

Políticas punitivas: entre la parafilia del fetichismo legal y la maniática obsesión de querer tropezar siempre con la misma piedra

por Sebastián José Amadeo¹

Dicen los que saben que *un pueblo que no conoce su historia está condenado a repetirla²*. En efecto, la historia sirve para saber lo que ocurrió en un determinado tiempo y espacio, y aleccionarnos para estar suficientemente precavidos para no volver a tropezar dos o más veces con la misma piedra. Esto implica aprender de los errores propios, capitalizarlos de la mejor manera posible, y así poder mejorar cotidianamente.

Sin bien esto es generalmente aceptado por cualquier persona en ejercicio mediano de su razón, en materia de políticas públicas de índole punitivas en Argentina en general, y en Santa Fe en particular (como en muchas otras cosas), parece que la lección nunca se aprende (padecemos de una suerte de Alzheimer colectivo) o, tal vez, no se quiere aprender. Y sobre esto último, luego de informarnos adecuadamente, debemos reflexionar mucho, primero, ante el Tribunal de la propia Conciencia y, segundo, frente la sociedad, ya que la Patria así lo demanda (como expresan las fórmulas rituales de los juramentos) a los funcionarios públicos con competencia y roles específicos para solucionar los problemas de "inseguridad" y no ofrecer falsas expectativas de alto impacto mediático y nulo rendimiento práctico.

Es que a partir de una batería de proyectos de reformas al Código Procesal Penal santafesino vuelven a surgir como nuevas propuestas para combatir el delito y la "inseguridad" existentes las viejas recetas del pasado respecto de las cuales se ha

¹ Defensor Regional de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Santa Fe. Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Rosario). Especialista en Derecho Penal (FCSJ-UNL). Especialista en Derecho Procesal Penal (FCSJ-UNL). Especialista en Criminología (FCJS-UNL). Egresado de Cursos de Postgrado en Derecho Penal y Criminología (Salamanca, España). Capacitado en Derechos Humanos (Universidad de Catalunya). Mediador. Capacitado en Violencia Familiar (FCSJ-UNL). Capacitado en Reformas Judiciales (CEJA). Premio Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Provincia de Santa Fe por mejor promedio de egreso en la carrera de Abogacía. Primer Premio del Curso Anual de Magistratura (Centro de Capacitación Judicial). Profesor de Derecho Penal 1 (Parte General), Derecho Penal 2 (Parte Especial) en la FCSJ-UNL. Profesor del Postgrado de la Especialización en Derecho Procesal penal (FCJS-UNL). Autor de los libros "La acción en la teoría del delito" y "La Victimología como ciencia" y de artículos publicados en revistas especializadas. Jurado de concursos de Defensores en las Provincias de Santa Fe, Entre Ríos y Tucumán. Director de tesis doctorales en la FCSJ-UNL.

² La frase se atribuye a muchos personajes históricos de modo que resulta difícil establecer quién fue el primero que la dijo.

comprobado cabal y empíricamente su total fracaso. Sí fracaso rotundo y estrepitoso, con los respectivos costos individuales, emocionales y sociales en lo que hace a la defraudación de legítimas expectativas.

Hay que decirlo una vez más: endurecer las penas, dar más poder a los Fiscales para detener prolongadamente a las personas sin el adecuado y temporáneo control jurisdiccional, volver a un procedimiento secreto, crear condiciones para imponer la prisión preventiva como regla, y varios etcéteras más, importa, en síntesis, la flexibilización o eliminación de *principios, derechos y garantías* constitucionales.

Esta no es una cuestión novedosa surgida de postmodernos progresistas, sino una nueva reformulación del atávico "*crucifícalo, crucifícalo*", surgido al calor de reiterados reclamos mayoritariamente legítimos ("*justicia*", "*justicia*"), que los analistas y técnicos en la materia denominan desde Günther Jakobs "*derecho penal del enemigo*"³.

El citado profesor de Bonn distingue el "*derecho penal del ciudadano*" del "*derecho penal del enemigo*". Si bien destaca que, en términos generales, "en realidad todo delincuente es un enemigo"⁴, lo cierto es que considera que "para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el *status* de ciudadano para aquellos que *no se desvían por principio*... Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo"⁵. Es decir que "el derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal: éste sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido"⁶.

Como puede observarse, en el sistema jakobiano "el enemigo es un elemento peligroso de la naturaleza, es un riesgo a calcular y, como se ha dicho, que nunca se eliminará del todo. En todo caso 'no es una persona'"⁷.

3 Cfr.: JAKOBS, Günther - CANCIO MELIÁ, Manuel: *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003. Frente a esta obra se escribió: ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *El enemigo en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006. El juego de títulos me recuerda a que frente a *Filosofía de la Miseria* de Pierre Joseph Prohudon, Karl Marx le opuso *Miseria de la Filosofía*.

4 *Ibidem*, pág. 55.

5 *Ibidem*, págs. 55/56.

6 *Ibidem*, pág. 32.

7 ANITUA, Gabriel Ignacio: *Castigo, cárceles y controles*, Buenos Aires, Didot, 2011, pág. 17.

A su vez, el profesor de Bonn señala que "en el Derecho Penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la *contradicción*, en el Derecho penal del enemigo la *eliminación de un peligro*"⁸.

Finalmente existe en la distinción una importancia procesal penal: en el *derecho penal del ciudadano* hay un "proceso propio de una Administración de Justicia"⁹, y, por tanto, respeto irrestricto de los principios, derechos y garantías constitucionales; en el *derecho penal del enemigo* se debe instaurar un "procedimiento de guerra"¹⁰ y, por tanto, eliminación o flexibilización de principios, derechos y garantías constitucionales.

Como puede apreciarse, en este esquema el "enemigo" no es una persona, sino un peligro (como un animal salvaje que está a punto de atacarnos) cuya potencialidad para realizar daños hay que calcular y *eliminar* y al que no le corresponde garantía alguna o casi ninguna.

Este "*derecho penal del enemigo*", tiene sus defensores en materia doctrinaria¹¹, legislativa¹² y jurisprudencial¹³. Y además cuenta con gran difusión entre los partidarios de la "*mano dura*"¹⁴, del "*dos más dos son cuatro, la tierra es redonda, corta*

8 JAKOBS, Günther - CANCIO MELIÁ, Manuel: *op. cit.*, pág. 55.

9 *Ibidem*, pág. 46.

10 *Ibidem*.

