

Tema II: Reforma del Código Penal. Proyectos en la República Argentina y en los países del MERCOSUR. Simetrías y Asimetrías en la legislación y proyectos de reforma

Título: “De qué hablamos cuando hablamos de armonización penal en el MERCOSUR. La necesidad del debate y hacia una propuesta de armonización parcial”

Autor: **Mónica Lilian Cuñarro**

Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho
Profesora adjunta regular por concurso

Domicilio: Paraguay 1536 . piso 5to
Teléfono: 4811-6577
E-mail: fiscr16-nac@mpf-gov.ar

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE UNA LEGISLACION PENAL REGIONAL

ABSTRACT

La ponencia, versa sobre la necesidad o no de una armonización en materia legislativa entre los países del MERCOSUR; y por ende la simetría o asimetría entre ellas en el contexto de intentar parificar la legislación de emergencia como la única posible para enfrentar la criminalidad organizada y el narcotráfico a fin de evitar – supuestamente- que se ponga en jaque a la seguridad Nacional.-

El concepto de Seguridad Nacional que se advierte en las normas del MERCOSUR, hacen de los conceptos de Crimen Organizado y Narcotráfico una categoría fundamental en la articulación del control social funcional al legitimar intervenciones penales de dudosa constitucionalidad que se presentan como legítimas.

El Derecho penal, en el sentido asignado en este trabajo, no puede cerrar los ojos ante los nuevos desafíos que acompañan a la globalización y las nuevas dinámicas del mercado. El fenómeno criminal en el siglo XXI, presenta características específicas desconocidas hasta hace algunas décadas.

Esta nueva realidad, junto con otras de carácter político –como la crisis del Estado Nación-, han conllevado la necesidad de aunar esfuerzos e impulsar lazos de cooperación entre diferentes países, con la finalidad de alcanzar mejores resultados en la persecución penal de los delitos.

Así, la coordinación y cooperación regional, deberá ser objeto de un verdadero análisis de sus fines y de los discursos que se encuentran tras ellos; ya que el proceso de reforma podrá ser una espada de Damocles, sirviendo a fines opuestos a los que se enuncian.

El análisis de dos procesos diferentes (reformas procesales y estupefacientes), que responden ambos a la búsqueda de concordancia normativa regional, y la inclusión de figuras cuestionadas como técnicas de investigación criminal, con un *prima* que permite ver los objetivos reales y latentes, que encubren estas prácticas que corren tras el discurso de la eficiencia, se exponen las ventajas y desventajas de la armonización legislativa de los Estados de la región.

Ciertos desarrollos, como el de la reforma procesal en América Latina, han sido realmente etapas de transformación hacia la democratización de los sistemas judiciales y por ende, han pujado y lo siguen haciendo por ensanchar los marcos de un Estado de Derecho.

En cambio otros, como el que se esbozó de las políticas “antidrogas”, muestran como los países de la región hemos sufrido una severa colonización legislativa, característico de un Derecho Autoritario; bajo el falso eslogan “de que juntos triunfaremos”.

Frente al escenario de la demolición del derecho de garantía, es responsabilidad de aquellos que somos protagonistas y actores en las agencias de reproducción ideológica, instalar el debate y tomar una firme posición.

ARMONIZACION DE LA LEGISLACION PENAL EN LAS LEYES DE EMERGENCIA: Narcotráfico y Crimen organizado.

“.....Un discurso nunca es simplemente
la expresión de una opinión , el habla es siempre
una propuesta para organizar el mundo de
determinada manera”*Millis, C. Wrigth,1956*

INTRODUCCIÓN

La presente ponencia es un intento de reflexión sobre las fuentes, y antecedentes que muestran una legislación penal de emergencia en materia de narcotráfico y crimen organizado en el MERCOSUR, desde la perspectiva de la construcción penal funcionalista .-

Para su análisis trabajare algunas aristas desde la perspectiva de la teoría del control social de Darío Melossi y por ende sobre el rol que ocupa en el narcotráfico y crimen organizado el concepto de Seguridad Nacional, en la región.-

Luego, intentaré formar una discusión propia sobre la legislación de emergencia y lo comparo con las reformas de los sistemas procesales en la región, como parte del avance en el Estado de derecho. –

Así todos los conceptos convergen en la caracterización internacional sobre el narcotráfico y criminalidad organizada en la región y dentro de esto el rol y función que le toca al Ministerio Público fiscal como titular de la persecución penal pública dentro de diversas ingenierías institucionales.-

Lo anterior, intentará despertar una discusión al respecto de si existe o no una política criminal propia en la región, o debemos buscar la propia, al develar que la legislación sobre narcotráfico y crimen organizado en el MERCOSUR, y de ellos los institutos del agente encubierto y arrepentido, proponen significados funcionales a un discurso penal hegemónico, cuya comprobación empírica o de campo descalifica.-

Para todo ello es imprescindible trazar algunas pinceladas sobre la necesidad o no de una armonización en materia legislativa entre los países del MERCOSUR; y por ende deberé señalar la simetría o asimetría entre ellas y algunas sugerencias finales.

1.) LA EXPERIENCIA E HISTORIA EUROPEA Y SU INFLUENCIA EN LA REGION

El conocido fenómeno de la globalización, y la integración económica supranacional, constituyen hechos insoslayables a la hora de visualizar el ámbito del MERCOSUR. Muchos de estos procesos de tipo económico, han tenido diversas y múltiples consecuencias de tipo jurídico supranacional. Sin embargo, y a diferencia de la Unión Europea aún es un deseo el autodefinirse como una “comunidad jurídica “.-

Como explican diversos autores, en Europa los procesos de unidad de mercado fueron precedidos por la unidad del Estado .Primero se unifico el Estado (1879 Alemania), y luego la legislación civil y del derecho penal. –

Sería Franz V.Liszt , quién realizaría la primer propuesta sobre la necesidad de una legislación Supra Nacional, común de tipo penal, primero en materia de cheques y diversos medios de pago, comunicaciones , luego acompañada de algunas normas penales comunes, empero solo reducida a dos o tres tipos penales muy específicos .-

Es por todos conocido que hoy, la Comunidad Económica Europea tiene- a diferencia del MERCOSUR- un complejísimo sistema doble de legislaciones y fuentes del derecho: El derecho nacional, donde entre otros esta el Derecho penal, y un Derecho

Comunitario derivado del Tratado de Roma, en el que se establecen además de principios y normas rectoras una cantidad de bienes supranacionales que deben ser protegidos, delegando en algunos casos las sanciones a los Estados.-

Lo anterior, parecía ser una regla común a pesar de que ya hay fallos, en los últimos tiempos en los que las sanciones también son establecidas por los tribunales Supra Nacionales. En caso de conflicto, la norma del Derecho Comunitario se impone por sobre el Nacional.-

El medio mayormente admitido y que se utiliza regularmente para establecer criterios comunes de armonización por sobre los de integración, es el de las “directrices “, sancionadas por el Consejo de la CEE, que es el órgano legislativo.-

En el ámbito del MERCOSUR, el órgano legislativo es una réplica del anterior , ya que es a partir de las DCM del Consejo del Mercado Común , en el que las “directrices “, emanadas de las reuniones especializadas definen términos y conceptos comunes en la materia .-

Tanto en la Unión Europea, como en el MERCOSUR, si el consejo aprueba las directrices, están se recomiendan a los Estados Parte y Asociados, y se deja librado a cada estado tanto su reenvió al órgano legislativo interno, como la decisión sobre las consecuencias jurídicas de las normas en concreto.-

