

# **La instauración del discurso de Ubú: “Las reformas penales y la realidad carcelaria”. Cuando las prácticas judiciales se asignan el derecho de matar.**

Gabriela Spatari, Karen Jorolinsky, Denise Fridman, Julia Pasin.

Cita:

Gabriela Spatari, Karen Jorolinsky, Denise Fridman, Julia Pasin (2007). *La instauración del discurso de Ubú: “Las reformas penales y la realidad carcelaria”. Cuando las prácticas judiciales se asignan el derecho de matar. VII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-106/29>

## **La instauración del discurso de Ubú: “Las reformas penales y la realidad carcelaria”. Cuando las prácticas judiciales se asignan el derecho de matar.**

Gabriela Spatari, Karen Jorolinsky, Denise Fridman, Julia Pasin

Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos (GESPyDH), Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires/ARGENTINA.

gsqb@ciudad.com.ar

karujoro@gmail.com

nishufridman@gmail.com

jpasin@yahoo.com

### **I.-EL PUNTAPIÉ INICIAL: EL EVENTO BLUMBERG ¿AL SERVICIO DEL AUTORITARISMO DEMOCRÁTICO?**

Consideramos necesario introducir nuestro trabajo presentando un caso que *conmociónó* a la opinión pública y al parecer, a los *operadores políticos* también.

El joven Axel Blumberg, de 23 años de edad, estudiante de ingeniería, fue secuestrado en Martínez, Zona Norte de la Provincia de Buenos Aires, en la noche del 17 de marzo de 2004. Luego de las negociaciones y del frustrado rescate, el joven fue asesinado en la madrugada del 23 marzo de ese año.

A partir del secuestro y posterior asesinato de su hijo, el Sr. Juan Carlos Blumberg (padre de Axel) encarnó una *cruzada*<sup>1</sup> (Becker, 1974) por Axel, que fue recepcionada por vastos sectores de la sociedad, enmarcada principalmente bajo el lema de la lucha contra la inseguridad.

De este modo, el crimen de Axel Blumberg generó una cascada de reacciones no sólo en la esfera social, sino también en el ámbito político argentino: Modificaciones y purgas en la Policía Bonaerense y la Policía Federal; marchas multitudinarias; reformas de numerosas leyes nacionales.

En relación al movimiento que el "efecto Blumberg" generó al interior de las policías bonaerense y federal, el Ministro de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, León Arslanian, entre otras medidas, separó de la Bonaerense a 790 policías. A su vez, la Policía Federal regresó a la órbita del Ministerio del Interior y también retiró a 151 jefes y oficiales de dicha fuerza. Ambos ministerios adoptaron una posición más decidida en la lucha contra los delitos como el secuestro o los desarmaderos.

Por su parte, la Fiscalía Antisecuestros de Zona Norte, organismo interviniente durante las negociaciones frustradas en el caso Blumberg, fue disuelta.

En cuanto a las marchas convocadas por Blumberg, la primera de ellas fue el 11 de abril de 2004. A esta convocatoria "contra la inseguridad", asistieron aproximadamente unas 150.000 personas. El alto acatamiento puede leerse como una reacción de diferentes sectores sociales frente a un reclamo común contra un clima de violencia e inseguridad. Las demandas de Blumberg fueron un foco de atracción, por ejemplo, para los sectores medios y altos, movilizados contra las medidas económicas adoptadas luego de diciembre de 2001<sup>2</sup>, que se sintieron nuevamente convocados a movilizarse, esta vez contra la "ola de violencia e inseguridad". En la Plaza del Congreso, donde la marcha tuvo lugar, Juan Carlos Blumberg reclamó penas más duras para los delincuentes, mayor compromiso de funcionarios y jueces en la lucha contra el delito, y señaló la responsabilidad policial en la inseguridad.

A esta primera marcha le sucedieron otras, que fueron disminuyendo en cantidad de asistentes, aun cuando en el imaginario social la sensación de inseguridad sigue vigente. A partir del ingreso de Blumberg al escenario público, sus demandas giraron en torno al reclamo de mayor seguridad, la exigencia de mano dura para con los delincuentes, el aumento de las penas delictivas, entre otras. Muchas de ellas fueron presentadas en petitorios, y acogidas en el Congreso de la Nación.

Entre marzo de 2004 y marzo de 2005, el Congreso votó 26 reformas al Código Penal bajo la presión de las marchas encabezadas por Blumberg. Por ejemplo, se endurecieron las penas por tenencia y portación de armas y las condenas para los miembros de la fuerza de seguridad que cometiesen delitos; se eliminó el beneficio del "dos por uno", entre otros. Sólo un reclamo no fue ley: la baja en la edad de la imputabilidad.