11 Aquí merece destacarse autores como Siro de Martini que señalan a Zaffaroni como responsable de la impunidad argentina (cfr.: DE MARTINI, Siro M. A.: *La impunidad en Argentina (entre linchamiento, derecho penal del enemigo y derecho penal realista)* en: DE MARTINI, Siro M. A. -Compilador-: *En defensa del Derecho Penal*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2008, pág. 19). También a Julio Chiappini, para quien "En su momento el garantismo fue una moda y la moda no incomoda. Pero ahora urge un retorno al positivismo italiano del siglo XIX (incluida la pena de muerte, que puede sancionarse con una reforma a la Constitución nacional solamente a cargo del Congreso) salvo a alguna de sus extravagancias; y al procedimiento escriturista y más inquisitorio al tiempo de promoverse una feroz persecución contra la criminalidad". Más adelante señala: "De modo que el garantismo estuvo bien. Ahora, simplemente, debe 'aflojar' un poco con sus veleidades. Debe tranquilizarse y aplacar su euforia", por lo que finalmente concluye con una frase que no merece comentarios: "acompañemos al garantismo hasta el cementerio" (Cfr.: prólogo de Julio Chiappini a la obra de RODRÍGUEZ, Alejandro: *Acerca del nuevo código procesal penal de la Provincia de Santa Fe*, Santa Fe, Librería Cívica, 2009). También en esta línea se destaca el libro de: ARENA, Carlos: *Zaffaroni, el padre de la inseguridad*, Buenos Aires, Grupo Unión, 2014.

12 Como las propuestas santafesinas que analizaremos en este trabajo y que se apartan de los postulados de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales con idéntica jerarquía (art. 75 inc. 22 de la Carta Fundacional).

13 Aquí encontramos a la jurisprudencia que hace caso omiso a mandas constitucionales, convencionales e internacionales y convalida en las distintas etapas del proceso penal los postulados del Derecho Penal y Procesal Penal del Enemigo.

14 Señalaba Carlos Ruckauf a finales de los años 90 la necesidad de que "*hay que meter bala a los delincuentes*" (véase Diario Clarín de fecha 01.12.2015).

la bocha"¹⁵ en una sociedad *macdonalizada* y *disneylizada* que en su afán de americanización del mundo pretende imponer hegemonía económica (*compro, luego existo*), y con ella, hegemonía política, cultural y similares formas de afrontar el fenómeno delictivo. El denominado "*Consenso de Washington*" es un ejemplo de ello.

En este contexto mucho se analiza desde lo superficial, lo intrascendente, lo banal, lo transitorio y también desde el oportunismo político. Los gerenciadorees del eficientismo estadístico todo lo justifican con la lógica marketinera del número, sin importar que siempre se paga con moneda de garantías constitucionales ciertos "*eficientismos numéricos*". No por nada, refiriendo a la manipulación de los números, los politólogos expresan que "*existen las mentiras, las grandes mentiras y las estadísticas*" y también se ha recordado lo cauteloso que hay que ser con ellas: "*La estadística es una ciencia por medio de la cual si un hombre comió dos pollos y otro ninguno, dos hombres comieron un pollo*"¹⁶. Los seres humanos no sólo somos números cuantificables. Ellos sirven, pero si le damos el lugar que se merecen.

De este modo ¿alguien puede sostener con seriedad y debida fundamentación que hay más seguridad y menos delito en la Argentina en general, y en Santa Fe en particular, desde que se modificó el Código Penal siguiendo las propuestas de, por citar un ejemplo paradigmático, Bloomberg o el *das Bloomberg Strafrecht*

Infinidad de frases similares se han escuchado en boca de diversos políticos argentinos y extranjeros.

15 Famosa frase pronunciada en varias oportunidades por Ivo Cutzarida, actor argentino. Una profesora de Derecho, a tenor de un intento de robo, escribió en su facebook el 07.09.2016: "Me quisieron asaltar otra vez. 'Nos quisieron' porque iba con mi mamá, *mal nacidos, desgraciados que merecen la muerte más lenta y dolorosa posibel!! No lo digo desde el enojo y la impotencia...lo digo porque lo siento y quienes me conocen lo saben. Hay ciertos seres que merecen la muerte. Pena de muerte! Soy abogada, amo mi profesión, cada día más. La valoro y la respeto pero no puedo aceptar un castigo de lujo como casa comida y dinero cuando van presos, lo lamento, no puedo... 7.45 Alvear y Crespo, paran al lado, tal cual hace unos meses, se baja el de atrás y me agarra (esta vez si me agarra y yo con cartera) y me dice 'dame dame el celular' y yo digo no!!! Me doy vuelta grito mamá!! y veo que la lacra humana que merece todo lo malo que le haya pasado de chico, la toma del brazo ahí me di vuelta la saqué y le tiré un cuaderno tapa dura en esa cara inmundada que sólo los cerdos como él tienen, y salimos corriendo..No fue valentía, fue el pensar en un segundo que además de tener un papá en el cielo podía llegar a quedarme sin madre, porque hoy te matan te matan por nada. No me sacaron nada no me lastimaron y lo más importante a mami..Pero creo día a día que el que mata tiene que morir..malditos malditos sepan yo voy a luchar para que éstas ratas no tengan derechos porque por los nuestros sólo nosotros peleamos. Levantémonos!!! Salgamos a luchar por más seguridad..Así no se puede. Y no me salgan los imbéciles de los derechos humanos...Porque estoy segura que a ninguno le han matado un hijo...".*

16 Frase de paternidad discutida, que algunos atribuyen a Humberto Eco.

(el "derecho penal de Bloomberg" como lo ha llamado Julio Maier)¹⁷? Ocurrió todo lo contrario, a la luz de cualquier base estadística y de percepción no distorsionada de la realidad.

Entonces corresponde interrogarnos: ¿no estaremos pidiendo a la ley (penal, procesal penal) lo que ella no puede dar?; ¿es responsable exigirle a la ley lo que ella no puede hacer?; ¿las complejas causas del delito violento se solucionan rápidamente con propuestas legislativas contrarias a Constitución y a los Tratados Internacionales con igual jerarquía cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional al Estado Argentino?; ¿qué sentido tiene tener una Constitución que dice una cosa y una legislación que a contramano de aquella dice otra totalmente contraria?; ¿en qué país un modelo como el que se propone ha tenido el éxito y resultados pretendidos?; ¿es responsable y serio insistir con recetas de fracaso y exigirles que tengan éxito?; ¿es republicano crear leyes sin al menos escuchar la opinión fundada de todos los actores del sistema penal?; ¿por qué si se necesita agua para apagar un incendio aceptamos pasivamente más nafta como fórmula de éxito y la aplaudimos vivamente?; ¿por qué luego nos quejamos de habernos prendido fuego?

Tal vez tan compleja es la realidad y tan cortos proporcionalmente los mandatos políticos para cambiarla que no se diseñan estrategias de mediano y largo aliento, ya que siempre será más tentador querer cambiar una realidad compleja con un papel escrito al que denominados ley y venderla temporáneamente como fórmula de éxito.

Sin embargo, ante el tema de la inseguridad, no permitamos que nadie nos engañe. Como afirmó Abraham Lincoln "se puede engañar a algunos todo el tiempo y a todos algún tiempo, pero no se puede engañar a todos todo el tiempo". Es que los ciudadanos también tenemos nuestra responsabilidad si nos dejamos engañar sistemáticamente. Anaxágoras recordaba: "Si me engañas una vez, la culpa es tuya; si me engañas dos, es mía".