A su vez existen los reglamentos”, que se aplican directamente sobre cada Estado Parte y que también al igual que las directrices” deben ser sancionadas en el órgano legislativo del MERCOSUR.-

Es de destacar que las reuniones de Ministros mantenidas desde hace muchísimos años , en las que la agenda la ocupan programas de cooperación policial o de seguridad , entre otros en especial sobre temas tales como : narcotráfico, terrorismo, crimen organizado, trata de blancas, menores , pornografía , control de activos etc., presentan un grado de avance significativo a través de las Comisiones técnicas , existiendo múltiples documentos y protocolos regionales , o en distintas reuniones de autoridades centrales de aplicación a las que asisten representaciones de las carteras de Justicia o de Cancillería regionales , no tienen su réplica ni en materia de Ministerios Públicos ni en Materia judicial , lo que sin duda representa un dato real a la hora de formular propuestas de armonización regional -

1. A-) SOBRE LA NECESIDAD DEL CAMBIO REGIONAL

El estudio y análisis de las normas que hacen al Derecho Comunitario son especialmente interesantes. Se advierte como en las primeras reuniones tanto de Comisiones técnicas como Especiales , y hasta en los protocolos , de los diversos actores , ni siquiera se menciona al Derecho penal, en la creencia que lo legislado

internamente por parte de cada Estado bastaba y autoabastecía la protección de bienes jurídicos , aún de la región.-

Sin embargo se advierte en los últimos años, como se plantean intentos de reformas, mediante la discusión y el intento de unificación de ciertos aspectos del derecho penal, en especial todo lo que se refiere a los fenómenos comerciales, o financieros regionales (delitos fiscales, fraudes, corrupción, contrabando, etc.).-

En Europa, y a pesar de los diversos sistemas jurídicos, o modelos constitucionales y las diversas lenguas lograron en el año 2000 la presentación del Corpus Iuris de protección de intereses financieros” , la discusión sobre un sistema procesal común , y hasta la integración y discusión sobre un Ministerio Público regional , con funciones y competencia en toda la Unión Europea .A su vez se suscribió una convención especial por la que todos los Estados deben tener en su legislación interna determinados delitos de fraudes de subvenciones en la legislación penal interna.-

Es paradójal, que en Latinoamérica, en la que existen sistemas jurídicos que en definitiva provienen de Portugal y España, en el que los modelos constitucionales no resultan en definitiva demasiado diversos, y en los que la lengua no resulta un impedimento, la armonización o aún no merezca un avance concreto. Debemos buscar, sin duda en la falta de confianza y de necesidad entre los estados parte de la respuesta a este interrogante.-

Sin embargo, a partir de los años 90, y en especial en temas de Narcotráfico, Criminalidad organizada, Lavado de Activos y Terrorismo, se advierten cambios paradigmáticos regionales.-

Así resulta no solo del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, sino de la velocidad en la que fueron aprobadas “Decisiones“, dentro del ámbito del Consejo del Mercado Común, desde el año 1996, en las que la necesidad de reafirmar la exigencia ante los Estados Parte y Asociados de intensificar la cooperación jurídica en materia penal es tema muy destacado.-

De la lectura y análisis de las diversas reuniones de Comisión Técnica como de Ministros de la época, se observa la armonización en el sentido de asignar categoría de “delincuencia organizada “, a diversos fenómenos criminales en la región y luego su vinculación de este concepto al de seguridad nacional.-

Enseña Melossi, que a su entender, el caracterizar fenómenos criminales muy diversos en una única categoría , y siempre en torno a un proyecto de política criminal de control social , en este caso “el crimen transnacional o delincuencia organizada“, consiguen producir un comportamiento de rechazo social masivo, generando políticas de ampliación de control social activas .-

Este concepto permite representar a la delincuencia organizada o el fenómeno del narcotráfico como amenazas a la seguridad de los Estados , y de la región , idea que margina del discurso el papel que el mismo Estado cumple en cuanto a sus deberes y roles sobre la salud, la acción social, la justicia, y la educación .-

En segundo lugar, y al carecer de estudios propios regionales confiables que permitan un acceso a datos de todas fuerzas, Justicia, Ministerio público y sistema Penitenciario y su correspondiente monitoreo regional, es complicado poder dar una respuesta seria, a favor o en contra de cualquier posición.-

1. B-) Hay una política criminal propia del MERCOSUR?

“...los seres humanos pueden perder su identidad en una muchedumbre, o en una convención política, o en una sociedad anónima, o en una votación. Pero esto no significa que haya alguna misteriosa agencia colectiva que está tomando decisiones, sino que unas pocas personas que saben lo que están haciendo se aprovechan de la fuerza en masa para dirigir a la muchedumbre en la dirección que quieren, para ponerse al frente de un aparato político o para manejar los asuntos de una empresa corporativa. ...Dario Melossi, 1992.-

Negar hoy que la comunicación es uno de los principios de “organización social“, es desconocer la realidad. De hecho todos aquellos que somos actores centrales en la Administración de justicia, sabemos que la ley, de hecho, es un mecanismo muy débil, en tanto el significado de sus objetos de protección, como los derechos humanos, no lleguen a todos.

Pero no todos pueden construir los significados, sino algunos individuos y sus relaciones, y será otro grupo el que se encargue de su regulación, este es el control público. Sin embargo la política criminal de control social formal o informar forma parte de todas las transacciones sociales sean éstas públicas o privadas.-El derecho penal es un instrumento de propuesta social y será empleado, supuestamente, por quienes, lo deben hacer cumplir.-

Con solo ver la falta de relación entre el catálogo normativo y la aplicación concreta del castigo según registros oficiales de Reincidencia, se advierten elementos que muestran que el Derecho se utiliza. Los cambios en el castigo, las reformas legislativas muestran en definitiva espasmos que ocurren en los valores simbólicos, en las condiciones económicas, en las decisiones políticas o administrativas.-

Lo que intento señalar, es que el Estado hoy, débil, ante la imposibilidad de realizar verdaderos cambios, es también el resultado del proceso social de construcción de significados, el cuál abarca al MERCOSUR. Las decisiones adoptadas ya no son las que surgen de los Estados Nacionales, sino de la opinión y presión de su replica: La colonización legislativa internacional “

A modo de ejemplo, recupero algunas propuestas del Plan de Desarrollo Regional del PNUD correspondiente a los años 2000 y siguientes que confirman lo anterior “ la Seguridad Nacional tiene como metas principales velar por la protección y preservación del interés colectivo, evitando en lo posible o minimizando cualquier riesgo o amenaza ala integridad física de la población y de sus instituciones. Para ello ,

el nuevo gobierno se propone emprender acciones efectivas contra la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de drogas “.-

Todos sabemos lo difícil que es describir conceptos normativos tales como “interés colectivo”, “difusos”, o si tomamos –como la suscripta – la posición del profesor Juárez Tavares , en su libro sobre la función del Bien Jurídico , el advertir la dicotomía que presenta proteger por un lado el Bien jurídico, población y por el otro, las instituciones; ni hablar de la indeterminación que conlleva proponer “...cualquier riesgo o amenaza a la integridad física de la población o de las instituciones, como asunto de la seguridad nacional. La expansión del concepto inhabilita la racionalidad y por último establecer el dogma que el combate al crimen organizado y al narcotráfico habrán de resolver los riesgos y amenazas a la seguridad nacional .