El 11 de julio de 2006 empezó el juicio por el asesinato de Axel, que finalizó el 26 de octubre del mismo año<sup>3</sup>. En la medida que la aparición en la arena pública de Juan Carlos Blumberg se fue consolidando como referente de las demandas sociales contra la inseguridad y en apoyo a la mano dura, él mismo fue introduciéndose en el escenario político. De esta manera, una vez finalizado el juicio por el secuestro y asesinato de su hijo, Blumberg ya "se permitió" encarar una tarea meramente política.

Igualmente podemos pensar que desde el comienzo de los reclamos encarados por Blumberg, se generó esta ambigüedad entre las demandas, legítimas en tanto víctima de la situación, pero peligrosas en tanto pasaran a proponerse como rectoras de las políticas criminales.

Consideramos que este caso tuvo tanta repercusión porque sucedió dentro de una familia de un sector socio-económicamente favorecido, con recursos para llegar a hacer oír su voz en la escena pública y en los medios. Estos últimos le dieron mucha relevancia a este caso, ya que vino a reafirmar el discurso de la situación de inseguridad, expandido por los medios, que contribuía a profundizar la sensación de miedo.

En nuestro país, decenas de jóvenes mueren impunemente por día, pero, a diferencia de Axel Blumberg (joven estudiante, con expectativas y futuro), su pertenencia social no posibilita que tengan trascendencia.

En concordancia, consideramos que las demandas impulsadas por Blumberg, expresan seguridad sólo para un sector social; mientras que para el otro, es decir para aquel sector carente de recursos, la propuesta es aplicar sobre ellos “mano dura”. Es decir, para algunos, considerados ciudadanos, existiría un “derecho a la seguridad”, mientras que otros no estarían incluidos dentro del Estado de derecho.

## II.-LA ORDINARIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DE EMERGENCIA: ¿LA REFORMA PENAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA?

El Código Penal Argentino<sup>4</sup> está compuesto de una parte general (arts. 1 al 78 bis<sup>5</sup>) y de una parte especial (arts. 79 al 302<sup>6</sup>), además de las leyes complementarias como la Ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de libertad.

Entre los años 2000 y 2006 se sancionaron diversas leyes que modificaron 9 artículos de la parte general y 27 artículos de la parte especial del código (ya sea modificando, derogando o incorporando artículos).

A modo de ejemplo podemos citar las siguientes leyes:

### T01

Esta reforma generó, especialmente a nivel académico, bastante rechazo por considerársela, entre otras cosas, inconstitucional. Coincidimos con Daniel Erbetta (2006) cuando afirma que si la eficacia del legislador pudiera medirse por el contenido de la cantidad de leyes sancionadas, cabría aconsejar una rápida atención psiquiátrica.

Las reformas introducidas tienen una técnica legislativa bastante confusa. Se describen largos artículos con distintos tipos básicos y calificados en la misma norma (ej. art. 189 bis). En la Parte General del Código se introdujeron figuras que agravan los delitos en forma genérica debiéndose aplicar a los hechos típicos descritos en la Parte Especial (ej. arts. 41 bis, ter y quater).

El resultado es que existe una marcada desproporción de las penas (ej. es mayor la pena de un delito contra la propiedad en el que no se causó ninguna lesión a otra persona por haber sido cometida con arma apta y con un menor de 18 años, que la muerte dolosa causada a otro, es decir, un homicidio), y una clara orientación hacia la imposición de la prisión preventiva apenas iniciada la instrucción de una causa.

Decía Blumberg en su petitorio *“todos merecemos vivir seguros dentro del marco de la ley”*.

Pretendemos demostrar, al menos inicialmente, que esta construcción **“Seguridad-Inseguridad”** funciona como un paradigma negativo que hoy por hoy ha sido instalado por los discursos del poder. Analicemos brevemente algunos de los argumentos que utilizaron los operadores políticos del Parlamento argentino<sup>7</sup> a la hora de sancionar las leyes que pretendemos analizar:

- Diputado Ruckauf -“En el proyecto sobre portación de armas encontramos uno de los ejes fundamentales de la lucha contra la inseguridad que vivimos. *La gente debe saber que este Parlamento establece una diferencia entre el tratamiento del hombre común que se halla aterrado en su casa y el del delincuente que sale a la calle para matar...* nadie que porte un arma de fuego de cualquier calibre puede quedar en libertad si es apresado, es una cuestión tan profunda que debería ser votada por unanimidad más allá de las fronteras políticas”.