Como vemos, la historia se está repitiendo de nuevo, parece que no queremos aprovechar sus lecciones, insistimos en enviciarnos con la *parafilia del fetichismo legal* según la cual

¹⁷ Juan Carlos Bloomberg fue el papá de una víctima fatal (Axel Bloomberg) que impulsó un movimiento de endurecimiento de penas que logró consensos para reformar el Código Penal. Se lo persigió porque dijo que era "Ingeniero" y no lo era. Sin embargo, muchos abogados se hacen llamar "Doctores" y en puridad sólo podrían llamarse así los que terminaron el Doctorado en Derecho. Parece olvidarse que el art. 247 -último párrafo- del Código Penal es claro en que es delito "arrogarse grados académicos" que no correspondan.

todo problema social se soluciona por escrito formulando leyes punitivas (de fondo y de forma) contrarias a la Constitución Nacional que no han llevado aquí ni en ningún país del mundo civilizado a resultado plausible alguno.

Estas propuestas traen como consecuencia la hiperinflación de la legislación punitiva, que la torna contradictoria, que además de borrar la jurisprudencia que se fue asentando en Santa Fe desde hace más de dos años desde la puesta en funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal lleva al fenómeno que Antonio Martino denomina "contaminación legislativa"¹⁸. Así vemos en nuestra querida Santa Fe como se hacen vivas las palabras de Montesquieu: "las leyes inútiles debilitan a aquellas necesarias" o, traducido para nuestra realidad vernácula, los proyectos de reforma del Código Procesal Penal anulan los postulados básicos de la Carta Fundacional.

Se debe exigir al legislador racionalidad y herramientas útiles y conformes con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con igual jerarquía, y no viejas recetas que además de su estrepitoso fracaso importan recargar el sistema judicial con recursos, impugnaciones, trámites, instancias, etc. que a lo único que llevarán, finalmente, es -si se sigue la lógica y los preceptos fundacionales- a dar razón a los planteos que señalan que por sobre las leyes locales está la Carta Fundacional y los Tratados Internacionales con idéntica jerarquía y toda violación a los mismos importa responsabilidad internacional del Estado Parte.

No debemos olvidar que más allá de las reformas que se incorporen a nuestro Código Procesal Penal, el art. 1 del mismo expresa claramente: "*En el procedimiento penal rigen todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, en los tratados internacionales con idéntica jerarquía y en la Constitución de la Provincia. Dichas disposiciones son de aplicación directa y prevalecen sobre cualquier otra de inferior jerarquía normativa informando toda interpretación de las leyes y criterios para la validez de los actos del procedimiento penal*".

Se discutió en la legislatura santafesina si esta disposición debía estar presente. Para algunos comentaristas del

18 MARTINO, Antonio A.: *La contaminación legislativa*, Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas, Barcelona, Colegio de Abogados de Barcelona, 1977, págs. 47/63. No por nada ya sentenciaba Solón: *En la suma corrupción del Estado, numerosas son sus leyes.*

Código Procesal Penal es una *norma inútil*, ya que dice una verdad de Perogrullo¹⁹. Sin embargo, fue el en aquel entonces diputado Danilo Kilibarda quien recordó que podrá ser una disposición técnicamente inútil pero pedagógica y políticamente muy útil y conveniente ya que "tenemos una concepción tan escriturista, que los jueces, cuando fallan, revisan el Código y lo que no está escrito ahí para ellos no está en ningún lugar. Todavía no se han habituado a aplicar las normas de superior jerarquía que obligan, que mandan, que ordenan, que, aunque no están ahí, están por sobre ese librito de 300 o 400 artículos que es el Código Procesal Penal"²⁰.

Así queda más que claro la prevalencia de la Constitución por sobre cualquier disposición del Código Procesal Penal que la contraríe.

Por lo tanto, de aprobarse los distintos proyectos que también la contrarían, ello lo único que causará es *strepitus fori* (estrépito del foro o escándalo jurídico), ya que los *fiscales* si cumplen su rol no deberían aplicar normas inconstitucionales, ya que tienen el deber de actuar con objetividad y respeto por los Derechos Humanos (art. 3 incisos 1 y 2 de la ley 13013); los *defensores* tendrán que rechazar con el conjunto de herramientas que disponen todo lo que contraríe la Carta Fundacional; y los *jueces* también deberían actuar del mismo modo, ya que juraron cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional. A ellos les compete el control de oficio de constitucionalidad y convencionalidad²¹.

19 Señaló que "es una norma inútil; suprimiéndola, nada sucedería porque las disposiciones a las que remite son vinculantes para los Poderes del Estado por sí solas, sin la mediación del legislador ordinario provincial" (BÜSSER, Roberto Antonio: *Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. Ley 12734*, Santa Fe, Panamericana, 2009, pág. 15). En otra obra señala: "La interpretación siempre será sustancial en la medida en que la protección proviene de la Constitución y los tratados, no de la ley local; tanto es así que el concepto de *juicio previo* debe complementarse con la noción de *debido proceso constitucional*... El legislador no es intérprete de estas normas, de modo que nada vale cuando hubiese querido *explicar o clarificar* con las llamadas 'normas fundamentales'" (BÜSSER, Roberto Antonio: *El Proceso Penal en Santa Fe. Análisis del Código Procesal Penal. Ley N° 12734. Incluye la ley N° 13405*, Santa Fe, Librería Cívica, 2014, págs. 7/8, la cursiva es del texto original). Lo mismo reitera en: BÜSSER, Roberto Antonio: *El Proceso Penal en Santa Fe. Ley 12734 y modificatorias*, Santa Fe, Librería Cívica, 2015, 2a edición actualizada y ampliada, pág. 7.

20 La transcripción puede verse en: ERBETTA, Daniel - ORSO, Tomás - FRANCESCHETTI, Gustavo - CHIARA DÍAZ, Carlos: *Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe Comentado. Ley 12734*, Rosario, Zeus, pág. 840.

21 Cfr.: MIDÓN, Mario A. R.: *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2016. Cualquiera que sea el modelo de juez de que se trate -Juez Júpiter, Juez Hércules, Juez Hermes- (Cfr.: OST, Francois: *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*; Revista sobre Enseñanza del Derecho Año 4, Número 8, 2007, págs. 101/130), lo cierto es que debe respetar y hacer respetar la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con igual

Entonces, las herramientas que proyecta el legislador santafesino si contradicen la Constitución y los Tratados Internacionales con igual jerarquía no deberían ser aplicadas por Fiscales, toleradas por Defensores ni respaldadas por los jueces.

