre el cincuenta y cuatro, veintisiete y veintidós homicidios dolosos cada cien mil habitantes<sup>24</sup> respectivamente,

<sup>22</sup> El solo hecho de pensar en gente que pueda subsistir alimentándose de celulares o de vehículos, y no de la ganancia que provoca su reventa o sus autopartes, es la barrera que nos limita y nos diferencia entre un plan preventivo de seguridad de uno reactivo con complicidad policial.

<sup>23</sup> Ver los informes del Sistema Nacional de Información Criminal del Ministerio de Seguridad de la Nación durante el año 2018.

<sup>24</sup> Robert Muggah y Katherine Aguirre Tobón, Informe de Seguridad Ciudadana en América Latina del Instituto Igarapé, Brasil. Año 2018.

estamos en condiciones de afirmar que el territorio nacional mantiene niveles tolerables de violencia social extrema.

Sin embargo, más allá de lo anterior, existen algunas particularidades para tener en consideración, ya que, si bien la tasa de homicidios dolosos resulta baja, lo cierto es que esta no se distribuye de manera equitativa en todo el territorio nacional. Por ejemplo, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires posee históricamente una de las tasas de homicidios dolosos más bajas del país. Pese a ello, lo cierto es que si uno releva los mapas criminales, puede identificar que la zona suroeste de la Capital Federal, principalmente en los barrios populares, condensa una conflictividad muy alta en materia de homicidios a comparación de las zonas centro y norte, donde se advierte una conflictividad marcadamente menor<sup>25</sup>.

Lo mismo ocurre con otros lugares del país, donde en los últimos años el tráfico de estupefacientes, a mediana y baja escala, ha violentado ciudades como por ejemplo Orán, en Salta, Rosario, en Santa Fe y algunos municipios de la Provincia de Buenos Aires, donde la proliferación de pequeñas bandas dedicadas al narcomenudeo en barrios carenciados han provocado altos niveles de violencia extrema, principalmente en las localidades de San Martín, Tigre, San isidro, Almirante Brown, Quilmes y La Matanza.

## **La dimensión urbana**

En las grandes ciudades existen ciertas problemáticas que, si bien forman parte del universo punitivo del Estado, son consideradas de una conflictividad relativamente menor a comparación de otras muchos más graves, tal como expusimos anteriormente.

<sup>25</sup> Durante el año 2017, la tasa general de homicidios en el territorio porteño fue de 4,98 cada 100 mil habitantes, pero en barrios de emergencia fue mucho más alta. Con casi 165 mil habitantes distribuidos en villas de emergencia y asentamientos precarios en toda la capital, la tasa fue de 28,34 c/100 mil. Mientras que en los demás barrios es del 3,56 c/100 mil, siendo que conviven más de dos millones y medio de personas. Diario La Nación, 12 de noviembre de 2018. (<https://www.lanacion.com.ar/2190955-homicidios-caba>).

Básicamente podemos afirmar que la dimensión urbana agrupa aquellas conductas antijurídicas, no tipificadas como delitos, que lesionan o ponen en riesgo bienes jurídicos de menor envergadura, aunque no así menos importantes en tanto afectan a la urbanidad y a la convivencia vecinal en general. De esta manera: la ocupación indebida del espacio público, las figuras como cuidacoches, los ruidos molestos, etc. resultan ser un andamiaje ilícito propenso a desarrollarse casi con exclusividad en la vida citadina, en virtud de la cantidad de personas que residen y desarrollan sus tareas laborales en estos lugares.

No obstante, vale aclarar que esta porción de la conflictividad social —muchas veces soslayada en virtud de las reducidas escalas punitivas, es decir, al bajo monto de pena en expectativa para cada figura—, representa una preocupación para cualquier administración estatal, ya que la mayoría de estos ilícitos se desarrollan en el espacio público. Por eso cobra real importancia la actuación de las fuerzas de seguridad y el diseño de cualquier Política Criminal toda vez que su despliegue e incidencia repercute, no solo en la prevención de estos hechos, sino, más bien, en la regulación del territorio en términos de control social. Esto lo menciono porque, en su gran mayoría, aquellas personas captadas por estas figuras terminan padeciendo los efectos del poder punitivo de manera indirecta, ya que por su actividad el sistema penal solo les rozará su mejilla de modo tal que hará suponer que, pese a no ser privados de su libertad, terminarán soportando sus efectos con una frecuencia tan regular como para sentir que se encuentran permanentemente bajo su órbita y coerción.

Este cuidado por la regulación del territorio, bajo el lema de orden social, no es nuevo. Forma parte de una cosmovisión política en la formación de las grandes ciudades que ya desde sus comienzos ha intentado asegurar un flujo de mercancías bajo un marco moral que evite poner en riesgo la vida social y el respeto a la autoridad en lugares donde se aglomera gran cantidad de personas.

Sin embargo, muchas de estas conflictividades son tratadas de manera oscilante toda vez que el Estado no puede dejar de cuestionarlas desde su rol policial pero tampoco destinarle una gran cantidad de recursos ya que puede poner en riesgo la prevención de otros hechos aún más violentos.

Así fue como a lo largo del tiempo las fuerzas de seguridad, principalmente la PFA (actualmente Policía de la Ciudad) tuvieron la “virtuosa” tarea de seleccionar conflictividades, aunque no enemigos (los que quedan relegados al estado y a la sociedad) lo que le confirió un gran poder a la hora de establecer quiénes resultan ser vulnerables y quienes no a su persecución.

Este proceso ha llevado a una regulación territorial de una envergadura tal que puede conocerse de antemano qué lugares resultan más propensos a la actuación policial y quiénes poseen mayores libertades para el desarrollo de una actividad ilícita. Lo que no depende de ningún modo del beneplácito del personal policial sino de la orden política que tenga para reprimir ciertas actividades y, principalmente, de la participación económica que el personal policial obtenga de los ilícitos que formalmente tiene que repeler.

En resumidas cuentas, las dimensiones político-criminales resultan ser una parte fundamental para el diseño de cualquier plan preventivo o represivo en materia delictiva. Poder diferenciar las características y particularidades de cada dimensión permite además conocer de antemano los marcos en los cuales se desarrollará cada conflictividad y, a partir de ello, determinar los recursos con los que contará el Estado para responder a cada fenómeno criminal en concreto.

Por último, diferenciar cada dimensión es lo que permite buscar respuestas atinadas según el tipo de problemática que tratemos, evitando resolver todos los conflictos criminales de igual manera ya que no todos son idénticos ni pueden abordarse con las mismas estrategias ni con los mismos elementos. El plan político criminal que no contemple estas dimensiones transitará sin una línea clara y será permeable a la suma impensada de recursos punitivos.



## CAPÍTULO VI

# LA PRETENSIÓN PUNITIVA DEL ESTADO Y SUS ELEMENTOS DE COERCIÓN SOCIAL

### **Cuestiones previas al diseño de una Política Criminal**

El diseño de una Política Criminal debe responder a diversos interrogantes. En primer lugar, el Estado debe definir en qué conflictos desea intervenir de manera violenta, en segundo lugar, debe establecer cuáles son los elementos con los que cuenta para llevar adelante su pretensión punitiva y, por último, debe determinar qué universo social será controlado y perseguido por esta política pública.

### **En qué conflictos debe intervenir de manera violenta el Estado y por qué**

La respuesta a la primera pregunta está relacionada con una de las mayores herramientas que tiene el Estado a la hora de abordar la conflictividad social. Hablamos del control de criminalidad en una sociedad democrática.

La República Argentina posee una larga tradición punitiva, en tanto ha delegado históricamente en la ley penal la posibilidad de dirimir ciertas complejidades sociales pese a saber que el uso de la fuerza lejos está de ser una herramienta que otorgue resultados óptimos, por lo menos de manera lineal. En este sentido, el sinfín de leyes represivas con las que contó la Argentina desde su creación como Estado-Nación, nos da la pauta de que la posibilidad de resolver conflictos desde el sistema represivo pasó rápidamente de ser la última ratio a la primera opción. Lo que

habla no solo de la alta conflictividad social sino también de la carencia instrumental del Estado para abordar conflictos sin el uso de la violencia. Debido a lo anterior, lo importante de la decisión de declarar a ciertas conductas como delictivas, es la exteriorización de voluntad concreta del Estado para resolver los conflictos privándose de la utilización de medios menos gravosos por considerar que estos no resultan adecuados, o bien, innecesarios<sup>26</sup>. Por ello no resulta, o no debe resultar, inocente la elección que el Estado haga de los conflictos que desea reprimir. Esto por tres cuestiones fundamentales:

1) Porque dirimir los conflictos de la sociedad a través del sistema penal significa que de todos los medios que el Estado posee, este ha elegido el método más violento para resolverlo.

2) Por que el Estado debe ser cauteloso a la hora de administrar esa violencia, ya que no hay principio más lógico para una república y un sistema democrático que aquel que establece que el Estado no puede generar más violencia que aquella que intenta prevenir.

3) Porque la clase gobernante, tal como afirmamos en el segundo capítulo de este libro, debe entender que en la creación de criminalidad no solo intervienen urgencias y motivaciones sociales sino también intereses políticos, económicos y culturales que direccionan intencionalmente la punición.