En la región , me interesa especialmente, destacar que la lista de verdaderas amenazas, desde los 90, incorporan todo tipo de temas,: desde la seguridad pública, la ecología, la justicia, narcotráfico, terrorismo o grupos subversivos, corrupción , proliferación armamentística, trata de blancas, pornografía infantil, salud, desarrollo equilibrado, programas hacia adictos, compras gubernamentales , distorsiones de competitividad , educación y capacitación y una larga lista de etc.,que claramente demuestran en MERCOSUR/CMC/, que el interés tutelado Seguridad Regional o nacional, se proyecta de manera transversal hacia cualquier política pública , visión que llega al extremo cuando uno analiza la agenda en materia de inteligencia.-

1. C) LA REFORMA DE LA MAYORIA DE LOS CODIGOS PROCESALES EN LA REGION Y SU RELACION CON LA LEGISLACION DE NARCOTRAFICO Y CRIMEN ORGANIZADO REGIONAL. DOS INSTITUTOS DE DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD

En la República Bolivariana del Estado de Venezuela rige desde hace poco tiempo el sistema acusatorio, al igual que en Perú, Bolivia, Chile, y Paraguay.-

En Uruguay y Brasil es inquisitivo y en Argentina se combinan cinco institutos de naturaleza acusatoria con otros que dejan la dirección del proceso al juez.-

A su vez en la Región, se dio un proceso idéntico, tanto de incorporación de legislación sobre narcotráfico, lavado de activos y criminalidad organizada, como de institutos de dudosa constitucionalidad.-Solo fueron distintos los tiempos: Así entre los primeros en incorporarla figura nuestro país, Uruguay, Paraguay, seguido luego por Chile, Perú, y recientemente Brasil Venezuela.-

En el caso de la reforma Procesal, sin duda dicho instrumental represento un gran avance en el proceso de reafirmación de Estado de derecho regional , sin embargo, dichas reformas al no ser acompañadas de decisiones políticas con el presupuesto necesario para la implementación adecuada , ni el estudio sobre la cantidad de casos que se judicializaría y mucho menos partidas especiales para el control y seguimiento de las medidas o sistema de ejecución, unido al descuido en los diseños de

ingeniería institucional de los Ministerios Públicos regionales , en cuanto a su verdadera independencia interna y externa , -con la excepción del Brasil -conspiran seriamente , a la larga en los fines perseguidos con la reforma.-

Analizaremos dos procesos diferentes, que responden ambos a la búsqueda de concordancia normativa regional. El primero de ellos, será el del proceso de reformas procesales en América Latina, y el segundo la política de estupefacientes de la región. En relación al segundo, trabajaré especialmente sobre la inclusión de ciertos institutos de dudosa constitucionalidad, e intentare demostrar los objetivos reales y latentes, que encubren estas prácticas que corren tras el discurso de la eficiencia.

Podría tomar la política sobre criminalidad organizada o la más actual de terrorismo, pero prefiero hacerlo con la de estupefacientes, ya que considero que como ningún otro muestra la falta de política criminal regional, y la necesidad de su readecuación hacia una política de reducción de daños.-

Es así que a partir de estos dos modelos diferenciados, intentaré demostrar que no es complejo tener una respuesta unívoca sobre la armonización legislativa de los Estados de la región, si previamente no existen procesos de unificación internos y que se debe en cada caso analizar la verdadera finalidad y utilidad de cada uno de las propuestas que en el futuro se trate en este tema.

2.-) EL DERECHO PENAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL

En principio deberé aclarar que, en el presente trabajo el término Derecho penal, no será asociado al de legislación penal, sino al discurso del saber jurídico que tendrá como fin principal contener el poder punitivo; entendiendo que sin este control o reducción, el Poder punitivo quedaría sin límite alguno y a merced de su impulso progresivo.

La lucha entre este poder contenedor y este impulso violento, se hace patente en la dicotomía existente entre Estado de Derecho y Estado de Policía. Esta misma dialéctica –con algunas variaciones- se presentará en relación a la ley substantiva, como Derecho penal vs. Poder punitivo y en el marco de los procesos penales, como Eficacia vs. Garantía.

En la base del derecho procesal penal, encontraremos dos tendencias. La primera de ellas, es la que se preocupa por establecer un sistema de garantías o resguardos frente al uso de la fuerza estatal. Su objetivo es esencialmente la protección de la libertad y la dignidad de la persona.

La segunda de las tendencias se inclina por la aplicación efectiva de la coerción penal, su objetivo es lograr la mayor eficiencia posible en la aplicación de la fuerza estatal.

Estas dos tendencias, estarán siempre en tensión, pudiendo encontrar puntos de equilibrios –siempre cambiantes-. No hay dudas que un estado de derecho buscará niveles de eficiencia, pero con un basto sistema de garantías. Lo que se encuentra en juego es la violencia estatal.

Resulta fundamental, aunque quizás sea una obviedad, que tras las agencias judiciales, tras la criminalización secundaria, tras la legislación penal y el poder punitivo existen: conflictos sociales. Toda sociedad, en todo tiempo, ha sido una sociedad de conflicto, en la que el ciudadano va a tener que afrontar permanentemente conflictos o tensiones. De la inmensa cantidad de conflictos, sólo unos pocos, poquísimos si fuéramos respetuosos del principio de *última ratio*, deberían quedar en las manos de la legislación penal.

En este sentido la legislación penal –material y procesal- tendrá claramente un carácter instrumental de la “política criminal”. Este término será utilizado no como ciencia, sino como una política del Estado. La política criminal, será aquella política del Estado encargada de organizar los instrumentos de coerción penal; tanto en lo que se refiere al fenómeno criminal como a la respuesta a él.

De la mano de la criminología crítica, a quedado al descubierto que la definición del fenómeno criminal es una cuestión política, al igual que su respuesta. El estado no reacciona de igual manera ante todos los delitos, como así también históricamente se han utilizado distintos instrumentos.

De esta manera podemos afirmar que tanto la legislación penal como la procesal penal son corresponsables de la política criminal, en palabras de Binder “*si todo el sistema penal tiene como telón de fondo una determinada política criminal, es decir, está referenciado a una política criminal dada, cada uno de los subsistemas que lo integran debe ser coherente con los demás. A su vez, el conjunto de esos subsistemas debe ser coherente con los demás. Dicho en palabras más sencilla: no se puede tener un Código Penal que responda a una orientación, un Código Procesal Penal que responda a otra y una Ley Penitenciaria que responda a una tercera. La política criminal es la que va a plantear los grandes objetivos de todo el sistema y cada uno de los subsistemas debe ser coherente con la preservación de esos objetivos*”.^[1]

3.-) LOS NUEVOS DESAFIOS DEL MERCOSUR EN SU PROCESO DE ARMONIZACIÓN

El nuevo contexto de desarrollo y orden económico internacional, ha traído aparejado nuevos conflictos sociales, inexistentes hasta hace algunas décadas atrás. Estos nuevos conflictos, son aquellos relacionados con la criminalidad organizada, que más allá de la discusión sobre la tomar el concepto en forma acrítica, las normas internacionales, en su mayoría han sido tomadas por los estados del MEROCOSUR, como la caracterizada por su habilidad para expandirse en nuevas

actividades y áreas geográficas tan pronto como surja la necesidad o los requerimientos lo demanden.