Desde amplia literatura se recuerda que si queremos conocer el estado de los Derechos Humanos en un país, debemos conocer sus *instituciones totales* (como la denominó Erving Goffman) y si no tenemos mucho tiempo para ello debemos analizar el Código Procesal Penal. Es que, como expresó James Goldschmidt, "la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución"²² o, como expresara más modernamente Roxin, el derecho procesal penal se presenta como "el sismógrafo de la Constitución del Estado"²³. Es decir, un verdadero Derecho Procesal Penal debe entenderse, como enseña Julio Maier, como un "Derecho Constitucional reformulado o un Derecho Constitucional reglamentado en el sentido del art. 28 de nuestra Constitución Nacional"²⁴. Dicha norma constitucional dispone con claridad: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

Entonces, cualquiera que analice el Código Procesal Penal santafesino con las reformas propuestas llegará a la conclusión que es contradictorio y fomenta un Estado autoritario y antidemocrático de Derecho.

Dicho en otras palabras, ¿es legítimo que el Código Procesal Penal recuerde que la Constitución es directamente operativa y que los legisladores insistan en proyectos de ley que contradicen abiertamente la Constitución?; ¿qué es lo que verdaderamente se busca con todo ello?

Con tantas contradicciones es lógico que, como se ha expresado, el proceso penal termine teniendo la *paradoja del ajedrez* (porque es demasiado serio para ser un juego, pero también demasiado juego para ser en serio) y lo peor, termine

jerarquía so pena de hacer incurrir a Argentina, como Estado Parte, en responsabilidad internacional.

22 Citado por: MONTERO AROCA, Juan: *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 1º edición, 2008, pág. 20.

23 ROXIN, Claus: *Derecho Procesal Penal*, traducción de Gabriela Córdoba y otro, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 10.

24 MAIER, Julio: *Derecho Procesal Penal argentino*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, págs. 194/195.

siendo un *proceso kafkiano*²⁵ (lleno de laberintos interminables que siempre desemboca en injusticias).

Particularicemos alguna situación (meramente ejemplificativa) para que lo expuesto se entienda cabalmente. Actualmente si una persona está privada de libertad la audiencia imputativa y de control de la legalidad de la detención debe hacerse dentro de las 24 hs. del inicio de la detención, prorrogable, con fundamento por otras 24 hs. (art. 274 del CPP) y si el Fiscal solicita medidas cautelares (prisión preventiva), la audiencia se realizará en un plazo que no excederá de 48 hs (art. 224 del CPP). La reforma legislativa propone que si la persona está privada de libertad la audiencia imputativa y de control de la legalidad de la detención se realice dentro de las 72 horas del inicio de la detención, prorrogable con fundamento por 24 horas más y que si el fiscal solicita medidas cautelares (prisión preventiva), la audiencia se realice en 72 horas y, a pedido de parte, hasta 24 horas más, en este caso "sin recurso alguno".

En síntesis, si una persona está privada de libertad pasamos de 2 a 4 días para que se realice la audiencia imputativa y de control de la legalidad de la detención y de 2 días a 4 días para que se realice la audiencia cautelar.

Esta duplicación de plazos contradice la normativa aplicable en la materia.

La Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 7.6 establece que "*Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales*".

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 9.3 dispone que "*Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad*".

A su vez, el art. 9.4 expresa del citado Pacto expresa que "*Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de*

25 Cfr.: KAFKA: *El proceso*, novela de 1925, en la que quedan configurados los distintos avatares de un proceso judicial.

que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de la prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.

Estas disposiciones surgen, pues, de Tratados Internacionales con idéntica jerarquía a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 CN) y el mismo Código Procesal Penal santafesino recuerda, como hemos visto, que “son de aplicación directa y prevalecen sobre cualquier otra de inferior normativa”.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ley 19865) en su art. 26 expresa: “*Pacta sunt servanda: todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*” y el art. 27 establece que “*Una parte no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”.

Es que como dijo Bidart Campos, “los tratados no son trajes de fiesta para exhibirse bien vestidos en el concierto internacional. Los tratados son para cumplirse”²⁶.

Por lo demás, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, rigen tres principios básicos, a saber:

1) *principio de progresividad*: el mismo establece la obligación del Estado Parte de generar en cada momento histórico una mayor y mejor protección y garantía de los Derechos Humanos, de forma tal que siempre estén en constante evolución y bajo ninguna justificación en retroceso;

2) *principio pro homine* (o *pro personae*): establece la obligación del Estado Parte de aplicar la norma más favorable cuando se trata de reconocer Derechos Humanos y la más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos. De aquí surge el denominado “derecho al mejor derecho”²⁷.

3) *principio de eficacia directa* (o *autoejecutividad*): establece la obligación del Estado Parte de que los Derechos Humanos tengan aplicación directa, sin que la falta o defectuosa regulación de los derechos contenida en las legislaciones internas sirva de excusa para suprimir o menguar la plena vigencia de los mismos.

Entonces, a la luz de estos principios, queda claro que las propuestas legislativas son groseramente inconstitucionales.

²⁶ BIDART CAMPOS, Germán José: *La aplicación judicial de la Convención sobre los Derechos del Niño*, El Derecho, 150-1993, pág. 514.

²⁷ GARCÍA, Gerardo Nicolás - JULIANO, Mario Alberto - PÉREZ GALIMBERTI, Alfredo: *Derecho al mejor derecho y poder punitivo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

Pero además, el art. 9 de la Constitución de nuestra Provincia expresa que *"ninguna detención puede prolongarse por más de veinticuatro horas sin darle aviso al juez competente y ponerse a su disposición al detenido"*²⁸.

Esta exigencia no se cumple con la mera disposición del actual 217 del CPP o con la propuesta de reforma del 214 del CPP según la cual *"La detención debe ser comunicada al Juez o Tribunal dentro de las 24 horas de efectuada la misma"*, ya que lo que se precisa es un control de la legalidad de la detención.

A ello debe sumarse que a la par que se aumenta el poder de fuego del querellante, quien ahora podrá pedir la prisión preventiva del imputado (art. 97 inc. 2 del Proyecto de Reformas), esta medida cautelar deja de exigir que *"la pena privativa de libertad, que razonablemente pudiera corresponder en caso de condena, sea de efectiva ejecución"* (actual art. 219 inc. 2 del Código Procesal Penal), bastando en reemplazo de tal requisito con que *"el hecho imputado sea un delito con pena de prisión"* (art. 220 inc. 2 del Proyecto de Reformas). De este modo hasta el más simple de los hurtos puede generar prisión preventiva.

La flexibilización del instituto de prisión preventiva también se evidencia en los nuevos criterios para elaborar la peligrosidad procesal; entre los que figura *"el sometimiento del imputado a nuevo proceso"* (art. 221 inc. 8 del Proyecto de Reformas), las pautas para la determinación judicial de la pena -arts. 40 y 41 del Código Penal- (art. 221 inc. 1 del citado Proyecto), y de las agravantes genéricas de los arts. 41 bis, 41 ter, 41 quater y 41 quinquies del Código Penal (art. citado del Proyecto), todo ello de espaldas al principio constitucional de inocencia. Pautas como el último párrafo del art. 221 del citado Proyecto, que indica que *"se deberá tener especialmente en cuenta... si se utilizaron armas u otros medios intimidatorios, si se cometieron en grupo o implicaren violencia de género"*, transformarán en automática la regla de la prisión preventiva para estos casos.