Definir qué quiere reprimir el Estado no es ni más ni menos que definir cuál va a ser el camino que van a atravesar sus agencias para dirimir, con ciertos límites, determinados conflictos. Lo que no es un detalle menor, en tanto dichas limitaciones surgen del derecho que, como instrumento rector de la vida en sociedad, obliga, por lo menos desde el plano formal, a que toda Política Criminal deba respetar un marco normativo para ser considerada legítima.

<sup>26</sup> "...cuando queremos autorizar al Estado a utilizar sus instrumentos violentos (cárcel, detenciones, etc.) debemos crear antes un delito que describa con toda precisión en qué casos el poder está autorizado a ejercer violencia. Generar esa figura es, pues, una decisión política de mucha gravedad...". Binder, Alberto. "Policías y ladrones", p. 27. La inseguridad en gestión. Capital intelectual. Ciudad de Buenos Aires, año 2004.

Lo anterior no es un dicho que deba quedar en el orden de las ideas, es un manifiesto concreto que debe ser la guía operativa de todo modelo represivo para que pueda convivir en armonía con el estado de derecho y el orden democrático.

En definitiva, podemos conjeturar que una Política Criminal democrática es la que logra equilibrar los pulsos punitivos con los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y demás plexos normativos.

Lamentablemente en la Argentina, tal como hemos advertido, todo plan represivo, todo modelo político criminal, se construyó de forma reactiva y punitiva, lo que es igual a decir a que las nociones de prevención y disuasión de la criminalidad nunca resultaron un camino a considerar ni por los gobiernos ni mucho menos por las propias fuerzas de seguridad<sup>27</sup>. Es que de alguna forma hemos aceptado un populismo punitivo que ha exacerbado el clamor social de tal manera que las medidas que se han tomado en pos de la seguridad y el combate del delito han ido en detrimento del conjunto de derechos y garantías de la ciudadanía. Lo que es producto, en términos de Mariana Galvani, del prisma positivista con el que hemos decidido ver e interpretar la realidad social<sup>28</sup>.

Ahora bien, en qué conflictos debe intervenir el Estado de forma violenta y por qué.

Partiremos de una premisa que nos guiará a lo largo de este punto y es la siguiente: los Estados modernos tienden a intervenir violentamente en los conflictos según el “orden social” que deseen fijar y proteger. En este sentido, el orden social neoliberal se encuentra construido principalmente sobre la base de la protección del derecho a la propiedad y el

<sup>27</sup> Tal como afirma Sozzo, “las políticas de prevención del delito en nuestro país (...) siguen girando casi exclusivamente en torno a las instituciones policiales y en las calles se desarrollan exactamente las mismas técnicas de intervención de antaño: la presencia y la vigilancia policial y la detención policial sin orden judicial” (Sozzo, 1998:9-10).

<sup>28</sup> Galvani, Mariana “Cómo se construye un policía” la Federal desde adentro. Siglo XXI. p. 186. Buenos Aires, año 2016.

intercambio de bienes y servicios, por lo que la vida y la integridad física, en tanto bienes jurídicos, cobran real importancia en tanto aseguran la circulación del capital. Debido a este proceso y, principalmente, a los focos de pobreza que generó la desconstrucción del Estado benefactor a partir de la última dictadura militar y el neoliberalismo, es que se agudizaron las variables que asemejaban al conflicto criminal con el ataque a la propiedad a través de figuras como el robo y el hurto, siendo estas actividades ilícitas reconocidas como propiedad y estamento de las clases menos favorecidas del país.

Así fue como a finales de los años 80' se dio lugar a un neopositivismo que encasilló linealmente al delito con la pobreza. Lo que fomentó el control social de los sectores vulnerables ya no desde la lógica de la inclusión social, sino desde su control punitivo a partir de un incremento en la cantidad de personas privadas de la libertad, de una mayor discrecionalidad de las fuerzas policiales a la hora de intervenir en el territorio y de un sinnúmero de recursos humanos y técnicos abocados a la cuestión de la seguridad en términos de delincuencia predatoria.

Dicho lo anterior podemos afirmar que, si las circunstancias sociales, culturales, políticas y económicas son las que han moldeado y condicionado la dirección punitiva en estos últimos años, la tarea del Estado debería ser la de contrarrestar dicha dinámica en favor de un uso racional de su aparato represivo.

En este sentido, para responder a la pregunta respecto a cuándo el Estado debería intervenir violentamente, podemos decir que si el objetivo de la Política Criminal es reducir la criminalidad en el marco del estado de derecho, el Estado solo podrá intervenir violentamente cuando, de no hacerlo, se generaría una dosis de violencia mayor a aquella que motivó su intervención. Y, por lo contrario, el Estado debe rehusarse de intervenir violentamente cuando el conflicto de por sí no contenga algún componente violento, o bien, cuando este sea mínimo. Esto equivale a decir que el Estado debe controlar la criminalidad con el único fin de prevenir la violencia, sin otra exigencia que las pautas establecidas en la Constitución Nacional y las normas que reglamentan su ejercicio. Por lo

que todo plan político criminal debe responder a un control constitucional y no a necesidades o intereses políticos.

Por otro lado, cabe destacar que a diferencia de aquello que históricamente se vino realizando desde la recuperación democrática, los gobiernos deberían partir de un paradigma tan necesario como poco utilizado. Hablo de un concepto que aquí denominaremos ética de la responsabilidad punitiva, que establece que el Estado, en términos de Binder, es el encargado de absorber la violencia social para reducir la conflictividad y no para monopolizarla, ya que de esta manera estaría ejerciendo violencia según sus propios intereses.

Dice correctamente el jurista: "...no siempre la idea de monopolio es adecuada (...). El fin es la absorción, el monopolio es uno de los medios, no el único ni necesariamente el más eficaz en todo momento. Si por monopolio de la violencia estatal entendemos el proceso de absorción de la violencia social, entonces no existe problema alguno en continuar utilizando dicho concepto; pero si por tal monopolio entendemos que el Estado puede aplicar violencia, por fuera del proceso de absorción de esa violencia social, entonces existe una gran confusión en la comprensión de la finalidad de la Política Criminal"<sup>29</sup>.

Por ello es que el Estado debe perseguir penalmente la criminalidad para reducirla dónde y cuándo corresponde y no controlarla dónde y cuándo le conviene. El desarrollo del paradigma de la ética de la responsabilidad punitiva resulta clave para evitar caer en políticas espasmódicas destinadas a contener temporalmente los estupores sociales emergentes de problemáticas mediatizadas sin ningún correlato estadístico que haga necesaria la intervención de todo el programa represivo estatal.

Por eso es importante que las agencias dedicadas a diseñar y definir la Política Criminal establezcan criterios sustentables de persecución basados en estadísticas serias y programas de prevención de la criminalidad

<sup>29</sup> Binder, Alberto, Derecho Procesal Penal. Dimensión Político Criminal del Proceso Penal, Editorial Ad Hoc, año 2014. P. 166.

desarrollados sobre problemáticas concretas<sup>30</sup>. El éxito de una Política Criminal, entonces, no solo radica en la reducción de la criminalidad, sino también en la capacidad de las agencias estatales de intervenir mancomunadamente bajo dicho propósito en el marco de un estado de derecho.

### **Con qué elementos el Estado lleva adelante su pretensión punitiva**

En el punto anterior hemos manifestado cuándo el Estado debe intervenir violentamente en los conflictos sociales y cuál era la finalidad de la Política Criminal. Ahora bien, con qué elementos se lleva adelante estos objetivos teniendo en cuenta la multiplicidad de factores que inciden en la criminalidad y en la punición.

Como primera medida hay que aclarar que reducir la criminalidad no es una cuestión lineal. No se persigue a todos los delitos de igual manera y, además, de aquellos delitos que se persiguen no todos ostentan similares características ni de su persecución se obtienen idénticos resultados. Por otro lado, la criminalidad, como todo proceso de conflictividad, evoluciona en razón a los avances de la sociedad, razón por la cual algunas conflictividades dejan de ser perseguidas en virtud del paso del tiempo, como también de los avances tecnológicos o de ciertas circunstancias de la vida cotidiana que hace que ciertos comportamientos dejen de llevarse a cabo o dejen de ser considerados punibles.

No obstante, la realidad también indica que, pese a que ciertas conflictividades ya no son abordadas en términos punitivos, las leyes penales han aumentado. Hoy en día hay más conductas consideradas delictivas que en cualquier otro momento de la historia y este escenario es el que nos debe llevar a pensar con qué herramientas el Estado lleva adelante su pretensión punitiva.

<sup>30</sup> Un policía de a pie puede ser aún más importante que diez fiscales debido a su amplio poder de discrecionalidad territorial. Las agencias policiales son las primeras de todas las agencias del Estado con poder suficiente para decidir si una persona será captada o no por el sistema de justicia.

Ante esto, el mejor camino para poder allanar la dirección correcta de la Política Criminal es determinar el conjunto de elementos y dispositivos con los que se habilita y se limita la capacidad del Estado para intervenir en la criminalidad.

### **a) El poder legislativo**

Aunque muy poco se hable de su funcionalidad, el Poder Legislativo es un órgano fundamental en todo plan político-criminal. Desde su seno surgen el conjunto de leyes que regulan la vida en sociedad y, para el caso de la cuestión criminal, las leyes que delimitan el ámbito de lo prohibido y sus consecuencias.