En el caso del narcotráfico y sus delitos conexos, la política internacional transpolada a nuestra región ha demostrado su ineficacia, y un completo fracaso, pues a poco que se observe :el consumo ha crecido en las capas medias y bajas de nuestras poblaciones, los sistemas judiciales regionales se han saturado de consumidores o pequeños comerciantes, y las organizaciones han adquirido un poder económico y político pocas veces visto.-

La delincuencia hace tiempo que ha tomado la forma de empresa y de una economía sumergida y paralela, sus organizaciones se encuentran capacitadas para explotar los movimientos más amplios de la gente, producto y dinero, a través del uso de los sistemas de telecomunicaciones y tecnología computada.

Cierto es que independientemente de la crítica al concepto , debemos conocer que en general se entiende por criminalidad organizada, -según el encuentro de ministros de Justicia de la Unión Europea-, llevado a cabo en Berlín, :1) la organización en alta escala, 2) la racionalidad del tipo empresario de “la cooperación criminal” que ofrece bienes y servicios ilícitos –estupefacentes, prostitución, etc-, reinvirtiendo los provechos en los sectores legales de la economía, 3) el uso de medios de violencia para adquirir posiciones de preeminencia o monopolio en el mercado, 4) el recurso de la corrupción de la fuerza policial, del Poder Judicial, 5) la relación con el poder político y 6) la intimidación, ya sea para neutralizar la aplicación de la ley, para obtener decisiones políticas favorables, o para alcanzar sus objetivos^[2].

Tomaremos aquí como arquetipo en la región de la criminalidad compleja al narcotráfico, porque plantea la particularidad de que el cultivo de las sustancias narcóticas puede realizarse en un determinado país, la materia prima procesarse en el mismo país productor u otro; el país destinatario del producto terminado puede encontrarse lejos del país productor y el traslado del producto, en muchos casos, necesita usar el territorio de otros países como puentes, antes de llegar a su destino.

Simultáneamente, la droga se ha convertido en un producto muy caro en su valor final en los países Europeos y de Estados Unidos, dados los elevados márgenes comerciales que retribuyen los riesgos de traficar un producto tan perseguido.

Frente a este fenómeno criminal, que además de contener las características antes enunciadas para la criminalidad compleja, se le aduna, que necesariamente se encuentran comprometidos en el mismo fenómeno diferentes países, por lo que también se lo denomina como “delito transnacional”.

Este y otros delitos transnacionales, ha convocado el interés de la comunidad internacional, con la finalidad de fijar pautas comunes para la prevención y represión de estos, que permiten demostrar la primer parte de la ponencia.

Los organismos internacionales, en este sentido, han dictado instrumentos internacionales en la segunda mitad del siglo XX, interesados en la cuestión; en este

sentido la Organización de Naciones Unidas, ha firmado la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, convención enmendada por el Protocolo de 1972 y por el Convenio de Sustancias Psicotrópicas de 1971; posteriormente y frente a la necesidad de fortalecer y complementar las medidas previstas en dichos instrumentos, se firmó en 1988 en Viena la Convención contra el ilícito de Estupefacientes y sustancias Psicotrópicas, la que ha sido ratificada por todos los países miembros de la OEA.

Continuado la política internacional materializada por los instrumentos internacionales, las Naciones Unidas, creó en 1997 una Oficina para la Fiscalización y la Prevención del Crimen (ONUFEPIC). Igualmente en 1991 fue fundado el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización de las Drogas (PNUFID), con el objetivo de difundir información acerca de los peligros del abuso de las drogas y reforzar la acción internacional contra la producción, el tráfico y los crímenes relacionados con la droga.

4.-) DESCRIPCION Y ANALISIS DE ALGUNOS ELEMENTOS NORMATIVOS PENALES PRODUCIDOS EN EL AMBITO DEL MERCOSUR

En cuanto a la región y especialmente en los Estados miembros y asociados del MERCOSUR, el Consejo del Mercado Común mediante múltiples decisiones reafirman la decisión de ampliar la cooperación jurídica en materia penal , hasta que por medio de la Decisión 10/05 decidió convocar a la primer Reunión Especializada de Ministerios Públicos del MERCOSUR, con la finalidad de que coordine la cooperación de dichos órganos en la lucha contra la criminalidad organizada, el narcotráfico y el terrorismo.-

En dicha reunión de la que participaron los Estados Parte y Asociados, se me encomendó el documento referido al narcotráfico y el diseño de un protocolo regional que respete las garantías emanadas de los pactos y Tratados Internacionales que surgen de los Derechos humanos .-

La discusión, verso sobre el concepto de crimen organizado, narcotráfico y se dejo de lado expresamente por su obvia complejidad el de terrorismo.-

Lo interesante de la primer Reunión Especializada, es que se destacaron las implicancias del fenómeno en estudio, que va desde el uso y abuso de sustancias legales hasta la búsqueda de eficacia en la persecución penal en el marco del respeto a los derechos fundamentales, diferenciando tres ópticas de abordaje: prevención, asistencia al adicto y lucha contra el narcotráfico, en ese sentido, la respuesta punitiva resulta un recurso excepcional frente al conflicto; firmándose un “Convenio de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del MERCOSUR y Estados Asociados, especialmente en materia de Crimen Organizado Transnacional”, por el que se sientan las bases –mediante doce recomendaciones- para optimizar las investigaciones judiciales que permitan modificar el sistema de selección y obtener datos propios regionales que sirvan de elementos objetivos a la hora de fijar políticas de persecución pernal regional en materia de crimen complejo.-

Entre los aspectos más destacados, que propuse ,se encuentran: 1) la necesidad de intensificar el principio de Confianza , 2) Establecer una red de información común que tienda a la búsqueda de datos sobre todos los actores del sistema penal a fin de producir un banco de datos regional diverso al que tienen las fuerzas que dependen del poder Ejecutivo , 3) En base a lo anterior establecer criterios que prioricen tareas de inteligencia relacionadas con la persecución penal de los hechos más graves , capacitando y coordinando a aquellos encargados de la investigación penal en delitos relacionados con este tópico; 3) desarrollar y ejecutar instrumentos multilaterales y bilaterales que respeten las particularidades del fenómeno en cada país 4) agilizar la asistencia recíproca entre Ministerios Públicos , en coordinación con las Fuerzas de Seguridad y/o policiales, mediante el intercambio de información actualizada; 5) establecer mecanismos de cooperación jurídica entre los Ministerios Públicos de los Estados Partes y Asociados tendientes a establecer términos y conceptos comunes en la materia ; 6) interesar, motivar y elaborar por medio de la cooperación, programas de prevención pública que permitan que las áreas de salud, educación, y acción social establezcan políticas publicas no penales , por la vías correspondientes; 7) sugerir trabajar sobre fenómenos relacionados con la violencia, y en este sentido, por vías no penales o de acceso a la justicia a los damnificados por la violencia estatal o por ser minorías 8) Tratar de ingresar aquella información que tenga la publicidad de los actos de gobierno al Sistema de Intercambio de Información de Seguridad del MERCOSUR (SISME), que permitirá a los Ministerios Públicos, en el ámbito de sus competencias, desarrollar y aprovechar al máximo una herramienta tecnológica insuficiente en nuestros organismos y obtener datos que permitan potenciar la investigación y cruzarla ; 10) realizar las gestiones necesarias para procurar información real de que dispongan sobre delitos de crimen organizado trasnacional a la que se hace referencia; 11) elaborar e intercambiar información de causas en trámite con datos de interés común, sobre personas físicas o naturales y/o jurídicas o bienes decomisados involucradas en el crimen organizado trasnacional.