- Diputado Pichetto: “...la iniciativa de Diputados tiende a limitar la excarcelación para aquellos casos en que existe portación de armas; *para aquellos que, con esas armas, matan impunemente en las calles de las ciudades del país.* Este es el mensaje que envía la Cámara de Diputados. No le vamos a dejar esta facultad al juez”.

- Senador E. Menem: “...si bien al que comete ciertos tipos de delitos, como los que están hoy en boga, no lo vamos a disuadir de que no los cometa..., *se aplicaría aquí el sentido retributivo, ya que lo vamos a sacar de circulación para que no siga cometiendo delitos. Ahí es donde vamos a equilibrar eso del sentido disuasorio con el retributivo de la pena. Si no sirven para disuadirlo de que no cometa el delito, por lo menos lo vamos a sacar de circulación de la sociedad, para evitar que siga cometiendo ese tipo de delitos, que por supuesto son graves*”.

- Senador Yoma: “... *el agravamiento de penas... responde a un estado de ánimo de la sociedad que quiere ver en la retribución de delito, en la sanción de la conducta típica, un agravamiento de la situación para aquel que delinque*”.

- Senador Agundez: “... Creo que a la inseguridad hay que combatirla de dos formas; tanto desde los aspectos coyunturales como desde los estructurales. Y cuando hablamos de *aspectos coyunturales nos referimos precisamente a estas iniciativas* sobre las que trabajamos y que estamos aprobando. Con eso vamos a buscar también la respuesta del Poder Ejecutivo con respecto a la mayor tecnología que deben tener las fuerzas de seguridad, a la mayor dotación de policías en la calle, etc. Pero *también debemos atacar simultáneamente aquellos problemas estructurales, como son la exclusión social, la pobreza, la marginalidad y el no cumplimiento del artículo 18 de la Constitución Nacional con respecto al Sistema Penitenciario nacional Argentino*”.

Es clara la necesidad de estos discursos de establecer verdades a partir de la reproducción de ciertos saberes que ya se encuentran descalificados. Se les otorga a esos saberes el status de discursos verdaderos, en función de ello se sancionan leyes y en función de ello se practica la justicia.

Sin embargo, ¿alguien se atrevería a afirmar desde el discurso científico que “el que se droga mata”, “el que porta armas roba y mata”, “el que es pobre es delincuente”, “que la institución carcelaria rehabilita”, “que es necesario encerrar personas de por vida”, “que en algunos tipos de delitos la pena de muerte resulta aplicable”, “que a mayor castigo menos delito”? ¿Todo ello en nombre de la seguridad ciudadana?

¿Alguien podría explicar la diferencia entre estas afirmaciones -que en términos de Foucault podrían ser calificadas de grotescas, ridículas e infamantes- y el discurso de los operadores políticos?

Una de las formas menos inocentes de tratar de descifrar estos enunciados de verdad es intentar desenmascararlos. Entiende Foucault (2001) que el grotesco es uno de los procedimientos esenciales de las soberanías arbitrarias y un rasgo inherente a las grandes burocracias occidentales.

La necesidad de valerse de estos enunciados de verdad responde a su vez a la imperiosa necesidad de construir un enemigo: el sujeto delincuente (¡en el caso de nuestro país es un poco más complejo y difícil de referir a un atentado terrorista!).

**Este ser asocial y peligroso debe ser claramente secularizado de los otros: los ciudadanos.** Esta “clase peligrosa no tiene nada que conservar y todo para perder”. ¿Qué hacer con ella entonces? ¿Qué hacer con aquellos que no tienen ningún lugar en la estructura social? Cuando Robert Castel en “Las metamorfosis de la cuestión social” (2001:103) se refiere a los vagabundos dice: “La condena del vagabundo es el camino más corto entre la imposibilidad de tolerar la situación y la imposibilidad de transformarla profundamente”. Recordemos lo solicitado por el Sr. Blumberg en su petitorio “Las penas sean siempre de cumplimiento efectivo y total. Sin salidas anticipadas en ningún caso... Las penas deben sumarse sin límite máximo. Que la pena perpetua sea perpetua...”.

Parece mucho más sencillo entonces para estas burocracias occidentales transformar a estas clases peligrosas en enemigos públicos, y por ende sujetos destinatarios de todo aquello que les deparará el Derecho Penal del Enemigo. El Dr. Zaffaroni (2006:56) entiende que esto significa aplicar la técnica “volkish o populachera”, es decir, se alimentan y refuerzan los peores prejuicios para estimular públicamente la identificación del enemigo de turno.