En el plano nacional, el único órgano facultado para la creación de figuras penales es el Congreso de la Nación, que cuenta con representantes del pueblo (Diputados) y de todas las provincias (Senadores). Mientras que la forma en la cual se resuelven de conflictos, (códigos procesales) resulta ser local, por ser una competencia no delegada de las provincias al Estado Nacional.

Particularmente, el Poder Legislativo, es el encargado de llevar adelante la criminalización primaria, entendida como el proceso mediante el cual una conducta (sea por acción o por omisión) pasa a ser considerada como delictiva, en tanto se le atribuye una penalidad a quien la lleve adelante. Tal como afirma Zaffaroni: “se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que la formulan”<sup>31</sup>. Esto habilita al Estado a poner en marcha un conjunto de dispositivos y mecanismos tendientes a prevenirlas, o bien, a reprimirlas para el caso que se cometan.

El rasgo más sobresaliente del Poder Legislativo es que a partir de su funciones se puede diagramar gran parte del espectro político-criminal.

<sup>31</sup> Zaffaroni, Raúl Eugenio Slokar, Alejandro y Alagia Alejandro, Tratado de Derecho Penal. Editorial, Ediar, p. 7. Año 2002.

No obstante, lo cierto es que más allá de establecer qué conductas son pasibles de imposición de pena, en el plano material, la agencia legislativa sabe que el horizonte punitivo proyectado por la norma penal no será aplicado a todas las personas. En este sentido, cuando este órgano del Estado redacta una ley penal conoce, de antemano, qué sujetos serán juzgados y cuáles serán sus efectos, como, a la inversa, a quienes no. Aquí es donde se gesta el proceso de vulnerabilidades que luego ejecutarán las agencias encargadas de llevar adelante la criminalización secundaria (fuerzas de seguridad y poder judicial), a partir de la aplicación represiva de las leyes.

Asimismo, dentro de este juego de vulnerabilidades no solo sobresalen las proyecciones punitivas que surgen de la ley, sino también los intereses que incentivan dicho proceso.

Tal como hemos afirmado previamente, en la cuestión criminal también inciden otros intereses (políticos, económicos y culturales) que tienen por objeto que determinada conflictividad social sea resuelta desde los resortes punitivos del Estado. Por ello, cuando el Estado elabora y promueve un plan político criminal a través de la sanción de una norma debe saber que la ley es un punto de partida para habilitar formalmente dosis de violencia organizada contra quien perpetre la acción típica, pero a la vez resulta ser el fracaso de la no llegada de políticas públicas. Es decir que de todas las herramientas que el Estado tiene para resolver un conflicto elige primar su resolución a través de la prohibición y la sanción penal.

Por último, cabe recordar que si bien el Poder Legislativo es el que habilita el poder punitivo de manera formal, esto no quiere decir que no existan dosis de poder punitivo subterráneo o ilegal de manera paralela a la ley penal. Existen un conjunto de prácticas y costumbres que merodean el ámbito de lo prohibido y lo permitido que con gran frecuencia terminan por socavar el límite mismo que impone la norma en razón a cuándo y cómo debe ser aplicada. Esa es una frontera porosa donde entran en riesgo un conjunto de derechos y garantías. Allí es donde cobra relevancia la figura de la fuerza policial quien tiene a su cargo la represión y aprehensión de personas que llevan adelante las figuras típicas, cuestión que veremos a continuación.

### **b) Ministerios de Seguridad y las fuerzas policiales**

Sin orden de prelación respecto de otros elementos, las fuerzas policiales y los Ministerios de Seguridad (Nación, Provincia y ciudad) ocupan un rol central a la hora de identificar los dispositivos con los que el Estado lleva adelante su pretensión punitiva. Esto no solo por la cantidad de recursos humanos, materiales y técnicos desplegados a lo largo y ancho del país, sino por la matriz política que ha tenido la policía, como institución, a lo largo de la historia.

Cabe destacar que estas agencias públicas son las encargadas de llevar adelante los procesos de criminalización secundaria, es decir: el diseño de dispositivos para la prevención, represión y la aprehensión de sujetos que llevan adelante las conductas descriptas en las normas penales. Lo que se desarrolla con amplio margen de discrecionalidad, principalmente por requerimientos políticos, sociales y culturales, como así también, por el control territorial que las mismas fuerzas policiales construyeron con el paso del tiempo.

A correlato de lo anterior, partiremos de la siguiente afirmación: Las policías<sup>32</sup> nunca actuaron de forma independiente a los gobiernos de turno, por el contrario, siempre fueron subordinadas a sus requerimientos (legales e ilegales) según las necesidades políticas de cada época. Lo que de ningún modo quiere decir que no hayan podido desarrollar territorialmente, con cierta libertad y contemplación, actividades ilícitas por fuera de la política.

Este punto es importante a los fines de desvirtuar uno de los mitos más relevantes sobre el tratamiento de las fuerzas de seguridad durante los últimos tiempos, toda vez que la libertad y beneplácito con las que se han manejado desde la recuperación democrática no debe ser entendido

<sup>32</sup> Usaremos el término *policías* en el sentido amplio de la palabra para referirnos a todas las fuerzas de seguridad dedicadas a la prevención, conjuración, disuasión y represión de la criminalidad. Así se contemplan: as fuerzas federales, las provinciales y las locales. Vale aclarar que de ningún modo se desconoce las realidades en particular que vive cada una.

como *autogobierno*<sup>33</sup> sino como desentendimiento por parte de los partidos políticos por tratar el tema de la cuestión criminal. Ello, toda vez que la seguridad nunca fue abordada por los cuadros políticos, en tanto la Argentina durante casi ciento setenta años tuvo niveles aceptables de criminalidad, y la delincuencia, como materia de estudio, nunca fue una prioridad salvo a partir de los años 90' con la llegada del neoliberalismo económico.

Para decirlo concretamente las policías fueron el resorte territorial del orden social que intentaron establecer los distintos gobiernos a lo largo de la historia. Por ello a estas agencias les fueron encomendadas las tareas de control y persecución a opositores, molestos e indisciplinados, como así también la regulación de los mercados ilícitos de los cuales también se financió la política. Esto sin nombrar la participación que las policías tuvieron en la prostitución, el contrabando y el juego clandestino, fuentes históricas de recaudación.

En este sentido, el origen castrense de las policías y la falta de preocupación de los cuadros políticos por la cuestión de la criminalidad, fue la que posibilitó el involucramiento de las fuerzas policiales en la toma de decisiones políticas como elemento disciplinante de la sociedad. Lo que implicó un uso discrecional de la fuerza y de ilegalidad, proceso que benefició históricamente el desarrollo de prácticas propias de los estados de excepción.

Esta relación promiscua entre la política y las fuerzas de seguridad fue la que debilitó el control de estas agencias y la que posibilitó un crecimiento exponencial de su poder durante la última dictadura militar. Poder que mantuvo, principalmente, una vez recuperada la democracia toda vez que el aparato social del Estado se desmanteló y le dejó confinada a las policías el manejo discrecional de la calle. Lo que significó un cambio de paradigma de la cuestión pública, en tanto las fuerzas policiales ya no eran consideradas agencias de control de la criminalidad sino que

<sup>33</sup> Ver en Saín, Marcelo. *El Leviatán Azul. Policía y Política en la Argentina*. Editorial Siglo XXI.

pasaron a ser agencias de control social, en tanto las problemáticas que antes eran resueltas desde las herramientas construidas para y desde el desarrollo social, comenzaron a ser resueltas desde un abordaje represivo, cuestión que comenzó a emparentar, tal como mencionamos antes, a los problemas de la pobreza con la delincuencia.

Este proceso fue el que acarreó las visiones más segmentaristas respecto a la cuestión criminal, en tanto cada fuerza policial fue abordando sus conflictos de manera atomizada, lo que facilitó un conjunto de prácticas discrecionales por fuera de un plan político criminal integral. Por ello, cuando se piensa en las policías como elementos a partir de los cuales el Estado desarrolla su pretensión punitiva, debe aclararse que si bien no es la misma policía que orgánicamente respondía al gobierno militar de los 70, la conciencia social la sigue ligando a ciertas prácticas y ciertos vicios de aquella época. Esto es llamativo, toda vez que esa mirada deslegitimante sobre la fuerza a la vez es corrida de foco cuando ocurre alguna incidencia, por ejemplo, en la vía pública. Ya que la policía, como agencia visible del Estado es ampliamente requerida aun cuando su participación no esté relacionada con sus funciones principales, más todavía en los barrios vulnerables.

Para ser concretos, y sin desconocer los vicios que arrastran las fuerzas policiales, estas resultan ser un andamiaje fundamental a la hora de proyectar una Política Criminal. Por lo que debemos fomentar no solo su control constitucional, sino también comenzar a comprender su funcionalidad y dinámica por fuera de los fines políticos o electoralistas por dos cuestiones fundamentales:

- 1) Porque darle una impronta policial a la cuestión pública es equivalente a que los problemas sociales solo se entiendan y sean abordados de forma violenta.

- 2) Porque el sistema político no puede quedar a merced del aparato policial, toda vez que, lejos de cuestionarse el uso de la fuerza para resolver conflictos en términos de excepcionalidad, se tiende a abusar de su utilización ya que se comprende a la violencia estatal como una forma óptima de eficacia frente a la criminalidad.

