

EL PRINCIPIO DE SANEAMIENTO GENEALOGICO EN EL DERECHO PENAL ACTUAL

Por Maximiliano Vargas ()*

1) Introducción; 2) La ley como un acto de empresa, que puede expresar solo los intereses de la mayoría o de una clase; 3) a) El principio, b)¿un principio normativo o dogmático?; 4) Necesidad de tomar en consideración los debates parlamentarios y antecedentes, al momento de interpretar la norma penal; 5) Algunas consideraciones sobre las reformas al código penal argentino y el principio de saneamiento genealógico; 6) Conclusión.

1) Introducción.

El presente trabajo tiene como objeto poner de resalto el *principio de saneamiento genealógico de la ley penal*, el cual prácticamente no ha sido tratado por la doctrina nacional.

Es importante aclarar que para el análisis del principio partimos de la base que en las sociedades modernas, lejos de existir un consenso, la diversidad ideológica, cultural o los factores económicos generan conflictos, a los que muchas veces se pretende dar una solución apelando al criterio de la sanción de una ley penal.

Puede que tal “solución” no termine siendo tal cosa, sino que en definitiva la ley termine siendo un acto de imposición.

Partir de la idea del conflicto en las sociedades, y de que la ley (en nuestro caso la penal) muchas veces es utilizada como instrumento para su solución, es una base importante para comenzar a desarrollar el principio de saneamiento genealógico. Y esto es así, porque a lo que apunta el mismo, es a corregir los *componentes ideológicos* que una norma penal puede llevar (o bien cabría decir, los elementos ideológicos de la norma penal) y que pueden encontrarse en tensión con el programa constitucional establecido en la carga magna, y con los tratados internacionales incorporados a ella.

2) La ley como un acto de empresa, que puede expresar solo los intereses de la mayoría o de una clase.

* Abogado. Adscripto en la cátedra de Derecho Penal I.

Partiendo de lo sostenido por Becker, en su libro *Los Extraños*¹, la imposición de una norma tiene dos características: 1) es un acto de empresa y 2) la imposición de la norma solo ocurre cuando la conducta desaprobada se hace pública.

Respecto de lo primero, el autor mencionado señala que el aparato que se pone en funcionamiento para la sanción de una ley es similar al de una empresa, donde un persona a la que el llama “cruzado”, porque cree que su misión es algo Sagrado, por su honestidad, fervor y rectitud, consigue la adhesión de otras, que no tienen intereses tan transparentes como los suyos, para iniciar una “campana” que terminará en la elaboración de una norma o ley.

En estos casos, se aprovecha de una situación de pánico colectivo, como ser en momentos en que se cometieron varios crímenes sexuales, y esto es utilizado para realizar una fuerte campana en la sociedad.

El otro ingrediente indispensable es el de la publicidad.

Como también señala este autor, las normas no son creadas por todos para ser aplicadas a todos. Por el contrario, las normas son creadas por unos pocos para ser aplicadas también a pocos que son precisamente los que no tienen poder. En términos de este autor *“las leyes las hacen los viejos para los jóvenes, los hombres para las mujeres, los blancos para los negros, los nacionales para los extranjeros, las clases medias para las clases bajas, los ricos para los pobres”*².

Entender a la ley desde esta perspectiva, es importante para romper con el mito de que todos somos iguales ante la ley, y que la misma se aplica a todos por igual.

Por otra parte, sirve para entender que la ley, no es neutra ante un determinado conflicto social, sino que en muchas ocasiones responde a los intereses de un determinado sector.

En el plano de la dogmática, esto implica la necesidad de tomar en consideración los factores que llevaron a la creación de una ley, para poder conocer los intereses que se tuvieron en miras al momento de su sanción, su contexto, y porque no, valorar las campanas publicitarias que se realizaron a favor de la misma.

Por el contrario, entender a la ley como una acto que sirve para regular un orden social, desprovista de intereses que hayan intervenido en su creación y solo apelando al

¹ - BECKER HOWARD. *Los extraños*. Buenos Aires 1971, Editorial Tiempo Contemporáneo, en Luis Marcó del Pont, *Manual de Criminología (enfoque actual)*, Editorial Marcos Lerner.

