



Universidad Empresarial Siglo 21

Vicerrectorado de Innovación, Investigación y Posgrado

**Derecho Procesal Penal Tributario y
Derecho Penal del Enemigo
Garantías constitucionales en riesgo**

Proyecto para Tesis Final de Posgrado

Especialización en Derecho Penal, Tributario, Económico y de la Empresa

Alumna: Abogada Mariana Carmen González- D.N.I. 23.194.560

Fecha: 26 de marzo de 2024

ÍNDICE

Introducción-----	3
Los temas que procuraremos evaluar-----	5
Una reflexión sobre el tema, su justificación y su relevancia-----	7
CAPITULO I- Marco Metodológico	
1.1 Introducción-----	12
CAPITULO II-Derecho Penal del Enemigo y sus rasgos característicos	
Introducción-----	14
2.Identificación de los cuatro rasgos característicos	
2.1. Primer rasgo característico- Amplio adelantamiento de la punibilidad-----	15
2.2. Segundo rasgo característico- Supresión de algunas garantías procesales-----	21
2.3. Tercer rasgo característico- Investigador depende del Poder Ejecutivo-----	26
2.4. Cuarto rasgo característico- Penas desproporcionadamente altas-----	29
2.5 Conclusión Parcial-----	36
CAPITULO III- Análisis de los seis Institutos elegidos	
Introducción-----	38
3.1. Primer Instituto: El llamado “deber de colaboración y su compatibilidad con el derecho del imputado a no auto-incriminarse-----	39
3.2. Segundo Instituto: La prohibición en Argentina de la prisión por deudas y la Ley 11.683-----	46
3.3. Tercer Instituto: La vigencia del non bis in ídem y el artículo 303 del C.P.-----	50
3.4. Cuarto Instituto: Extinción de la acción penal por pago del tributo exigido por el Estado-----	57
3.5. Quinto Instituto: No vigencia de paridad de armas entre la acusación y la defensa del imputado-----	58
3.6. Sexto Instituto: Las facultades “exorbitantes” de las que goza la Administración Estatal, aplicadas aquí a la materia penal-----	60
Conclusión-----	64
Referencias bibliográficas-----	66

INTRODUCCIÓN

Günther Jakobs, Catedrático de la Universidad de Bonn, introduce en 1985 el concepto del “derecho penal del enemigo” (Jakobs, 2007), en un desarrollo bastante breve en extensión.

Este autor afirma que ciertas personas, enemigas del estado y de la sociedad, no tienen (o no deberían tener) todas las garantías procesales que se le dan a las personas que llamaremos ciudadanos, a raíz de que su misma decisión las coloca fuera del contrato social, del que emana su condición y derechos de “persona”.

Jakobs distingue un derecho penal de los ciudadanos (con la plenitud de las garantías constitucionales para los procesados y penados) y un derecho penal de los enemigos o del enemigo (derecho que aún conserva algunas garantías, pero no todas, derecho disminuido, empobrecido en garantías, con relación al anterior).

Como comentario al margen, Jakobs señala que él se limita a realizar una descripción de la realidad, sin abrir ni mencionar preferencias ni juicios de valor.

Por el contrario, sus críticos (Cancio Meliá, 2006) le señalan y le acusan de que él en realidad, asume una postura afirmativa – normativa de estos conceptos (casi elogiosa incluso).

Jakobs afirma que si la actuación de un ser humano pone en peligro la existencia misma de la comunidad legal (también llamada sociedad o estado), ese ser humano rechaza el “contrato social” y no merece, por lo tanto, reclamar para sí mismo la vigencia de esas mismas garantías que el contrato social establece para quienes lo suscriben.

A su vez, Jakobs, muy sutilmente, no propone un trato de guerra total hacia ese enemigo de la sociedad (trato propio del estado de naturaleza, en el cual los más fuertes sojuzgan a los débiles).

Propone o dice describir, la existencia de un derecho disminuido en sus garantías hacia el procesado y hacia el penado, al que denomina derecho penal del enemigo, a mitad de camino entre el extremo A (derecho pleno de cualquier ciudadano), y del

extremo B (al que podemos llamar el “no derecho” o trato propio del estado de naturaleza pre – sociedad).

A raíz del 11 de setiembre de 2001, y observando las fuertes represalias de U.S.A. y el trato dado a los acusados de terrorismo, el tema y los conceptos planteados por Jakobs cobran nueva y fuerte actualidad.

Jakobs utiliza un lenguaje estipulativo muy polémico, cuando dice frases como “solo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal”, es decir que sólo daremos las garantías constitucionales de las que goza toda persona, a seres humanos que se comporten como personas.

Negaremos (dice Jacobs) esas garantías constitucionales a quienes han exhibido comportamientos no propios de una persona (comportamientos inhumanos podríamos decir).

Señala que la situación previa a la creación del estado comunitario legal es el estado de naturaleza. En el estado de naturaleza no puede decirse que un ser humano es persona o tiene o goza de personalidad (o en todo caso, diremos que ningún ser humano tiene su personalidad asegurada, porque las protecciones y garantías a la persona no existen).

Colocados frente a autores de crímenes extremadamente graves (que actúan de modo inhumano y no ofrecen seguridades de comportarse como personas, sino monstruos diríamos) Jakobs concluye que sí está permitido todo lo necesario para asegurar el estado comunitario legal, aún la eliminación de muchas de las garantías legales y constitucionales de las que goza cualquier otro procesado (de quien diremos que sí es persona), en razón del deber estatal de proteger a quienes sí cumplen el contrato social (obedecen y piden a cambio protección).

Es que Jakobs señala que son diferentes las personas culpables de delitos comunes, y los seres humanos que actúan como enemigos peligrosos de la sociedad misma, de la comunidad legal.

Por ello, hacen aquí su aparición el derecho penal de los ciudadanos (para personas culpables de la mayoría de los delitos) y el derecho penal del enemigo (para enemigos peligrosos para la sociedad).

Se podría definir que el Derecho Penal del Ciudadano procura contradecir al infractor (que antes con su actuación desviada, ha emitido el mensaje de que la norma de prohibición no existe, y debe ser contradicho con la imposición de la pena).

En tanto el Derecho Penal del Enemigo, sencilla y brutalmente (sin demasiadas sutilezas) se sincera y nos señala que su finalidad es eliminar un peligro para la sociedad.

Siempre Jakobs vuelve a su argumentación de que quien ofende siempre, de modo permanente, y por sus principios de vida actúa continuamente de modo desviado, no ofrece seguridad de ser persona (y no puede ser así tratado).

Este Derecho Penal del Enemigo, entonces, nace del legítimo derecho de los ciudadanos a la seguridad personal y social, nos señala Jacobs.

Procuraremos en este trabajo construir una herramienta que nos permita comparar ciertas normas del derecho procesal penal tributario (vigente en Argentina en 2024), para evaluarlas y poder afirmar o negar que esas normas de derecho penal vigente puntualmente incorporan o infiltran principios propios de un derecho penal del enemigo, a pesar de que el derecho penal del enemigo es claramente incompatible con garantías constitucionales vigentes (Cancio Meliá, 2006).

Los temas que procuraremos evaluar de este modo son los siguientes:

- el llamado “deber de colaboración” y su compatibilidad con el derecho del imputado a no auto incriminarse
- la prohibición en Argentina de la prisión por deudas y la Ley 11.683
- la vigencia del non bis in ídem y el artículo 303 del Código Penal
- la extinción de la acción penal por pago del tributo exigido por el estado
- la no vigencia de paridad de armas entre la acusación y la defensa del imputado
- las facultades “exorbitantes” de las que goza la administración estatal, aquí aplicadas a la materia penal

Este trabajo se inicia a fin de confirmar o desechar la hipótesis de que algunos de los institutos del derecho procesal penal en materia de delitos tributarios (indicados *ut supra*), reúnen características del llamado Derecho Penal del Enemigo.

Las preguntas de investigación son dos, una referida a la herramienta cualitativa que crearemos para utilizarla a posteriori, y otra pregunta sobre tema de fondo:

¿Podemos indicar cuatro rasgos relevantes o características claras y precisas, propias del llamado “Derecho Penal del Enemigo”? (descripto por Jacobs, 2007)

¿Alguno o varios de los seis institutos procesales indicados a continuación, reúnen al menos tres de las cuatro características que hemos indicado como propias del “Derecho Penal del Enemigo”?

a- el llamado “deber de colaboración” y su compatibilidad con el derecho del imputado a no auto incriminarse

b- la prohibición en Argentina de la prisión por deudas

c- la vigencia del non bis in ídem;

d- la extinción de la acción penal por pago del tributo exigido por el estado;

e- la no vigencia de paridad de armas entre la acusación y la defensa del imputado;

f- las facultades “exorbitantes” de las que goza la administración estatal, aquí aplicadas a la materia penal.

La voracidad tributaria del estado, que aumenta de año en año, y la utilización del derecho penal a los fines de disuadir la evasión tributaria, es lo que procuro analizar y cuestionar en este trabajo.

En resumen, el problema de investigación es que en el avance de los estudios sobre derecho procesal penal referido a delitos tributarios, se puede advertir una similitud importante entre lo que describe Günther Jacobs como “Derecho Penal del Enemigo” y algunas formas de tratamiento que el sistema jurídico argentino ha regulado hacia la figura del imputado penalmente como evasor tributario.

En un concepto de Derecho Penal del Enemigo, incluye una sinonimia con “inconstitucionalidad” por violación de las garantías fundamentales del imputado en su

defensa en juicio (Cancio Meliá, 2006), por lo que parece que resulta sumamente relevante establecer, si algunos aspectos puntuales del derecho procesal penal implicaban avances no autorizados que vacían de todo contenido algunas de las garantías del imputado en un juicio penal.

Varios autores doctrinarios han realizado ya cuestionamientos constitucionales sobre esos mismos puntos del derecho procesal penal (referido al evasor tributario), pero lo novedoso es lo siguiente: resultaría sumamente concientizado para la comunidad jurídica, poder utilizar herramientas extraídas de la descripción tan categórica y famosa en el ámbito jurídico de Sudamérica, que realiza Günther Jacobs, a fin de sacar una conclusión más terminante e iluminadora (didáctica), sobre la cuestión indicada.

Debo decir que luego de una variada búsqueda, se han encontrado resúmenes de alguna puntual defensa penal en juicio por defraudación tributaria en Perú, que ha utilizado la expresión “Derecho Penal del Enemigo” para descalificar ciertas normas que recortaban prerrogativas al imputado (utilizadas en el alegato de su defensa).

Finalmente, se debe admitir que a una parte de la doctrina le resulta una descalificación (siguiendo los conceptos críticos de Cancio Meliá), en tanto, otra parte de la doctrina simplemente la acepta (con cierta vergüenza) a la necesidad de la vigencia de esos avances en nuestros sistemas penales, de ese Derecho Penal del Enemigo tan crudamente descrito por Jacobs en 1985.

Una reflexión sobre el tema, su justificación y relevancia

Podemos afirmar que desde nuestra perspectiva crítica existen dos situaciones a saber: la primera de ellas es la disminución de las garantías procesales hacia el imputados penalmente; la segunda de ellas es la infiltración en nuestro sistema penal, de ejemplos concretos del “Derecho Penal del Enemigo”.

Así como el vigía que desea llamar fuertemente la atención acerca de la presencia de enemigos emboscados, nuestra intención en este trabajo, es utilizar la famosa plataforma intelectual (famosa en la doctrina jurídica Sudamericana) creada por Jacobs, para llamar la atención, alertar y denunciar avances sobre garantías constitucionales del imputado en el Derecho Procesal Penal Tributario, que siempre comienzan a recortarse justificadas con lo aberrante del delincuente (“monstruo”, no persona), pero que por desgracia recortes que, son rápidamente extendidos a otros ámbitos del proceso penal,

en los cuales el estado (siempre potencial opresor de las libertades) está interesado en avanza. Dicho esto, es que se analizaremos o indagaremos los avances del Derecho Penal del Enemigo en la materia puntual de nuestro estudio que es el Derecho Procesal Penal Tributario, las garantías constitucionales que se ponen en riesgo. Así es que, en la búsqueda de aumentar la recaudación tributaria, el contribuyente se ve amedrentado o sospechado de una conducta evasora, por lo tanto, considerado como supuesto imputado.

También la importancia del tema deriva de una señal de alerta indicada por el jurista español Manuel Cancio Meliá (2007): el derecho penal del enemigo no es un derecho penal del hecho sino un derecho penal de autor.

Manuel Cancio Meliá nos señala que “el derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva) sino demoniza determinados grupos de infractores; (...) en consecuencia, el Derecho Penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor.” (Cancio Meliá, 2007).

Esta característica no emana directamente del famoso ensayo de Günther Jacobs, sino que surge del hilo lógico argumental que desarrolla el jurista español Manuel Cancio Meliá.

Lo primero, que nos afirma Cancio Meliá, es la incompatibilidad del llamado derecho penal del enemigo con el principio del hecho (no es éste el lugar para explicar en detalle la importancia de la garantía constitucional esencial para todo el derecho penal actual, del “principio del hecho”).

Sólo a título de brevísima mención señalaremos que el principio del hecho excluye de la punición, por ejemplo, a los meros pensamientos.

El estado (y su herramienta que es el derecho penal) no puede castigar pensamientos o la mera actitud interna de una persona.

En Argentina, el artículo 19 de la Constitución Nacional hace referencia al inviolable ámbito de intimidad que tiene todo ciudadano.

Cancio Meliá nos señala varios ejemplos de características del derecho penal del enemigo, en los cuales justamente este ámbito de intimidad, esta ausencia de la punición de un hecho concreto, se pueden observar.

La primera, ya la hemos señalado, y es la eliminación de las fronteras entre actos preparatorios y tentativa.

Otro ejemplo, es la eliminación de toda diferencia en la punición entre: tener ciertas ideas políticas, y colaborar activamente con una organización terrorista (sobre este punto tenemos una penosa experiencia con el terrorismo de estado en Argentina, durante la dictadura iniciada el 24 de marzo de 1976, en la que justamente so pretexto de castigar los roles activos en organizaciones terroristas, se terminó reprimiendo de modo ilegal, a personas con fines políticos y ciertas ideas, opuestas a las ideas pregonadas por la dictadura).

Cancio Meliá (2007) señala: “mediante sucesivas ampliaciones se ha alcanzado un punto en el que estar ahí de algún modo, formar parte de alguna manera, ser uno de ellos, aunque sea sólo en espíritu, es suficiente.”

Este autor nos brinda el ejemplo del Código Penal Español de 1995, que introduce el tipo penal del “terrorista individual”, modificación que altera toda la estructura de la figura que siempre ha tomado como referencia la especial peligrosidad justamente de las “organizaciones terroristas”.

No se trata de una aplicación deformada o defectuosa del “principio del hecho”, sino directamente de apuntar hacia un determinado grupo de individuos (enemigos).

El desarrollo progresivo de los sistemas de garantías constitucionales en la mayoría de los países occidentales, en buena medida fueron introducidos para evitar los riesgos de creaciones jurídicas que sirvan a los objetivos de la opresión más injusta, por parte de dictaduras.

Uno de los descubrimientos más importantes de nuestro desarrollo jurídico fue la necesidad imprescindible de mantener encendidas las alertas ante posibles infiltraciones autoritarias en nuestros sistemas legales, muy especialmente en el sistema jurídico que es llamado la “última ratio” del monopolio de la fuerza estatal, como es el Derecho Penal.

En la medida en que el temor o el terror (real o inducido por los medios de comunicación) ante los importantes problemas que la sociedad globalizada de nuestro siglo XXI debe enfrentar, nos induce a mirar hacia el otro lado, o a aceptar

contemporizando, la progresiva infiltración de corrientes ideológicas autoritarias o institutos legales muy peligrosos para la libertad de todos los ciudadanos, las luces de nuestra sociedad llamada “civilizada”, se van apagando, y la oscuridad de las dictaduras tiende a procurar envolvernos, como en los peores momentos de la historia humana.