### *c) El sistema judicial*

Por último, el Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial componen, en conjunto, el otro elemento que el Estado utiliza para direccionar su pretensión punitiva. El primero es el encargado de llevar adelante dicha pretensión en representación de los intereses de la sociedad, mientras que el otro debe controlarla bajo los límites que le impone el estado de derecho. No obstante, vale aclarar que, pese a las expectativas que la sociedad deposita en estas estructuras, muy pocas de sus finalidades se concretan. Y esto no es solamente por desidia, desinterés o discrecionalidad, sino, además, porque el propio sistema de justicia es el que está en discusión. Esto lo digo porque hemos notado las serias dificultades que existen para asegurar un funcionamiento regular de parte de las agencias públicas cuando a estas se le delega la administración de una cuestión tan subjetiva, como “la justicia”, más en sociedades tan desiguales como la nuestra.

Y si bien a la idea de “justicia” nosotros la entendemos, la pensamos y la exigimos, como un servicio más que debe ofrecer el Estado, la realidad es que históricamente han existido grandes dificultades para gestionarla. Su carácter axiológico y, por ende, intangible, nos hace creer que aquel conjunto de papeles, computadoras, oficinas y empleados que vemos en nuestros tribunales es “la justicia”, sin pensar que en realidad ello no es ni más ni menos que una representación organizada de un sistema de resolución de conflictos. En este sentido, lo cierto es que en el ámbito de la Política Criminal, los órganos del sistema de justicia que llevan adelante la pretensión punitiva del Estado pendulan entre dos dimensiones: el deber ser de su funcionamiento, en tanto expectativa social de “hacer justicia”, y el “ser” real en razón de las posibilidades concretas de encarrilar el programa político criminal del Estado desde la jurisdicción.

Respecto a la primera dimensión, hablamos de las expectativas que la sociedad le delega al aparato de justicia, lo cierto es que muy pocas de estas se cumplen. Ni los fiscales tienen materialmente la posibilidad de perseguir penalmente todo lo que la sociedad exige, ni los jueces tienen la capacidad de resolver todos los conflictos de la manera en que se lo

imagina. Lo que realmente ocurre es que, tal como hemos manifestado, el programa criminal es tan extenso que solo unos pocos conflictos penetran en el sistema de justicia. De estos delitos, tal como hemos repetido hasta el hartazgo, la gran mayoría resultan ser ilícitos contra la propiedad y contra la ley de estupefacientes. Lo que no coincide con el imaginario social que construyó su pensamiento sobre la cuestión criminal en razón de homicidas y predadores sexuales.

Es por este motivo, que en el *deber ser* ubicamos dos procesos sociales, en tanto demandas o expectativas distintas: la de condenar como sea a todo criminal que anda suelto, por un lado, y, la de resolver conflictos en la modalidad que ofrece y obliga el estado de derecho, por otro. Cuestión que no ocurre.

Asimismo, si la proyección del deber ser del aparato de justicia es dificultosa, en el espacio del *ser*, la realidad es mucho más compleja. Esto lo menciono porque la expectativa que describimos en el punto anterior no solo no se cumple por cuestiones propias al mismo sistema (cantidad de trabajo, falta de recursos humanos y técnicos, etc.) sino porque, además, el sistema de justicia no deja entreabierta la puerta para discutir su rol frente al delito y frente a la sociedad. Lo que no solo se debe a su carácter conservador y exclusivo sino, principalmente, a su falta de capacidad para comprender su funcionalidad dentro de un plan político criminal.

Es que el sistema judicial, lejos de constituirse en una institución limitadora de la violencia, castigando al culpable en favor de los derechos de la víctima y protegiéndolo una vez condenado para que no se aplique contra él la venganza privada, se ha convertido en un mero gestor de las desigualdades sociales, ya que cada tanto resuelve ciertas complejidades con algún grado de equidad, pero mayoritariamente resulta ser un legitimador de la violencia institucional y un aparato servicial a los intereses políticos de turno.

Por lo que el sentido de *justicia* ni siquiera aparece en discusión en el plano del *ser*, al que solo puede ser delegado, en el mejor de los casos, a un aparato con capacidad legal para resolver ciertos conflictos de la vida en sociedad.

En este sentido, el sistema judicial, hasta tanto no pueda apartarse del mismo sistema que día a día está legitimando, en tanto no posea la independencia de poder fijar y promocionar intereses político criminales, como así tampoco de ofrecerse como un contralor real de los intereses punitivos irracionales, solo será un engranaje más dentro de un poder que actúa por inercia y, por lo tanto, incapaz de cuestionarse a sí mismo.

### **El universo controlado y perseguido por la Política Criminal**

Por último, respecto al universo de conflictividad que será controlado y perseguido por la Política Criminal, se sabe que el diseño de todo plan represivo conoce de antemano qué porción de la sociedad será vulnerable a su pretensión punitiva, como también, qué porción social resultará potencialmente víctima de aquella violencia o de aquella criminalidad que se intenta prevenir. Por eso es importante que la construcción de un plan político-criminal tenga en consideración no solo la criminalidad que desea abordar sino, además, el contexto social, económico y cultural en el que desea desarrollar sus distintas facetas. Lo que no equivale a construir un margen tolerable de actuación, pero sí criterioso del marco en donde se desarrollará la actividad represiva del Estado. Esto no es ni más ni menos que gestionar la violencia para que la intervención del Estado no devenga en mayores dosis de esta ya que el fin de reducir la criminalidad es también reducir la violencia, por lo menos, a su expresión más tolerable.

Vivimos y nos desarrollamos en una sociedad desigual, lo que nos hace permeables al conflicto permanente. Por ello, si aún en tiempos de criminalidad tolerable existen serias dificultades para comprender y legitimar la actuación del Estado en su faceta represiva, más cuestionable es aún su actuación si esta se desarrolla en contextos políticos injustos. Máxime cuando hemos estudiado y comprendido cómo es el manejo de las agencias que convergen en la cuestión criminal y cómo estas se desarrollan ante los pulsos punitivos de sociedades orientadas a resolver sus conflictos de manera violenta.

Por lo expuesto, podemos conjeturar que el horizonte de toda Política Criminal, en tanto universo controlado y perseguido no debe ser estanco sino dinámico en consonancia a la conflictividad social en la que desea intervenir. Saber de antemano quiénes serán destinatarios de las políticas represivas también equivale a saber cómo se desarrolló el conflicto y a saber elegir qué herramienta es la correcta para resolver el conflicto de fondo, el que no siempre puede ser resuelto desde el aparato represivo del Estado.



## CAPÍTULO VII

### EL DISEÑO DE UNA POLÍTICA CRIMINAL EN EL MARCO DE UN ESTADO DE DERECHO

Tal como venimos sosteniendo a lo largo de todo el libro, la Argentina adolece de una estructura capaz de administrar satisfactoriamente el elevado nivel de conflictividad delictiva que posee. Lo que no solo debe ser atribuido a la ausencia de un plan político criminal serio, debido a la falta de consenso democrático de las fuerzas políticas, sino, además, a la incapacidad de desarrollar cualquier tipo de estrategia político criminal sin vulnerar considerablemente el conjunto de derechos y garantías de la ciudadanía en favor del incremento del poder de policía del Estado.

Este estado de situación, sumado a la falta de un sistema de justicia eficiente y democrático, no solo en su faz institucional propiamente dicha sino, además, en lo relativo a su funcionamiento y doctrina, ha generado una *estatalidad* debilitada de proyección cortoplacista elaborada sobre la base de la mirada policial del conflicto criminal subsidiaria de las reales prioridades del Estado durante estos últimos tiempos.

En este sentido, la economía, la pobreza, la desocupación y los vaivenes institucionales –en términos de orientación de las políticas públicas– relegaron la Política Criminal a la capacidad (o incapacidad) del Estado de manejar la seguridad y el sistema penal sin otro mérito que la obtención de niveles tolerables de conflictividad delictiva. Lo que desde una mirada restringida y policial, nos condujo a discutir únicamente cuándo y cómo prohibir y cuándo y cómo castigar, y no a cuándo y cómo prevenir y cuándo y cómo reducir el delito sin uso de la fuerza como condición *sine qua non*.

Es por ello de la necesidad de poder proyectar un diseño político criminal acorde a las necesidades actuales y a las múltiples formas delictivas

desde una perspectiva que no solo contemple una intervención violenta, como carril exclusivo de la Política Criminal, sino una intervención estratégica y multiagencial en razón de los reales intereses del Estado y la sociedad para dar una respuesta eficaz al delito bajo los carriles del sistema democrático y legal.

A raíz de lo anterior podemos afirmar que el eje de toda Política Criminal debe ser la reducción del delito en el marco del Estado de Derecho. Lo que requiere de una relación equilibrada, proporcionada y razonable entre las necesidades político-criminales del Estado y el cumplimiento efectivo de derechos y garantías.

Para cumplir dicho propósito el Estado está obligado a fijar intereses político-criminales según las dimensiones de los conflictos en los que desea intervenir (Federal, Ordinaria y Urbana) ya que no todas las dimensiones poseen los mismos recursos y dispositivos. Mientras que por último, debe construir un plan Político Criminal de intervención según las fases de desarrollo del conflicto. Las mismas pueden ser divididas en: preventiva, disuasiva, reactiva y punitiva.

Manteniendo este orden, el Estado responderá a los interrogantes de cuándo actuar, cómo, con qué elementos y por qué.