La categoría enemigo sólo es compatible con un modelo de estado absoluto. El poder punitivo depara a estos sujetos un trato que no se corresponde a su condición de personas.

Huelga decir, que el Derecho Penal del Enemigo no es compatible con el Estado de Derecho que se pretende invocar. Existe una contradicción permanente con los principios constitucionales.

### **III.-DISCURSOS DE VERDAD Y DISCURSOS QUE DAN RISA:**

#### **III.a.-Las garantías constitucionales versus el Derecho Penal del Enemigo.**

La Constitución Nacional de nuestro país establece expresamente las garantías de las que debe estar rodeado todo juicio penal en el que resulte involucrado un ciudadano, así como también las condiciones que deben reunir las instituciones carcelarias para aquellos que resulten condenados, y las finalidades que debe cumplir la pena en cuanto ésta debe dirigirse a su resocialización. A continuación transcribimos los artículos donde se encuentran comprendidas estas garantías:

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

**Artículo 75 de la Constitución Nacional Argentina** “Corresponde al Congreso (consta de varios incisos, transcribimos por su pertinencia el 22):

**Inciso 22:** Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

Hagamos un pequeño ejercicio con nuestra imaginación, decimos bien, es mucha la imaginación que deberíamos utilizar para pensar siquiera en la posibilidad de “rehabilitación” de alguna *persona que tenga la dicha de pasar una temporada en un establecimiento carcelario*. ¿Cárceles sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos? Aquí es donde, diría Foucault (2001), se cruzan la institución judicial y el saber científico, en el punto donde se formulan enunciados que tienen el status de discursos verdaderos, que poseen efectos considerables. Bastará analizar cualquier sentencia en la que se condene a un sujeto a cumplir 35 o 50 años de encierro efectivo sin posibilidades de lograr ninguna libertad anticipada, cuando por otro lado es la propia justicia la que habla todo el tiempo del estado *deplorable* de las cárceles argentinas<sup>8</sup>.

Decíamos que estos discursos producen efectos considerables, ajenos incluso a las propias reglas del derecho, vaya si lo son, con sólo consultar algunas estadísticas sabremos cuantas personas mueren a diario en las cárceles. Es

aquí donde el discurso científico y la práctica judicial se asignan el derecho de matar. Foucault (2001:25) califica a estos discursos dentro de una categoría específica: lo ubuesco<sup>9</sup>. Es la justicia la que instaura el discurso de Ubú: “El terror ubuesco, la soberanía grotesca, o en términos más austeros, la maximización de los efectos de poder a partir de la descalificación de quien los produce”. Es un poder que se encuentra en manos de alguien que resulta descalificado por lo infame y lo ridículo, pero existe a la vez una imposibilidad de eludir ese poder, resulta inevitable y se aplica con todo su rigor y en el límite de la racionalidad.

### **III.b.-Cuando la violación de las garantías constitucionales es flagrante.**

A modo de ejemplo analizaremos brevemente algunos artículos de la parte general del Código Penal que han sido reformados. Nos referiremos a modificaciones introducidas que nos resultan muy representativas de lo que hemos denominado discursos de verdad y discursos que dan risa (seguridad-inseguridad) y que actualmente gerencian las relaciones sociales.

El **art. 13 del C.P.** regula el instituto de la libertad condicional en la Rca. Argentina. El artículo reformado establece que la libertad condicional se concederá a los condenados a reclusión o prisión perpetua cuando hubieren cumplido **treinta y cinco años (35) de condena**. Se sustituye el plazo de 20 años que establecía el artículo en su anterior versión. También se introdujeron otras condiciones que deben exigirse cuando se otorga la libertad condicional. La libertad condicional constituye la etapa final del régimen de progresividad contemplado en la Ley de Ejecución Penal<sup>10</sup>. Permite al condenado recuperar la libertad antes del vencimiento de la pena. Para que el condenado a prisión perpetua acceda a este derecho debe permanecer 35 años detenido.

Atendiendo al estado actual de las cárceles argentinas y estimando que si alguien dijo que “es un soplo la vida y veinte años no es nada”<sup>11</sup>, que más pueden dar treinta y cinco años de encierro. Quizá resulta interesante para *matar el tiempo* seguir los consejos del Sr. Blumberg expuestos en su petitorio “Legislar imponiendo para los encarcelados –sean procesados o condenados– una reeducación a través del trabajo. Establecer un mínimo de ocho horas diarias en trabajos para la comunidad, obras públicas nacionales, provinciales o municipales. Asimismo, se instalen talleres, industrias o manufacturas de cualquier tipo en el interior de las cárceles para el aprendizaje de artes y oficios. El trabajo dignifica al hombre libre como al detenido”.