Los juristas, quienes actúan como centinelas que nos alerte sobre esta infiltración insidiosa, más peligrosa en la medida del enorme prestigio jurídico del autor de estas ideas y conceptos, nos lleva a considerar justificada la realización de este trabajo, porque este centinela, aún, aportando apenas un pequeño grano de arena al gran debate de las ideas jurídicas de nuestro 2024, se convierten en un centinela de la libertad.

Antes de perder la libertad, perdemos la claridad de las ideas, y las distinciones se vuelven borrosas. Los recuerdos de tristes experiencias del pasado se comienzan a olvidar.

De algún modo, necesitamos recordar continuamente los buenos valores y las mejores luchas de los juristas que nos precedieron, para que nunca se detenga la construcción del gran edificio del estado de derecho. En parte construido y en parte un sueño a desarrollar cada día.

Especial énfasis y atención, debe tenerse con relación al Derecho Procesal Penal Tributario, donde el Estado realiza una expansión sobre el derecho penal y sobre el derecho tributario, dejando más indefensos a los ciudadanos contribuyentes, justamente en un lugar donde se debería observar con mayor nitidez la protección del propio Estado a los ciudadanos, vistos ahora como presuntos evasores. No se debe olvidar, que justamente ha sido una de las banderas del liberalismo, la creación de límites al poder del Estado en materia tributaria y penal.

Con respecto a los objetivos generales y específicos, podemos decir que el objetivo general será evaluar la existencia de los rasgos del Derecho Penal del Enemigo en institutos claves del Derecho Procesal Penal Tributario.

En tanto los objetivos específicos serán:

1- Describir el Derecho Penal del Enemigo

- 2- Analizar los antecedentes históricos y las líneas críticas del Derecho Penal del Enemigo
- 3.- Identificar y analizar los rasgos característicos del Derecho Penal del Enemigo
- 4- Identificar ejemplos en el Derecho Procesal Penal Tributario donde se vean los rasgos característicos del Derecho Penal del Enemigo
- 5- Identificar que Institutos se destacan en el Derecho Procesal Penal Tributario para ser analizados

A tal efecto, en este trabajo se van a desarrollar tres capítulos centrales, tras los cuales lograremos estos objetivos planteados.

En el Capítulo Uno se analizará el marco metodológico, donde se describirá la evolución del Derecho Penal, en somera síntesis.

En tanto en Capítulo Dos se van a analizar las características del Derecho Penal del Enemigo, como así también se van a describir cuatro rasgos característicos, a saber: el amplio adelantamiento de la punibilidad, supresión de algunas garantías procesales, que el Estado asuma el rol de investigador del delito y finalmente la existencia de penas desproporcionadamente altas.

Ahora bien, en el Capítulo Tres se realizará un análisis de seis institutos y se evaluará si los mismos, se encuentran traspasados por los cuatro rasgos característicos analizados en el Capítulo Dos.

Finalmente, en la conclusión haremos una evaluación a fin de determinar si en el Derecho Procesal Penal Tributario se encuentran rasgos del Derecho Penal del Enemigo.

Esperamos, que el presente trabajo pueda servir como marco de reflexión sobre el peligro de la afectación de ciertos derechos y la vulneración de garantías constitucionales, y más aún, el acostumbramiento de ver dichos derechos y garantías vulnerados día a día, en las normativas tributarias; y que sirva de un humilde aporte al debate, clarificando el derecho penal del enemigo, y las instituciones que se ven afectadas.

CAPITULO I: MARCO METODOLÓGICO

1.1.Introducción:

Esta investigación es de tipo dogmática jurídica, con técnicas de recolección de datos documentales, utilizando un método cualitativo. Según señalan los autores Medarno Nizama Valladolid y Luz María Nizama Chávez (2020), la investigación cualitativa tiene un carácter particularista pues centra su estudio en una sola situación, hecho, evento, etc. Además, se estima que la investigación cualitativa resulta adecuada para analizar problemas jurídicos y cuestiones jurisprudenciales.

La investigación cualitativa es de índole descriptiva por cuanto identifica los elementos que conforman un caso, hecho o fenómeno de relevancia jurídica, determinando sus conexiones entre sí, permitiendo describir procesos, contextos, instituciones, sistemas y personas.

Del mismo modo, toda investigación cualitativa “es preponderantemente inductiva en el tipo de razonamiento, casi siempre parte de hechos o fenómenos jurídicos concretos. Lo que significa observar y describir un hecho para posteriormente generar una opción teórica sobre el problema”.

En estudios cualitativos raramente es posible formular hipótesis tan exactas que puedan ser rigurosamente verificadas y potencialmente rechazadas. Si el investigador ha elegido el método cualitativo y cuando se refiere a la hipótesis, lo que indica es una hipótesis de trabajo, o una suposición que irá gradualmente reforzada o corregida en la medida del avance en el estudio del hecho o caso concreto.

Toda investigación cualitativa se sujeta frecuentemente en métodos de recolección de datos sin mediación numérica, como descripciones y observaciones.

Respecto a los métodos, la manera de resolver los problemas que se persiguen es diseñando métodos flexibles que permitan enfocar y resolver la complejidad del objetivo, o hechos que no se reducen a variables individuales, sino que se estudia en sí su complejidad y totalidad, en su contexto cotidiano o integral.

En la investigación cualitativa no se plantea como objetivo probar teorías científicas de validez universal o hipótesis matemáticas contrastadas.

El profesor Mejía (2007) define a la investigación cualitativa como “el procedimiento metodológico que utiliza palabras textos, discursos, dibujos, gráficos e imágenes. En ese sentido, la investigación cualitativa estudia diferentes objetos para comprender la vida social del sujeto a través de los significados desarrollados por éste”.

Como ya lo hemos señalado, nuestra primera tarea de investigación está dirigida a procurar la ideación de una herramienta cualitativa, que responda a la siguiente pregunta: “¿Podemos indicar cuatro rasgos característicos o características claras y precisas, propias del llamado “Derecho Penal del Enemigo”? (descripto por Jacobs, 2007); luego con a herramienta cualitativa la utilizaremos para responder nuestra segunda pregunta de investigación, que es la siguiente: “¿Alguno o varios de los seis institutos (ya hemos detallado ut supra) reúnen al menos tres de las cuatro características que se señalaron como propias del “Derecho Penal del Enemigo”

Ese es el desafío de esta investigación, lo cual se llevará a cabo en los dos capítulos siguientes, en el primero de ellos, se describirán cuatro rasgos característicos del Derecho Penal del Enemigo, y en el segundo de ellos, se analizarán seis institutos procesales del Derecho Penal, y se los contrastará con los cuatro rasgos ya analizados en el capítulo dos, luego daremos nuestra conclusión, que responderá nuestro objetivo general, esto es, si alguno de los Institutos de Derecho Procesal Argentino, se encuentran características del Derecho Penal del Enemigo.

CAPITULO II:

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SUS RASGOS CARÁCTERISTICOS

Introducción:

Desde el inicio de este siglo XXI, el derecho penal en los países occidentales y democráticos está asistiendo a la existencia de dos tendencias expansivas en los tipos penales. Estos fenómenos ya han sido claramente identificados por la mayoría de los doctrinarios especializados: Se los ha llamado “derecho penal simbólico”, y la “creciente punitivización”.

El derecho penal simbólico es el nombre que los analistas le dan al fenómeno legislativo de creación rápida, numerosa y casi compulsiva diríamos, de muchos nuevos tipos penales, pero que a su vez tienen una casi nula aplicación en la práctica de la persecución penal.

Lo indicado puede observarse en las estadísticas específicas de esta materia. En definitiva, tenemos cada vez más tipos penales específicamente dirigidos a comunicar disvalores, con fuertes amenazas de prisión, pero que a su vez son poco utilizados.

La llamada punitivización a su vez, implica el uso o utilización creciente de la herramienta del derecho penal clásico para temas nuevos y muy diversos, sea aumentando las penas en tipos penales ya existentes, sea creando sencillamente, nuevos tipos penales.

Se observa a grandes rasgos, que, en las democracias del siglo XX, los partidos políticos de derecha fueron casi siempre los partidarios de crear nuevos tipos penales (en campañas tipo “ley y orden”).

A su vez, los partidos políticos de izquierda, en general, pugnaban por la derogación parcial de muchos tipos penales.

De algún modo, las corrientes contrarias al derecho penal, e incluso el llamado “garantismo”, en el siglo XX eran casi monopolizados por los partidos políticos de

izquierda. Pero desde los primeros años del siglo XXI, se observa un cambio de orientación en estos partidos políticos de izquierda, ocurriendo una verdadera “carrera” o escalada” entre los partidos políticos de todos los signos políticos, por proponer la creación de nuevos tipos penales, especialmente en materia de opiniones antidemocráticas y apología de dictaduras, crimen organizado, lavado de dinero, violencia hacia la mujer y otros aspectos.

El “Derecho Penal del Enemigo” (Jacobs 2007) queda fuertemente re-actualizado luego del 11 de Setiembre de 2001 y la posterior campaña antiterrorista de los Estados Unidos de América.

A su vez, en los países latinoamericanos, particularmente en la Argentina, se observa la obligación convencional de perseguir el crimen organizado y el lavado de dinero, y un estado sumamente interesado en la recaudación tributaria, que tiende a desnaturalizar institutos, utilizando un “estilo” procesal penal sumamente prepotente, que refleja demasiado claramente que el interés fiscal está centrado más en el dinero del evasor que en la protección del bien jurídico tutelado.

En ese contexto, se han realizado críticas numerosas desde la doctrina especializada, alertando sobre la inconstitucionalidad de algunos de estos institutos utilizados.

A su vez debo decir que he encontrado pocos trabajos en Argentina que relacionen directamente las críticas sobre la inconstitucionalidad de las normas, con la tesis tan conocida de Günther Jacobs y su descripción del “Derecho Penal del Enemigo”. Relacionar justamente estos criticados institutos, con la ya conocida descripción del “Derecho Penal del Enemigo” es útil y didáctico, para llamar la atención sobre los peligros de continuar admitiendo la vigencia de normas que disminuyen la calidad de nuestro estado de derecho.

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS CUATRO RASGO CARACTERÍSTICOS:

2.1. PRIMER RASGO CARACTERÍSTICO: Amplio adelantamiento de la punibilidad

“La punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación.” (Jacobs, 2007, obra citada página 40).

Esta afirmación, de que el legislador en la redacción de nuevos tipos penales, decide incluir penas a lo que anteriormente eran meros actos preparatorios, es una característica relevante de un nuevo derecho penal, mucho más cercano al llamado “Derecho Penal del Enemigo”.

Repasando conceptos, en el derecho penal llamado “clásico” (sobre todo de la primera mitad del siglo XX), la punibilidad estaba reservada para los actos “exteriorizados”.

El ejemplo más usual es el de un homicidio: el sujeto activo, imputable y sin causas de justificación, mata queriendo matar y con toda la conciencia de la criminalidad de su actuación del llamado dolo directo. En esta situación, estamos ante el funcionamiento del llamado derecho penal nuclear, que señala que “dado A debe ser B”.

Ocurrida una acción típica, antijurídica y culpable, la pena es la consecuencia obligatoria.

No vamos a entrar aquí en el tema de los fines de la pena, pero aún en el esquema conceptual de Günther Jacobs, la comunicación emitida por el sujeto activo (que nos dice que esa norma de prohibición no está vigente) es respondida por otra comunicación (de parte del sistema conformado por las leyes y los órganos estatales predispuestos para asegurar la aplicación de esas leyes) y la comunicación de respuesta le señala al emisor de la primera comunicación, el mensaje inequívoco de que la norma sigue vigente.

Por lo tanto, corresponde la aplicación de la consecuencia que la ley prevé: la aplicación de una sanción penal.

También el sistema llamado derecho penal clásico aseguraba que cuando la acción del sujeto activo era inequívoca en la dirección de la realización de la conducta prohibida, y el resultado dañoso buscado y deseado no era logrado (por motivos ajenos a la decisión voluntaria del autor, por ejemplo, el disparo de arma de fuego realizado a quemarropa en el pecho del sujeto pasivo, no logra su cometido por tener colocado un grueso metal en el bolsillo interno del abrigo, que por casualidad, detiene el curso mortal de la bala) en esos casos, decimos, el derecho penal “clásico” preveía la misma pena o una pena disminuida para el sujeto activo.

En el lenguaje de Carrara, estamos ante una “tentativa” idónea, que, por motivos ajenos a la voluntad del autor, no pudo ser completada de modo exitoso. Y en el íter criminis o camino del delito, allí se detenía la punición estatal. Porque los actos del sujeto activo, anteriores al delito (o anteriores al menos a su tentativa no exitosa) eran llamados “actos preparatorios”.

En la idea de que el derecho penal no castiga ideas ni odios interiores, ni deseos de muerte hacia otro ser humano (que anidan en el alma de muchas personas), el derecho penal clásico se autoproclamaba (y con cierto orgullo) un “derecho penal de actos”.

Esto significa que los pensamientos, las planificaciones de delitos, e incluso algunos actos del sujeto activo (como ir a comprar un arma de fuego y aprender a utilizarla) que son ambiguos en su direccionamiento y utilización futura, no son punibles.

Dicha ambigüedad, se define cuando el autor demuestra cuál era la real intención con sus actos, así el hecho de comprar un arma y aprehender a usarla, tiene dos opciones, usarla en un delito (por ejemplo, un homicidio, o un robo), y usarla de manera deportiva; solo se devela la respuesta cuando se pasa de los actos preparatorios a los hechos. En los dos ejemplos, el primero quedará impune, por encontrarnos con un deporte, y el segundo será un ilícito.

Nadie puede ser penado por la realización de actos permitidos por la ley, y que no necesariamente muestran de modo unívoco una intención criminal. La compra de un afilado cuchillo puede ser un acto preparatorio de la futura comisión de un delito penal de homicidio, pero también puede ser un acto preparatorio de la realización de una comida familiar (un asado) o la compra para el obsequio a un amigo en su cumpleaños, o incluso, podría ser el acto preparatorio para la apertura de un negocio relacionado a la venta de carnes, comprado juntamente con otras herramientas propias y útiles para ese negocio emprendido.

Y así explicado lo anterior, vemos que aparece el problema del llamado “Derecho Penal del Enemigo” en toda su dimensión: el adelantamiento de la imposición de penas, abarcando penas para los actos preparatorios, cuando justamente el “acto preparatorio” en su misma definición nos indica que su rumbo futuro es incierto y ambiguo.

Evidentemente que, en estos casos, la pena procura una seguridad frente a posibles y eventuales hechos futuros, porque no está castigando hechos ilícitos ya cometidos.

De acuerdo con esta forma (casi paranoica) de razonar por parte del legislador, deberíamos prohibir y castigar con penas de prisión, la compra de combustible (como nafta), porque en un posible curso futuro, podría ser utilizada para cometer un cruel homicidio por quemaduras totales del sujeto pasivo. Este criterio implicaría la total paralización del tránsito automotor de una sociedad entera. O también, deberíamos prohibir y punir la compra de todos los cuchillos que no sean de plástico y descartables, porque los cuchillos de metal eventualmente podrían ser utilizados para asestar “puñaladas” que terminan con la vida de un ser humano.

Vemos que justamente el llevar este razonamiento hasta sus últimas consecuencias, genera la parálisis más completa de buena parte de la vida en sociedad y la eliminación de casi todo el ámbito de libertad que los seres humanos hemos logrado conquistar, frente al despotismo de los tiranos.