## **La fijación de intereses político-criminales**

Respecto a la fijación de intereses político-criminales diremos que, por el contrario de aquello que se viene desarrollando en nuestro país y en el resto de Latinoamérica, las agencias encargadas de crear y llevar adelante la pretensión punitiva del Estado deben fijar intereses político criminales no en virtud de la cantidad de delitos que se comenten sino diferenciando cuáles de estos pueden ser resueltos sin una intervención violenta y cuáles no. Este es el único mecanismo mediante el cual el Estado puede fijar prioridades represivas y reducir el abanico de intervención, ya que si destina la totalidad de los recursos a todas las situaciones consideradas conflictivas es obvio que no puede fijar prioridades y establecer con claridad qué casos requieren la intervención violenta del Estado con mayor lucidez.

En este sentido, de todo el universo penal, nótese que aún en los casos donde la actuación represiva se nos representa como obligatoria, la posibilidad de intervención desde otras agencias menos lesivas no debe soslayarse. Lo que no equivale a pensar que el Estado deba acotar su poder de policía sino que economice su poder punitivo si a partir de ello puede obtener mejores resultados. Esta posibilidad es la que deja entreabierto la puerta para considerar que no todos los hechos delictivos deban ser absorbidos por el poder punitivo, sino solo aquellos cuya intervención violenta devenga necesaria como *última ratio* y cuando, de no hacerlo, se generaría más violencia que aquella que intenta prevenir, tal como nos hemos cansado de repetir.

Limitar el uso de la violencia no es un capricho porque todos sabemos la alta eficacia del uso de la fuerza. Sin embargo, existe un acuerdo de cooperación y respeto entre aquellas personas que ocupan cargos públicos y la ciudadanía para limitar justamente dicho poder letal. Por ello, el hecho de suscribir al principio de *última ratio* de la fuerza estatal es justamente darle valor a ese acuerdo a los fines de evitar el abuso de poder, seleccionando prioritariamente el uso de herramientas no violentas para resolver situaciones conflictivas. Lo que no solo debe entenderse como parte de un gran acuerdo cívico sino, principalmente, como una elección consciente de un método pacífico de convivencia.

En este sentido, vale destacar que no existe controversia alguna en que el Estado deba actuar con un margen de violencia tolerable ante situaciones conflictivas. Esto también es parte del estado de derecho. Pero, también es cierto que no puede admitirse que el Estado actúe de manera violenta cuando el conflicto no tenga un componente de estas características, o cuando el Estado sea el que haya generado las condiciones para que la situación devenga violenta y, principalmente, cuando pueda resolverlo sin la injerencia de su aparato represivo.

Concretamente, es viable que el Estado avance con sus elementos represivos cuando la violencia que requiere la intervención estatal no cesa y tiende a agravarse. Aun así, lo que no puede admitirse es el uso de cualquier tipo de fuerza sino solo aquella considerada proporcionada e idónea para repeler la situación de conflicto.

Sin embargo, vale decir también que aún en situaciones extremadamente conflictivas, donde resulta comprensible y legítimo el uso de la violencia estatal, supongamos: crimen organizado, trata de personas, narcotráfico, secuestros extorsivos, etc. no siempre dicha violencia es garantía de resultado. Quiero decir con ello que, en determinados casos, la inteligencia criminal, el control financiero y, para ciertos conflictos, la legalización de mercados ilegales, pueden ser herramientas mucho más eficaces para la disminuir y controlar la criminalidad, que el uso legítimo de la fuerza. Esto, en razón de la multiplicidad de recursos con los que el Estado puede intervenir, aún en las situaciones más complejas. Por lo que de alguna manera podemos afirmar que debe existir no solo un uso racional de la violencia sino también un uso estratégico e inteligente en relación a los fines y medios que utiliza.

De igual manera, nunca está de más aclarar que la obligación del Estado no es la de usar su aparato represivo para hacer “justicia”, por más que se intente asimilar esta idea a la actividad represiva de las fuerzas de seguridad. Su obligación es prevenir, disuadir y dar fin a situaciones conflictivas para poner a disposición del poder judicial a toda aquella persona sospechosa de la comisión de un delito. Lo que no equivale a tener una mirada permisiva de la criminalidad, aunque sí exigente de los métodos que se usan para controlarla.

## **La elaboración de un plan político-criminal**

Respecto a la elaboración de un plan político-criminal, ya hemos manifestado que no se puede (ni se debe) intervenir en todos los conflictos criminales de la misma manera. No obstante, lo que sí podemos afirmar es que existen elementos comunes para el abordaje de todos los delitos según su faz de desarrollo temporal.

En este sentido, el Estado debe elaborar planes político-criminales solo cuando los conflictos hayan mostrado alguna señal violenta que pueda subsumirse en alguna figura típica del Código Penal y cuando haya fracasado la intervención de las agencias no represivas<sup>33</sup>. Es por

ello que los planes político-criminales pueden ser preventivos, reactivos o punitivos, y su volumen dependerá de la cantidad de recursos técnicos y humanos destinados a cada etapa y de la dimensión político-criminal que se desea intervenir.

Asimismo, es importante destacar que todas las fases gozan de importancia y cada una requiere de elementos teóricos y prácticos para un desarrollo óptimo. Si bien no hay una faz más relevante que otra, ya que todas resultan útiles, lo cierto es que en la medida en que la criminalidad avance por no responder a los elementos preventivos, tal como en un juego de compuertas, el Estado responderá reactivamente y, muy probablemente, de manera punitiva. Por lo que la densidad de las fases dependerá de los elementos y recursos que el Estado utilice en cada una.

Ahora analizaremos cada una en particular y luego trataremos de establecer qué plan político-criminal es el adecuado teniendo en consideración todos los extremos analizados en este libro.

## Faz preventiva

Cuando hablamos de faz preventiva hacemos referencia a la capacidad estatal de administrar el conflicto social para evitar que ciertas situaciones devengan en riesgo criminal.

Asimismo, esta faz puede ser analizada en sentido amplio o restringido, según las agencias que intervienen y la temporalidad del conflicto. Así es que en un sentido amplio, el Estado buscará establecer y desarrollar

<sup>34</sup> *Desarrollo social*, que tiene la finalidad de diseñar, regular y ejecutar las políticas para mejorar el nivel de bienestar de las personas en situación de vulnerabilidad y pobreza extrema; *Salud*, que tiene como función formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud pública para el conjunto de la ciudadanía; *Trabajo*, que diseña, elabora, administra y fiscaliza las políticas para todas las áreas de empleo, sea público, privado, formal e informal; *Espacio público*, cuya misión es crear, desarrollar y mantener las condiciones óptimas de habitabilidad, principalmente en áreas urbanas de gran aglomeración de personas; etcétera.

condiciones óptimas para el cumplimiento efectivo de los derechos y garantías de toda la ciudadanía, evitando que ciertos intereses entren en coalición y escalen de manera violenta. Mientras que en un sentido restringido el Estado intentará solo abordar el conflicto desde sus agencias penales aunque sin la necesidad de que dicha intervención sea violenta.

En este libro preferimos reducir nuestra mirada a la intervención restringida de las agencias que convergen en la cuestión criminal toda vez que trabajar sobre esta línea nos permite un mayor control de las decisiones que tomen sobre esta materia, las que de por sí tendrán efectos sobre la criminalidad y no sobre otras áreas públicas.

Apoyándonos en lo anterior, el Estado desde un enfoque preventivo restringido buscará a través de sus agencias penales, establecer y desarrollar condiciones óptimas para prevenir y disuadir la delincuencia. En este sentido, el elemento con el que el Estado lleva adelante esta faz preventiva es, principalmente, la policía, aunque también cuenta con otros elementos técnicos que colaboran para ello, como la video vigilancia, dispositivos electrónicos preventivos, la seguridad privada, etcétera.

Diremos por ello, que existen básicamente 3 fases preventivas de intervención: la territorial, la situacional y la comunitaria, las que se aplicarán según las necesidades del conflicto en el cual se quiere intervenir. Aquí, sus definiciones:

#### ***a) Faz preventiva territorial***

Es una faz restringida que busca, más allá de todo juicio valorativo, prevenir y disuadir la criminalidad a través del incremento de personal policial en el territorio.

Esta línea de intervención proclama la vieja y ya comentada idea de “ley y orden”, con la diferencia primordial de que el objeto de su plan preventivo son los delincuentes sino los potenciales infractores. Allí aparecen los estereotipos criminales, principalmente, los jóvenes de los barrios vulnerables, aunque también a todo aquel considerado molesto. Para los partidarios de esta faz, la prevención de la criminalidad es la

disuasión de los desórdenes de la vida en general y de los vicios que están catalogados como generadores de delito. Por lo que deviene necesario la intervención territorial de la policía toda vez que es allí donde la criminalidad supuestamente se gesta.

Este tipo de intervención es la que responde de la mejor forma a la tesis de las “ventanas rotas” (*broken windows*) utilizada por las fuerzas policiales de los EEUU durante el gobierno de Ronald Reagan<sup>35</sup>.

Esta teoría entiende que los delitos mayores resultan una consecuencia lógica de la tolerancia que el Estado tuvo frente a los delitos menores. Por lo que propone, que el infractor debe ser intervenido desde el principio de su carrera criminal, cuando su delito es menor (por ejemplo: romper una ventana) toda vez que allí se gesta su potencialidad criminal.