Como si esto no fuera suficiente el **art. 14 del C.P.** contempla lo que se ha dado en llamar la “prevención especial negativa” o “la pena de muerte en prisión”, una suerte de vivencia moderna del destierro o exilio (Lurati, 2006). Decía Castel (2001: 92-93) “Esta medida derivaba de la condición de ajeno, de alguien cuyo lugar estaba en cualquier parte, siempre que fuera otra. Pero el destierro, que era una sanción fuerte, resultaba a su vez totalmente ineficaz... el destierro llevaba consigo, sin solución, el problema que planteaba. El destierro es una escapatoria gracias a la cual una comunidad se deshace de una cuestión insoluble, para desplazarla a otro lugar”.

Establece el art. 14 del Código Penal “**La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos**

**previstos en los arts. 80 inc. 7<sup>12</sup>, 124<sup>13</sup>, 142 bis<sup>14</sup>, anteúltimo párrafo, 165<sup>15</sup> y 170<sup>16</sup>, anteúltimo párrafo”.**

Esta norma afecta además el principio de igualdad, ya que la *resocialización* debe regir para todos los delitos, (no sólo para aquellos de menor gravedad), y para todos los condenados.

**El art. 55 del Código Penal** establece “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, **la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos**. Sin embargo, esta suma **no podrá exceder el maximum legal de cincuenta (50) años de reclusión o prisión”.**

La modificación de esta regla ha introducido serias afectaciones a los principios constitucionales y graves alteraciones en el sistema del Código Penal.<sup>17</sup>

Este artículo contempla la regla de determinación de la escala penal aplicable a un concurso real de delitos integrado por hechos independientes reprimidos con la misma especie de pena. La reforma altera significativamente la escala penal del concurso real y sustituye el sistema de “acumulación jurídica o aspersion”<sup>18</sup> por una “suma aritmética”, *eso sí limitada a 50 años*.

Si bien no es nuestra intención adentrarnos en un análisis técnico de la cuestión, veamos la incongruencia que plantea la modificación para algunos hechos que sólo tenían interés teórico, ya que en la práctica la escala penal era siempre la misma (25 años). Nos referimos a aquellos casos que desde un criterio objetivista eran considerados concurso real, mientras que aplicando un criterio subjetivista caían bajo las previsiones del concurso ideal. Resulta más claro dar un ejemplo práctico: cuando con veneno se produce más de una muerte. Como decíamos, con anterioridad a la reforma este ejemplo carecía de consecuencias prácticas, actualmente el imputado deberá conocer a qué interpretación adhiere el juez de su causa, ya que según el criterio que utilice la escala penal variará de 8 a 25 años (criterio subjetivista) y de 8 a 50 años (criterio objetivista).

Y si incongruencias estamos planteando, lo que ocurre con los tratados internacionales adoptados por la Argentina, no puede quedar afuera.

A modo de ejemplo, el artículo 10 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos<sup>19</sup> establece: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Entonces nos preguntamos, ¿de qué manera las condenas perpetuas a las que venimos haciendo referencia podrían cumplir con este artículo? La inhumanidad de las penas y la despersonalización que implican estas condenas perpetuas, así como los encierros que terminan con la muerte del condenado, atentan contra el principio de dignidad humana, y no son coherentes con lo enunciado en los tratados Internacionales que nuestro país ha aprobado, ratificado e incluido en la Constitución Nacional. En este sentido, la incongruencia entre los tratados internacionales y la aplicación local, tiene lugar tanto desde las normas jurídicas (la reforma del Código da cuenta de ello) como en las prácticas que diariamente se llevan a cabo -en nuestro caso en particular- dentro del sistema penal.

### **III.c.-Cuando los bienes valen más que la vida. El emblema de la reforma: el art. 189 bis del C.P.**

Hemos mencionado que las distintas leyes que se sancionaron en el período estudiado han reformado 27 artículos de la parte especial del Código Penal. Realizar un análisis pormenorizado de esas figuras penales, excede el marco del presente trabajo. Es por ello que hemos considerado como emblemática la modificación introducida al art. 189 bis del C.P. *Es una suerte de compendio o guía rápida de las atrocidades de una reforma irracional.*

El **art. 189 bis** contiene 19 tipos penales. En el (1)<sup>20</sup> prevé tres tipos básicos:

- el primero con cinco núcleos alternativos.
- el segundo describiendo la conducta de “dar instrucciones” en referencia típica al primer tipo.
- el tercero a partir de las cosas descriptas en el primero.