Estos ejemplos nos resultan casi absurdos. Sin embargo, quizás por costumbre, no solemos reaccionar, ante las exigencias que la ley impone a las individuos que actúan en política, sus familias y sus asociados, demandas que hacen parecer que los funcionarios estatales son todos delincuentes, que desde el primer minuto de su gestión se presume que son culpables y tienen la voluntad inequívoca de delinquir contra el patrimonio estatal, y se recomienda un tratamiento bancario totalmente diferenciado al que reciben los clientes bancarios comunes (que no conforman este grupo de las personas políticamente expuestas).

Este trato diferenciado ya implica un castigo que no sanciona hechos cometidos, sino posibles hechos futuros.

Lo anterior surge de las llamadas “Nuevas 40 Recomendaciones” del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) del año 2012, del que la República Argentina es miembro pleno desde el año 2000.

En el ejemplo, estamos ante la Recomendación No. 12, como una de las exigencias para las instituciones financieras monitoreadas por organismos de los estados

miembros del GAFI (en el caso de Argentina, el BCRA o Banco Central de la República Argentina). (resumen de ejemplo citado por Berruezo – Cóppola, 2021).

Aún más claramente, este adelantamiento de la punición hacia los actos preparatorios se observa en los llamados delitos de peligro abstracto: en estos delitos no existe lesión producida, ni tan siquiera un peligro concreto corrido de hecho por el bien jurídico protegido.

Estamos ante la ocurrencia de lo que se llama “peligro abstracto”, “riesgo de correr un riesgo”. Nos acercamos obviamente a la punición (o tipicidad) sin lesividad, situación que ya creíamos definitivamente superada en toda sociedad que disfruta de un sistema de garantías constitucionales frente a los excesos legislativos del aparato estatal.

Se suele llamar “sociedades de riesgo” a las actuales sociedades humanas en las que la aversión al riesgo es extrema, y la voz de muchos exige del estado puniciones anticipadas.

Un ejemplo de lo anterior lo tenemos en el tipo penal de lavado de dinero (artículo 303 Código Penal Argentino). Berruezo y Cóppola (2021) nos traen el siguiente caso, que sintetiza aquí: en un taxi detenido en un control policial, el pasajero en su mochila lleva cien mil dólares en efectivo, sin justificación alguna. Además de la inversión de la carga de la prueba, porque es el acusado quien debe justificar con pruebas inequívocas el origen lícito de su dinero (lo que viola la presunción de inocencia de la cual goza todo ciudadano), se observa el adelantamiento a los actos preparatorios, de la imputación y de la punición estatal. En relación con este caso, no existía ninguna investigación previa por algún delito precedente (al de lavado de dinero).

Cuando tenemos un tipo penal que define una conducta como posible delito y le asigna una pena (por ejemplo, la defraudación tributaria al estado en cifras millonarias), claramente tenemos un delito de lesión. Pero cuando a los fines de aumentar la prevención de la defraudación tributaria, hacemos proliferar nuevos tipos penales en los cuales se describen conductas que violan normas de mero procedimiento ante el ente recaudador, con asignación de penas de prisión, claramente entramos en el ámbito del adelantamiento en el íter criminis, de la aplicación de penas, y lo que en el sistema del derecho penal clásico eran meros actos preparatorios, o incluso se admitían como faltas

del derecho administrativo (sancionadas con multas) son ahora sumadas al catálogo de tipos penales.

El legislador razona considerando que el sujeto activo ya comete una lesión por el mero incumplimiento de una obligación administrativa, y por lo tanto, se convierte en una amenaza que debe ser detenida nada menos que por la última ratio del sistema estatal: el derecho penal.

Esto se agudiza si estamos ante varios incumplimientos reiterados de la norma administrativa: el legislador deduce de alguna extraña manera, que ese incumplimiento (administrativo) reiterado implica que el infractor está rechazando la legitimidad de todo el sistema jurídico, e incluso pretende su daño o destrucción total.

Por lo tanto, decide aplicar o utilizar su arma más letal: el derecho penal. Vemos que la desproporción, el desajuste, la falta de un control de medida entre el incumplimiento reiterado de normas administrativas tributarias, y las conclusiones (que legitiman la aplicación de penas incluso de prisión) es totalmente extrema. Se visualiza al infractor como un verdadero enemigo del estado.

Peor aún si funciona como una mera amenaza para el posible infractor: un derecho que funciona casi con las amenazas de matones cobradores de deudas ni siquiera merece ser llamado derecho de un país civilizado que goza de garantías constitucionales, y de las que presume su legítimo orgullo.

Es en este sentido que Günther Jacobs nos señala que al ciudadano que delinque, solamente se le aplica una pena cuando comete un delito consumado (o al menos llega al grado de tentativa).

Por el contrario, el estado decide dar un trato degradado a este grupo de ciudadanos (a los que trata como enemigos, adelantando la punición a lo que son actos meramente preparatorios).

En el ámbito de los delitos contra la seguridad pública, (Günther Jacobs, 2007) nos trae el excelente ejemplo de punir la mera “preparación” de delitos gravísimos contra el estado, desde 1943 (y vigente hoy en día) con igual pena que el propio delito consumado.

Jacobs nos señala “el lugar del daño actual a la vigencia de la norma, es ocupado por el peligro de daños futuros: una regulación propia del Derecho penal del enemigo.” Un ejemplo evidente de la punición de meros actos preparatorios, por parte de una decisión del legislador.

No podemos dejar de recordar que la clara diferenciación entre los actos preparatorios (impunes), y la tentativa delictiva (castigada), justamente es uno de los postulados más elementales de garantía de la zona de libertad señalados por el derecho penal clásico y las garantías constitucionales: punir sólo el hecho exteriorizado, no las meras ideaciones o planificaciones, por más audaces que nos resulten.

Figuras como nuestra “asociación ilícita” han sido históricamente cuestionadas en su conformidad con las cláusulas constitucionales que incluyen garantías en materia penal.

2.2. SEGUNDO RASGO CARACTERÍSTICO: Supresión de algunas garantías procesales

En su obra, (Günther Jacobs, 2007), nos señala que esta segunda característica hace referencia a ciertos institutos del derecho procesal penal, principalmente al derecho procesal penal del imputado (siendo éste mirado como ciudadano y que a su vez tiene derecho garantizados; como son: 1- a la tutela del sistema jurídico derecho, 2- a solicitar la producción de pruebas de descargo, 3- a estar presente en interrogatorios de testigos de cargo.

En líneas generales, el imputado en el “derecho del ciudadano” tiene el derecho a no ser engañado o coaccionado, o incluso sometido a ciertas tentaciones.

Por el contrario, una característica del trato dado a un imputado (mirado no como ciudadano sino como enemigo) hace proliferar las investigaciones secretas (es decir, inaudita pars), la intervención de sus comunicaciones (incluyendo sus emails, mensajería electrónica, whats apps, llamadas telefónicas), e incluso se autoriza la intervención e interacción del imputado con investigadores encubiertos.

Es evidente que el argumento para autorizar este tipo de medidas (sin oír al imputado ni permitir su contralor) hace referencia a la situación de que justamente son

efectivas y funcionales, si el imputado no se entera de que está siendo vigilado, escuchado, espiado.

Y ciertamente para su autorización, se acude siempre al remanido argumento de la amenaza de terroristas.

El problema surge cuando (justamente en la expansión del derecho penal ya indicada), este tipo de medidas dejan de ser excepcionales y se convierten en usuales.

Dejan de ser una pequeña parte de la prueba de cargo aportada y pasan a ser la mayor parte de la prueba de cargo. Dejan de referirse solamente a la lucha contra el terrorismo internacional y se convierten en un mecanismo muy utilizado para la recaudación de tributos en favor del estado.

Siempre la expansión y la normalización de medidas de “emergencia” acude a la falacia de su excepcionalidad, y se cita un ejemplo absolutamente extremo y demoledor de cualquier resistencia: en estos casos, el enemigo es un terrorista que procurará activar la explosión de una bomba que hará explotar una manzana edificada en una zona de alta densidad poblacional.

Otros ejemplos idénticos a éste que citamos aquí son los esgrimidos para justificar ciertamente como un “mal menor” a la imposición de un estado de secreta observación y espionaje sobre las actividades, diálogos y relaciones de un ciudadano, siempre sin su conocimiento (para garantizar el éxito y la efectividad de estas medidas), y no de un modo excepcional sino a veces por largos períodos de tiempo.

Uno de los problemas más evidentes que se puede observar es cuando a un ciudadano, se lo sometió a una enorme violación de su propio derecho a la intimidad, y luego, a la postre, resultó inocente, sin relación alguna con la esgrimida amenaza del “terrorismo internacional”. Esto sucede, en muchas ocasiones, cuando, simplemente sospechado de evasión tributaria, por ejemplo, sospechados de realizar negocios en violación formal al código arancelario para las importaciones de productos (contrabando) o bajo la sospecha del tráfico de sustancias prohibidas (drogas y estupefacientes).

La situación de sospecha sobre un ciudadano no suele tener límites basados en la prudencia, y lo que se genera son violaciones a los derechos constitucionales del

imputado, con largos períodos de espionaje sin posibilidad alguna de que el interesado – investigado y tratado como “enemigo” pueda realizar el más mínimo contralor sobre la legalidad o razonabilidad de las medidas de espionaje sobre todas sus comunicaciones, dictadas en su contra.

Debemos conceder, sin embargo, que, como lo señala Silva Sánchez, en su obra titulada “La Expansión del Derecho Penal” (2011), necesitamos un derecho penal posible, no ideal.

Sin embargo, cuando descendemos demasiado en este precipicio de medidas que afectan derechos del posible imputado, la luz de la razonabilidad de las medidas va quedando cada vez más alejada de los procedimientos ordenados.

En cierto punto, para admitir algunas de estas medidas, en casos imprescindibles y por cortísimos períodos de tiempo, deberíamos señalar que toda la discusión parece reducirse a una cuestión de “porcentajes”.

Esto, utilizando una analogía con la comida preparada por un excelente cocinero gourmet, diríamos que un poco de salsa es imprescindible, pero el exceso de salsa (o de sal o pimienta) termina arruinando completamente la mejor receta.

Por eso decimos que esta discusión, en definitiva, puede sintetizarse como una discusión de “porcentajes”. En cierto grado, cierto “porcentaje” de medidas son razonables, acordes al objetivo buscado, lógicas, que pueden convivir sin problemas con las clásicas garantías constitucionales del imputado en un proceso penal.

Sin embargo, justamente la tendencia a la continua expansión del derecho penal, señalada por casi toda la doctrina que analiza el devenir de las decisiones del legislador, desde el último cuarto del siglo XX hasta nuestros días, señala que cada vez autorizamos más medidas como las indicadas en los procesos penales de investigación.

Es como si al aumentar sucesivamente las dosis, nos fuésemos insensibilizando al sabor cada vez más intenso de una salsa muy picante, manteniendo la analogía del cocinero ya indicada.

Y muy particularmente cuestionable es la extensión de medidas creadas originalmente para combatir al terrorismo internacional (sobre todo desde los hechos del 11 de setiembre del 2001), medidas en las que queda confusa la situación del imputado

con prisión preventiva, asimilado a un prisionero de un ejército enemigo luego de una batalla.

Porque es entendible en parte esta confusión: pero cuando el legislador comienza a extender estas medidas (border line diríamos) ya a otros tipos penales como por ejemplo la evasión tributaria, delitos contra el código aduanero (comercio prohibido como contrabando) o incluso a los tipos penales que castigan la comercialización de muy pequeñas cantidades de drogas prohibidas o estupefacientes, aquí es cuando de pronto nos sorprendemos de la notoria desproporción entre el tipo de delitos y las medidas que se autorizan en el trato dado a un investigado de alguno de estos delitos.

Silva Sánchez, nos señala en su obra, que, “inversión de la carga de la prueba y delitos de sospecha, que desprecian la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, mediante la dotación de las instituciones de persecución penal con competencias análogas a las de los servicios secretos, que sólo pueden ser controladas judicialmente por tiempo limitado”. (Silva Sánchez, 2011)

En el llamado “deber de colaboración” que los órganos estatales de recaudación tributaria exigen a los contribuyentes, consistente justamente en poner a disposición del organismo de recaudación y (eventual) persecución penal, todos los sistemas de contabilidad de la persona física o jurídica, nos acercamos peligrosamente a situaciones que creíamos definitivamente dejadas en el derecho penal medieval: la obligación de probar la propia inocencia, o la construcción de una causa penal a partir de las propias declaraciones del investigado, declaraciones aportadas a través de su propia entrega de los libros contables.

A partir de la Revolución Francesa (1789) los seres humanos establecimos (al menos en el mundo jurídico occidental) que resulta aberrante obligar a un acusado a declarar contra sí mismo.

Pero en materia de ciertos delitos económicos, el negarse a declarar contra sí mismo (el negarse a prestar este llamado eufemísticamente “deber de colaboración” entregando toda la propia contabilidad empresarial al investigador) tiene la consecuencia de agravar la propia situación procesal, verdadera burla a garantías procesales del imputados, acudiendo al fácil expediente de cambiar el nombre que nos

alerta de la situación verdadera (no se usa la expresión “obligación de declarar contra sí mismo”, sino el eufemismo “deber de colaboración”).

Esto en materia procesal nos lleva a los modelos “negociados” de persecución penal, como la figura del arrepentido.

Ya en algunas ramas del derecho civil, los juristas han señalado que la igualdad del poder de negociación de las partes es la base en la que se apoya la legitimidad del consentimiento otorgado.

Esto, en materia laboral, por ejemplo, nos lleva a definir que es irrenunciable por el empleado o trabajador, la exigencia de ciertos derechos (atento a la enorme diferencia en la capacidad de negociación de las dos partes, una enorme empresa con miles de empleados, y un trabajador).

O incluso en materia civil de compraventa, se sanciona con la nulidad o anulabilidad a una compraventa de inmueble llevada adelante por una parte en una situación de extrema necesidad, frente a un comprador que se aprovecha y explota la necesidad (y por lo tanto la falta de poder similar de negociación) de su contraparte.

Sin embargo, livianamente introducimos en la estructura procesal de la aplicación del derecho penal, institutos de justicia negociada, que de acuerdo al criterio ya señalado, funcionarán cuando el sujeto activo y el sujeto pasivo se encuentran en similares condiciones de fuerza para negociar:

Una parte, con su automóvil conducido de modo negligente, generó lesiones leves culposas en el sujeto pasivo, que también conducía su automóvil. Ambas partes acuerdan cierto monto indemnizatorio y acuerdan negociar el cierre del procedimiento de persecución penal. O en el delito de injurias.

Sin embargo, cuando la diferencia en el poder de negociación de las partes es abismal, porque el sujeto pasivo es un estado que reclama una evasión tributaria, y el acusado como presunto sujeto activo es una persona física con su patrimonio, sencillamente los institutos de justicia penal negociada en realidad esconden una extorsión, una verdadera burla.

Con la amenaza de llevar adelante un proceso penal por evasión tributaria, el fisco obtiene el monto exigido como tributo, llegando a esta situación a través de una negociación “libre” entre sujeto activo y sujeto pasivo del delito.

Lo que todo el mundo jurídico ha señalado como “explotación abusiva de la necesidad de otro” en el instituto civil de la lesión subjetiva, como causal de injusticias y de acuerdos en los cuales una de las partes no está actuando en el ejercicio de su libertad.

Pretender señalar como solución creativa ante delitos en los cuales el sujeto pasivo es el ente recaudador estatal, la incorporación de “novedosos” institutos traídos del derecho privado, como es la idea de una “justicia penal negociada”, no es precisamente novedoso. Es volver a la expoliación del poderoso sobre el débil, en materia tributaria, tan propio de la exacción de los gobernadores y procónsules del Imperio Romano sobre los habitantes de las provincias periféricas.