Además de estas medidas tomadas en el ámbito del MERCOSUR por los distintos Ministerios Públicos, el Consejo del Mercado Común dictó la Resolución 39/00 por la que se dispuso aprobar las "Pautas de la reunión especializada de autoridades de aplicación en materia de drogas, prevención de su uso indebido y rehabilitación de drogadependientes del MERCOSUR" con el objeto de implementar programas comunes y actividades de cooperación, capacitación e intercambio en materia de drogas, la prevención de su uso indebido y el tratamiento y rehabilitación de adicciones .

Esta Resolución, debe ser leída en el contexto del primer informe sobre la situación del narcotráfico en la Argentina, del que se desprende que más del 60% de los casos que ingresan al sistema judicial corresponden a la tenencia para consumo o pequeño comercio, y el resto se reparte en transporte o más conocido como mulas “, del que las mujeres representan la mayor parte de la población carcelaria con todo lo que esto significa.-

En el caso de los varones, los problemas que se derivan de la falta de estudios o encuestas que permitan establecer seriamente que población tiene HIV, entre otras cuestiones, por el temor que genera dar ese dato, dificultándose la posibilidad de trabajar en políticas públicas sanitarias.-

A lo anterior debe agregarse en el caso de nuestro país, que es inexistente la política de atención, control y aplicación de medidas establecidas en la ley de drogas, lo que inequívocamente lleva a la judicialización de las adicciones, y que necesariamente debe dar lugar a un cambio de políticas públicas de todos los actores involucrados a una de reparación de daños.-En esto debe ser revisado el rol y función del SEDRONAR.-

De acuerdo a lo dispuesto en la Resolución señalada, se realizó en abril de 2006 a –entre otras- la “X Reunión Especializada de Autoridades de Aplicación en Materia de Drogas, Prevención de su Uso Indevido y Rehabilitación de Drogodependientes del MERCOSUR (RED)”. Allí se reunieron tres comisiones técnicas: Reducción de la demanda, Tráfico Ilícito de Drogas; Fiscalización de Sustancias Químicas Controladas y Armonización Legislativa.

Por otra parte, existen otras normas distintas a las “directrices “, “resoluciones “ en materia penal, en el marco del proceso de Integración del MERCOSUR, tales como los convenios s entre los cuales se destacan: a.)Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile; Acuerdo sobre Extradición entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile; c) Protocolo sobre Traslado de Personas sujetas a Regímenes Especiales (complementario al Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas de los Estados Partes del MERCOSUR y al Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas de los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile).-

Frente al a pregunta inicial sobre la existencia o no de una política criminal regional, no hay dudas que al igual que en nuestro país, la misma es inexistente, o no responde a la realidad de los fenómenos o al menos no tenemos los datos que nos permitan asegurarlo . La normativa internacional adoptada ha impedido la adecuación a la problemática real y por ende es ineficiente .

Sin embargo la cantidad de directrices, resoluciones, convenios y de instrumentos de tipo bilateral, sobre todo después del año 98 son la expresión común de la necesidad de colaboración, y armonización regional como producto del esquema de integración y ante la necesidad de reasegurar el intercambio y coordinación regional por parte de cada Estado miembro.

No hay duda que esto aparece como consecuencia del fenómeno que la globalización ha traído, y entre ellos el repensar los pilares de la concepción del Estado Nación, como es el concepto de soberanía, frente a dos cuestiones: el territorio y el fenómeno criminal.-.

El concepto clásico de soberanía, que estableció J. Bodin y los primeros teóricos del Derecho Internacional y que, tras las revoluciones americana y francesa, se desarrolló hasta convertirse en la idea normativa, al definirse como "el poder absoluto y perpetuo de una república", ya no aparece adecuado.-

Por otro lado, recordemos que la soberanía se configuraba, en el ámbito internacional, como una potestad o poder que ha de ser confirmado por el reconocimiento de otros Estados. En la comunidad internacional, reconocer la soberanía de un Estado significa renunciar a intervenir en los asuntos internos del mismo, admitiendo que ya existe allí un poder supremo legítimo. La relación entre Estados soberanos así reconocidos, es de igual a igual, y en ningún caso jerárquica. Así, tanto el derecho constitucional como internacional reafirman la visión de Bodino de la soberanía como el poder absoluto y perpetuo de la república.

Más allá de la actual crisis del Estado Nación, el concepto clásico de soberanía comienza a realizar concesiones, en relación a la necesidad mancomunada de diferentes Estados por una búsqueda de eficacia en relación con los nuevos fenómenos criminales que antes mencionara.

Así el paradigma de la seguridad nacional adquiere su verdadera función: como instrumento del discurso político que aporta el andamiaje ideológico “para incorporar “sin discusión toda la legislación expansiva o de emergencia que” legitimen “las estrategias de intervención penal, encaminadas a reprimir todos los fenómenos catalogados como disfuncionales.-

El modelo o paradigma que va como un t raje a medida para este cuerpo es el del funcionalismo penal “; o concepción funcionalista, pues esta requiere que señalando conductas disfuncionales puedan ser identificadas, pues en la medida en la que sean socializadas representan un obstáculo para el desarrollo y la permanencia estable de tal sistema social.-

La relación entre legislación de emergencia y la seguridad nacional, son así el anclaje que impide en la región despojar a la delincuencia organizada o crimen organizado o narcotráfico , de su carácter fenomenológico , y en tal medida cancela el reconocimiento y la discusión sobre la diversidad del fenómeno en concreto en los distintos países del MERCOSUR, a la vez que impiden un abordaje serio y eficaz que permita en la etapa preliminar obtener pruebas válidas para llegar a un juicio justo, lo que termina beneficiando la impunidad y la violencia sobre las capas más desprotegidas de la sociedad.-

Desnudo de contexto, la seguridad nacional, solo asegura puro discurso, vacío , un solo mundo normativo, virtual, que contiene todas y cada una de las pretensiones manifiestas del gran programa regional de políticas y reformas jurídicas .- Esto impide que la sociedad critique y rechace.-

La falta de datos objetivos y serios , de todos los actores del sistema, del estudio sobre el avance y funcionamiento de las reformas procesales en la región , la falta de diferencia entre la policía administrativa o territorial de la científica o que genera calidad de inteligencia relacionada con los fenómenos criminales , como de instrumental y procedimientos ágiles ante hechos transnacionales , deben ser discutidos y promovidos con seriedad a fin de avanzar en un real proceso de armonización legislativa regional .-

La movilidad internacional del *modus operandi* de la criminalidad contemporánea genera frecuentes problemas de ubicuidad a la actividad funcional y

operativa de las autoridades judiciales encargadas de su persecución y sanción penal. Esas dificultades adquieren especial relevancia procesal en lo que concierne a la obtención y aseguramiento de evidencias o a la aplicación de medidas coercitivas personales o reales. En efecto, a menudo se detecta en la investigación o juzgamiento de los delitos, que las fuentes, medios y órganos de prueba que son necesarios para los fines del proceso se encuentran físicamente en otro país, donde el operador jurisdiccional no tiene jurisdicción ni competencia.

A lo anterior se agregan graves defectos en la inteligencia y colecta de elementos probatorios observándose a nivel regional, que a pesar de las reformas procesales, la etapa de investigación preliminar no solo es larga sino carente de eficiencia, producto de complejos elementos imputables en general a falta de decisiones políticas al respecto.-

De allí, pues, que un aspecto importante del derecho penal internacional, se relaciona con la asistencia judicial mutua que se brindan los Estados para enfrentar, justamente, aquellas limitaciones espaciales que afectan los objetivos de la actividad procesal.