² - BECKER HOWARD. *Los extraños*. Buenos Aires 1971, Editorial Tiempo Contemporáneo, en Luis Marcó del Pont, *Manual de Criminología (enfoque actual)*, Editorial Marcos Lerner, pag. 84.-

criterio de que fueron sancionadas siguiendo los pasos establecidos por la carta magna para la creación de leyes, implica desconocer que, mas allá de vivir en un estado de derecho formal, en la realidad, éste está lejos de realizarse (mas en nuestra parte del contiene), e implica también desconocer que encerrado en el mismo existen elementos de un estado de policía que impulsan en pos de reducir las libertades y los derechos de las personas.

Para quienes creen que los discursos de ley y orden, o directamente biologico-racistas, han quedado anclados en el pasado en las viejas versiones de Lombroso o Mezger, pueden echar mano de las directrices de la Manhattan Institute que tuvieron peso en las reformas propulsadas por Juan Carlos Blumberg en el año 2004 al Código Penal e incluso, en la provincia de Córdoba, en su Código Contravencional.

Ante la existencia de los discursos apuntados mas arriba (y dentro de la dogmática penal, el discurso del derecho penal del enemigo que realiza Jakobs), es necesario configurar un saber penal, que ponga un freno a las racionalizaciones que se realizan sobre la discriminación, el racismo y sobre la creación de un enemigo, y que pueden servir de base para la creación de una ley penal.

Este saber penal, que sirve de contra poder, debe contar con herramientas útiles, que le permitan cumplir con su acotada tarea de interpretar la ley penal para la solución de los casos concretos, siempre dentro del marco del estado de derecho, y de conformidad con los parámetros de un derecho penal de acto.

Una de las herramientas que pueden permitir al dogmático cumplir con la función señalada más arriba, es tomar en cuenta el principio que más abajo se desarrollará, a saber: el principio de saneamiento genealógico.

3) El Principio de Saneamiento Genealógico.

Para la exposición del principio vamos a seguir el desarrollo realizado por los autores Zaffaroni, Alagia, Slokar, en tanto los mismos son los únicos que han expuesto sobre dicho principio en la doctrina nacional.

Señalan los autores que *“en el derecho penal histórico se hallan múltiples racionalizaciones contrarias al principio republicano, a la ética, al estado de derecho y a los Derechos Humanos, cuando no presentan argumentos aberrantes. Las particulares criminalizaciones primarias surgen en cierto momento histórico y son consagradas por legisladores que participan en determinado contexto cultural y de poder: el legislador que construye un tipo, imagina un conflicto y lo define, condicionado por las representaciones colectivas, los prejuicios, las valoraciones éticas, los conocimientos científicos, los factores de poder y las racionalizaciones de su particular momento histórico y cultural. Estos*

condicionantes mutan rápidamente por efecto del dinamismo cultural, pero los tipos penales quedan y además, son copiados por otros códigos en países que nada tienen en común con el contexto originario”³.

Agregan además que “Los tipos penales en ellos contenidos, con frecuencia se arrastran de un código a otro, pues los autores de la ley se nutren del derecho penal comparado. Los arrastres de tipos no siempre responden a un análisis contextual de éstos, sino que, por el contrario, casi nunca se repara en ello, por lo cual con frecuencia traen consigo una carga ideológica originaria poco compatible con el estado de derecho. Esta carga ideológica originaria es la genealogía del tipo pena, que se investiga a través de la comparación (derecho penal comparado) y de la historia (contexto de poder originario)”⁴.

“El objetivo de la investigación genealógica de los tipos penales es descubrir los componentes de arrastre peligrosos para el estado de derecho y facilitar la labor interpretativa depurada de los mismos. En una dogmática penal que persigue un objetivo político preciso, no basta como primer paso un análisis exegético del texto si no va acompañado del necesario rastreo de su genealogía, que ponga al descubierto los componentes de estado de policía que arrastra y que deben ser cuidadosamente neutralizados en la construcción”⁵.

Plasmado entonces el principio desde esta perspectiva conviene distinguir dos tipos de supuestos que se pueden presentar: 1) la sanción, en nuestro código penal, de una ley, que sigue en su copia o sigue una norma que pertenece a un código extranjero, 2) la sanción, también en nuestro código penal, de una ley que pretende reprimir una conducta que se inscribe dentro de un conflicto ubicable en un determinado contexto histórico.

b) ¿Principio Normativo o Dogmático?