Lo más moderno que tenemos en materia procesal penal son, en realidad, las garantías constitucionales emergentes en parte de la Revolución Francesa (1789), incorporadas por el proceso del constitucionalismo del Siglo XIX, como garantías elementales de los ciudadanos, en su posible padecer los excesos de los detentadores del mega sistema que llamamos “estado”.

El sistema clásico de garantías procesales a través del cual exigimos la certeza (en materia probatoria) para declarar una condena penal, viene a ser reemplazado, en el mejor de los casos a una acumulación de indicios que llevan apenas a una probabilidad (no a una certeza).

Ni hablar si en lugar de exigir la probabilidad en materia de acumulación de pruebas de cargo, directamente invertimos la carga de la prueba, condenando al imputado que no logró probar su inocencia, por faltar a presuntos “deberes de colaboración” con la autoridad investigadora, por ejemplo.

2.3 TERCER RASGO GARACTERÍSTICO: Investigador depende del Poder Ejecutivo

Jacobs dice textualmente en su obra: “... en un procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio

de una Administración de Justicia, pero sí perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra...” (Jacobs, 2007).

Esta tercera característica señalada la podemos encontrar en materia de delitos tributarios: En Argentina, una parte importante de las pruebas de cargo las genera con presunción de autenticidad y de legitimidad, el organismo recaudador nacional propio del estado federal.

Cuando en un procedimiento penal contra un imputado de un delito penal ordinario, el Ministerio Público Fiscal realiza su tarea de reunir el material probatorio para solicitar la elevación de la causa a juicio oral, las pruebas de descargo que aportará en el juicio plenario la defensa, tienen lo que se denomina paridad de armas, o similar valor probatorio.

El tribunal penal deberá evaluar con razonabilidad e imparcialidad, y con similar espíritu crítico, tanto las pruebas de cargo aportadas por la Fiscalía, como las pruebas de descargo solicitadas por la defensa del imputado. Igual situación tienen las pruebas que aporta un querellante particular, en paridad de importancia (teórica al menos) con las pruebas que aporte la defensa.

Pero cuando el procedimiento penal es iniciado por el propio organismo recaudador, que esgrime al posible contribuyente evasor, como una amenaza coactiva la presentación de denuncia penal ante una fiscalía, ofreciendo la alternativa del pago del tributo, en los montos y plazos que fija el propio organismo recaudador, vemos que todo queda desnaturalizado y sacado de sus caminos usuales.

En estas situaciones (cada vez más habituales) es la Administración (es decir el Poder Ejecutivo a través de sus funcionarios) quien determina el monto y los plazos de vencimiento de la deuda tributaria presunta, los monto punitivos que le parezca oportuno aplicar al presunto evasor tributario (tratado no como ciudadano sino como enemigo), y a su vez es el propio organismo dependiente de la administración central el que llevará adelante una investigación administrativa, parodia o caricatura de un proceso independiente del poder judicial (que respeta plenamente todas las garantías constitucionales del imputado) y cuyo sumario administrativo aportado a la Fiscalía, será realmente la base que fundamentará la elevación a juicio penal de ese imputado. La paridad de armas entre el acusador y la defensa brillan por su ausencia.

La ansiedad por recaudar (que algunos autores gráficamente la llaman “voracidad fiscal de todo estado moderno”) lleva a que los jueces administrativos sepan perfectamente quien es su empleador, quien puede ascenderlos o removerlos de sus cargos, y a quien (por lo tanto) deben responder con la forma con la cual llevan adelante estos procedimientos administrativos.

En cierto punto, no sería de extrañar que en el cómputo de las estadísticas de los procedimientos llevados adelante, no se revisa tanto un cierto número de casos, sino cierto monto que se logró “recuperar” para el erario público, desde esta visión puramente fiscalista, Jacobs acierta cuando señala como una de las características de un procedimiento penal contra un enemigo, indicando que quien lo lleva adelante no es el poder judicial independiente, sino un organismo directamente dependiente de la Administración (es decir, del Poder Ejecutivo).

Sabemos que la forma de negar esta realidad es indicar que siempre el condenado podrá pagar primero lo que le indiquen como deuda, y repetir después lo pagado, luego de un largo juicio ordinario llevado adelante ante el propio poder judicial independiente.

Se entiende la necesidad práctica del aforismo “pague primero y repita después” pero no podemos dejar de ser conscientes de la situación de renuncia a la propia condición de estado de inocencia (o de no deudor) que este pago anticipado implica.

Y con mayor razón, si justamente la forma de coacción que encubre todo este disfraz jurídico consiste en que ante la amenaza de una acusación ya no de deuda tributaria, sino de delito penal tributario, el acusado (aún el falsamente acusado) opta por el pago (con el usual “descuento del 50% de lo adeudado, por pago voluntario en las próximas 72 horas).

La construcción de un sistema social justo se funda, entre otros aspectos, en el trato respetuoso y cumplidor de cada uno de los ciudadanos, hacia el estado y su necesidad de recursos para funcionar y brindar los bienes y servicios que le son propios.

Pero también, en el respeto justamente de las garantías constitucionales, que el estado debe en su trato hacia cada uno de los ciudadanos que le tributan sus recursos.

Justamente, la situación de “no respeto” del estado hacia sus ciudadanos, implica hacia estos un trato mucho más cercano al despojo de los bienes del enemigo luego de

una batalla medieval, que, al trato de un estado de derecho basado en garantías constitucionales, del occidente del siglo XXI.

Finalmente, el derecho administrativo se mueve en base al llamado criterio o principio de oportunidad. Darle a la administración el permiso o la herramienta de aplicar en ocasiones sí y en ocasiones no, de acuerdo a sus propios criterios de oportunidad y conveniencia, más como mensaje de apoyo a ciertas políticas estatales en un sentido o en otro, que a la necesidad de reconstruir la justicia herida por el delito, es apartarnos seriamente de uno de los criterios más elementales que siempre han llevado adelante la persecución del delito: siempre se persigue, la acción de oficio del Ministerio Público, que no decide cuándo investigará un homicidio doloso y cuando no lo investigará.

La actuación del investigador que depende de una decisión del poder político para llevar adelante su actuación, siempre estará teñida (a los ojos de los ciudadanos comunes) de cierta complicidad de los funcionarios estatales justamente con los delitos económicos que se procura investigar, porque el proceso penal mismo pasa a convertirse en realidad, en una herramienta sujeta a negociación, para que el posible investigado se allane a las pretensiones tributarias del siempre voraz fisco, o para servir como ejemplo y escarmiento acerca del cumplimiento de regulaciones del comercio exterior (en materia de delitos de contrabando).

Como tan bien lo señala Silva Sánchez (2011), esta situación “somete al Derecho Penal a cargas que éste no puede soportar.” Porque los llamados macro – problemas, o problemas sistémicos (como el comercio internacional ilegal castigado por el delito de contrabando, o la evasión tributaria, endémica en ciertas ramas de la economía) requieren justamente un abordaje macroscópico para su resolución exitosa, en lugar del análisis caso por caso que realiza la herramienta estatal que resulta ser el Derecho Penal con toda su maquinaria de aplicación.

2.4. CUARTO RASGO CARACTERÍSTICO: Penas desproporcionadamente altas

Manuel Cancio Meliá nos señala como elemento característico clave (indicado por Jacobs para su concepto de derecho penal del enemigo), que “las penas previstas son desproporcionadamente altas (Cancio Meliá, 2007).

En Argentina, un excelente botón de muestra o ejemplo de lo anterior es la llamada Reforma Blumberg o ley Blumberg, aprobada en 2004 por el Congreso de la Nación (Ley 25.886), en el marco de alta y frágil emotividad social dado por el secuestro extorsivo seguido de muerte de Axel Blumberg. Su padre encabezó una cruzada mediática, que tuvo un resonante apoyo en la opinión pública.

La elevación de penas en el Código Penal Argentino llegó incluso hasta los 50 años de prisión para algunos delitos.

En numerosos casos posteriores que llegaron en apelación extraordinaria a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, varias de las altísimas penas de prisión legisladas fueron declaradas inconstitucionales por desproporcionadas en relación al hecho, por no guardar relación alguna con el concepto de resocialización señalado por la Ley Penitenciaria (atento a que si a una persona de 30 años de edad le aplicamos una condena de prisión efectiva de 50 años, básicamente no está dirigida a que ese penado sea “resocializado” para una positiva reinserción en la sociedad, atento a su muy elevada edad al momento de ser liberado).

Jorge De la Rúa y Aida Tarditti nos brindan en su obra un excelente resumen de la evolución legislativa en Argentina, con relación a este punto del análisis. (De la Rúa-Tarditti, 2014).

Al sancionarse el Código Penal en 1921, el límite de pena (de prisión o reclusión) estaba dado en el límite de la especie de pena (25 años para prisión y reclusión). Ya entonces, sin embargo, se objetaba, que siendo que el homicidio simple tenía indicada una pena de 8 a 25 años (artículo 79), en el caso de concurso real con dos, tres o cuatro homicidios, el tope de pena a sentenciar no podía nunca superar los 25 años señalados como tope o límite de la especie de pena.

De hecho, las prisiones perpetuas eran de 25 años. En 1984, la novel democracia sanciona la Ley 23.077 (justamente Ley de Defensa de la Democracia) que aumentaba la pena de los delitos en “un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional” o incluso al doble en relación a los agentes de la fuerza pública.

Si aplicamos esto a un homicidio simple, vemos que el máximo llega a los 37 años y 6 meses, o directamente a los 50 años de prisión.

Esto fue criticado por buena parte de la doctrina: Zaffaroni señala que la ley “intentó poner freno a la pulsión siempre recurrente de poder absoluto”, pero se convirtió en “la supresión de un límite histórico, que ni la dictadura llegó a desconocer” (verdadera paradoja, indicada en Zaffaroni – Alagia – Slokar, 2007).

Carina Lurati (2008) cita jurisprudencia favorable para ampliar el tope en el caso de concurso de delitos: Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 2001.

El legislador argentino optó por una técnica legislativa criticable, que consiste en señalar en la Parte General del Código Penal, agravantes genéricas que elevan los máximos posibles de las penas, en caso de que concurran ciertas circunstancias consideradas agravantes (uso de armas de fuego, intervención de menores, artículos 41 quarter, 41 párrafos 1 y 6, Ley 26.939).

Aunque el 41 bis coloca como tope el máximo de la escala, Lurati señala que supera los 25 años ya indicados, porque los fundamentos procuran dar una protección mayor a la vida humana (Carina Lurati, 2008).

La Ley 25.928 modifica el artículo 55 del Código Penal Argentino colocando un tope de 50 años, con el cual penas que son (en teoría) temporales, pasan a ser o terminan siendo de hecho, penas perpetuas.

Y aquí comienzan los planteos de inconstitucionalidad de la pena, entre otros motivos, por incoherencia al comparar las penas perpetuas con relación a los plazos para la libertad condicional (para penas perpetuas 35 años; y para la pena temporal, como a los dos tercios (2/3) son 33 años y cuatro meses, una ínfima diferencia para el penado, artículo 13 Código Penal Argentino).

O para la prescripción de la pena (porque el plazo es menor para las penas perpetuas, 20 años; y si fuese de 50 años, un tiempo igual al de la condena, es lo que ordena el artículo 65 Código Penal Argentino).

Otros cuestionamientos a la inconstitucionalidad de estas penas desproporcionadas por lo elevadas provienen de Zaffaroni, que señala su irracionalidad, además de violentar la prohibición de que se legislen penas crueles -artículo 18 Constitución Nacional (Zaffaroni, 2007).

Spinka, el actualizador del siempre tan citado Manual de Ricardo Núñez, en su edición del 2008 (este extraordinario abogado penalista cordobés, falleció en 1997) nos da su opinión contraria a estas penas extraordinarias, que entran en contradicción con el fin de la pena como período de resocialización del penado.

Es muy interesante el efecto sobre lo anterior, que generó la aprobación de la Ley 26.200 en Argentina (2007) de implementación del Estatuto de Roma. El Estatuto de Roma justamente contempla delitos extremos por su gravedad, aberrantes, como los delitos llamados de “lesa humanidad”.

Para algunos de estos delitos con penas temporales (no perpetuas), cuando están en concurso real, el Estatuto de Roma prevé una reclusión de hasta 30 años: “Artículo 78 inciso 3: Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas, y no excederá de treinta años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párr 1ro. b), del art. 77”.

Es muy interesante lo siguiente: al momento en que el legislador argentino, decide la vigencia de esta Ley Nacional, establece un tope que, por lo tanto, nunca puede ser superado, para que el Código Penal Argentino, ley nacional, no entre en contradicción con normas tan elementales como las que hacen referencia a que la ley posterior deroga la anterior, o la vigencia de la ley penal más benigna en un lapso temporal.

En el momento en el cual el legislador argentino (quizás por presiones de una opinión pública afectada por noticias de delitos penales aberrantes) se fue progresivamente alejando de los parámetros de coherencia interna del antiguo texto del Código Penal de 1921, este tope del Estatuto de Roma (vigente en Argentina por Ley 25.390 de aprobación en 2001 y Ley 26.200 de implementación en 2007) vuelve a otorgar mayores dosis de razonabilidad a nuestro sistema penal: El tope anterior de 50 años supera ampliamente el tope de 30 años que fija el Estatuto de Roma para concurso de delitos de lesa humanidad, con penas temporales.

Debemos pensar que estamos ante los delitos más graves descriptos por todo el sistema penal, y es absurdo pensar que las penas de estos delitos (los más graves) sean

penas menores en su duración que otras penas de delitos penales menos graves, como lo señalan Jorge De la Rúa y Aída Tarditti (2014).

Las reformas legales a la legislación penal en Argentina, estableciendo penas desproporcionadas por su altísima duración temporal, con un excelente ejemplo concreto de la mirada hacia el delincuente, justamente como un enemigo (no como ciudadano) propia del sistema penal disminuido en su racionalidad y en sus garantías, al que Günther Jacobs llama “derecho penal del enemigo”.

De nuevo, observamos que los órganos estatales no tienen la “vía libre” propia de las dictaduras, en su trato hacia el imputado. Por eso Jacobs insiste en que estamos ante un sistema de derecho diferente al del ciudadano.

Pero la descripción de los límites que aún tiene el aparato de represión penal del estado, son muy pobres, vagos, tenues, comparados con los límites y la razonabilidad que muestra el derecho penal del ciudadano.

Dentro de esta cuarta característica encontrada, debemos hacer mención a lo que el jurista español Silva Sánchez denomina eliminación de la distinción clásica entre la pena asignada al autor, y la pena asignada al partícipe. Solamente el hecho de formar parte de ciertas organizaciones del crimen organizado lleva a un tratamiento estatal sin distinciones, y sin penas diferenciadas.

Ya no se diferencia a través del grado de participación en la acción emprendida, con penas menores a los llamados partícipes secundarios, sino que la distinción de penas entre los imputados miembros de una organización delictiva, estará señalada por su grado de colaboración con el investigador, y en concreto con los premios asignados a la figura del “arrepentido”.

A pesar de todos los riesgos de delaciones no fundadas en la verdad sino en la invención delirante, con venganzas basadas en odios previos, entre cómplices delictivos. El grado de credibilidad de las declaraciones de cada “arrepentido”, que tiene poco que perder y mucho que ganar, debe ser analizado con un juicio muy desfavorable acerca de la verosimilitud de sus afirmaciones y dichos. A lo sumo, debe contar siempre con el apoyo de otras pruebas coincidentes, con esos dichos tan teñidos usualmente de interés, en los que más que procurar llegar a la verdad real, se procura la verdad negociada, y en la cual los verdaderos “capos” de la organización, siempre ordenan y disponen de

recursos de dinero para premiar delaciones que incriminan como jefes del grupo a los mandos intermedios, exonerando a las verdaderas cabezas del delito organizado.