¿Dónde quedaron las disposiciones que señalan que la prisión preventiva no puede ser la regla general? Me refiero a las pautas provenientes del art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos

²⁸ Piénsese que esta norma tiene 54 años, por lo que con los avances de la actualidad, esas 24 horas deberían reducirse a menos. Debería tenerse presente si es que se piensa en una reforma de la Constitución provincial.

Civiles y Políticos; las Observaciones Generales realizadas en la materia a la República Argentina por el Comité de Derechos Humanos, que es el órgano de contralor del mencionado Pacto (observación 16 del 22.03.2010 y observaciones 19 y 20 del 15.07.2016); Regla 6.1 de las *"Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad"* (conocidas como *"Reglas de Tokio"*); Reglas 16 y 20 de las *"Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal"* (conocidas como *"Reglas de Mallorca"*); Resolución 43/173 del 09.12.1988 de la Asamblea General de ONU (*"Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión"*); párrafo 319 del *"Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas"* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, 30.12.2013); junto a copiosa jurisprudencia internacional y nacional concordante -que hasta es reconocida en la Resolución del Fiscal General N° 58/2014-.

Al tratar la cesación de la prisión preventiva el art. 228 del Proyecto de Reformas retira la posibilidad de que el juez disponga *de oficio* dicha cesación; e insiste en que antes de los dos años puede solicitarse a la *"Cámara de Apelación"* la prórroga de la prisión preventiva (cuando varios fallos señalaron lo inconstitucional de este procedimiento a tenor de que afecta el derecho al *"doble conforme"*). Así se borra de un plumazo consagrada jurisprudencia en la materia.

Absolutamente cuestionable resulta la nueva redacción que se quiere dar al art. 218 del CPP: *"Libertad por orden fiscal. El fiscal podrá disponer la libertad del aprehendido o detenido hasta el momento en que fuera ordenada su presentación ante el Ministerio Público de la Acusación o al Juez. La orden de libertad deberá ser acompañada con una citación al Ministerio Público de la Acusación dentro de los diez días, a los fines de que proceda a la imputativa, con expresa indicación del Fiscal actuante; o archivo de las actuaciones si correspondiere, siendo personal la notificación de dicha resolución. Las libertades fiscales deberán ser asentadas en un sistema de contralor, tanto interno como externo, entendiéndose lo último como publicidad y acceso a los registros de particulares y organismos públicos sin excepción"*.

Como puede apreciarse, no sólo se sigue permitiendo a los fiscales otorgar libertad sin que se controle la legalidad de la

privación de libertad originaria, sino que además se crea un Registro Público de libertades otorgadas por el Fiscal que puede ser consultado por cualquiera, violándose de este modo no solo el principio de inocencia (art. 18 de la CN), sino de reserva (art. 19 de la CN) y del mismo art. 51 del Código Penal que establece con claridad que *"en ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido"*. De este modo el legislador provincial pretende derogar disposiciones constitucionales y hasta el mismo Código Penal, que sólo puede ser reformado por el Congreso Nacional (art. 75 inc. 12 de la CN).

También se aumentan las facultades policiales. A la par que sigue permitiendo a los funcionarios policiales *"aprehender, detener e incomunicar a las personas"* (actual art. 268 inc. 4 del CPP e idéntica redacción en Proyecto de Reformas), se agrega la posibilidad de actuar como *"agente encubierto"*. Así la policía puede *"realizar diligencias investigativas dentro de una organización criminal, modificando la identidad del personal asignado a la investigación a fin de tomar conocimiento de la comisión de delitos y/o su preparación, e informar sobre dichas circunstancias para así proceder a su descubrimiento y comprobación, previa autorización del Fiscal. La identidad del personal policial y la utilizada para la figura del encubierto deberá quedar consignada por ante el órgano fiscal, asumiéndose todos los resguardos posibles tendientes a evitar riesgos para la integridad física del agente policial y de la propia investigación. Para el caso que sea necesario participar de la actividad delictiva, la misma deberá ser especificada de manera detallada y pormenorizada con conocimiento del órgano fiscal y contar con la aprobación de éste bajo orden expresa, no pudiendo realizarse ni ser aprobada ninguna actividad que lesione la integridad física de una persona" (art. 268 inc. 15 del Proyecto de Reformas).*

Nótese lo inconstitucional de esta figura: El fiscal debe investigar delitos (art. 71 y 274 del Código Penal), pero se permite que autorice expresamente al personal policial encubierto a cometer delitos para, supuestamente, hacer avanzar en determinadas investigaciones. Resulta maquiavélico, dado que el

fin justifica los medios, llegándose a consagrar una inadmisibles complicidad delictiva. Además ¿quién y con qué criterios diferencia y controla lo que es buscar información de cometer delito buscar información?

También se establece un claro premio al buchón o delator, ya que se establece que *"El Ministerio Público de la Acusación podrá no promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal, en los siguientes casos... En los supuestos en que el imputado aporte información que permita llevar a juicio a otra persona sindicada con mayor responsabilidad penal o que implique un significativo progreso en la investigación. En estos supuestos sólo se podrá limitar la pretensión punitiva a una pena más leve que la establecida por la ley"* (art. 20 inc. 8 del Proyecto de Reformas).

En otro orden de cosas, si algo caracterizaba al viejo sistema procesal penal era que se presentaba como *"escrito"* y *"secreto"*, siendo que el nuevo esquema se vende como *"oral"* y *"público"*. Sin embargo, el Proyecto de Reforma no sólo autoriza a prescindir de audiencia en algunos casos (por ejemplo, para modificar las medidas de coerción personal -art. 225 del CPP-); sino que también establece la facultad del Fiscal para disponer la reserva (total o parcial) del legajo de investigación por 10 (diez) días consecutivos, prorrogables por otro tanto (art. 259 del citado Proyecto). En síntesis, algunas cuestiones se resuelven de espaldas al público y se vuelve al peor de los secretos, bajo cuya sombra florece todo tipo de ilegalidades y violencias institucionales. Como puede colegirse sin dificultad alguna, todo ello implica claras regresiones en la materia y la reconfiguración inquisitiva del proceso adversarial.

Como si no fuera poco se flexibilizan también institutos como el allanamiento (art. 169 del Proyecto de Reformas), el tratamiento de los menores de edad (art. 160 del mencionado Proyecto) y se sigue insistiendo en la irrecurribilidad de la resolución que dispone la cesación provisoria del estado antijurídico producido (a contramano de copiosa jurisprudencia que se expidió en sentido contrario) y, lo que es peor, se admite que así se resuelva *"aunque no se hubiese celebrado la audiencia imputativa"* (art. 207 del Proyecto de Reformas). Así, ejemplificativamente, podrán desalojar a personas de inmuebles sin siquiera imputarlos y darles derecho de defensa alguna. Es la

inadmisible aplicación del principio "solve et repete" (pague, luego reclame) al proceso penal. Lo echamos, luego le preguntamos si correspondía o no.