Más allá de lo anterior, lo cierto es que en su faz restringida, la prevención territorial adolece de varios puntos críticos. El primero de ellos es la estigmatización y la segregación socio-territorial que genera, en tanto identifica de manera predelictual a determinados grupos sociales como riesgosos y ubica a determinados lugares públicos como hostiles. Asimismo, se tiende a asociar la idea de inseguridad con la falta de policías y reduce la discusión al ámbito de la criminalidad callejera, desconociendo los contextos que favorecen la reproducción criminal.

Por último, esta idea preventiva nunca logra sus objetivos en tanto no se puede estar en un estado de eterna vigilancia, no solo por la falta de recursos humanos y técnicos, sino porque dicha situación, por lo general, tiende a menoscabar el estado de derecho y a encontrar posibles infractores a la vuelta de cada esquina.

En definitiva, la faz preventiva es la que retrotrae la policía a sus antiguas tareas de control, defensa y aseguramiento de orden público a cualquier costo, desplazándola así de las funciones de investigación y persecución de los delitos mayormente más graves.

<sup>35</sup> Desarrollada por los criminólogos norteamericanos Wilson y Kelling en el ensayo “Reparar las ventanas rotas: la restauración del orden y la disminución del delito en nuestras comunidades”.

### ***b) Faz preventiva situacional***

Es la que se encarga de intervenir en la arquitectura y diseño de los centros urbanos para reducir las posibilidades delictivas. Su objetivo, tal como la faz preventiva territorial, no es el infractor sino reducir su posibilidad delictiva. Para esta faz el delito es inevitable, por lo que se trata de prevenir situaciones riesgosas a partir de una serie de obstáculos que alteran el ambiente. Esta faz es, en definitiva, una alteración de las condiciones de habitabilidad y convivencia cuyo rasgo más característico es la carencia de elementos represivos.

En este sentido, esta faz procura, por ejemplo, la urbanización de barrios vulnerables y asentamientos precarios asfaltando sus calles, favoreciendo así la entrada de patrulleros y ambulancias. Asimismo, hace hincapié en el alumbrado de los espacios públicos, en el monitoreo urbano a través de la circuitos de video, en el vallado y alambrado de casas y departamentos a los fines de procurar un mayor control y en la readecuación de calles y caminos colocando, por ejemplo, lomas de burro, carteles y garitas de seguridad.

Las críticas a esta fase de por sí son variadas, toda vez que –al igual que en la faz territorial– el punto más alto del desarrollo de esta faz es la creación de verdaderas fortalezas securitarias. Pese a ello hay que reconocer que muchos de sus propósitos son positivos, en tanto ciertos elementos no solo pueden ayudar a la prevención o a la reducción de la posibilidad delictiva, sino que favorecen la puesta en marcha de una batería de políticas públicas en favor del cumplimiento efectivo de derechos.

### ***c) La faz comunitaria***

Es aquella faz donde la participación comunitaria cobra real importancia, porque es la misma ciudadanía, en conjunto con las fuerzas de seguridad, quienes debaten sobre las cuestiones relativas al delito y la violencia. Estableciendo prioridades de intervención y delimitando puntos y lugares sensibles a esta problemática.

Sobre esta faz es importante resaltar que su finalidad es hacer participe a la comunidad como sujeto activo de políticas públicas para la prevención de la criminalidad y no como mero objeto de intervención.

En su sentido más profundo, esta faz intenta procurar que la sociedad participe activamente no solo advirtiendo riesgos delictivos sino, además, situaciones que pueden desencadenar en conflictos violentos desde su etapa de gestación. Así es como, por conocimiento territorial y vecinal, la sociedad civil se involucra decide cómo resolver sus problemas de inseguridad y coadyuva al desarrollo de planes político-criminales.

No obstante, la mayor crítica a esta faz es que en la práctica, la participación se reduce a sectores minúsculos. Las experiencias hechas en nuestro país (foros de participación, mesas comunitarias o juntas de vecinos con los comisarios) dieron cuenta que las reuniones de las fuerzas de seguridad con la sociedad civil eran captadas por espacios políticos predefinidos, ligados mayormente con los gobiernos de turno. Lo que dejaba afuera a otros espacios y a ciertas minorías, siendo estas últimas quienes padecían con mayor frecuencia la criminalidad especialmente en los barrios más vulnerables. Asimismo, otro punto crítico es que a raíz de lo anterior se han generado (y así ha ocurrido) una atomización de las funciones de las fuerzas de seguridad en manos de los vecinos. Quienes impulsados por la falsa idea de combatir el crimen terminan estigmatizando personas y lugares por identificarlos de manera prejuiciosa como riesgos. Lo que contradice el espíritu democrático de la participación popular que de ninguna manera puede aceptar exclusividades y tratamientos diferenciales, sino que, por el contrario, debe garantizar la participación y la inclusión de todos.

### **Faz reactiva**

Esta faz es la que se encarga de programar el alcance represivo de las agencias dedicadas a interactuar en los procesos de criminalización secundaria y, básicamente, se divide en dos partes (o etapas), directa o indirecta, según la intensidad del conflicto que desea abordar la agencia policial.

### **a) *Faz reactiva directa***

Es aquella donde la agencia policial hace uso de la violencia legítima para repeler una situación violenta, o una manifestación previa a esta, que requiera el uso de la fuerza. La diferencia principal con la indirecta, es que en la faz reactiva el uso de la fuerza resulta una condición sine qua non, por lo que no se debe tener en cuenta otra manifestación que no sea la violencia física o intimidatoria.

En este sentido, es dable agregar que dicho uso de la fuerza está sujeto a control normativo, jurisdiccional y orgánico. Esto, en tanto, la violencia no es libre, sino que está supeditada a las reglas que establece el estado de derecho, lo que se da a través del conjunto de leyes que reglamentan el uso de la fuerza en proporción a una batería de derechos y garantías de la ciudadanía que pueden verse afectados y del control judicial de los casos donde se presume, o se haya concluido, que hubo un exceso en su utilización.

La máxima manifestación de esta faceta es dar muerte a un ciudadano. Lo cual es aceptado por nuestro derecho ante un peligro inminente y real que ponga en riesgo cierto la vida de otra persona. No obstante, en nuestro país hemos padecido las más extremas y lamentables expresiones de este accionar durante la dictadura cívico-militar. La que, en conjunto con otras prácticas, como la tortura y desaparición de personas, han marcado a fuego la memoria de los argentinos. Por lo que resulta necesario que, en cualquier plan político-criminal, el uso de la fuerza y, en este sentido, del desarrollo de la faz reactiva directa, sea restringido, excepcional y monitoreado constantemente por los mismos órganos que políticamente dirigen a las fuerzas, como así también por las agencias de control interno de estas y, principalmente, por la justicia.

### **b) *Faz reactiva indirecta***

Es la que se encarga de programar el alcance represivo de las agencias policiales de manera simbólica, en tanto la violencia se ejerce sin el uso de la fuerza física.

Esta faz regula la manera en que son percibidas las fuerzas de seguridad. Desde su vestimenta, su equipamiento, la forma en como interactúa con la ciudadanía, su porte y su capacidad de diálogo. Esto sin dudas forma parte del plan político-criminal que busca exteriorizar un determinado tipo de imagen según el paradigma de seguridad que se intente desarrollar.

Si este paradigma está mayormente ligado a un modelo atravesado por la idea de “orden”, la impronta de la fuerza será más de tipo militar y distante de la sociedad. Sin embargo, si su impronta es de gestión de la conflictividad social, su imagen será de acercamiento a la comunidad, en tanto agencia que no solo tiene la facultad de reprimir sino, también, de disuadir y prevenir la criminalidad desde el uso de la palabra y como puente para dar intervención a otras agencias estatales no represivas.

### **Faz punitiva**

La faz punitiva es la última etapa del desarrollo de un plan político-criminal. No obstante, esta es la más polémica porque aquí coaliciona el deber estatal de responder punitivamente frente al delito con la obligación de contener el poder punitivo cuando este se manifiesta en pretensiones manifiestamente irracionales y contrarias al estado de derecho.

Vale aclarar que las dos obligaciones descriptas con anterioridad son correctas y las dos forman parte de los deberes del Estado. En la primera se ubican los medios represivos, que de manera organizada (y desorganizada también) responden a los intereses punitivos seleccionados por las agencias que intervienen en la cuestión criminal. En la segunda se congregan el conjunto de herramientas legales que limitan el avance del poder punitivo a partir de una serie de dispositivos legales y discursivos cuya misión es filtrar solo aquellas pretensiones penales legítimas.

Asimismo, hay que decir también que, si bien las dos obligaciones son importantes, la más trascendente es la última porque allí se define el resultado de la dialéctica entre el estado de derecho y el estado de policía. El primero entendido como aquél que somete a todos los ciudadanos a

la ley, y el segundo, aquel que somete a los habitantes de un territorio a la voluntad del gobernante. Por lo que lo que aquí se define es qué dirección toma el Estado a la hora de dirimir un conflicto.

Por ello es importante resaltar que si bien es correcto que todo el aparato represivo del Estado (poder legislativo, fuerzas de seguridad y el poder judicial) se moldee y se adecue a un plan político criminal, más importante aún es conocer y dimensionar cuáles son sus límites formales.