En el (2) se prevén cuatro tipos básicos:

- se mantienen las figuras y agravan las penas de la tenencia ilegítima de arma de guerra y de la portación ilegítima de arma de uso civil condicional.
- se crean dos figuras nuevas: portación ilegítima de arma de guerra y la tenencia ilegítima de arma de uso civil condicional.

El artículo prevé dos tipos atenuados.

En el (3) se prevén dos tipos básicos.

En el (4) se prevé:

- un tipo básico.
- un tipo agravado.
- un tipo básico por habitualidad.

En el (5) se prevén dos tipos básicos.

El **art. 189 bis** corresponde al TITULO VII del C.P.: **Delitos contra la seguridad pública.**

La reforma introdujo dos figuras atenuantes:

1.- la figura de la portación atenuada para el tenedor autorizado. Es decir, se posee autorización para tener el arma pero no para portarla. Surge del debate parlamentario que el trámite de registro de un arma evidenciaría la intención de no delinquir y de no tener un arma en el mercado negro.

2.- la atenuante ante la evidente falta de intención. Se atenúan aquellos casos en que el sujeto que porta un arma lo hace con la única intención de defenderse ante un posible ataque, sin colocar en riesgo la seguridad pública. Para determinar esa circunstancia es necesario merituar las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor.

Es decir, que la falta de intención de utilizar el arma con fines criminales surge además por las condiciones personales del sujeto activo<sup>21</sup>.

Se ha entendido que “No queda margen para entender otra cosa que la intención de beneficiar con esta atenuación de pena a determinadas personas con ciertas características, ya sea sociales, culturales, económicas, laborales, etc, a partir de las cuales pueda observarse su evidente desvinculación del quehacer habitual delictivo, para diferenciarlas de otras que merecen mayor pena en razón de su condición de delincuentes. Esta diferenciación basta por sí sola para descalificar el acierto de este aspecto de la reforma”. (Otranto.ob. cit. pág.1032).

La ley 25.886, modificatoria de este artículo, introduce una agravante: *El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior.*

Al igual que en el supuesto de la atenuante se esgrimen motivos que son propios del derecho penal de autor. No se sanciona únicamente una conducta sino además el hecho de poseer antecedentes o haber sido tocado con anterioridad por el sistema penal. Afecta el principio de presunción de inocencia, ya que menciona la circunstancia de estar gozando de una excarcelación cuando lo cierto es que se trata del derecho de permanecer en libertad hasta que una sentencia establezca lo contrario.

Existe una falta de equilibrio entre la realización de la conducta y la pretensión punitiva. Para el que no registra antecedentes la escala penal oscila entre 1 a 4 años de prisión. En este caso, el mínimo se aumento en un cuatrocientos por ciento (4 años) y el máximo un cincuenta por ciento (10 años).

**Esta desproporción de la pena con lo efectivamente realizado viola los principios de culpabilidad por el hecho y torna aun más arbitrario el ejercicio del poder punitivo. Es por ello que algunos juristas entienden que se debe declarar la inconstitucionalidad de la norma.**

#### **IV.-CONCLUSIONES:**

Luego de haber realizado este recorrido, a modo de conclusión, consideramos interesante dejar planteadas algunas reflexiones.

Si bien Bourdieu (1996), reformulando la frase célebre de Max Weber, define al Estado como el poseedor del monopolio legítimo de la violencia física y simbólica, nos parece que, a partir del discurso de la seguridad, aparecen ciertas licencias para que algunos ciudadanos también sean poseedores de dichas fuerzas.

En este sentido, la reforma del Código, incluyó leyes cuyo contenido pena al actor y no al acto. Así, como desarrollamos anteriormente, establecen la atenuación de penas de algunos ciudadanos pertenecientes a los sectores sociales más favorecidos, que poseen armas en pos de estar cubiertos ante la “ola de violencia e inseguridad”. En este caso, la ley estaría legitimando que la defensa de los ciudadanos ha trascendido la esfera estatal, para propagarse entre algunos de sus ciudadanos, “habilitados” para ello.