A su vez se transforma en obligatorio el procedimiento por flagrancia cuando se verifica esta circunstancia (art. 379 bis del Proyecto de Reformas), lo que se contrapone con lo que ocurre en la práctica, en donde el mismo no suele ser llevado a cabo por su contundente inconstitucionalidad.

En materia de procedimiento abreviado, se insiste en la idea de que el juez cumple una función de "homologación" (ver art. 340 del Proyecto de Reformas) a contrapelo de la doctrina y jurisprudencia dominantes, a la par que en caso de disconformidad del querellante no se habilitan más vías que las internas dentro del Ministerio Público de la Acusación.

También se propone agregar a la ley 13013, como nuevo principio de actuación del Ministerio Público de la Acusación, el siguiente: *"1. Resguardo de la acción punitiva. Llevará adelante el ejercicio de la acción punitiva en procura de evitar la impunidad del hecho delictivo, propendiendo en su actuación la aplicación de la ley penal en reparación de los derechos afectados de las víctimas y de la materialización de justicia que exige la lesión colectiva que implica la comisión del delito. Para ello utilizará, con la mayor extensión interpretativa y funcional, las herramientas normativas que las leyes de fondo y forma acuerdan al Estado para ejercer la persecución penal del delito".*

Este principio se opone no sólo se opone al mismo Código Procesal Penal (por ejemplo, arts. 10 y 11), sino fundamentalmente al principio *pro homine* de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que es contradictorio con los otros principios de actuación que siguen siendo enumerados; me refiero a "la objetividad" (art. 3 inc. 2) y "el respeto por los derechos humanos" (art. 3 inc. 3).

En este esquema vuelve a la palestra nuevamente la pregunta que formulamos: ¿qué tipo de herramientas ofrece el legislador santafesino que en el art. 1 del Código Procesal Penal recuerda aplicar la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales con idéntica jerarquía y la Constitución de la Provincia y luego hace agregados contrarios a expresas mandas convencionales y

principios internacionales (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional)?

El art. 31 de la Carta Fundacional es claro: *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales"*.

Y ello se encuentra complementado con el art. 36 del citado cuerpo cuando expresa con claridad: *"Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional, y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos"*.

Y es conocido que la Constitución de Santa Fe se establece *"de acuerdo con las condiciones y limitaciones de la Constitución Nacional"* (art. 1).

Por lo demás, merece destacarse otra cuestión. En el "Diario Uno" de Santa Fe, del 05.04.2016 se señala como transcripto textual que el Gobernador de la Provincia señaló en torno a propuestas de modificaciones a leyes punitivas provinciales: *"Estas modificaciones se alcanzaron tras reuniones con Colegios de Abogados y Magistrados, con la Corte, los jueces, los fiscales, los defensores y todos los actores del sistema judicial de la Provincia de Santa Fe"*.

Es decir que según estas palabras son proyectos que gozan de amplios consensos de todos los sectores de la justicia santafesina. Sin embargo, sería necesario aclarar de quiénes, atento a comunicados de prensa de diversas instituciones judiciales que señalaron que no fueron consultadas (por ejemplo, del Colegio de Magistrados y Funcionarios zona norte, del Ministerio Público de la Defensa, etc.).

Porque una cosa es que se presenten proyectos de ley inconstitucionales y otra es que se haga cargo a todos de la propuesta legislativa. Ya sabemos que cuando "todos" somos responsables, "nadie" es responsable. Así nos lo recuerda la literatura (*Crónica de una muerte anunciada*, de Gabriel García Márquez) como la Criminología ("*síndrome Genovese*" en base al hecho sufrido por Kitty Genovese), entre otras muchas disciplinas. Es deber republicano aclarar bien esta cuestión,

dado que de otro modo caemos en la sentencia de Enrique Santos Discépolo al escribir *"Cambalache"*: *"vivimos revolcaos en un merengue y en el mismo lodo todos manoseaos"*.

Muchos parecen olvidar que todos estamos sometidos a esta violencia normativa que se engendra en la querida Santa Fe, paradójicamente *"Cuna de la Constitución"*. No logramos internalizar aquel texto atribuido a Bertolt Brech (aunque con paternidad discutida con Martín Niemüller) que recordaba: *"Primero apresaron a los comunistas y no dije nada porque yo no era comunista; luego se llevaron a los judíos, y no dije nada porque yo no era judío; luego vinieron por los sindicalistas y no dije nada porque yo no era obrero ni sindicalista; luego se llevaron a los católicos y no dije nada porque yo era protestante. Hoy vienen por mi, pero ya es demasiado tarde"*.

Coincido en que es necesario solucionar el problema de la *"inseguridad"*. Pero en serio, definiendo precisamente su contenido y contorno, planificando políticas públicas con objetivos a corto, mediano y largo alcance, de modo realista y dentro del paraguas que nos permite el Estado Constitucional, Democrático y Republicano de Derecho. En estas cuestiones no hay soluciones mágicas, ni de un día para el otro, lo que nos obliga a *aceptar* que debemos convivir con cierta dosis de frustración diaria hasta lograr los objetivos propuestos.

Son la Constitución y los Tratados Internacionales los que nos alumbran acerca de aquello que no hay que hacer. Pongo un ejemplo, las detenciones por el art. 10 *bis* de la ley 7395 (Ley Orgánica de la Policía de la Provincia de Santa Fe) y modificatorias, conocido como *"demoras por averiguación de identidad"* y los denominados *"operativos saturación"*.

Estos son procedimientos contrarios a Constitución, puesto que hay que investigar para privar de la libertad y privar de la libertad para investigar.

El Comité de Derechos Humanos, en torno a la realidad argentina en la materia ha expresado, el 22.03.2010, en el párrafo 15: *"El Comité expresa nuevamente su preocupación por la subsistencia de normas que otorgan facultades a la policía para detener personas, incluido menores, sin orden judicial anterior ni control judicial posterior y fuera de los supuestos de flagrancia, por el único motivo formal de averiguar su identidad, en contravención, entre otros, del principio de presunción de*

inocencia (artículos 9 y 14 del Pacto). El Estado parte debe tomar medidas con miras a suprimir las facultades de la policía para efectuar detenciones no vinculadas a la comisión de un delito y que no cumplen con los principios establecidos en el artículo 9 del Pacto".

También el 15.07.2016 el mencionado Comité respecto de Argentina, en los párrafos 17 y 18 vuelve a insistir con la problemática: "El Comité expresa su preocupación por la normativa y prácticas de la policía para detener a personas con el objeto de averiguar su identidad sin orden judicial anterior y por un largo período de tiempo, sin que la persona detenida sea llevada ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer un control judicial (art. 9 del Pacto). El Estado Parte debe tomar todas las medidas necesarias, incluyendo medidas legislativas, con el fin de combatir eficazmente las detenciones no vinculadas a la comisión de un delito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto".