Ahora bien, como sostiene Garzon Clariana la cooperación internacional, para poder materializarse, requiere de la concurrencia de “tres elementos: una pluralidad de sujetos cooperantes, una actividad y unos fines determinados”^[31]. Por consiguiente si nos referimos a la cooperación judicial internacional penal, esta podría ser definida como un conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa, que involucra a dos o más Estados, y que tienen por finalidad favorecer la criminalización secundaria de un hecho delictivo ocurrido en territorio, cuando menos, de uno de tales Estados. Al respecto sostiene Cervini que “Definida en términos generales como una de las variedades de Entreaty Penal Internacional, la Cooperación Judicial Penal Internacional se concretiza cuando el aparato judicial de un Estado, que no tiene imperio sino dentro de la porción de territorio jurídico que le pertenece, recurre al auxilio, a la asistencia que le pueden prestar otros Estados a través de su actividad jurisdiccional”^[41].

5.-) VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

Pensar en la armonización legislativa, no es otra cosa, que tal como su nombre lo dice, es concordar, concertar, acordar, ajustar las normas –en este caso penales- de los diferentes estados de la región, y frente a esta nueva apuesta que se presenta a cada país, entiendo que se debe avanzar con mucha prudencia.

Es cierto que el proceso de democratización en América Latina ha sido acompañado por importantes proyectos nacionales de reforma del sistema judicial, en particular del proceso penal. La reforma del proceso penal ha sido de particular importancia dado que el estado del mismo –como sismógrafo de la Constitución del Estado– sirve para medir el grado de democratización de un Estado o, en otras palabras, el grado de su desarrollo como Estado de derecho.

Nadie niega, que este proceso es de carácter regional ya que estas reformas en la región no fueron independientes entre sí. Las ideas centrales han sido y serán las mismas: el paso del modelo inquisitivo a uno de marcados componentes acusatorios, oralidad, renovada importancia del Ministerio Público, reconocimiento de garantías en favor del imputado, reconocimiento de derechos en favor de las víctimas, incorporación del principio de oportunidad, etcétera. Esto no es debido al azar. No hay duda alguna que los reformadores han tenido muy presente las ideas y el texto del modelo de código propuesto por el Instituto Iberoamericano.

La reforma no se concentró exclusivamente en el proceso y los tribunales penales. Hay una atención creciente sobre el Ministerio Público, los sistemas de defensa pública, la policía y las prisiones. Aún más, la reforma es vista como parte de una reforma más general que involucra a la justicia no penal e, inclusive al sistema jurídico en su totalidad^[5].

Refiero a la reforma procesal penal en América Latina, como un claro ejemplo de las ventajas de la armonización legislativa regional, sin embargo y retomando el tema elegido como paradigma del delito transnacional y de alta complejidad en su organización, como lo es el narcotráfico, veremos que en ocasiones la búsqueda de cierta concordancia normativa, no respondió a las verdaderas necesidades regionales.

En este sentido intentaré, lo más brevemente posible, hacer un recorrido, de los grandes cambios legislativos en relación a la represión de estupefacientes en los últimos cuarenta años. En los años setenta, cuando el gobierno de Richard Nixon lanzó la primera “guerra contra las drogas”, las políticas latinoamericanas en relación al consumo y tráfico de estupefacientes, cambió radicalmente. En nuestro país, el ministro de Bienestar Social José López Rega firmó en 1974 un convenio con los Estados Unidos, y cuatro meses después se sancionó la ley 20.771, que penaba el consumo de estupefacientes con prisión e imponía penas de notable severidad.

El mensaje del Poder Ejecutivo elevado al remitirse el proyecto de ley al Congreso de la Nación, dejaba en claro cual era la política de vincular “droga” con “subversión”. Así por ejemplo cuando se refiere al objetivo planteado: **“el tráfico ilegal de estupefacientes debe ser perseguido y reprimido hasta la aniquilación”**.

El control penal de las drogas era necesario para tutelar la **“seguridad nacional”** y la “defensa nacional”: “... asimismo se propicia la competencia para entender en los delitos que regula el presente Proyecto de Ley a la Justicia Federal, por ser las conductas a reprimir atentatorias a la seguridad nacional, pues afectan al ser humano, provocando de tal suerte la destrucción de los aspectos fundamentales de su personalidad”. Mas adelante se reafirma “es en consecuencia un imperativo de la defensa nacional la preservación del individuo en todos los aspectos concernientes a su interacción social”^[6].

En 1988 la Argentina firma la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, conocida como la

Convención de Viena, por el que adopta el modelo represivo, situación esta que se repite en todos los países de la región.

Este instrumento internacional, es coetáneo al cambio de política estadounidense en la materia de drogas, recordando que en aquel momento el presidente norteamericano Ronald Reagan decide castigar severamente la tenencia de estupefacientes para uso personal.

A partir de la década del '90, se modifica substancialmente el paradigma, pasando a ser el fenómeno de la droga una cuestión de Estado. A partir de discursos de emergencias, se producen modificaciones legislativas, por la que se incorporan institutos de dudosa constitucionalidad como, el delator judicial, el agente encubierto, la entrega vigilada y el denunciante anónimo, todos ellos muy resistidos por la doctrina y parte de la jurisprudencia, por entender que resultan violatorios a garantías constitucionales y no concordes con un orden jurídico de un Estado Constitucional de Derecho.

Tomaremos uno de los institutos que ha sido incorporado por todos los países del MERCOSUR en sus legislaciones sobre estupefacientes, como lo es la figura del "agente encubierto".

En la Argentina, el juez, durante el curso de una investigación de estupefacientes, y por resolución fundada podrá disponer, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actúen en forma encubierta como integrantes de organizaciones delictivas o participen en la realización de hechos ilícitos vinculados.

En Bolivia, existe una fuerza de seguridad especializada (Fuerza Especial de Lucha Contra el Narcotráfico), del cual provendrá el agente encubierto, empleándose en caso de ausencia o insuficiencia de pruebas. Ambos serán solicitados por el Fiscal, bajo su responsabilidad.

Asimismo en Brasil, no hay suficiente información sobre el instituto del agente encubierto, por ser un instituto nuevo en la legislación. Sin embargo, se limita su función a recabar información, poniéndose especial énfasis en evitar que tales agentes cometan abusos en el cumplimiento de sus funciones.

También el Agente Encubierto en Chile, como en el resto de las legislaciones, oculta su identidad y se infiltra en las organizaciones criminales.

En relación a Paraguay, el Poder Judicial podrá autorizar la aplicación de la figura del Agente Encubierto tras petición fundada del Ministerio Público Fiscal.

Al igual que en Perú, donde el Ministerio Público podrá utilizar a los órganos especializados para procedimientos "Agente encubierto", supervisando su desarrollo y disponiendo su culminación; si tales procedimientos fueren necesarios durante una investigación judicial, la autorización deberá emanar de un Juez.

En Venezuela , recientemente sancionado dicho instituto, como en el resto , oculta su identidad y se infiltra , con autorización de un juez. También existe el arrepentido , cuya formulación por cierto tiene defectos de construcción .-

Conforme lo señalado, la introducción de la figura de “agente encubierto” se pretende articular una técnica de investigación, pero con evidente desatención de los problemas de naturaleza penal y procesal penal.

Pero retomando el tema, habrá que cuestionarse si, dentro de la dialéctica de la dicotomía eficacia-garantía, desde una perspectiva político criminal, se analiza la organización del poder punitivo estatal, la figura del agente encubierto como si puede formar parte válidamente de la acusación fiscal en un proceso penal enmarcado en un Estado de Derecho.