En este sentido, tal como afirma Zaffaroni<sup>36</sup>, no hay estado de derecho puro porque convivimos en una sociedad conflictiva, atravesada por la lucha de poder y constituida materialmente de forma jerárquica. Por lo que de alguna manera nuestra realidad se encuentra atravesada por la disputa permanente entre las pretensiones punitivas desmedidas y la ley. Esto porque siempre se entendió (erróneamente) que el sistema penal era la forma más efectiva de resolver los desajustes de las sociedades no inclusivas como la nuestra, sin cuestionar el alcance del uso de la fuerza. Por ello, la relevancia del Poder Judicial en tanto poder del Estado cuya misión es dirimir conflictos sociales, pero también, controlar el aparato represivo de las agencias criminales cuando estas se desarrollan fuera de los márgenes legales.

A partir de lo anterior hemos de reconocer que, más allá de la sistematización de determinados patrones de persecución (selectividad por vulnerabilidad), lo cierto también es que a lo largo del tiempo se han desarrollado formas distintas de castigar y de intervenir en el conflicto criminal. Suspensiones del juicio a prueba, Juicios abreviados, Mediaciones, Autocomposiciones, etcétera; forman parte del universo punitivo, aunque, en muchos casos, no contemplen penas de prisión.

Sin embargo, también debemos resaltar que la aparición de métodos alternativos a la cárcel no resultó equivalente a una menor densidad punitiva. Por el contrario, la sociedad se ha visto intervenida por estos institutos a la vez que las cárceles se encuentran superpobladas. Razón

<sup>36</sup> Zaffaroni, Raúl Eugenio Slokar, Alejandro y Alagia Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Año 2002. Editorial Ediar, p. 5.

por la cual, lejos de encontrarnos frente a un poder penal acotado, nos vemos expuestos a un poder racionalizado de mayor envergadura, que se apoya en el sistema judicial como enlace institucional para legitimarse.

Es por todo lo narrado la necesidad que surge de interpelar el funcionamiento de nuestro poder judicial, en tanto órgano del Estado con capacidad institucional de contener el poder punitivo irracional, si lo que deseamos es construir nuevos pilares que aseguren de manera efectiva el goce de derechos y garantías.

En este sentido, un plan político criminal que tome en consideración la disputa entre las pretensiones punitivas y las barreras legales emanadas de la Constitución Nacional y que pueda dividir sus funciones de investigación de la prevención y represión de los delitos, construirá su faz punitiva de un modo tal que pueda asegurar, en tanto última ratio, una aplicación legítima de la violencia, siempre que esta guarde relación y proporción entre el hecho atribuido y la condena.

Así es que el éxito de un plan político criminal no depende de la cantidad de condenas ni personas procesadas o institucionalizadas, ni de la fuerza o violencia de sus medios represivos, sino de la sana armonía entre los pulsos punitivos y los límites que impone la ley, previniendo el delito y reaccionando con fuerza cuando de lo contrario se generaría una mayor que aquella que se pretende prevenir.

## **Ejecución y control**

El último punto a destacar para el desarrollo de un plan político-criminal, es la necesidad que tienen sus operadores de elaborar proyectos concretos y eficientes de prevención del delito y la violencia que no dependan de necesidades proselitistas (intereses partidarios de turno) ni mediáticas (casos esporádicos sin correlato estadístico). Ya que la cantidad de recursos técnicos y humanos que forman parte del programa criminal del Estado, necesitan de una administración direccionada y diagramada que cumpla roles específicos dentro del marco de la ley.

Toda Política Criminal debe responder a una finalidad concreta, que, como ya dijimos, es reducir la criminalidad. No obstante, como en toda política pública que administre la violencia, debe haber a un plan diseñado sobre la lógica de la prevención y la respuesta eficiente sabiendo de ante mano que solo unos pocos conflictos delictivos son capaces de ser impedidos de ser cometidos mientras que la mayoría solo puede ser gestionado.

Asimismo, al igual que en cualquier política pública seria, debe llevarse a cabo la ejecución de un plan político criminal monitoreado por personal altamente entrenado y capacitado, que no ocupe cargos ejecutivos solo por cuestiones políticas, pero sí que comprenda su juego en relación a los interrogantes de cuándo actuar, cuándo no, cómo hacerlo y por qué. Lo que de ningún modo equivale a decir que deba hacerse la “vista gorda” ante ciertos conflictos, sino que debe reconocerse que no todos los fenómenos criminales pueden ser atravesados de igual manera y con las mismas herramientas.

Por último, debe haber una evaluación del plan político criminal que tenga en cuenta no solo los delitos cometidos y su evolución, sino también cómo se ha intervenido en ellos (violenta o pacíficamente) y qué esfuerzos ha puesto el Estado para resolverlos. Hago mención de ello porque muchas veces las intervenciones estatales solo tienen en consideración al descenso en la cantidad de delitos como reflejo de una correcta política pública. Lo cual no es del todo correcto, porque no se tiene en cuenta la complejidad delictual o el trabajo realizado por las fuerzas de seguridad en el territorio, en tanto solo se registra aquella cifra blanca de denuncias pero no el grueso de la criminalidad que queda relegado y sin control.

La fortaleza de una Política Criminal no es proporcional a los medios coercitivos que el Estado ponga a su disposición para resolver la criminalidad, sino a su capacidad de gestionarla y reducirla sin la utilización de la violencia o, por lo menos, no siendo esta su primera opción.

## PALABRAS FINALES

### HACIA LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL

A partir de lo expuesto hasta aquí, podríamos cuestionarnos si no resulta necesario un redireccionamiento epistemológico de nuestra Política Criminal, en pos de la construcción de nuevos horizontes que discutan con otras herramientas el funcionamiento de nuestros sistemas penales. Una posible alternativa para comenzar a encausar esta discusión sería trasladar este embate a los pulsos de la democracia regional, con el objetivo de socializar las variables que determinan la Política Criminal de nuestros países. ¿Qué quiero decir con esto? Poner en juicio el funcionamiento de los sistemas penales, brindando mayores herramientas de información que colaboren con el conocimiento de las prácticas punitivas, pero principalmente que hagan mecha en sus mitos y consecuencias. Este proceso –si es posible guiado bajo los principios de la democracia participativa (inclusión, participación e igualdad)– podría correr el foco tradicional de la cuestión criminal para que la participación popular oriente las políticas públicas según las consideraciones realizadas desde sus bases políticas. Aunque es oportuno decir también que para que esta propuesta tome fuerza es conveniente que sea atravesada por una serie de mecanismos y dispositivos crítico/históricos que expongan, por ejemplo, las serias dificultades históricas que el sistema represivo tuvo para solucionar cuestiones tan importantes como la criminalidad. Máxime cuando se tiene en cuenta que ciertos lineamientos hoy en día resultarían difícilmente refutados, ejemplo: la inabarcabilidad del programa criminal propuesto desde las agencias legislativas, la incapacidad material y técnica de las agencias represivas para contener todo el espectro criminal, su limitación y escasa preparación para la persecución de

los aparatos organizados de poder, la direccionalidad punitiva respecto a ciertos delitos, el funcionamiento burocrático de las agencias judiciales, la mediatización y la creación de estereotipos criminales, la altísima tasa de personas encarceladas sin sentencia, entre otros. Por ello, la socialización y difusión de la información relativa a la criminalidad podría conducir a que la sociedad posea un mayor número de herramientas que le sirvan de base y fundamento para discutir el funcionamiento de los sistemas penales por medio de variables históricas que demuestren cuál ha sido su labor y dinámica a través del tiempo. La Política Criminal debe aspirar a la democratización de la resolución de los conflictos, o bien, esa debe ser su guía. Nuestra tarea como operadores del sistema penal es condicionar el poder punitivo para que este solo se exprese en su versión legítima. Lo que en definitiva equivale a dar pelea para que la sociedad resuelva sus conflictos sin poner en riesgo los derechos y garantías conquistados por la democracia y el estado de derecho.

Este libro fue una invitación a esa pelea, de la que todos formamos parte.

## APÉNDICE

# EL MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL ARGENTINA

### **La institucionalidad de la seguridad en el país**

El Estado argentino divide su sistema de seguridad interior de su sistema de seguridad exterior a partir de la sanción de la ley 23.544 (Ley de defensa nacional) en el año 1988. Allí se estableció la separación entre la defensa nacional y la seguridad pública, estableciendo las tareas para las Fuerzas Armadas en caso de ataque exterior y su prohibición para intervenir en la prevención y represión de la criminalidad en todo el territorio nacional. Con esta división, pero principalmente a través de la sanción de la ley 24.059, Ley de Seguridad Interior, quedaron a cargo de las fuerzas federales: Policía Federal Argentina; Policía de Seguridad Aeroportuaria, Gendarmería Nacional Argentina y la Prefectura Naval Argentina las tareas propias de la seguridad pública, las que responden a un esquema de control civil, en tanto se organizan y dependen funcionalmente de un responsable político a cargo del Ministro de Seguridad (elegido por el Poder Ejecutivo).