Al revisar los artículos reformados del CP, podemos suponer que ha habido un aumento en la cantidad de personas privadas de libertad. Pese a que las condiciones de detención son degradantes, y no responden a los mínimos estándares de respeto por la dignidad humana. Entonces, a partir de la contradicción que plantea la decisión de enviar a una numerosa cantidad de personas a la cárcel en las terribles condiciones en que ésta se encuentra, nos preguntamos si como sociedad deberíamos hacer algo por la modificación de este perverso sistema, o bien admitir que a la sociedad argentina nada le importa lo que les sucede a las personas privadas de libertad.

Este Derecho Penal Moderno o Derecho Penal del Enemigo no es otra cosa que un compendio de antigarantismo y la puerta de entrada de una serie de principios del positivismo criminológico que se creían dejados de lado. Al menos, desde la *letra de la ley*.

El Derecho Penal del Enemigo intenta abarcar y proteger otros bienes, es decir, ya no se protege la propiedad o la vida, sino **la inseguridad**. Esta se ha transformado en el ideal del Derecho Penal, en su finalidad última, por lo tanto para garantizarla es válido cualquier medio sin importar que por ejemplo, entre otras cosas, sea abiertamente contrario a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales.

Por su parte el Estado se vale a modo de herramienta del Derecho Penal intentado que éste cumpla una función que no debe tener. Y obviamente circunscribiendo el discurso seguridad/inseguridad únicamente a las cuestiones que afectan a determinados sectores sociales, *a aquellos que poseen y tienen miedo de sufrir el ataque de los extraños*. La figura ambivalente del extraño al decir de Bauman “El desconocido en la calle, el merodeador de las casas... Alarmas contra robos, vecindarios vigilados y patrullados, portones del complejo habitacional; todo sirve al mismo fin: mantener alejados a los extraños. La cárcel no es sino la más drástica entre muchas medidas, distinta del resto en cuanto a su presunto grado de eficacia, no en cuanto a su tipo. Las personas criadas en la cultura de la alarma y los artefactos contra robo tienden a ser entusiastas partidarias de las condenas penitenciarias, cuanto más prolongadas mejor”<sup>22</sup>.

Podríamos afirmar que esto se traduce en una paradoja, la paradoja de la soberanía: no sólo es el soberano el que está dentro y fuera del ordenamiento jurídico, sino que construye categorías a las cuales les habilita la misma prerrogativa. Basta pensar en la distinción que hace el art. 189 bis, los considerados “ciudadanos” podrán portar armas por cuestiones de seguridad y se atenuarán sus penas, mientras que a los delincuentes habrá que encerrarlos de por vida.

Nos preguntamos entonces a qué apuntan estas modificaciones legislativas, nos queda claro que su objetivo no es la prevención. Bueno en realidad parece que esto ya estuvo claro hace un par de siglos atrás ¿será que los legisladores -craneotecas de la reforma- se olvidaron de consultar bibliografía al respecto?: “Así como las leyes constantes y simplísimas de la naturaleza no impiden que los planetas se perturben en sus movimientos, así en las infinitas y tan opuestas atracciones del placer y del dolor las leyes humanas no pueden impedir las perturbaciones y el desorden. Y sin embargo, ésta es la quimera de los hombres limitados, cuando poseen el mando... ¿A qué nos veríamos reducidos si nos fuera vedado todo lo que puede inducirnos al delito? Sería necesario privar al hombre del uso de sus sentidos... La mayor parte de las leyes no son más que privilegios, es decir, un tributo de todos a la comodidad de algunos pocos... Es preciso que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que a los hombres mismos...”(Beccaria, Cesare, 1764).

## V.-BIBLIOGRAFÍA

- Becker, Howard, *Los Extraños*, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1974.
- Bourdieu, Pierre, “Espíritus de Estado. Génesis y estructura del campo burocrático”, *Sociedad* 8, abril de 1996.
- Castel, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social*, Paidós, Estado y Sociedad, Buenos Aires, 2001.
- Daniel Erbetta, “Seguridad y reformas penales. ¿Hacia dónde vamos?” en *Reformas penales actualizadas*, director Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- Foucault, Michel, *Los Anormales*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2001.
- Lurati Carina, “Análisis crítico de las reformas introducidas al C.P. La necesaria revalorización del Código de 1922”, en *Reformas penales actualizadas*, director Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- Otranto Guido, “Armas y explosivos. El nuevo régimen penal del artículo 189 bis del Código Penal”, en LL, 2004-E-1031.
- Zaffaroni, Eugenio R., *El Enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

---

<sup>1</sup> Cruzados morales son aquellos que de la instauración de una norma moral hacen el centro de su vida y sus ocupaciones. “Cuando un individuo ha tenido éxito en la empresa de lograr el establecimiento de una nueva regla ... se encuentra sin trabajo. La cruzada que ocupara una porción tan grande de su tiempo, su energía y su pasión, ha terminado.” (Becker, 1974).