Por otra parte, corresponde ahora tomar en consideración si el principio expuesto encuentra sustento en nuestro ordenamiento jurídico, o bien, solo constituye un principio de elaboración dogmática a los fines de interpretar la ley penal.

A diferencia del principio de legalidad o reserva que encuentran su fuente en los arts. 18 y 19 de la C. N., el principio en estudio no parece tener una fuente normativa que lo

³ - Zaffaroni, Eugenio Raúl. Derecho Penal: Parte General/Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia - 2, ed. - 1116 p.: 25x17 cm. Pag. 138/139

⁴ - Ob. cit. pag. 138/39.-

⁵ - Ob. cit. pag. 138/39.-

legítimamente, como un parámetro a tener en cuenta al momento de interpretar y aplicar la ley penal.

Sin embargo, si con el principio de saneamiento genealógico se pretende adecuar las normas penales al modelo de un estado de derecho, la base constitucional de dicho principio de interpretación tendría su fuente en el régimen republicano establecido por nuestra constitución nacional. Esta circunstancia le asigna un valor superlativo, en tanto es una herramienta que permite filtrar el componente negativo del conflicto definido por el tipo penal, que no están referidos a la sanción de conductas en concreto, sino que pueden tomar en consideración determinadas tendencias de sus autores, o bien su forma de conducción en la vida.

Por otra parte, cumple con el mandato establecido en el art. 31 de nuestra C.N., referido a que las leyes deben ser dictadas en consecuencia con la ideología establecida por la constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

La erradicación de la carga ideológica de un determinado conflicto definido por el tipo penal, implica también cumplir con el mandato constitucional de la prohibición de penal cruel, limitando el castigo solo por la conducta realizada.

Y ello es así, puesto que si el castigo establecido en abstracto por la ley puede haber tenido su genealogía en algún tipo de concepción o perjuicio, o en definitiva, en alguna circunstancia calificada como de excepción al momento de su sanción, el mismo puede resultar desproporcionado a las circunstancias actuales, y por lo tanto, la conducta merecer un reproche menor al establecido en abstracto por la ley al momento de su sanción.

Y la aplicación del principio debe ser llevado a cabo tomando en consideración cada uno de los tipos penales, y las circunstancias a las que se aplica. Ello en razón de que pueden existir delitos en los cuales su carga ideológica sea más palpable, mientras que en otros, la posibilidad de discusión y erradicación del mismo sea muy baja o bien nula.

Valga el siguiente ejemplo, que si bien puede ser torpe, no por ello deja de ser ilustrativo. En el caso del homicidio, existe un consenso en que la vida como bien jurídico tutelado tiene una jerarquía constitucional, y desde la sanción del código penal el mismo ha conservado siempre el mismo valor. En este sentido, el derecho a la vida, es fundamental para el ejercicio de todos los derechos reconocidos por la carta magna.

Mas no podría decirse lo mismo respecto del delito de asociación ilícita de carácter terrorista, el cual ha tenido su sanción en el año 2006, y responde no solo a la calificación del terrorismo como el enemigo global de turno (por los atentados del 11/09/2001 a las torres Gemelas y del 13/02/2004 la estación de Atocha), sino que también es coherente con el modelo de *expansión del derecho penal actual*.

Valga la consideración, de que la calificación del terrorismo como el enemigo de turno, viene impuesta a los países de la periferia por los países centrales, con lo cual se observa que la magnitud del conflicto (o la invención de dicho enemigo) no es la misma en los países centrales que en los marginales.

Sobre este último delito, es probable que cuando el enemigo de turno sea otro, la razón de ser del tipo y del castigo penal se modifique y hasta pierda sentido; sin embargo, la pena establecida para el mismo, en atención a las circunstancias en que fue sancionado, seguirá siendo la misma si es que no ocurre una reforma legislativa.

En definitiva, ante la existencia de leyes penales que fueron sancionadas en épocas de excepción y tuvieron como base un discurso del mismo rango, muchas veces contrario a las pautas establecidas por la carta magna y los tratados internacionales, corresponde a la dogmática penal y a los operadores jurídicos el ajuste o la corrección de sus elementos ideológicos, para lograr una aplicación de la ley de una manera respetuosa con los principios constitucionales.

4) Necesidad de tomar en consideración los debates parlamentarios y antecedentes, al momento de interpretar la norma penal.