Dicho de otro modo, como el Comité es conciente de que estas privaciones de libertad no llegan a judicializarse y hay pocas resoluciones que señalan que ello es inconstitucional, propone seguir combatiendo estas medidas a través de los medios impugnativos pertinentes e incluso ahora agrega un mandato al legislador. ¡Que orgullo para Santa Fe sería que nuestros representantes cumplan con lo exigido por el Comité de Derechos Humanos derogando el art. 10 bis de la ley mencionada, siguiendo todos los consejos del caso "Bulacio vs. Argentina" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003)!

Por lo demás, no debe perderse de vista que siempre esos procedimientos se realizan en villas marginales en busca de estupefacientes, trata, etc. y nunca se efectúan en barrios coquetos o en *countries*. ¿Será que en estos lugares no se delinque?

Nos nos permitamos el error de caer nuevamente en ingenuidades. Cuando hablamos de "inseguridad" un mecanismo perverso e inconciente hace que sólo la identificamos con el delito violento y urbano; pero nos olvidamos de muchos delitos de *cuello blanco* (como los llamaba originariamente Edwin Sutherland²⁹ y que luego dieron lugar a profusos estudios en la materia) y que

29 Cfr.: SUTHERLAND, Edwin: *El delito de cuello blanco*, Nueva York, Holt, Rinehart y Winston, 1949.

son los que crean las estructuras que engendran la violencia y la inseguridad. Sobre estos delitos poco y nada hacemos. De este modo y, en otro orden de cosas, no es coherente engendrar un monstruo y luego castigarlo porque nació monstruo.

Suele atribuirse a Solón, un viejo legislador griego, la frase de que *"las leyes son como las telarañas que las moscas grandes rompen y las pequeñas quedan atrapadas"*³⁰.

También lo recordaba otro político muy querido por nosotros, José Hernández, quien en su *Martín Fierro* hizo decir al viejo viscacha (personaje que condensa mucha sabiduría popular): *"La ley es tela de araña, en mi inorancia lo esplico: no la tema el hombre rico, nunca la tema el que mande, pues ruerpe el bicho grande y sólo enrieda a los chicos. La ley es como la lluvia: nunca puede ser pareja; el que la aguanta se queja, pero el asunto es sencillo, la ley es como el cuchillo, no ofiende a quien lo maneja. Le suelen llamar espada, y el nombre le viene bien; los que la gobiernan ven a dónde han de dar el tajo: le cai al que se halla abajo y corta sin ver a quien. Hay muchos que son doctores, y de su cencia no dudo; mas yo soy un negro rudo, y, aunque de esto poco entiendo, estoy diariamente viendo que aplican la del embudo"*³¹.

Comprensible es que en otro pasaje aconseje: *"Hacéte amigo del juez, no le dés de qué quejarse; y cuando quiera enojarse vos debés encoger, pues siempre es güeno tener palenque ande ir a rascarse"*³².

Todo esto nos demuestra la alta selectividad del sistema penal y que desde antaño y hogaño hay una despreocupación por perseguir el delito de los poderosos. Sin embargo, debemos tener por seguro que si no atacamos sistemáticamente las estructuras que generan sociedades violentas e inseguras y aceptamos que se "combata" la inseguridad con medidas harto ineficaces pero de buen *raiting mediático*, seremos responsables de no querer encontrar la verdadera solución a los problemas. Y eso nos lleva a otra pregunta, más inquietante aún: ¿realmente queremos solucionar el problema?

30 LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P.: *Fundamentos de técnica legislativa*, Buenos Aires, La Ley 1999, pág. XII.

31 HERNÁNDEZ, José: *Martín Fierro*, Buenos Aires, Libertador, 2003, pág. 190. De allí que se expresa que *"El código civil es para los ricos, el Código Penal para los pobres y los Códigos Procesales para los abogados"*.

32 *Ibidem*, pág. 138.

No ignoremos los grandes consejos de la historia. Decía Pitágoras *"Educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres"*. Recordaba el escritor francés Víctor Hugo: *"Quien abre las puertas de una escuela, cierra las de una prisión"*. Si queremos saber cómo será nuestro país en un par de décadas en todos los aspectos (inseguridad incluida) analicemos las escuelas. Como sostiene el educador chino Tehyi Hsieh *"las escuelas de un país son su futuro en miniatura"*. ¿Estamos dando suficiente presupuesto a la educación y a las políticas sociales de inclusión y trabajo? Se podrá decir que se han aumentado ciertos presupuestos en la materia, pero ¿ello es suficiente? En otro orden de cosas, a un sediento que recibió un vaso con dos gotas de agua de nada vale decirle que se le cuadruplicó la provisión con cuatro gotas de agua más porque si bien ello puede ser cierto estadísticamente, finalmente no le servirá. Será necesario llenarle el vaso de agua y permitirle repetir nuevamente el trago. En la sociedad pasa lo mismo. Decía Chateaubriand: *"casi todos los crímenes que castiga la ley se deben al hambre"* y, agrego, al hambre en sentido amplio, es decir, no solo de pan, sino de verdadera educación, de inclusión, de trabajo digno, de cultura.

Es que no olvidemos que un pueblo ignorante y sumiso siempre conviene al gobernante de turno. Advertía Mariano Moreno que *"si los pueblos no se ilustran, si no se vulgarizan sus derechos, si el hombre no sabe lo que puede y lo que se le debe, nuevas ilusiones sucederán a las antiguas, y después de vagar entre mil incertidumbres, será tal vez su suerte el de mudar de tiranos sin destruir la tiranía"*³³.

En un documento muy famoso³⁴ el Papa Francisco afirmó: *"Ante todo quisiera plantear dos premisas de naturaleza sociológica que se refieren a la incitación a la venganza y al populismo penal. a) Incitación a la venganza: En la mitología, como en las sociedades primitivas, la multitud descubre los poderes maléficos de sus víctimas sacrificiales, acusadas de las desgracias que afectan a la comunidad. Esta dinámica tampoco está ausente en las*

33 Prólogo del libro *El contrato social* de Rousseau, traducido por Mariano Moreno en 1810.

34 Por una justicia realmente humana: audiencia del Santo Padre Francisco a la Asociación Internacional de Derecho Penal, Sociedad Internacional de Criminología, Sociedad Internacional de Defensa Penal, Fundación internacional Penal y Penitenciaria, Sociedad Mundial de Victimología y Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, Ciudad del Vaticano, 23 de octubre de 2014.

sociedades modernas. La realidad muestra que la existencia de instrumentos legales y políticos necesarios para afrontar y resolver conflictos no ofrece garantías suficientes para evitar que algunos individuos sean culpados por los problemas de todos. La vida común, estructurada en torno a comunidades organizadas, necesita normas de convivencia cuya libre violación requiere una respuesta adecuada. Sin embargo, vivimos en tiempos en los que, tanto por parte de algunos sectores de la política, como por parte de algunos medios de comunicación, se incita algunas veces a la violencia y a la venganza, pública y privada, no sólo contra quienes son responsables de haber cometido delitos, sino también contra quienes cae la sospecha, fundada o no, de no haber cumplido la ley. b) Populismo penal: En este contexto, en las últimas décadas se difundió la convicción de que a través de la pena pública se pueden resolver los más disparatados problemas sociales, como si para las más diversas enfermedades se nos recomendaría la misma medicina. No se trata de confianza en alguna función social tradicionalmente atribuida a la pena pública, sino más bien en la creencia de que mediante tal pena se puede obtener los beneficios que requerirían la implementación de otro tipo de política social, económica y de inclusión social. No se buscan sólo chivos expiatorios que paguen con su libertad y con su vida por todos los males sociales, como era típico en las sociedades primitivas, pero además de esto algunas veces existe la tendencia a construir deliberadamente enemigos: figuras estereotipadas, que concentran en sí mismas todas las características que la sociedad percibe o interpreta como peligrosas. Los mecanismos de formación de estas imágenes son los mismos que, en su momento, permitieron la expansión de las ideas racistas".