<sup>2</sup> En diciembre de 2001 se desencadenó una crisis económica e institucional, que se gestó fuertemente a lo largo de los años 90, que culminó con la consolidación del *default* financiero, el abandono de la férrea política cambiaria que desde 1991 se sostenía y la devaluación del peso. La situación del país era delicada. En ese marco complejo, el gobierno nacional adoptó durante los primeros días de diciembre una serie de restricciones importantes a la entrega en efectivo de los depósitos bancarios particulares. De tal forma, las transferencias dinerarias se vieron limitadas y la casi totalidad de los pagos debió hacerse por medio de transferencias bancarias. El “corralito”, establecido por el decreto 1570/01 del Poder Ejecutivo, encerró los depósitos de grandes sectores de la alicaída clase media local y perjudicó a todos los sectores de la economía informal. A su vez, el entonces presidente Fernando De la Rúa abandonó su cargo por la crisis general que sufría la Argentina. Las manifestaciones sociales espontáneas se sucedieron, llegando algunas a organizarse luego, por ejemplo, en forma de asambleas barriales.

<sup>3</sup> Como resultado, el Tribunal dictó dos condenas a reclusión perpetua, otras cinco penas de entre 10 y 20 años de prisión, y cinco más hasta ocho años. Absolvió a los dos policías federales acusados y mandó a investigar la actuación de los cuatro fiscales del caso. Para Blumberg, el fallo no fue suficiente y lo criticó con dureza.

<sup>4</sup> También se utilizará su abreviatura “C.P.”.

---

<sup>5</sup> Contiene principios generales en cuanto a la aplicación de la ley penal, a las penas, y a diversos institutos del Derecho Penal como la condenación condicional, la imputabilidad, la tentativa, la autoría y la participación criminal, la reincidencia, el concurso de delitos, entre otros.

<sup>6</sup> Describe los tipos penales, es decir, los hechos prohibidos por la norma: homicidio, hurto, robo, etc.

<sup>7</sup> Los párrafos citados se extrajeron de la versión taquigráfica del Congreso de la Nación.

<sup>8</sup> Basta recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en oportunidad de resolver el Recurso de hecho "Verbitsky, Horacio S/ Habeas Corpus", V. 856. XXXVIII.

<sup>9</sup> El adjetivo "ubuesco" se introdujo en 1922, a partir de la obra de A. Jarry, *Ubu roi*, París, 1896 (traducción castellana: *Ubú rey*, Bs. Aires, Centro Editor de América Latina, 1971). Véase Grand Larouse: "Dícese de lo que, por su carácter grotesco, absurdo o caricaturesco, recuerda al personaje del Ubú".

<sup>10</sup> Ley de Ejecución Penal Nacional N° 24660 y Ley de Ejecución Penal de la provincia de Bs. Aires N° 12.256.

<sup>11</sup> Tango Volver, letra de Alfredo Le Pera y música de Carlos Gardel.

<sup>12</sup> Homicidio criminis causae.

<sup>13</sup> Abuso sexual seguido de muerte.

<sup>14</sup> La privación ilegal de libertad cuando se causa la muerte de la persona ofendida.

<sup>15</sup> El homicidio en ocasión de robo.

<sup>16</sup> El secuestro extorsivo cuando se causa intencionalmente la muerte de la víctima.

<sup>17</sup> La redacción anterior establecía "Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, **la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos**. Sin embargo, esta suma **no podrá exceder el maximum legal de la especie de pena de que se trate**".

<sup>18</sup> El máximo legal de la pena no podía exceder del maximum legal de la especie de pena de que se tratase (25 años de prisión como máximo).

<sup>19</sup> El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos fue adoptado y abierto a la firma, adhesión y ratificación en 1966. Su entrada en vigor fue en 1976, con el artículo 49 de este Pacto. En Argentina fue aprobado y ratificado en 1986, con reservas.

Adquirió rango constitucional a partir de su inclusión en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional en 1994.

<sup>20</sup> Es la denominación de los incisos que tiene el artículo.

<sup>21</sup> En las sesiones parlamentarias el senador Yoma señaló que la reducción de la escala penal dependería de la cara de cada persona. Y el diputado Zamora hizo referencia a las teorías lombrosianas del hombre delincuente.

<sup>22</sup> Bauman, Zygmunt, "La globalización. Consecuencias humanas", Fondo de Cultura Económica, Bs. Aires, 2005.