Tomar en consideración los debates parlamentarios y los antecedentes de la ley (es decir, el modelo extranjero que puede seguir), es una cuestión de suma importancia al momento de interpretar el texto de la ley penal.

El análisis de los debates parlamentarios y los antecedentes de la ley pueden permitirnos establecer cual ha sido el motivo que llevo al legislador a la creación de la norma, el conflicto que tuvo en miras y el contexto histórico, político o social en que el mismo tuvo lugar. Incluso puede demostrar la idiosincrasia de de los legisladores.

Asimismo, nos puede ilustrar sobre si la sanción de la ley responde, en algunos casos, a un reclamo de la comunidad internacional, al cual el estado nacional pretende dar cumplimiento, lo cual puede llevar en algunas ocasiones a la sanción de leyes penales, que en la realidad, tengan un carácter mas bien simbólico en el plano nacional.

Por otra parte, la crítica actual que puede formularse al sistema judicial actual, es olvidar tales antecedentes parlamentarios y legislativos y acudir siempre a los argumentos de los autores clásicos (Ricardo Nuñez, Sebastián Soler, Carlos Creus) para interpretar las normas penales en los tiempos de hoy.

Más allá del respeto que merecen dichos autores, por la importancia de su legado, los problemas que el derecho penal actual plantea, requieren de una dogmática penal más ajustada a las necesidades actuales.

El hecho de recurrir siempre a ellos, demuestra una pobreza en el ámbito académico e intelectual en los operadores del sistema para resolver casos concretos de la práctica judicial. Desde este punto de vista, pareciera ser cierta la profecía de Nuñez cuando decía que “*sería un mal signo si en medio siglo no hubieran variado mis opiniones*”⁶.

No obstante lo apuntado, creo que no es lícito descartar sin más la opinión de dichos autores. La interpretación que los mismos realizaron de las normas penales, puede tener un valor importantísimo al momento de conocer la interpretación que los tipos penales tuvieron en una determinada época, en donde las situaciones de la vida social pueden haber sido diferentes.

Pero siempre habrá que tener cuidado con las actualizaciones que de sus obras se realicen, puesto que en muchos casos, pueden terminar desvirtuando el pensamiento del autor o su adhesión a determinado paradigma del derecho penal.

5) Alguna consideración sobre las reformas al código penal argentino y el principio de saneamiento genealógico.

La legislación argentina, en el año 2004, con las llamadas leyes Blumberg, alteró significativamente su régimen punitivo en algunos tipos penales (a favor de la mayor represión obviamente). Son de público conocimiento las causas de este “movimiento”, que tuvo su explosión con la muerte de Axel Blumberg, y con el reclamo de mayor seguridad por parte de los ciudadanos de la ciudad de Buenos Aires.

En ese contexto, y solo por tomar un ejemplo, se reformó el tipo penal del Art. 166 Inc. 2 párrafo segundo del C.P. que de acuerdo a su redacción actual, reprime el robo por haberse cometido con un arma de fuego con una escala penal que va desde los seis años y tres meses en su mínimo, hasta veinte años en su máximo.

Si se compara dicha escala penal, con la prevista en el mismo código penal para los casos de abuso sexual con acceso carnal prevista en el Art. 119, tercer párrafo del C.P., es fácil comprobar, que el mínimo previsto para este delito es de seis años, mientras que su máximo de veinte años.

Así las cosas, si se toman en consideración los bienes jurídicamente protegidos por estos capítulos del C. P., no solo se evidencia de que los mismos tienen una diferente naturaleza, sino también, que la integridad sexual, ha sido considerado un bien jurídico más importante que la propiedad, si es válido el criterio establecido por el código penal de

⁶ - LASCANO, CARLOS JULIO (h), Lecciones de derecho Penal, Parte general, Tomo I, editorial Advocatus, Córdoba, año 2000 pag. 256.-

jerarquizar los bienes jurídicos tutelados de acuerdo al orden en que se encuentran establecidos en su libro segundo.

Ello demuestra, que la solución adoptada por el legislador argentino, en el sentido de considerar con la misma escala penal, bienes jurídicamente diferentes no solo en cuanto a su naturaleza, sino también por la importancia que los mismos tienen de acuerdo con la sistemática del código, es a todas luces irracional y fruto de la necesidad de calmar la sensación de inseguridad que tuvo lugar en ese año, y siempre con epicentro en provincia y ciudad de Buenos Aires.