La figura del arrepentido, específicamente, debe ser mirada con toda la atención y con el juicio crítico que estas situaciones implican en concreto, y sin ingenuidades.

A su vez, y puntualmente con relación a la aplicación de penas sumamente elevadas, (Silva Sánchez, 2011) destaca que en numerosos tipos penales del llamado derecho penal económico, en el cual el bien jurídico es el correcto o adecuado funcionamiento de la economía de una Nación, la entidad individual de las conductas imputadas no tiene la lesividad que se necesita para provocar daños al bien jurídico protegido.

Por este motivo, la sanción penal (de suyo elevada) vulnera el principio de proporcionalidad de la pena (con relación a la dañosidad o lesividad de la conducta imputada).

Alegar o fundar la lesividad de un hecho individual, acudiendo al razonamiento de que una realización masiva del mismo hecho lesionaría el bien jurídico protegido, es una forma de argumentar falaz que viola el principio de culpabilidad, imprescindible para la aplicación de penas desde el estado.

No debemos olvidar que la comparación (para establecer un juicio de proporcionalidad adecuado) la debemos establecer entre dos elementos: la pena que se impone al declarado culpable, y la materia o sustancia del riesgo propio de la conducta, aisladamente considerada (es decir, que no valen aquí argumentaciones acerca del efecto acumulativo de miles de conductas similares provocadas por otros miles de sujetos activos).

Podemos agregar que esta falsa argumentación del efecto acumulativo de la lesividad sobre el bien jurídico protegido, olvida mencionar que la pena establecida por la figura penal, no se “distribuye a prorrata” entre los miles de infractores, sino que caerá única y precisamente sobre el imputado de este proceso penal en concreto.

El principio de culpabilidad, relacionado para su funcionamiento con el principio de lesividad sobre el bien jurídico protegido por el tipo penal, nos marca e indica que es

imprescindible la existencia de lesión y de culpabilidad para imponer una pena desde el aparato estatal, sobre un ciudadano condenado.

En absoluto será razonable la argumentación de que la lesividad de miles de similares actos individuales de miles de delincuentes es lo que finalmente lesiona el bien jurídico protegido por el tipo penal.

Para no caer en simplificaciones, destaco que la idea de daño por acumulación es utilizada en ocasiones útilmente en materia de derecho penal. Pero la idea de evaluar las aportaciones de cada uno de los sujetos en la lesión global al bien jurídico protegido, no puede dejarse de lado, porque en este caso el aporte es irrelevante tomado por separado.

Podemos señalar que, aunque argumentemos sobre la seriedad y tamaño del problema generado por miles de actos, la magnitud del problema visto en su globalidad jamás podrá justificar la imposición de penas particularmente graves a sujetos individuales, cuyos aportes a ese problema global son verdaderamente insignificantes para el tamaño de las magnitudes consideradas.

Podemos deducir que una parte importante de este nuevo problema de penas desproporcionadas que se nos genera, parte de la decisión de extraer estas conductas de su ámbito anterior de funcionamiento, que eran las sanciones dadas por desobediencias a normas propias del derecho administrativo, y obviamente con penas pecuniarias, mucho menores en su entidad, propias justamente del derecho administrativo.

Colocar en la lisa del combate a todo el aparato del derecho penal (creado para otras situaciones, última ratio del sistema estatal) justamente marca una desproporción inicial, un desajuste entre los fines buscados y los medios utilizados, que termina generando discusiones sobre la desproporción de las penas si las comparamos con la lesión al bien jurídico del acto considerado en su individualidad.

Como lo señala con elocuencia Silva Sánchez (2011), ni siquiera podemos acudir en estos casos de miles de actos acumulativos que finalmente erosionan el bien jurídico protegido, a la figura de la participación o de la coautoría. La dispersión en el tiempo de miles de conductas similares, que no están integradas ideológicamente en un plan común, nos impide en absoluto poder acudir a los conceptos de coautoría o hecho único realizado en participación delictiva.

En estos casos, es mejor dejar de lado las ingeniosas ficciones jurídicas y comprender que estamos ante eventualmente miles de comportamientos similares, comportamientos masivos que nada tienen que ver con los conceptos de coautoría o delito realizado en participación.

El control administrativo, preventivo, de vigilancia, es el camino adecuado para aminorar estos problemas de incumplimiento masivo de normas administrativas. Dejar de lado la herramienta del Derecho Administrativo, para acudir a solicitar al Derecho Penal que intervenga, es un contrasentido que trae más dificultades que soluciones.

Este tema lo hemos descrito en este acápite sobre penas desproporcionadamente altas (justamente porque a infracciones con origen administrativo se les impone penas propias del Derecho Penal), pero tiene estrecha relación con la característica tercera (investigador penal depende del poder ejecutivo) justamente porque en su génesis, este tipo de situación era propia del área de trabajo del Derecho Administrativo.

Las impacencias del legislador ante la progresiva masificación de comportamientos no deseables, o para dar una imagen positiva ante la opinión pública que solicita sanciones más duras, es la que saca al Derecho Administrativo y coloca como inadecuado protagonista al Derecho Penal, herramienta claramente inadecuada para estas situaciones, como lo venimos describiendo.

2.5. CONCLUSIÓN PARCIAL

A modo de resumen de lo ya expuesto, podemos ya desarrollar la herramienta cualitativa propuesta en este trabajo, para detectar posibles infiltraciones de institutos propios del Derecho Penal del Enemigo.

Las cuatro características encontradas son las siguientes:

Primera: Amplio adelantamiento de la punibilidad

Segunda: Supresión de algunas garantías procesales

Tercera: Investigador depende del Poder Ejecutivo

Cuarta: Penas desproporcionadamente altas

Con el desarrollo anterior, ya podemos señalar, ante la gravedad de cada uno de los cuatro “rasgos característicos” que, ya observando la existencia de uno cualquiera de los cuatro signos anteriores, estamos ante un RIESGO MEDIO de presencia de una infiltración de conceptos del Derecho Penal del Enemigo.

Y si podemos observar en un mismo instituto la presencia de dos de los signos anteriores, estamos ya ante un RIESGO ALTO. Ante la presencia de tres o cuatro signos en el mismo instituto, diremos que estamos ante un RIESGO EXTREMO.

CAPÍTULO III:

ANÁLISIS DE LOS SEIS INSTITUTOS ELEGIDOS

INTRODUCCIÓN:

En respuesta a nuestra segunda pregunta de investigación Segunda pregunta de investigación “¿alguno o varios de los seis institutos procesales indicados a continuación, reúnen al menos tres de las cuatro características que hemos indicado como propias del “Derecho Penal del Enemigo”?

Cómo se ha expuesto, los Institutos a analizar son los siguientes:

1. El llamado “deber de colaboración” y su compatibilidad con el derecho del imputado a no auto incriminarse
2. La prohibición en la Argentina de la prisión por deudas y la Ley 11.683
3. La vigencia del non bis in ídem y el art. 303 del Código Penal
4. La extinción de la acción penal por pago el tributo exigido por el estado
5. La no vigencia de paridad de armas entre la acusación y la defensa del imputado
6. Las facultades “exorbitantes” de las que goza la administración estatal, aquí aplicadas a la materia penal

Como la herramienta cualitativa creada para responder a la primera pregunta de investigación, hace referencia también a cuestiones de derecho penal de fondo, tendré en cuenta en el análisis de estos seis institutos (principalmente) procesales, su relación con el derecho de fondo.

3.1.Primer Instituto: El llamado “deber de colaboración” y su compatibilidad con el derecho del imputado a no auto-incriminarse:

En el derecho argentino, la Ley Nacional 11.683 próxima a cumplir un siglo de vigencia (sancionada en 1932), en su artículo 35 y 36, nos pone frente al llamado “deber de colaboración”.

Realizaremos una síntesis de algunas partes de dichos artículos, con sus textos vigentes a la fecha, conforme las numerosas modificaciones que se le han introducido, para luego proceder a su análisis:

Así, reza el art. 35 diciendo, que la AFIP, dispondrá de amplios poderes, ya sea para verificar en cualquier momento, ya sea por sus funcionarios, o sus empleados, de que se cumplan las normas legales (ya sean dictadas por leyes, reglamentos, resoluciones, e instrucciones administrativas) y se podrá fiscalizar la situación de cualquier presunto responsable.

Para efectivizar dicho cumplimiento de las normas, la AFIP, podrá citar al firmante de la declaración jurada y a todos los que la AFIP considere que tengan conocimiento de las negociaciones u operaciones; estos deberán responder sobre las rentas, ingresos, egresos, y sobre las circunstancias y operaciones que a juicio de la AFIP estén relacionadas sobre el hecho imponible.

Así también, la AFIP podrá exigir a los responsables y terceros, la presentación de todos los comprobantes y justificativos; inspeccionar los libros y anotaciones, papeles y documentos de los responsables o terceros.

Para realizar dicho cometido, la AFIP puede solicitar el auxilio de la fuerza pública, para realizar allanamientos (debiendo en la solicitud el lugar y oportunidad en la que se practicará).

La AFIP puede clausurar preventivamente un establecimiento, dicha medida, se tomará cuando a criterio del funcionario autorizado por la AFIP, considere que se han vulnerado dos o más de los hechos u omisiones previstas en el art. 40, de la ley 11.683, y al mismo tiempo concurren un grave perjuicio o el infractor tenga un antecedente de haber cometido la misma infracción en un período no superior a dos años, para este caso, debe existir una resolución condenatoria, pudiendo estar firme o no.

La AFIP autorizará (previa orden de juez administrativo, fundada en los antecedentes fiscales que respecto de los vendedores y locales obren en la AFIP) a sus funcionarios a que actúen en el ejercicio de sus funciones, como compradores e bienes o locatarios de la obligación de obras o servicios y constaten el cumplimiento, de los vendedores, locadores, de la obligación de emitir y entregar facturas y comprobantes, en los términos y con las formalidades que exige la AFIP.

En el momento en que los funcionarios habilitados, se identifiquen, si no se han consumido los bienes o servicios adquiridos, se procederá a anular la operación y en su caso, la factura o documento emitido; si se puede se elimina dicha transacción.

Dicha constatación la deberán realizar los funcionarios cumpliendo las formalidades dispuestas en el art. 41, segundo párrafo, inciso c, de la ley en estudio.

La AFIP puede disponer medidas preventivas tendientes a evitar la consumación de maniobras de evasión tributaria, con relación a la condición de inscriptos de los contribuyentes y responsables, las autorizaciones de ellos para emitir comprobantes y la habilidad de dichos documentos para otorgar créditos y su idoneidad para respaldar deducciones tributarias y la realización de determinados actos económicos y sus consecuencias tributarias.

El responsable o contribuyente puede plantear la disconformidad ante la AFIP, el reclamo tiene carácter devolutivo (salvo cuando se le suspendió la condición de inscripto, en cuyo caso tendrá ambos efectos).

Dicho reclamo deberá ser resuelto en el plazo de cinco días, la decisión adoptada será de carácter definitivo, y sólo puede ser impugnada por la vía prevista el art. 23 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos- 19.549.

Asimismo, el art. 36 de la Ley 11. 683 dispone que los contribuyentes responsables, terceros, que realicen registraciones mediante sistemas de base de datos, deberán mantener en condiciones de operatividad en los lugares señalados en el art. 33 – último párrafo, y deberán conservar por el lapso de dos años contados a partir de la fecha de cierre del periodo fiscal los soportes magnéticos.

La AFIP podrá requerir a los contribuyentes, responsables y terceros, copias de los soportes magnéticos (ya sea en su totalidad o parte de ellos), información o documentación relacionada con el equipo de computación utilizado, y las aplicaciones que se hayan instalado, las actualizaciones realizadas del hardware y el software; y los sistemas operativos y los lenguajes utilizados, los programas, las carpetas del sistema, los diseños de los archivos.

Antes de utilizar nuestra herramienta cualitativa con la revisión de los cuatro “rasgos característicos”, haremos un repaso breve de lo anterior:

Puede observarse con la mera lectura los amplísimos poderes que el artículo 35 de la Ley citada, le otorgan al organismo recaudador argentino.

En primer lugar, vemos que, ante una inspección iniciada, un contribuyente inmediatamente debe proporcionar al organismo recaudador (representado por sus inspectores) toda la documentación señalada.

Lo primero que debemos destacar es que, como ya le resultará obvio al lector, esa documentación aportada por el contribuyente (en el curso de una inspección) será lo que se utilice posteriormente en su contra en una eventual causa penal tributaria.

Pero al mismo tiempo, los abogados, generalmente desde nuestros primeros días en el cursado de nuestra carrera profesional, sabemos de memoria que el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional establece una garantía esencial para todo proceso penal: la auto-incriminación está prohibida. “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”. Esto significa algo tan simple como que esa documentación aportada por el contribuyente no podrá ser utilizada como prueba de cargo en un juicio penal posterior, contra ese mismo contribuyente (caso contrario, estaríamos ante una violación flagrante de una garantía básica para la existencia de un proceso penal válido, indicada por nuestra Constitución Nacional, norma con más de 150 años de vigencia, al menos vigencia formal, por desgracia no siempre con vigencia real).

Esto tiene consecuencias jurídicas importantes: como el organismo recaudador puede llegar justamente a utilizar esta documentación brindada por el contribuyente, para iniciar un proceso penal en su contra, aparece el derecho del contribuyente a negarse legítimamente al requerimiento, haciendo referencia a una garantía constitucional fundamental.

El deber de colaboración vigente para la etapa administrativa ante el organismo recaudador no puede ser transformado en la prueba de cargo que iniciará un proceso penal posterior.

La Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica) en su artículo 8 ratifica la misma garantía de no auto-incriminación ya indicada, con jerarquía constitucional desde 1994, conforme el procedimiento indicado en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional.

Analicemos el primer “rasgo característico”: amplio adelantamiento de la punibilidad, o, dicho de otra manera, desdibujar la frontera entre actos preparatorios y tentativa, para punir actos preparatorios.

En este caso, el allanamiento judicial con auxilio de la fuerza pública que se señala en el artículo 35 inciso d) de Ley 11.683 no es una pena para un delito señalado por el Código Penal.

Sin embargo, la doctrina ha especializado ya ha señalado que ciertas actuaciones procesales (propias de la etapa de investigación penal preparatoria), sin lugar a duda puede decirse que son una pena en sentido amplio, por el menoscabo del crédito público y el daño moral infringido a quien soporta la medida.

Al margen de lo anterior, el artículo 39 inciso 2 Ley 11.683 señala las multas a la “resistencia a la fiscalización”, el artículo 40 ordena la pena de clausura hasta 6 días del establecimiento, por no llevar registro de sus operaciones (o no exhibirlos), además del decomiso eventual de la mercadería.

El artículo 46 señala que se consideran defraudaciones al fisco (es decir, existe ardid o engaño para evadir) con penas de multa de hasta seis veces lo evadido, pero el artículo 47 inciso d) nos agrava la situación desde una asombrosa presunción iuris tantum (vedada en materia de penas) que indica que la voluntad de incumplimiento se presume y se considera ocultación maliciosa (dolosa) al hecho mismo de no exhibir libros de contabilidad.

Ahora bien, realizaremos una breve síntesis de la parte pertinente de los artículos citados de la Ley 11.683 vigente, con sus numerosas modificaciones hasta la fecha.

Así dispone el **art. 39** que serán sancionadas con multa, las violaciones a las leyes tributarias, decretos reglamentarios, y toda otra norma de cumplimiento obligatorio, que establezcan la obligación de cumplir con deberes formales para poder así determinar la obligación tributaria, verificar y fiscalizar su cumplimiento.