Sin temor alguno, debemos una vez más, denunciar la alucinación de una “guerra contra las drogas”. Aquella, que recicla los ya obsoletos “subversivos” de los setenta contra los que “lucharon” los gobiernos autoritarios latinoamericanos, y a partir de los ochenta, permite a la administración republicana de los EE.UU. colonizar político-legislativamente América Latina.

Describe Zaffaroni: “La administración norteamericana también presionó a estas dictaduras para que declararan la guerra a la droga, en una primera versión vinculada estrechamente a la seguridad nacional: el traficante era un agente que pretendía debilitar la sociedad occidental, el joven que fumaba marihuana era un subversivo, se confundían e identificaba a los guerrilleros con los narcotraficantes (la narcoguerrilla), etc. A medida que se acercaba la caída del muro de Berlín, se necesitaba otro enemigo para justificar la alucinación de una nueva guerra y mantener niveles represivos altos. Para ello se reforzó la guerra contra la droga. En los años ochenta del siglo pasado, toda la región sancionó leyes anti-droga muy parecidas, en general por presión de la agencia estadounidense especializada, configurando una legislación penal de excepción análoga a la que antes había sido empleada contra el terrorismo y la subversión. Estas leyes, que permanecen en vigencia en su mayoría, violaron el principio de legalidad, multiplicaron verbos conforme a la técnica legislativa norteamericana, asimilaron participación y autoría, tentativa, preparación y consumación, desconocieron el principio de ofensividad , violaron la autonomía moral de la persona, penaron a enfermos y tóxicodependientes, etc. En lo procesal se crearon tribunales especiales, se introdujeron elementos inquisitoriales como el premio al delator, la habilitación del espía, el agente provocador, los testigos anónimos, los jueces y fiscales anónimos, etc. Se estableció una aberrante legislación penal autoritaria, que pocos se animaron a denunciar, amenazados con ser imputados como partícipes y encubridores del narcotráfico o con ser prisionizados, al mejor estilo inquisitorial, lo que sucedió incluso con magistrados, fiscales y académicos. Mientras las prisiones se sobrepoblaban con consumidores de tóxicos (que se supone que son las víctimas) y con mujeres transportadoras (mulas), se crearon economías complementarias, la corrupción de los sistemas penales fue formidable –incluso de las fuerzas armadas incorporadas a funciones policiales-, el volumen del comercio hacia los Estados Unidos creció increíblemente y el precio del servicio de distribución interna en ese país se mantuvo alto, logrando insertar en el circulante algo así como medio millón de millones de dólares anuales, lo que da idea de la recesión que provocaría su abrupto descenso. Pero lo cierto es que la droga no tuvo entidad para ocupar el puesto que dejó vacío la caída

del muro de Berlín y el autoritarismo penal –como era de esperarse- tampoco tuvo efecto preventivo alguno, sino que se difundió y amplió la producción, importación y consumo de tóxicos en las sociedades latinoamericanas, con el perverso efecto de reservar el de mejor calidad para la exportación y fomentar el consumo interno de los más perjudiciales y destructivos, siguiendo la tradición de que se exporta lo mejor y se consume internamente lo peor, en este caso con necrosamiento de neuronas.”^[7] Lo dicho por el profesor hasta el cansancio, ahora adquiere dimensión objetiva, según se desprende de los informes oficiales.-

Así, en las reformas para la persecución penal de las drogas, se introdujeron de contrabando figuras manifiestamente contradictorias a las formas procesales adversariales, actual paradigma del proceso penal latinoamericano, vigente desde la década pasada.

Este atropello a las soberanías de la región fue legitimado mediante el discurso de la emergencia. Se logro instalar el fenómeno del narcotráfico dentro de la “lógica” de la guerra, y desde esta perspectiva, fueron autorizados todos los medios para lograr el fin. Así, se llego a soportar, la total ausencia de crítica a la importación de programas de criminalización producidos por Estados Unidos, que obviamente simulaba dar una respuesta al fenómeno local del narcotráfico, cuando en realidad sólo respondía a los intereses del autor del plan.

Las consecuencias negativas de la importación de un programa punitivo producido en el seno de una sociedad diferente a la cual va a operar, resultan devastadoras. Ya en los tempranos ochentas, Rosa del Olmo en “América Latina y su criminología” advertía esta tendencia, la cual se repetía en la historia de nuestros países.

En igual sentido y de forma tajante Juárez Tavares nos ilustra: “Con este modelo neoliberal de política criminal, coetáneo a una ciencia jurídica orientada exclusivamente hacia los resultados y la eficacia, se crea en nuestros países un sistema jurídico tecnocrático y unilateralmente concebido, que busca destruir las propuestas de solución estructural a los problemas sociales y que considera a sus opositores un riesgo a la estabilidad económica y política. Este es el sistema que un día hay que derrocar”^[8].

Este discurso de excepción, puse en jaque al Estado de Derecho. La excepción es clara, en el caso argentino la figura del agente encubierto, es un ejemplo en el denominado “régimen penal de estupefacientes” ley N° 23.737, donde el Art. 31 bis dispone solo su utilización para algún delito previsto en dicha ley o en el caso de contrabando de estupefacientes.

Así, nos encontramos que los problemas se multiplican, cuando inicialmente teníamos uno solo, dar respuesta al fenómeno del delitos complejos, además debemos acrecentar la tarea de reforzar el Estado de Derecho, y –como sincera Brasil- evitar que los agentes encubiertos cometan abusos en el cumplimiento de sus funciones.

Sin dudas, ya resulta ineficaz, dados los magros resultados obtenidos en contraposición a las violaciones de garantías constitucionales . El discurso de la excepción –que en este caso menoscaba el principio de defensa en juicio y en especial de contradicción probatoria- parte de la errónea creencia de que la única manera de

lograr eficacia en la pesquisa es mediante una sistemática violación de las Garantías constitucionales del Derecho penal.

Véase la honestidad brutal del legislador argentino en la regulación de la figura del agente encubierto cuando lo autoriza “*si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo*”. Situación que no hace más que degradar el rol del Ministerio Público Fiscal al de un Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición; discurso que no sólo atrasa seis siglos, sino que desconoce el proceso de reformas de los sistemas penales latinoamericanos que desde hace más de dos décadas va despojándose de las reminiscencias colonialistas evolucionando hacia los sistemas adversariales o acusatorios, jerarquizando la institución, ubicando al Ministerio Público como un órgano extrapoder y autónomo, garante de la legalidad.

No debe autorizarse, fundándose en un discurso de excepción -y falsa creencia de que es la única forma-, que claudiquen las garantías que rigen la libertad de todos los habitantes –aún de los infractores a la ley penal-, porque legitimaríamos el discurso del derecho penal del enemigo que se pretende neutro y esterilizado porque “solo describe” ocultando su horizonte político que torna ilusorio el Estado de Derecho, donde el poder punitivo discrimina a seres humanos como “no-personas” negándoles el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece -universal y regionalmente- el derecho internacional de los Derechos Humanos^[9].

Decimos que es falsa la idea de que es la única forma de dar respuesta, atento que el narcotráfico no es el único fenómeno del delito complejo, y no por eso las restantes herramientas para su persecución penal poseen figuras como la que nos ocupa en éstas líneas.

Tampoco la figura del “arrepentido”, que nos regresa a las formas procesales inquisitoriales, autorizando el premio consistente en la reducción del castigo de aquel que confiesa y delata a quienes lo llevaron por el mal camino. De esta manera asegura su continuidad y reproducción permanente, sentado las bases de un sistema de castigo que nunca conocerá su fin, nunca se agotará, una confesión llevara a la otra, y ésta a una nueva, hasta el final de los días.