Si tomamos en consideración el principio en estudio, el mismo debe ser una herramienta que permita tener en cuenta esta circunstancia ante la solución de un caso concreto, que de esta manera, puede ser un corrector que permita cumplir con el programa constitucional que requiere que las penas sean proporcionales al delito cometido.

De igual manera, aunque un año antes que las reformas apuntadas, la ley 25.742 B.O. 20/06/2003, reformó el Art. 170 del C.P. que reprime el secuestro de personas, estableciéndose como pena, en su segundo párrafo, de diez a veinticinco años, cuando concurren algunos de los supuestos 1), 2), 3), 4), 5) y 6). Si se observa detenidamente la escala penal referida, no solo la misma es igual en su máximo con la pena del homicidio, sino que su mínimo es mayor que el mínimo previsto por el Art. 79 del C.P.

Las mismas consideraciones efectuadas en el primer caso, son aplicables ahora, en cuanto al bien jurídico. Porque en definitiva, mientras el homicidio tiene como bien jurídicamente protegido la vida de la persona, *“el secuestro, como una forma de extorsión, es un ataque a la propiedad cometido mediante un ataque a la libertad; o bien un doble ataque a la libertad: no solo contra la determinación de una persona sino también con su libertad ambulatoria de la víctima o de un tercero”*⁷.

Habrá que decir entonces, que estamos en presencia de con un conjunto de leyes, que fueron sancionadas, tomando en cuenta el miedo (o como diría Becker, aprovechando una situación de pánico colectivo) a la inseguridad que las personas tenían en durante dichos años, agrandado por la propaganda de los medios de comunicación que obviamente contribuyeron a exaltar tal sentimiento.

Pero también, hay que decir que dicha histeria, tuvo lugar por hechos producidos en la provincia y ciudad de Buenos Aires, que como bien se sabe, en cuanto a su densidad de población, es mayor que la de las provincias del interior de la República.

⁷ - CREUS CARLOS, BOUMPADRE JORGE EDUARDO, Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, 7º edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, ciudad de Buenos Aires, año 2007, pag. 487.

De ahí que en un Estado Federal como el nuestro, donde los hechos que reprime el código penal, obedecen más a las necesidades que se producen en esa provincia cosmopolita, que a las necesidades del resto de las provincias, el principio de saneamiento genealógico debe servir para erradicar la carga ideológica que la ley sancionada tuvo en el lugar en que se sancionó, y ajustarlo a los problemas locales.

6) Conclusión.

En el presente trabajo, se ha tratado de dejar en claro la importancia de tomar en cuenta el origen de la sanción de una ley penal, el discurso que lo acompaña y los intereses que se tienen en miras para tutelar. Tales circunstancias, permitirán una mejor comprensión del conflicto definido por el tipo penal y la posibilidad de saber si el mismo es respetuoso de los derechos y garantías establecidos por la constitución nacional.

De esta manera, la dogmática penal se constituirá como un saber que busca servir al estado de derecho, erradicando de sus leyes los elementos ajenos al mismo y que pueden filtrarse como consecuencia de que la realidad social se encuentra en permanente movimiento.

En este aspecto, el principio de saneamiento genealógico, es una herramienta de interpretación de la ley penal, que obliga al interprete a tomar en consideración su origen, para establecer si en el mismo, se encuentran presentes discursos propios de un estado de policía. Una vez detectados los mismos, le corresponderá al dogmático el ajuste de la ley de manera que esta pueda ser coherente con todo el modelo constitucional.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- **BECKER HOWARD.** Los extraños. Buenos Aires 1971, Editorial Tiempo Contemporáneo, en Luis Marcó del Pont, Manual de Criminología (enfoque actual), Editorial Marcos Lerner.
- **CREUS CARLOS, BOUMPADRE JORGE EDUARDO,** Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, 7º edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, ciudad de buenos Aires, año 2007, pag. 487.
- **LASCANO, CARLOS JULIO** (h), Lecciones de derecho Penal, Parte general, Tomo I, editorial Advocatus, Córdoba, año 2000 pag. 256
- **ZAFFARONI, EUGENIO RAUL.** Derecho Penal: Parte General/Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia – 2, ed. – 1116 p.: 25x17 cm. Pag. 138/139