Destaca el articulado que los incumplimientos sería: la resistencia a la fiscalización (del contribuyente o responsable) en el cumplimiento reiterado de los requerimientos de los funcionarios actuante.

Asimismo, el **art. 40** de la mencionada ley, refiere que serán sancionados con la clausura del establecimiento, local, oficina, recinto comercial, industrial, agropecuario o de prestación de servicios, o puesto móvil de venta, por el plazo de dos a seis días, cuando no llevaren registraciones o anotaciones de sus adquisiciones de bienes o servicios o de sus ventas, o de las prestaciones de servicios de industrialización, o, si las llevaren, fueren incompletas o defectuosas, incumpliendo con las formas, requisitos y condiciones exigidos por la AFIP.

En igual sentido, el **art. 46** dispone una pena de multa (dos a seis veces el valor del tributo) cuando las declaraciones sean engañosas o tengan ocultaciones maliciosas, sea por acción u omisión, y defraudaren al Fisco.

A su vez, el **art. 47** dispone que salvo prueba en contrario, se presume, que existe la voluntad de producir declaraciones engañosas o de incurrir en ocultaciones maliciosas cuando: 1- no llevar o exhibir libros de contabilidad, registraciones y documentos de comprobación suficientes, cuando ello carezca de justificación en consideración a la naturaleza o volumen de las operaciones o del capital invertido o a la índole de las relaciones jurídicas y económicas establecidas habitualmente a causa del negocio o explotación.

Con lo ya expuesto, considero cumplido de modo suficiente el primer “rasgo característico” indicado de nuestra herramienta cualitativa.

Ahora, vamos a continuar analizando el segundo “rasgo característico”: supresión de algunas garantías procesales: Los artículos 49 y 50 de la Ley 11.683 nos señalan que en caso de que el presunto infractor no sea reincidente, si decide (durante esta etapa procesal) regularizar su situación (es decir, allanarse para impedir un eventual proceso penal en su contra) pagando lo exigido por el fisco, queda exento de penas, o la sanción se reduce al mínimo ante su allanamiento.

Esto es una verdadera extorsión con fines recaudatorios, porque la amenaza de un eventual y futuro proceso penal es demasiado importante, y (al igual de lo que ocurría en el pasado con la amenaza de aplicación de tormentos) con seguridad muchos inocentes que no debían importe alguno se van a allanar y pagarán lo exigido para evitar el proceso penal futuro con el cual se los amenaza.

El artículo 35 en su inciso g) autoriza al ente recaudador a realizar “delitos experimentales” a través de sus funcionarios, con los presuntos evasores, realizando compras mientras ocultan su verdadera identidad, a fin de constatar la emisión o no de tickets o facturas.

Esta medida ordenada sin conocimiento del futuro imputado, a través de lo que podemos llamar “agentes encubiertos”, sin orden ni contralor previo de un juez independiente, nuevamente son otro menoscabo de garantías procesales del futuro imputado en una causa penal, porque justamente todo este material probatorio recabado previamente, es el que será usado con posterioridad en una causa penal.

A continuación, realizaré un resumen de los artículos señalados, para un mayor entendimiento.

Así el **art. 49** indica que, si un contribuyente o responsable, que no sea reincidente en infracciones materiales, podrá regularizar su situación antes de que se le notifique una orden de intervención mediante la presentación de la declaración jurada original omitido o de su rectificativa, y con esto quedará exento de responsabilidad infraccional.

En tanto el **art. 50** dispone que, si en la primera oportunidad de defensa en la sustanciación de un sumario por infracción al artículo 39, o en la audiencia que marca el artículo 41, si el titular o representante legal reconoce la materialidad de la infracción cometida, las sanciones se reducen por única vez al mínimo legal.

Con lo anterior queda con suficiencia acreditada la supresión de algunas garantías procesales elementales del imputado en un proceso penal, debido a que este proceso sancionatorio administrativo tiene adjuntada, por una decisión del legislador, nada menos que un proceso penal posterior, que pende como una espada de Damocles sobre la cabeza del ciudadano acusado de evasión tributaria, y lo acreditado en esta etapa, será utilizado como prueba de cargo en el posterior proceso penal.

Pasemos ahora al tercero “rasgo característico” indicado: el investigador depende del poder ejecutivo.

En este caso, para no extender este texto, no es necesaria mayor explicitación, debido a que todo este proceso sancionatorio administrativo que indica la Ley 11.683, depende de modo directo de funcionarios nombrados y removidos por el Poder Ejecutivo nacional, y las pruebas recabadas, son justamente las que servirán como prueba de cargo en el futuro (eventual) proceso penal que se lleve adelante.

Finalmente veamos el cuarto “rasgo característico”: las penas son desproporcionadamente altas

En el primer “rasgo característico”, pudimos analizar que se cumple en este caso, un amplio adelantamiento de la punibilidad. Aunque estemos hablando de sanciones administrativas, o del sufrimiento moral que causa, por ejemplo, un allanamiento ordenado por el juez federal a pedido de la autoridad administrativa, ya podemos observar penas dadas a meros actos preparatorios de una eventual defraudación tributaria al fisco.

Y en este caso, las penas dadas a los actos preparatorios no son meramente simbólicas. Podría darse el caso de que cumplido el primer “rasgo característico” de la existencia de penas a meros actos preparatorios, las penas no fuesen de una entidad importante. Pero en este caso, se cumple además el cuarto “rasgo característico”, porque las penas sí resultan desproporcionadamente altas para la entidad de los actos preparatorios sancionados.

Se pune, se castiga aquí la no exhibición o la no entrega (conforme al deber de colaboración con el ente recaudador fiscal) de los libros y comprobantes contables del presunto evasor.

Las penas de hasta 6 días de clausura de un negocio, además de la falta de facturación para pagar los gastos fijos, irroga un daño al crédito público y a la marca en cuestión, que es muy difícil de sobrellevar para el prestigio comercial de cualquier ciudadano.

Aún levantada la clausura, en el futuro es probable que (por el daño a la reputación), la facturación nunca vuelva a los niveles anteriores a la medida indicada. O que sea necesario despedir empleados, a raíz de la baja en el giro del negocio comercial.

Las medidas de multa que son equivalentes a varias veces lo “presuntamente” evadido, en algunos casos en los que el comerciante argentino está al límite con sus posibilidades crediticias, significará lisa y llanamente, el cierre del negocio, pérdida de empleos, quiebra pedida y subasta de los bienes de capital.

Las penas con las que se castigan los actos preparatorios aparecen irreversibles en sus consecuencias, y desproporcionadamente elevadas en relación con la falta cometida.

Conclusión para el primer instituto analizado: Cumplidos tres o cuatro “rasgos característicos” (cuatro en este caso), nuestra herramienta cualitativa nos señala un riesgo EXTREMO de estar ante institutos y metodologías jurídicas, propias de un derecho penal del enemigo.

3.2. Segundo Instituto: La prohibición en Argentina de la prisión por deudas y la Ley 11.683

Realizar una revisión histórica detallada de la prisión por deudas en el Derecho Argentino excede largamente el objeto de este trabajo; sólo mencionaré el antecedente de la Ley Nacional 514 (1872), que ya suprime la prisión por deudas, con la importante excepción de que existiese dolo del deudor, en la quiebra mercantil.

Sin embargo, progresivamente, la conciencia jurídica evolucionó hasta el punto de encontrar repudiable este instituto de la prisión por deudas, aún en el caso de dolo del deudor. Argentina, en 1984 suscribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica). En 1994, durante nuestra última reforma constitucional, se decide darles jerarquía constitucional a algunas convenciones de derechos humanos, entre ellas, justamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos ya citada, a través del mecanismo del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Dicha Convención (con jerarquía constitucional en Argentina) contiene el artículo 7 inciso 7, que señala (acerca del derecho a la libertad personal) que se prohíbe la prisión por deudas, excepto el caso de incumplimiento del deber alimentario.

Es clave comprender el enorme alcance de esta norma, que establece que a pesar de la situación en que se pruebe el dolo en el deudor, únicamente podrá existir o decretarse la prisión por deudas, para los casos de incumplimiento de la obligación alimentaria.

No podemos ampliar por analogía el alcance de esta excepción, que sí permite la prisión por deudas.

En la Ley Nacional 11.683, ya en los artículos analizados más arriba, se muestra y exhibe un mecanismo o forma de proceder que tiene un notable parecido con una extorsión lisa y llana: en caso de que el presunto infractor tributario pague (la cifra pretendida por su acreedor tributario, quien siendo juez y parte es quien lleva adelante el procedimiento de inspección y fija el monto dinerario pretendido), se cancela el procedimiento contra el presunto infractor.

Está claro que, de no formalizarse el procedimiento, por su pago, la cancelación de las deudas, el procedimiento administrativo, se convertirá ahora en un proceso penal, que luego sin lugar a duda culmina en la prisión preventiva o con la condena a prisión efectiva del infractor.

Y aquí tenemos, obviamente disfrazado detrás de varios velos que nos ocultan la realidad desnuda, el instituto que criticamos.

Argentina, señalando que en realidad la prisión se establecerá no por una deuda, sino por el delito de defraudaciones ardidosas, con este eufemismo ingenioso pero criticable e insincero, amenaza al presunto infractor de obligaciones tributarias, con una simple y llana prisión por deudas.

Y el posible deudor, justamente para evitar la enorme penalidad que implica un proceso penal y una posible condena de prisión efectiva, se adelanta a culminar rápidamente todo el procedimiento por lo que paga lo pretendido por el recaudador fiscal.

Está claro que, de no cancelarse el procedimiento, por su pago, la cancelación de las deudas, el procedimiento administrativo, se convertirá ahora en un proceso penal, que luego sin lugar a duda culmina en la prisión preventiva o con la condena a prisión efectiva del infractor.

Y el posible deudor, justamente para evitar la enorme penalidad que implica un proceso penal, y una posible condena de prisión efectiva, se adelanta a culminar rápidamente todo el procedimiento, y paga lo pretendido por el recaudador fiscal.

Como estamos ante varios velos que nos ocultan una realidad desnuda que viola nada menos que una norma de jerarquía constitucional (artículo 7 inciso 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), es fácil confundirnos.

Pero mirando globalmente el mecanismo jurídico utilizado, lo que tenemos es la vieja y conocida (desde la antigüedad clásica hasta hoy, 5.000 años de historia) amenaza de la prisión, para que el presunto deudor pague lo que se le exige.

Parte del disfraz es señalar que el pago que el presunto infractor realiza es “voluntario”, aun cuando si seguimos atentamente el camino o la vía jurídica, el procedimiento administrativo (en el cual el acreedor tributario fija el monto de lo que se le debe y asume el papel de juez y parte, llevando adelante la inspección y reuniendo la prueba de cargo) culmina con la presentación de todas las actuaciones ante el juez penal, actuaciones que serán el corpus principal de pruebas de cargo contra el imputado penal por defraudación tributaria.

Como lo he señalado más arriba, al igual que en los interrogatorios medievales en los que se admitía el uso del tormento contra el imputado, existe una enorme cantidad de inocentes que prefieren pagar en una etapa temprana del procedimiento, el monto que el acreedor fijó y exige como debido, antes que presentar sus descargos, asumiendo el riesgo de un resultado judicial desfavorable, que culmine en una prisión por delitos penales.

Es decir, una prisión por deudas (que el sistema la disfraza de que en realidad la prisión castiga no la deuda dineraria, sino el uso de ardid o engaño para evadir las obligaciones tributarias).

Pero en realidad, si miramos con atención, estamos ante una situación lamentable, en la que la voracidad fiscal, y las muchas necesidades legítimas que el estado cubre justamente con el dinero que recauda, hacen que los juristas cerremos los ojos, miremos para el otro lado, nos convenzamos de la legitimidad de la actuación del fisco recaudando el dinero que financia hospitales para los más necesitados, sin atender en absoluto a esta metodología que difícilmente pueda llamarse “jurídica”.

Este método se acerca más al clásico “apriete” de una extorsión, que a una metodología jurídica. Pague o vaya a prisión, dice el acreedor, que fijó el monto debido, realizó las inspecciones, tiene en su favor la presunción de legitimidad de sus actuaciones administrativas, y encima, se permite el sarcasmo de recordarnos que “solve et repete”, es decir, pague y luego repita, es una norma que rige en nuestro sistema, porque estamos en un estado de derecho.

Por supuesto, que luego del pago (que en muchos casos ya pone en riesgo la continuidad financiera y económica del emprendimiento comercial) el pagador tiene

abierto el camino de muy dudosa efectividad, de reclamar la devolución de lo pagado por no corresponder, agotando lentamente la vía administrativa, luego llevando adelante un juicio ordinario ante la justicia independiente, con gastos en letrados y tiempos prolongados, que en el mejor de los casos, culmina con un fallo favorable al deudor, que ordena al fisco devolver el dinero cobrado en años anteriores.

Y de pronto, el pagador se encuentra con la valla más utilizada por el estado argentino a la hora de pagar acreencias: la declaración de emergencia económica, que posterga pagos (en algunos casos, sine die).

No vamos a extenderme sobre el camino de solicitar la declaración de inconstitucionalidad de estas leyes de “emergencia económica” de los estados nacional, provincial, o municipios argentinos, porque está fuera de los alcances de este trabajo.

Sólo deseo subrayar y advertir al lector técnico jurídico de que podemos tener una mirada diferente sobre estos institutos, propios de un derecho penal del enemigo, en los cuales cuando pasan décadas de aplicación relativamente pacífica en la jurisprudencia, nos adormecemos y acostumbramos a aceptar lo inaceptable.

Por lo que, en nuestra mente, sabemos que el artículo 7 inciso 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es una de nuestras garantías o estatuas jurídicas que nos llena de orgullo, porque vivimos en un estado de derecho.

Y al mismo tiempo, nos auto-engañamos sosteniendo que la Ley 11.683 sólo hace una propuesta de pago voluntario, generosa para un evasor delictual, y dejamos pasar como legítimos estos institutos de muy dudosa constitucionalidad.

Claro que para comprender en dónde está la inconstitucionalidad, debemos obligarnos a tener una mirada global, que abarque el camino completo, y todos los mecanismos afectados. Y sobre todo, volver a permitirnos utilizar ese sentido común de justicia que generalmente todos los estudiantes de derecho tuvimos en nuestros primeros años de estudio de las leyes y los mecanismos del derecho.

En relación con el cumplimiento de los “rasgos característicos” de nuestra herramienta cualitativa de medición, observo que el N° 2 (con la supresión de algunas garantías procesales, en este caso la prisión por deudas), el N° 3 (el investigador

depende del poder ejecutivo), y el N° 4 (penas desproporcionadamente altas, como lo es aplicar pena de prisión a una deuda dineraria que es fijada en su monto por el acreedor) nos llevan a destacar que en este mecanismo descripto, tenemos un riesgo EXTREMO de estar ante un típico instituto propio del llamado Derecho Penal del Enemigo.

3.3.Tercer Instituto: La vigencia del non bis in ídem y el artículo 303 del Código Penal

No necesita presentaciones la garantía del non bis in ídem en materia penal, hoy con expresa jerarquía constitucional (tácita en nuestra Constitución Nacional originaria de 1853 – 1860, implícita en el artículo 33), por la inclusión de Convenciones de Derechos Humanos justamente con esta jerarquía constitucional, desde 1994 en Argentina, a través del mecanismo creado en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución reformada.

Es casi redundante señalar o citar los artículos de casi todas las constituciones provinciales de Argentina que incluyen, obviamente, esta garantía penal tan elemental y antigua.

No podemos perseguir penalmente a la misma persona con relación al mismo hecho.

En este tercer instituto haré referencia a particularidades de la propia descripción del tipo penal del artículo 303 Código Penal.