Casi finalizando estas reflexiones estoy convencido de que nuestro gran problema como pueblo ya viene desde antaño, cuando se decía, en la época de la Colonia, que "la ley se acata, pero no se cumple". Se acata, porque respetamos al rey de España; pero no se cumple, ya que aquí en América las cosas son muy distintas a como la ve un monarca español detrás de su escritorio tomando una taza de té con limón. Esta desobediencia buena, que nos permitió independizarnos (al menos formalmente), hoy ha tomado un tinte negativo. Se acata por un lado la Constitución Nacional y los tratados internacionales con idéntica jerarquía (art. 75 inc.

22), porque se sabe que si no pertenecemos a una nación civilizada y que incumplir sus preceptos conlleva responsabilidad internacional del Estado Parte; pero *no se cumple*, porque aquí en Argentina en general y en Santa Fe en particular, las cosas son distintas. Así nos enfrentamos a otro problema, más grave aún, un conflicto de identidad: no podemos decir que estamos en contra de la Constitución y de los Tratados Internacionales con igual jerarquía porque ello sería políticamente incorrecto, pero tampoco estamos dispuestos a cumplirlos en la práctica porque hay gente que parece reclamar otra cosa y a través de los medios de comunicación exigen constante y sistemáticamente un "*crucifícalo, crucifícalo*" que si no se llega a acatar pone en peligro a todos los funcionarios públicos (amenaza de *juri* para jueces y fiscales, falta de reelección para gobernadores, legisladores, etc.).

Tenemos que definirnos bien de qué lado estamos, o preguntarnos, como decía un conocido conductor de la televisión argentina, "*Vos, chabón: ¿de qué lado estás?*". Hace falta salir del closet de la ambigüedad y finalmente optar por lo que en verdad nos convence. Toda elección trae liberación, ya que estamos exentos de contradicción grosera (siempre queda algún resquicio).

Debemos de una vez por todas contribuir a lograr una sociedad civilizada o, como decía Avishai Margalit, al menos una *sociedad decente*, en donde las instituciones no humillen a las personas sujetas a su autoridad³⁵; en donde el legislador no humille a la Constitución Nacional, a los Tratados Internacionales con igual jerarquía, a los compromisos internacionales, en fin, a los ciudadanos, y a los operadores del derecho.

En síntesis, si no tomamos conciencia de que las propuestas legislativas santafesinas son inconstitucionales, ilegítimas, y engañosas, nuestro destino será el mismo que el de *Sísifo* de Albert Camus³⁶: llevar una y otra vez la piedra de nuestras frustraciones hasta la cima de la montaña para dejarla caer y volverla a subir infinitamente. ¿Acaso tienen derecho nuestros hijos y nietos a vivir mucho peor que nosotros?; ¿qué clase de País y Provincia les queremos dejar?

35 Cfr.: MARGALIT, Avishai: *La sociedad decente*, Buenos Aires, Paidós, 1997.

36 CAMUS, Albert: *El mito de Sísifo*, Buenos Aires, Losada, 1967.

Engolfarnos en convalidar este tipo de propuestas legislativas contrarias a Constitución importa caer en un *narcicismo legislativo* y ya sabemos que Narciso, en la obra de *Ovidio*, enamorado de su propia imagen finalmente se ahogó. No caigamos en la trampa del espejo! Avancemos en la solución de problemas mediante múltiples estrategias y políticas públicas sostenibles. Los proyectos de ley deben solucionar problemas, no crearlos y venderse como respuestas viables. Y la sociedad por favor ;siempre esté con los ojos bien abiertos!

Sin embargo no todo está perdido. En nosotros está el deber de informarnos y tener una opinión propia acerca de todas estas cuestiones. Estimo que al igual que con el vaso (no hay que verlo mitad lleno ni mitad vacío sino completo, es decir, qué tiene de lleno y qué de vacío, cómo es el vaso y qué puede contener), tampoco hay que ser optimista ni pesimista, sino *realista*. A tal efecto, señalaba el teólogo británico William Georg Ward "*el pesimista se queja del viento; el optimista espera que cambie; el realista ajusta las velas*". Seamos realistas: veamos lo que existe (*la única verdad es la realidad*³⁷) y dentro de la esfera de los propios roles y competencias, actuemos como corresponde, atacando las múltiples causas de los problemas, no sólo sus efectos. Y siempre escuchando a *todos* los involucrados, a la gente con sus frustraciones y temores, a los operadores del derecho, a las organizaciones no gubernamentales, etc. De otro modo construimos de espalda a la realidad. ;Tengamos el valor de enfrentar las ideas monstruosas que genera el pensamiento violento! Solo así podremos colocarnos por encima de la fatalidad de la historia, de aquello que señalaba William Shakespeare: "*lo pasado es el prólogo del futuro*". ¿En cuánto tiempo el ciudadano puede darse cuenta que estas propuestas no sirvieron para aquello para lo cual se prometieron? Poco, muy poco en términos históricos. No busquemos más culpas o responsabilidades en los otros, cada uno de nosotros somos los únicos responsables de lo que pasa, sea por acción o omisión (remito al lector al famoso monólogo del genial Tato Bores: *¿Quién tiene la culpa?* que sigue aún vigente y, con la anestesia del humor, nos permite soportar tantas crueles verdades como la conclusión que siempre la culpa la tiene el otro).

37 La frase pertenece a Aristóteles, más allá que fue utilizada por varios políticos y estadistas.

Como afirmó Julio Cortázar en *Rayuela* "nada está perdido si se tiene por fin el valor de proclamar que todo está perdido y que hay que empezar de nuevo"³⁸. Tengamos el coraje para hacerlo. Ya no podemos culpar a los otros de nuestra suerte. Somos los únicos responsables ¡Dios y la patria nos lo demandan! Y también nuestros hijos y nietos, que son las semillas del futuro y el porvenir que seguramente quedarán aquí cuando nosotros ya no tengamos más existencia en este acotado y limitante plano de tiempo y espacio.

38 CORTÁZAR, Julio: *Rayuela*, Buenos Aires, Santillana, 2015, 14a edición, Capítulo 71, pág. 494.