Cuando no existía la escritura, la manera de adquisición del saber era la oralidad, así la cultura griega se preocupó de la administración pública de los teatros, la ficción era también una forma de comprender la realidad. Valen las palabras de Edmundo Hendler, refiriéndose a la trama argumental de la película “Los sospechosos de siempre”, donde la historia gira en torno al relato de un partícipe que ha obtenido inmunidad total que permite la reconstrucción de los crímenes, que tanto en la ficción como en la realidad, no puede saberse cuanto de verdad incluyó en la mentiras de su relato^[10].

Siguiendo esta lógica, nos encontramos en un momento de máxima tensión, forzando los límites hasta quebrar el sistema de garantías que el saber penal ha erguido en pos del Estado de Derecho. Debemos optar por su aniquilación, que sería la pérdida de libertad y sometimiento a la autoridad del que manda, o tomar conciencia que la excepción no es tal, y que se creó para ser permanente, por ello debemos rechazarla como herramienta válida para el sistema penal.

6.-) CONCLUSIONES

El fenómeno de la globalización , ha traído consecuencias negativas desde el punto de vista legislativo en lo que hace a la legislación de emergencia , al diseminar a través de la comunicación que la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado son categorías fundamentales para garantizar la seguridad nacional .-

El concepto de seguridad nacional que se esgrime, sin ningún dato objetivo ni cierto , impide tomar decisiones políticas adecuadas, y discutir políticas públicas alternativas a la represión o penalización de todo tipo de conflicto por parte del servicio de justicia regional.-

A lo anterior, se suma que dicho concepto dificulta trabajar sobre normas que permitan seriamente y en forma eficaz imputar un hecho, al cancelar un debate sobre la dimensión del fenómeno y marginar la evidencia empírica.-

El derecho penal, en el sentido asignado en este trabajo, no puede cerrar los ojos ante los nuevos desafíos que acompañan a la globalización y las nuevas dinámicas del mercado. El fenómeno criminal en el siglo XXI, presenta características específicas desconocidas hasta hace algunas décadas.

Esta nueva realidad, junto con otras de carácter político –como la crisis del Estado Nación-, conlleva la necesidad de aunar esfuerzos e impulsar lazos de cooperación entre los distintos estados parte o asociados de la región , con la finalidad de alcanzar mejores resultados en la persecución penal de los delitos en el marco de políticas criminales propias .

Sin embargo, y tal como se afirmara, la coordinación y cooperación necesaria, deberá ser objeto de un verdadero análisis de sus fines y de los discursos que se encuentran tras ellos; ya que el proceso de reforma podrá ser una espada de Damocles, sirviendo a fines opuestos a los que se enuncian.-

La historia política, económica, social es común, y sirve para la discusión sobre la armonización legislativa. Esta no debe implicar ni un Código penal Común ni un tribunal supranacional, sino solo trabajar sobre reglas mínimas que permitan establecer términos y conceptos comunes y propios en la materia.-

A lo anterior debe agregarse la imperiosa necesidad de contar con bases de datos propios, y un sistema que en forma independiente permita monitorear a todos los actores del sistema penal a fin de tener información fidedigna que permita sugerir políticas criminales reales .-.

Ciertos desarrollos, como el de la reforma procesal en América Latina, han sido realmente etapas de transformación hacia la democratización de los sistemas judiciales y por ende, han pujado y lo siguen haciendo por ensanchar los marcos de un Estado de

Derecho por lo que debemos apoyar los cambios en Brasil, Uruguay y Argentina . La implementación adecuada mejoraría sin duda su eficiencia.-

Es imprescindible discutir y mejorar los procesos de independencia interna y externa de los Ministerios Públicos regionales, a fin de impedir que la función policial degluta a la jurisdiccional , por un lado y por otro que se permitan violar garantías al crearse comisiones o fiscalías temáticas que desplacen al fiscal designado antes de la fecha de comisión del hecho ,que impidan el real y verdadero ejercicio del derecho de defensa del imputado, al atentar contra la legalidad, t al como se advierte en algunos países de la región .-Así y en ese contexto el concepto de fiscal natural debe ser tomado como ampliación del derecho de defensa del imputado.-

Las políticas “antidrogas”, muestran como los países del MERCOSUR hemos sufrido una severa colonización legislativa, característico de un Derecho Autoritario; bajo el falso eslogan de la seguridad Nacional.-

Frente al escenario de la demolición del derecho de garantía, es responsabilidad de aquellos que somos protagonistas y actores en las agencias de reproducción ideológica, hacer del mundo un lugar más libre.

Notas

al

pie:

^[1] Alberto Binder, *Política Criminal de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Bs. As. 1997, p.27.

² Ver Montoya, Mario, *Mafia y Crimen Organizado*, Ed. Ad-Hoc, B. As., 2004.

³ Garzón Clariana, Gregorio *Sobre la Noción de Cooperación en el Derecho Internacional*, en Revista Española de Derecho Internacional N° 1, 1976, p. 33.

⁴ Cervini, Raúl, *La Cooperación Judicial Penal Internacional: Concepto y Proyección*, en *Curso de Cooperación Penal Internacional*. Carlos Alvarez Editor. Rio de Janeiro, 1994, p.6.

⁵ Frühling, Hugo, *La prevención del crimen. Notas sobre la justicia penal y la reducción de oportunidades para la delincuencia*, Reunión sobre el desafío de la violencia criminal urbana, Río de Janeiro, marzo de 1997.

⁶ Diario de Sesiones de la H.C.D.N. 27° reunión. 19 de septiembre de 1974. Pag. 2859.

⁷ Raúl, Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho Penal*, Ed. Ediar, Bs. As., 2006.

⁸ Juarez Tavares, *La Creciente legislación penal y los discursos de emergencia*, en *Teorías actuales en el Derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1998.

⁹ Ver, Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Ob. Cit.

10 Edmundo, Hendler, *La razonabilidad de las leyes penales: La figura del arrepentido*, en Teorías actuales en el Derecho penal, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1998

Bibliografía:

Alberto Binder, *Política Criminal de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Bs. As. 1997.

Cervini, Raúl, *La Cooperación Judicial Penal Internacional: Concepto y Proyección*, en *Curso de Cooperación Penal Internacional*. Carlos Alvarez Editor. Rio de Janeiro, 1994

Del Olmo, Rosa. *América Latina y su criminología*, Ed. Siglo XXI, 1982.

Frühling, Hugo, La prevención del crimen. Notas sobre la justicia penal y la reducción de oportunidades para la delincuencia, Reunión sobre el desafío de la violencia criminal urbana, Río de Janeiro, marzo de 1997.

Garzón Clariana, Gregorio *Sobre la Noción de Cooperación en el Derecho Internacional*, en Revista Española de Derecho Internacional N° 1, 1976.

Montoya, Mario, *Mafia y Crimen Organizado*, Ed. Ad-Hoc, B. As., 2004.

Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Ediar, Bs. As., 2000.

Zaffaroni, E. Raúl. *El enemigo en el Derecho penal*. Editorial Ediar, Bs. As., 2006.

Juarez Tavares, *La Creciente legislación penal y los discursos de emergencia*, en Teorías actuales en el Derecho penal, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1998.

Edmundo, Hendler, *La razonabilidad de las leyes penales: La figura del arrepentido*, en Teorías actuales en el Derecho penal, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1998