Ya en nuestros días de estudiantes del derecho penal, la lectura de penalistas muy didácticos como Carlos Creus, me ayudaron a comprender que la descripción contenida en ciertos tipos penales (como en el caso del robo simple, por ejemplo) incluye la fuerza ejercida sobre las cosas o la violencia sobre las personas.

Esto tiene la implicación lógica siguiente: si estamos castigando (o procesando) a un sujeto activo bajo la acusación de que robó un reloj pulsera que estaba apoyado en una mesa, dentro de una vivienda, ingresando a la vivienda a través de la rotura del

vidrio de una ventana, ya el castigo previsto por la norma (castigo superior al simple hurto) está considerando y castigando la rotura de ese vidrio.

Sería un absurdo jurídico que, luego de castigado el sujeto por este robo, iniciáramos contra él una persecución penal para que sea castigado por la rotura del vidrio de la ventana. El robo (con su pena respectiva) ya incluye en su previsión, el castigo de la fuerza ejercida sobre las cosas, como medio para atentar contra el bien jurídicamente protegido.

También decimos que si surgen lesiones leves a raíz del tironeo o forcejeo del ladrón con una mujer que defiende su propia cartera o bolso, esas lesiones leves son “absorbidas” por la figura del robo, que prevé el castigo también para la aplicación de violencia (instrumental) sobre las personas.

No podríamos castigar primero el robo de la cartera, y luego solicitar el inicio de otra causa penal por lesiones leves.

En estos casos, nuestra garantía “non bis in ídem” funciona junto con el análisis de la estructura lógica de la descripción contenida en el tipo penal.

Es usual señalar que, en el caso de los delitos contra la propiedad, castigado el robo o el hurto de una bicicleta, por ejemplo, no vamos también a castigar el hecho de la venta de ese objeto robado o hurtado.

Decimos que, en un delito contra la propiedad, lo usual, lo normal, o dicho más técnicamente, en el iter criminis corresponde a la etapa de agotamiento del mismo delito señalado, la conversión de la bicicleta robada en dinero.

Por este motivo, como lo señalo, no imputamos como delito separado la venta de ese objeto robado antes (bicicleta) si ya estamos castigando al sujeto activo por robo o hurto de esa misma bicicleta.

La venta de esa cosa robada por el propio sujeto, no es otra cosa que el agotamiento del delito precedente, cuya pena impuesta ya está considerando que el delincuente (en los delitos contra la propiedad) casi siempre procurará convertir lo robado en dinero.

Ahora bien, explicitada esta especial o particular aplicación de la garantía constitucional que nos impide perseguir dos veces a la misma persona por el mismo hecho por el cual ya fue perseguida y castigada, veremos la relación de incoherencia que encontramos entre esta garantía del “non bis in ídem” y nuestro artículo 303 del Código Penal.

Rafael Berruezo y Nicolás Cópola (2021) con gran elocuencia y cierto sentido del humor y del sarcasmo, le llaman cajón de sastre a nuestro nuevo artículo 303 del Código Penal: “... el tipo penal de lavado de dinero funciona como una suerte de cajón de sastre, donde toda conducta con la cual no se sabe bien qué hacer será considerada lavado de dinero...”

La idea de la norma es dar una herramienta al estado para luchar contra el fenómeno del narcotráfico (suele agregarse también la idea de limitar el financiamiento del terrorismo internacional).

La idea de lavado de dinero implica la legitimación de bienes y dinero, que provienen de una actividad ilícita previa.

Obviamente la idea de este tipo penal es frenar o dificultar el uso del producido por delitos espantosos, como por ejemplo la trata de seres humanos con fines de explotación sexual o laboral, corrupción estatal, juego ilegal, contrabando, tráfico de armas, y el narcotráfico. Se procura dar al dinero (fruto de estos delitos) una apariencia de origen lícito.

No quiero que nos detengamos, aquí en el análisis de la extensión asombrosa (rayana en violatoria del principio de legalidad y tipicidad en materia penal) del artículo 303 del Código Penal.

Cada tipo penal debe ser preciso en su descripción: no es válida la redacción de tipos penales con ambigüedad o vaguedad, para facilitar justamente la persecución penal indiscriminada por parte de las autoridades estatales.

A esto se refiere nuestra antigua garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional. Más allá de la pena máxima prevista (hasta 10 años de prisión), la idea que

vemos es la de escindir el delito de lavado de dinero, de su delito precedente que dio origen justamente como fruto propio, a ese dinero de origen ilícito.

Si no podemos probar un delito precedente (con condena firme) no es razonable acudir al expediente de una acusación sobre la ilicitud del origen de los fondos, y por lo tanto, realizar una acusación de lavado.

Sin embargo, en nuestra jurisprudencia, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha señalado: “la procedencia criminal de los bienes que son objeto de blanqueo sólo requiere la comprobación genérica de una actividad delictiva previa que, según las circunstancias del caso, permita la exclusión de otros orígenes posibles, sin que sea necesaria la demostración plena de un acto delictivo específico ni de los concretos partícipes en el mismo.” (Sala II-B, “A.E. s/procesamiento, resuelta el 14 de julio de 2011, publicada por La Ley Online, AR/JUR/31852/2011) (fallo señalado por Berruezo – Cóppola, 2021, obra citada).

El principio de inocencia queda seriamente dañado con esta forma de razonar de nuestros jueces. Pero más allá de esta clara violación de una garantía procesal muy elemental, el texto del artículo 303 del Código Penal no contiene la condición imprescindible de la falta de participación de su posible autor, en el delito precedente (estaríamos castigando, por tanto, también el auto – lavado).

Justamente, punir el auto – lavado, en este caso, es lo que genera una clara violación a nuestra garantía del “non bis in ídem”. Si el lavado de dinero es una modalidad agravada del delito de encubrimiento, quien realiza el lavado no debe haber sido partícipe del delito precedente.

Pero el artículo 303 de nuestro Código Penal no realiza esta distinción esencial, castigando también “en la misma bolsa” el llamado auto – lavado. Este auto – lavado como tipo penal, abre la puerta (por un evidente error lógico en la técnica jurídica) a una doble persecución penal por el mismo hecho y contra la misma persona.

Poner en circulación, llevar al mercado, bienes obtenidos por el propio sujeto activo, a través de un delito realizado con fines de lucro, ya está castigado en la pena prevista para el delito precedente.

Estamos en una forma un poco más compleja del ejemplo del ladrón que roba una bicicleta, para venderla luego y obtener dinero: la pena del robo ya incluye la venta del objeto robado por el propio sujeto (es el agotamiento lógico del delito, el momento final del iter criminis, como ya lo hemos señalado).

Desde España, la jurista Patricia Faraldo Cabana nos señala: “... de acuerdo a la doctrina mayoritaria, deben excluirse quienes hayan participado por cualquier título, en la comisión del delito grave del cual provienen los bienes que se blanquea.” (1995, Revista de Estudios Penales y Criminológicos USC, Santiago de Compostela, vol. XXI, 1998, página 130) (citado a su vez por Berruezo y Cóppola, 2021).

Faraldo Cabana razona con la lógica perfecta de la teoría clásica del delito, que venimos perfeccionando desde Carrara hasta el presente: el grave delito precedente, realizado con fines de lucro, ya incluye en su elevada punición prevista, el castigo por la utilización del dinero obtenido a través de ese delito precedente, por el mismo autor.

Todos los ardides o ideaciones, por más complejas que resulten, realizados por el autor del delito precedente (realizado justamente con fines de lucro) para utilizar el producido dinerario, quedan absorbidos por la pena prevista en la figura penal que describe este gravísimo delito precedente, y por lo tanto no podemos volver de nuevo a castigar, estos actos posteriores de “lavado”, que son agotamiento del delito precedente por su mismo autor, y que ya han sido penados.

Por más de veinte siglos hemos establecido que “non bis in ídem”. La pena por el lavado del dinero proveniente del delito precedente (lavado realizado por el mismo autor) ya está incluida en la pena prevista para el delito precedente. Sumar ambas penas, nos coloca ante otro caso de penas desproporcionadamente altas, pero para peor, elevando incorrectamente las penas que ya fueron previstas en sus máximos típicos, por el delito precedente.

No es exigible al criminal que delinquiró para obtener un rédito en dinero, que realice a posteriori de su primer delito, una conducta diferente a la que está realizando (es irrazonable pensar que actuará de modo diferente, por eso es por lo que la pena del delito precedente ya está puniendo este agotamiento del delito que llamamos lavado).

Así como aprendimos como jóvenes estudiantes del derecho penal, que nadie puede ser penado por una acción de auto-encubrimiento, no podemos razonar de un modo diferente en esta hipótesis del auto-blanqueo o auto-lavado, que no es otra cosa que dar apariencia de origen lícito a bienes provenientes de un delito del cual se ha participado previamente.

Avalando esta posición (contraria a la admisión del auto – lavado por violar el non bis in ídem), Berruezo – Cóppola (2021) nos citan el fallo del 19 de noviembre de 2012 de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal (voto juez Luis María Cabral con adhesión de jueces Raúl Madueño y Eduardo Riggi), en el que hacen lugar al recurso de casación de la defensa, interrumpiendo la investigación por la comisión del delito de lavado de dinero, estimando que “... la calificación de lavado de activos (...) importa un doble juzgamiento prohibido pretender reeditar la investigación del hecho bajo esa calificación legal...”

Con el análisis anterior, y establecida la vinculación entre nuestro artículo 303 del Código Penal y la violación al principio “non bis in ídem” en el caso del auto – lavado de activos, observaremos a través de nuestra herramienta cualitativa, el riesgo de infiltración de Derecho Penal del Enemigo, en esta figura penal.

No se observa aquí la realización del “rasgo característico” primero (adelantamiento de la punibilidad, castigando actos preparatorios) porque justamente es al revés: estamos puniendo el agotamiento de un delito anterior.

En relación con el segundo “rasgo característico”, sí se cumple claramente la violación de una garantía procesal elemental, que es el “non bis in ídem”, como ya se ha señalado y explicado. Sobre el tercer “rasgo” (el investigador depende del poder ejecutivo) esta característica no se cumple en esta descripción. Acerca del cuarto “rasgo” (penas desproporcionadamente altas) entiendo que justamente sumar a los máximos de pena indicados para el gravísimo delito precedente, las penas por auto - lavado de dinero del artículo 303 (hasta diez años) ya señalado, implica un agravamiento desproporcionado de las penas ya indicadas para el delito precedente, procurando hacer pasar una situación de concurso aparente de normas, como si fuese un concurso real de tipos diferentes.

Por lo tanto, cumplidos dos de los cuatro “rasgos característicos” indicados por nuestra herramienta cualitativa, podemos decir que, en este caso explicado, estamos ante una situación de riesgo ALTO de presencia de institutos del Derecho Penal del Enemigo, en esta relación que hemos establecido entre la violación del “non bis in ídem” y la acusación de auto – lavado previsto por el artículo 303 de nuestro Código Penal.

3.4.Cuarto instituto: Extinción de la acción penal por pago del tributo exigido por el Estado

La infiltración del Derecho Penal del Enemigo en este ingenioso mecanismo de presión ya ha sido analizada detalladamente junto al primer instituto (con el llamado “deber de colaboración” y la Ley 11.683) por estar ambos ligados de modo casi insoluble, y más arriba hemos llegado a la conclusión de riesgo EXTREMO, utilizando nuestra herramienta cualitativa.

Sólo cabe agregar aquí la mención de las normas penales que autorizan la extinción de la acción penal en estos casos, así lo expresa la ley 27.430, dispositivo legal que entre muchas disposiciones modifica con su art. 279 el Régimen Penal Tributario, disponiendo en sus art 1, 2, 3, 5 y 6 modificaciones relacionadas a los delitos tributarios.

Así dispone que a la evasión simple (el contribuyente, mediante ardid o engaño- ej. con declaraciones engañosas) evadiere total o parcialmente el pago del tributo, le impune la pena de prisión de dos a seis años.

En tanto, para la evasión agravada (ya sea porque el monto supera los quince millones de pesos, o intervienen varias personas utilizando estructuras de negocios, utilizare modos fraudulentos de beneficios fiscales, o facturas falsas) la pena será de tres y seis meses a nueve años de prisión.

Con relación al aprovechamiento de beneficios fiscales, dispone que se impondrá pena de tres años y seis meses a nueve años, al que mediante declaraciones engañosas (u otro ardid) se aprovecha, percibe o utiliza indebidamente los beneficios fiscales que otorgan los diferentes niveles gubernamentales por un monto superior a un millón quinientos mil pesos.

Asimismo, dicho ordenamiento legal- Ley 27.430, dispone en el mismo art. 279, los **delitos relativos a los recursos de la Seguridad Social**, y dice que se impondrá pena de prisión de dos a seis años a la evasión simple de los aportes de contribuciones- seguridad social (sea parcial o total) a quienes, mediante ardid o engaño (por ejemplo, realizando declaraciones engañosas u ocultaciones maliciosas) ya sea por acción u omisión y evadieren una suma mensual mayor a doscientos mil pesos.

Indica la normativa, que la evasión será agravada, con una pena de tres años y seis meses a nueve años, cuando el monto evadido sea superior al millón de pesos; o hayan intervenido varias personas utilizando estructuras de negocios para ocultar la identidad del verdadero obligado, y se supere un monto de evasión mayor a cuatrocientos mil pesos: o hayan utilizado cualquier tipo de beneficio fiscal y el monto de la evasión supere los cuatrocientos mil pesos.

Finalmente, la norma dispone que se aceptará la cancelación forma incondicional y total de las obligaciones evadidas, y se producirá **la extinción de la acción penal** de las penas dispuestas en los artículos ut supra referenciados, añadiendo: 1- que esta cancelación se deberá producir hasta treinta días hábiles posteriores al acto procesal por el cual se notifique fehacientemente la imputación penal que se le formula; y la Administración está dispensada de formular la denuncia penal; 2- que el beneficio de extinción se otorgará por única vez por cada persona obligada.

Como ya se expuso, ut supra, que si bien se dispuso un aumento de pena para la evasión fiscal (hasta un máximo de nueve años) se lo deja librado al arbitrio del imputado, esta imposición de pena, ya que, frente a esta amenaza punitiva, el encartado puede quedar completamente librado si se allana a la pretensión completa del acreedor.

En honor a la brevedad, el desarrollo argumental realizado para el primer instituto analizado (el llamado “deber de colaboración”) es suficiente para completar lo que se muestra aquí.

En relación con nuestra herramienta cualitativa, el primer “rasgo característico” sobre adelantamiento de la punibilidad no sería aquí aplicable.

Sin lugar a duda, el segundo “rasgo característico” (supresión de algunas garantías procesales) sí lo es, en la medida en que se deja en manos del imputado, más como una

extorsión, que, como una opción, la extinción de nada menos que la acción penal, como un intercambio a su allanamiento al pago de la acreencia cuyo monto ha fijado el mismo acreedor (ya mencionamos la garantía constitucional en contra de la prisión por deudas).

En relación al tercer “rasgo” (el investigador depende del poder ejecutivo), se cumple aquí plenamente, porque todo el corpus de pruebas de cargo, y la fijación del monto preciso de la acreencia, ha sido fijado y señalado a través de una investigación de funcionarios del ente recaudador, dependiente del poder ejecutivo de la Nación (su revisión posterior por el fiscal, previo a la imputación e inicio de la acción penal no tiene suficiente entidad para modificar la situación anterior, particularmente cuando la extorsión se produce en el umbral mismo de la actuación del poder judicial independiente).

Con relación al cuarto “rasgo característico” (penas desproporcionadamente altas) también se cumple acabadamente, atento el artículo 6 de la ley citada, transcripto ut supra, que impone una pena de prisión (efectiva) de hasta 9 años, en caso de que el imputado no acepte el allanamiento cuasi extorsivo propuesto, y ya descrito.