Más allá de lo anterior, los avances de la criminalidad, especialmente en relación con el narcotráfico y ciertas actividades consideradas terroristas han modificado sustancialmente el rol de las fuerzas armadas en todo el mundo y especialmente en Latinoamérica. En nuestro país este debate se ha dado en innumerables ocasiones y lo cierto es que la triste y penosa experiencia vivida durante la dictadura cívico-militar durante los años 70' ha puesto en jaque toda modificación o reinterpretación del rol militar. No obstante, el decreto 683/18 sancionado por el presidente Mauricio Macri, modificatorio del 727/06 de Néstor Kirchner, ha

establecido ciertas excepciones a la limitación de la injerencia militar en cuestiones de la criminalidad, habilitando el apoyo logístico a las fuerzas de seguridad y reconociendo que las agresiones a la soberanía nacional no necesariamente deben provenir de una fuerza estatal extranjera para ser consideradas pasibles de intervención. Lo que, en alguna forma, habilita a las FFAA, con cierto margen de discrecionalidad, a intervenir en escenarios complejos como en el terrorismo y el narcotráfico internacional.

## **El sistema policial**

En nuestro país, cada provincia posee su propio cuerpo policial, el que responde funcionalmente al poder ejecutivo provincial, estando bajo la estructura de los diferentes ministerios de seguridad o de justicia, dependiendo del esquema de gobierno. La policía de la Provincia de Buenos Aires es la fuerza con mayor cantidad de efectivos del país, aproximadamente cien mil, para el cuidado de más de dieciséis millones de personas, la que se replica en importancia con otras fuerzas, principalmente la de las provincias más industrializadas (Córdoba, Santa Fe y Mendoza).

A nivel federal existen cuatro fuerzas de seguridad, dos fuerzas policiales y dos consideradas intermedias por su origen y esquema castrense. La PFA (Policía Federal Argentina) creada a fines del año 1943, y la PSA (Policía de Seguridad Aeroportuaria), del año 2005 (única fuerza creada en democracia) responden al esquema policial propiamente dicho y se distribuyen en el territorio nacional a través de diversas dependencias. En el caso de la PFA su organización interna responde a una Jefatura; a una Subjefatura, a las Superintendencias y a las Direcciones Generales Autónomas, mientras que su despliegue operacional se ancla en aquellos territorios federales. La PSA, por ser una fuerza civil armada, no reúne en su estructura de las mismas características que la PFA, y su esquema responde a una Dirección Nacional de la cual dependen las Direcciones especializadas y las distintas Unidades, las que son divididas entre regionales, antiterroristas y de control de narcotráfico, desplegadas en todo el país.

Para el caso de la GNA (Gendarmería Nacional Argentina) y la PNA (Prefectura Naval Argentina), más allá de su naturaleza netamente

militar, hoy cumplen en determinados lugares funciones de prevención y disuasión del delito. En el caso de la Gendarmería Nacional, quien tiene como misión principal la custodia de las fronteras del país, su coordinación y estructura es dividida en cinco Regiones bajo la dirección de un Comandante General, mientras que la PNA –fuerza encargada de la seguridad en los ríos del país– se esquematiza en función de las órdenes que imparta su Prefecto General Naval en sus diez zonas de actuación a lo largo todo el territorio. Las cuatro fuerzas federales dependen del Ministerio de Seguridad de la Nación, es decir, del Poder Ejecutivo.

## **Sistema de Justicia**

El sistema de justicia nacional se organiza a través del Poder Judicial de la Nación, el Poder Judicial de cada una de las Provincias, el Ministerio Público (nacional y provincial) y el Consejo de la Magistratura (también nacional y de cada provincia). Su composición responde al esquema federal elegido en 1853 en tanto los litigios a resolver por los tribunales se dividen entre aquellos que puedan afectar la seguridad y la renta del país (justicia federal) y los comunes u ordinarios los cuales son resueltos por cada una de las Provincias a través de sus propios órganos judiciales y legislación procesal.

En la Argentina el órgano máximo a nivel jurisdiccional del país es la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se encuentra compuesta por siete miembros: un presidente y seis ministros. Esta Corte entiende sobre los recursos extraordinarios en todos aquellos puntos regidos por la Constitución y las leyes de la Nación, y posee competencia en forma originaria y exclusiva en todos los asuntos que conciernen a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte.

El Consejo de la Magistratura (nacional y provincial) es el órgano colegiado representativo de los órganos públicos, se encarga fundamentalmente de la selección de magistrados, la aplicación del régimen disciplinario, la posibilidad de abrir el proceso para la remoción de jueces y de administrar los recursos judiciales.

El Ministerio Público (nacional y provincial) es un órgano independiente, autónomo y autárquico que tiene como fin la promoción de la justicia en defensa de la legalidad. Aquí se encuentra el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, siendo el primero quien nuclea la función de los fiscales y el segundo el de los defensores oficiales.

Por último, la resolución judicial de conflictos se divide según las materias, a través de las cuales crean los llamados “fueros”, allí se encuentran: el fuero penal, civil, comercial, laboral y contencioso administrativo. La competencia es, como dijimos, federal u ordinaria, dividiendo esta última entre Nacional (juzgados nacionales, por ejemplo, en la capital federal) y Provincial (también para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en caso delitos delegados o de derecho administrativo local).

## **Fuerzas Armadas**

El sistema de Defensa Nacional responde a un esquema jerárquico, funcional, de asesoramiento y planificación civil y militar. El escalafón máximo de la estructura de las FFAA en el país lo tiene el presidente de la Nación, quien es el Comandante en Jefe de las fuerzas (Art. 99 inc. 12 de la CN). A su vez el Ministro de Defensa es quien ejerce la dirección y coordinación de las actividades para la defensa nacional recibiendo el asesoramiento del Estado Mayor Conjunto en tanto este es el responsable de la doctrina, planeamiento y adiestramiento militar de las tres armas. El Sistema de defensa del país se rige por la ley 23.551 de Defensa Nacional y el decreto reglamentario 727/06. Las fuerzas Armadas Argentinas son tres: El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

## **Sistema Carcelario**

Se denomina “sistema carcelario” al conjunto de instituciones que convergen sobre la cuestión penitenciaria, es decir, aquellas que tiene por función asegurar el cumplimiento de las penas privativas de la libertad.

En nuestro país cada provincia tiene su propio Servicio Penitenciario, a lo que se le agrega un Servicio Penitenciario Federal que a su vez cuenta con delegaciones en todo el territorio nacional. La misión fundamental de estas dependencias es la custodia que asegure la “reeducación” de las personas privadas de su libertad (finalidad establecida según las convenciones internacionales). Hay en el país 246 lugares destinados para la reclusión de estas personas divididas entre Complejos, Unidades, Alcaldías y Colonias. Se estima que en la Argentina a la redacción de este libro hay casi ochenta mil personas detenidas, de las cuales la mitad se encuentra en proceso judicial. Los Servicios Penitenciarios se encuentran a cargo de los Ministerios de Justicia o Seguridad dependiendo de cada provincia, mientras que en el orden federal (SPF) se encuentra bajo la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

## **Sistema de Inteligencia**

El sistema de inteligencia nacional se encuentra en manos de la Agencia Federal de Inteligencia (AFI) que depende del poder ejecutivo de la nación siendo el Secretario de Inteligencia un órgano especial del gabinete presidencial. Su función fundamental es la recolección y producción de información estratégica en términos de inteligencia confidencial. La AFI responde al Sistema Nacional Inteligencia creado en el año 2005 y se encuentra compuesto por la Escuela Nacional de Inteligencia; la Dirección de Inteligencia Criminal y la Dirección Nacional de Inteligencia Estratégica Militar. Las Leyes y decretos que regulan la actuación de la Secretaría de Inteligencia son Públicos desde el año 2005.

## **Leyes argentinas sobre seguridad y conflictividad criminal**

- a) Constitución Nacional.
- b) Ley 11179 (Ley que sancionó el Código Penal).
- c) Ley 24.059 (Ley de Seguridad Interior).
- d) Ley 25.520 (Ley de Inteligencia Nacional).

- e) Ley 27126 (Ley de creación Agencia Federal de Inteligencia).
- f) Ley 23.554 (Ley Defensa Nacional y su Decretos Reglamentarios 727/06 y 683/18).
- g) Decreto 17.750/43 (Creación de la PFA).
- h) Ley 21.965 (Ley Orgánica de la PFA).
- i) Ley 19.349 (Ley Orgánica de la GNA).
- j) Ley 18.398 (Ley Orgánica de la PNA).
- k) Ley 26.102 (Ley de creación de PSA).
- l) Ley 25.246 (Ley de Encubrimiento y lavado de Activos).
- m) Ley 26.364 (Ley de Trata de Personas).
- n) Ley 23.737 (Ley de Estupefacientes).
- o) Ley 25.520 (Ley de Reforma de Inteligencia Nacional).
- p) Decreto 1993/10 (Creación del Ministerio de Seguridad de la Nación).
- q) Ley 5688 (Ley de Seguridad Pública de la CABA).
- r) Ley 26.485 (Ley de Protección Integral de la Mujer).
- s) Ley 12.297 (Ley de Seguridad Privada en la PBA).
- t) Ley 1913/2005 (de Seguridad Privada en la CABA).
- u) Ley 20.429 (Ley de Armas y Explosivos).
- v) Ley 24.492 (de Legítimo Usuario de armas de fuego y RENAR).
- w) Ley 26.216 (Ley sobre el Programa Nacional de entrega voluntaria de Armas).
- x) Ley 5688 (Sistema Integral de Seguridad Pública Ciudad de Buenos Aires).