Conforme lo anterior, podemos afirmar la infiltración de institutos y caracteres del Derecho Penal del Enemigo, con un grado de riesgo EXTREMO, en este caso que analizamos.

3.5.Quinto Instituto: No vigencia de paridad de armas entre la acusación y la defensa del imputado

También aquí debemos decir que la infiltración del Derecho Penal del Enemigo en este ingenioso mecanismo de presión ya ha sido analizada, tanto en el primer instituto observado, como en el quinto.

Del análisis de la Ley 11.683, mirada en conjunto con la Ley 27.430, observamos que, durante toda la investigación del ente recaudador, las facultades de acumulación de prueba de cargo y las posibilidades reales y concretas de ejercer el derecho de defensa por parte del presunto evasor, están sin dudas muy poco equilibradas.

El ente estatal puede enviar funcionarios para realizar tareas de agentes encubiertos realizando compras fingidas, para observar si el contribuyente investigado emite facturas, sólo por mencionar un ejemplo.

Pero lo más importante es que a diferencia de un proceso civil en el cual el acreedor exige un monto adeudado por el deudor, y ambos producen pruebas que serán analizadas por el juzgador, en estas instancias tenemos la situación de que el acreedor tributario fija unilateralmente el monto que se le adeuda, y goza de la legitimidad de sus actuaciones administrativas, las cuales casi siempre serán el corpus principal de pruebas de cargo con lo que el Fiscal iniciará las actuaciones penales, promoviendo la acción penal.

No es necesario mencionar aquí la enorme diferencia de poderes entre un empresario individual con su emprendimiento comercial, y la actuación del estado nacional con todas las herramientas jurídicas y de presiones fácticas que tiene a su alcance.

Ya hemos analizado más arriba una de las presiones de hecho más importantes (y una de las más injustas) que es justamente la cuasi extorsión o amenaza de que, si el contribuyente investigado no se allana simple y completamente a pagar la totalidad del monto exigido como deuda, fijado unilateralmente por el acreedor tributario, el estado activa ya no su sistema administrativo de sanciones, sino nada menos que la maquinaria de aplicación del derecho penal.

La paridad de armas entre las dos partes de la relación tributaria es inexistente.

Por lo tanto, y atento lo señalado en párrafos anteriores, señalaremos que en este caso de la ausencia de paridad de armas, tenemos sin dudar el cumplimiento de los cuatro “rasgos característicos” indicados en nuestra herramienta cualitativa, porque justamente la ausencia de paridad de armas se observa en el adelantamiento de la punibilidad, la supresión de algunas garantías procesales, la situación de que el investigador administrativo depende del poder ejecutivo, y las penas desproporcionadamente altas desde el momento en que invitamos a todo el sistema de aplicación de la ley penal a ejercer su presión sobre el presunto ciudadano que está evadiendo un impuesto con su emprendimiento comercial, con todas las presunciones iuris tantum con las cuales vamos a presumir su dolo en el armado de ardidés y engaños, contra lo cual deberá trabajar activamente para presentar sus pruebas de descargo, en el absurdo máximo de la inversión de la carga de la prueba, al anularse así la presunción de inocencia (que implica el derecho a la inacción del imputado para la acreditación de su inocencia).

En definitiva, tenemos en esta verdadera consecuencia de todo lo anteriormente indicado argumentativamente, la existencia (con los cuatro “rasgos” cumplidos) de un riesgo EXTREMO de infiltración de sistemas, mecanismos e institutos de un verdadero Derecho Penal del Enemigo, en estas situaciones ya descritas.

3.6.Sexto Instituto: Las facultades “exorbitantes” de las que goza la administración estatal, aplicadas aquí a la materia penal

La infiltración del Derecho Penal del Enemigo, por todo lo indicado en el análisis del quinto instituto, tan emparentado en su argumentación con el primer instituto analizado (y con este sexto instituto), surge no tanto de la existencia de las llamadas facultades “exorbitantes” del poder administrativo del estado y su sistema de sanciones administrativas.

El problema lo tenemos más precisamente, en el momento en que, a esta situación ya bastante desbalanceada entre el acreedor tributario y su deudor, le sumamos (por impacencias del legislador) todo el peso del Derecho Penal y su estructura de aplicación, y todo su peso en términos de potencia discursiva o comunicaciones.

Porque no es lo mismo ser un infractor a normas administrativas, que ser un criminal, a los fines del crédito social del cual toda persona goza y procura proteger.

Es tan enorme el peso de todo el sistema del Derecho Penal (en sus órganos de aplicación, en sus leyes que le son propias y en su poder de comunicación social), que justamente no puede funcionar al mismo tiempo que existen las llamadas facultades “exorbitantes” de la administración estatal, en su actuación administrativa de todos los días.

Sólo por establecer un ejemplo: el testimonio en un juicio penal de Pedro, que contradice a Juan, en principio anula a ambos, salvo que otras pruebas o indicios afirmen la credibilidad o verosimilitud de uno de los dos testimonios.

Pero si en un juicio penal lo único que tenemos son dos testimonios desnudos, igualmente verosímiles, con igual credibilidad o coherencia en los dos casos, sencillamente la prueba de descargo anula la prueba de cargo, y el imputado será

absuelto por el beneficio de la duda. Ni Pedro ni Juan, en este ejemplo, tienen un peso específico propio que les otorgue a uno de los dos una credibilidad total.

Muy por el contrario, si un agente municipal de tránsito realiza una constatación de un estacionamiento inadecuado de un vehículo individualizado con tal chapa patente, en principio su testimonio goza de la presunción de legitimidad que tienen todos los actos del estado.

Tenemos un instrumento público en esta acta de infracción de tránsito, con toda la dificultad que ya conocemos para impugnarla de falsedad ideológica.

Aquí vemos funcionando perfectamente estas facultades llamadas “exorbitantes” que tiene el estado en su actuación administrativa, por mencionar un ejemplo bastante básico.

Sabemos que, sin esta presunción de legitimidad de los actos del estado, y sin estas facultades “exorbitantes”, el sistema de organización social basado en la existencia del estado no podría funcionar.

Por eso admitimos el monopolio de la violencia en manos del estado, tan bien descrito por Hermann Heller, o ya indicado en la figura del Leviatán de Thomas Hobbes. Porque si cada infractor de incorrecto estacionamiento de automóviles pudiese impugnar la voz, la palabra y el testimonio escrito del agente municipal de tránsito (actuando aquí como funcionario público, completando un instrumento público) sencillamente el estado no podría cumplir los fines para los cuales ha sido creado.

Pero el problema lo tenemos cuando, a estas facultades “exorbitantes” le sumamos todo el poder enorme del Derecho Penal, justamente la última ratio del monopolio de la violencia estatal.

En la relación tributaria entre el deudor de impuestos y el acreedor fiscal, es el acreedor el que fijará los montos debidos, y tiene todas las herramientas para completar todas las pruebas de cargo que necesita para establecer la sanción administrativa correspondiente (casi siempre multas cuyos montos se relacionan con los montos tributarios evadidos estimados).

Pero cuando agregamos la amenaza de penas de prisión de hasta 9 años por cada hecho individual de ardid o engaño, como ya lo vimos, la cuestión toma un cariz completamente diferente.

Ya señalamos que Silva Sánchez (2011) nos señala que él admite la posible creación de dos sistemas de derecho penal diferentes: en uno (al que llama de primera velocidad) tenemos los delitos nucleares, castigados con penas de prisión, en los que rigen todas las garantías constitucionales para el imputado.

En el otro sistema (al que llama de segunda velocidad) tenemos las faltas administrativas, que justamente admiten menores garantías para la persona sancionada, su derecho de defensa está disminuido, pero tiene el correlato de que las penas nunca pasan de ser penas pecuniarias de multa.

Y señala Silva Sánchez que justamente tenemos un derecho de tercera velocidad, que describe como el Derecho Penal del Enemigo de Günther Jacobs, que justamente aúna las carencias de defensas para el imputado, con penas de prisión.

Tenemos lo peor del derecho penal de primera velocidad, unido con el de segunda velocidad. El peor escenario para el imputado: las penas más altas y desproporcionadas, unidas a un amplio adelantamiento de la punibilidad sobre los actos preparatorios, con supresión de algunas garantías procesales elementales del imputado, con una investigación que está a cargo de jueces administrativos (que dependen del Poder Ejecutivo) y con penas (de prisión) desproporcionadamente altas.

Justamente por lo anterior, Silva Sánchez aboga por no mezclar al Derecho Penal con el Derecho Administrativo sancionador en materia tributaria.

En la expansión del derecho penal que este jurista español describe, justamente menciona el uso comunicacional o simbólico del derecho penal para reafirmar o subrayar la necesidad de que se cumplieren normas administrativas. Pero diagnostica el problema de la utilización masiva del Derecho Penal para reforzar normas originariamente del Derecho Administrativo sancionador.

Es esta yuxtaposición la que el jurista español citado justamente critica, y lo que genera que de una situación de un Derecho Administrativo sancionador más o menos

severo, súbitamente pasemos a situaciones de un Derecho Penal del Enemigo, en palabras de Günther Jacobs.

El sexto caso analizado no puede separarse del análisis que hicimos más arriba en el quinto caso, porque las situaciones descritas son parte de un todo ya indicado desde nuestro primer análisis. Por eso es por lo que, si tomamos que el Derecho Administrativo sancionador tiene en cada uno de sus agentes, la posibilidad de utilizar las facultades “exorbitantes” que tiene el estado (pero vedadas en su utilización para el Derecho Penal), justamente de nuevo vemos que se cumplen los cuatro “rasgos característicos” de nuestra herramienta cualitativa, porque la sanción administrativa de faltas formales, al introducir al Derecho Penal, se transforman en la punición de actos preparatorios.

Porque la permisión para suavizar los derechos de defensa del infractor de sanciones administrativas se convierte en violación lisa y llana de algunos derechos procesales del imputado en un Proceso Penal. O porque la lógica del Derecho Administrativo, que incluye que el juez administrativo o de faltas dependa directamente del Poder Ejecutivo, se transforma en un problema serio si todo lo actuado en esta etapa será la prueba de cargo de nada menos que un Proceso Penal posterior.

Y se hace evidente la descomunal desproporción entre las faltas administrativas, usualmente incumplimientos formales, con la enormidad de penas del Derecho Penal.

Cumplidos los cuatro “rasgos característicos”, tenemos también aquí un riesgo “EXTREMO” de infiltración de mecanismos propios del Derecho Penal del Enemigo, en este intento incorrecto de yuxtaposición de normas del derecho administrativo con normas del derecho penal.

CONCLUSIÓN:

A lo largo de este trabajo, hemos logrado dar respuesta a nuestras preguntas de investigación.

En las páginas iniciales, señalamos que las preguntas de investigación eran dos: una de ellas referida a una herramienta cualitativa, imprescindible para analizar y responder a la segunda pregunta de investigación (el tema de fondo).

La herramienta cualitativa procuró responder a la primera pregunta indicada: ¿Podemos indicar cuatro rasgos característicos o características claras y precisas, propias del llamado “Derecho Penal del Enemigo”? (descripto por Jacobs, 1985).

Esta pregunta fue contestada procurando extraer de la doctrina especializada, los puntos que (en un tácito consenso) mejor describen o caracterizan al indicado “Derecho Penal del Enemigo”. Creamos una herramienta cualitativa, que usamos luego para responder a nuestra segunda pregunta de investigación, sobre el tema de fondo. Esta herramienta puede ser utilizada en trabajos futuros de análisis de otros institutos jurídicos.

La segunda pregunta: ¿Alguno o varios de los seis institutos procesales indicados a continuación, reúnen al menos tres de las cuatro características que hemos indicado como propias del “Derecho Penal del Enemigo”?

Fueron enunciados los seis institutos procesales, y comparándolos o analizando a cada uno de ellos con nuestra herramienta cualitativa. Encontramos que la herramienta cualitativa funciona de modo adecuado, y que en todos los casos tenemos niveles de riesgo muy elevados de infiltración de características propias del llamado “Derecho Penal del Enemigo”.

Lo anterior significó una reflexión jurídica útil, didáctica, desde nuestra visión desaprobatoria de estas infiltraciones de institutos que violentan garantías constitucionales muy valiosas.

Cinco de los seis institutos procesales dieron positivo en al menos tres de los cuatro “rasgos característicos” indicados.

No es éste el lugar adecuado para recordar que los avances sobre garantías constitucionales siempre comienzan con falaces justificaciones basadas en lo aberrante del delito o del accionar peligroso e imparable del delincuente. Ese fue el origen de muchas de las dictaduras que la historia del hombre conoce.

En definitiva, se ha procurado que esta reflexión nos ayude a indagar y reflexionar sobre mejores mecanismos de lucha contra estos delitos cada vez más complejos, pero sin violentar un ápice de las garantías del imputado que se han transformado en el gran bastión de la defensa de las libertades individuales de cada ciudadano.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍA

1-LIBROS

Berruezo, Rafael y Nicolás Cópola. (2021) Derecho Penal del Enemigo y su Aplicación en el Derecho Penal Económico. Montevideo. Editorial B de F Ltda.

Cancio Meliá, Manuel (2007). Derecho Penal del Enemigo. Argentina. Editorial Hammurabi- José Luis Depalma

Cancio Meliá, Gómez y Jarra Diez. (2006) Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión. España. Editorial Edisofer.S.L.

De la Rúa, Jorge y Aida Tarditti. (2014) Derecho Penal. Parte General (Tomo 2). Argentina. Editorial Hammurabi.

Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá (2007). Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo. (1º reimpresión). Argentina Editorial Hammurabi- José Luis Depalma

Lurati, Carina. (2008). El sistema de la pena única en el Código Penal Argentino. Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni

Silva Sánchez, José María (2011). La expansión del Derecho Penal. España- Editorial Edisofer S.L.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia y Slokar. (2007). Manual de Derecho Penal, Parte General. Argentina. Editorial Ediar.

2. LEGISLACIÓN

Nacional

Constitución de la Nación Argentina

Código Penal de la Nación Argentina

Ley Nacional N.º 514. Supresión de la Prisión por Deudas. 22/06/1872

Ley Nacional N.º 19.549. Ley de Procedimiento Administrativo. B.O.27/04/1972

Ley Nacional N.º 21.683. Procedimiento Fiscal – Régimen Legal. B.O. 12/01/1933
Ley Nacional N.º 23.077. Ley de Defensa de la Democracia B.O.27/08/1984
Ley Nacional N.º 25.390 Corte Penal Internacional- Estatuto de Roma- su aprobación.
B.O.23/01/2001
Ley Nacional N.º 25.886 Código Penal- Delitos con Armas de Fuego Modificación.
B.O.05/05/2004
Ley Nacional N.º 25.928. Código Penal- Modificaciones. B.O.18/08/2004
Ley Nacional N.º 26.939 B.O.29/05/2014
Ley Nacional N.º 27.430

Internacional

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre 1969, 11446 CTNU7 1238 (entrada en vigor: 18 de julio de 1978).

Documentos de las Naciones Unidas Declaración Universal de los Derechos Humanos, Res AG 217A (III), Doc off AG NU, 3ra ses, supp no 13, Doc NU A/810 (1948) 71.

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948. “Nuevas 40 Recomendaciones” del GAFI- Grupo de Acción Financiera Internacional (2012)

3. REVISTAS

Revista de la Investigación Jurídica Vox Iuris- Universidad de San Martín de Porres. (2020). Lima. Perú.

4. JURISPRUDENCIA

Sala II-B, “A.E. s/procesamiento, resuelta el 14 de julio de 2011, publicada por La Ley Online, AR/JUR/31852/2011