

SISTEMA DE LA PENA Y POLÍTICA MIGRATORIA: UN ANÁLISIS A PROPÓSITO DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

PENALTY SYSTEM AND IMMIGRATION POLICY: ANALYSIS OF ARGENTINE LEGISLATION

Nadia Espina*

Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2021.

Fecha de aceptación y versión final: 19 de octubre 2021.

Resumen

De acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la legislación argentina reconoció a los migrantes como sujeto de derechos a través de la ley nacional de política migratoria no. 25.871. Sin embargo, aun cuando existe una clara violación a la prohibición de legislar en materia penal, el Poder Ejecutivo de la Nación dictó un decreto de necesidad y urgencia reglamentario a la ley nacional de política migratoria.

Este trabajo analiza las peculiaridades del decreto antes mencionado, dentro de las cuales destaca la selección y clasificación de los migrantes en “buenos” y “malos”, los primeros con posibilidad de regularizarse y los segundos, a quienes corresponde la expulsión. En este sentido, uno de los puntos que se abarca es el estudio de la expulsión como pena, aun cuando el órgano de aplicación sea administrativo, y, en consecuencia, cómo se configura el abandono de la idea de reinserción social como finalidad de la pena hacia la estigmatización e inocuización, lo que constituye una expresión de Derecho Penal del enemigo.

Abstract

In accordance with International Human Rights Law, Argentine legislation recognized migrants as subjects of rights through national immigration policy law no. 25,871. However, even when there is a clear violation of the prohibition to legislate in criminal matters, the Executive Power of the Nation issued a decree of necessity and urgency to regulate the national law on immigration policy.

This paper analyzes the peculiarities of the aforementioned decree, among which the selection and classification of migrants as “good” and “bad” stands out, the former with the possibility of regularization and the latter, who are subject to expulsion. In this sense, one of the points covered is the study of expulsion as a penalty, even when the enforcement body is administrative, and, consequently, how the abandonment of the idea of social reintegration is configured as purpose of the penalty towards stigmatization and innocuation, which constitutes an expression of the enemy's Criminal Law.

Conceptos clave: Sistema de la pena, Ley nacional de política migratoria no. 25.871, política migratoria, legislación argentina, reinserción social, migrantes, Derecho penal del enemigo.

Keywords: Penalty system, National immigration policy law no. 25,871, immigration policy, Argentine legislation, social reintegration, migrants, criminal law of the enemy.

* Profesora Adjunta interina del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Universidad Nacional de Rosario.

Introducción

La ley nacional de política migratoria n° 25.871,¹ receptó por primera vez los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconoció a los migrantes como sujeto de derechos, estableció directivas concretas respecto al acceso a derechos de los migrantes, incluyó pautas

de procedimiento administrativo en materia de admisión, permanencia y expulsión de extranjeros e incorporó la revisión judicial de estos últimos actos.

I. Política migratoria en la República Argentina

I. a) De la protección a la criminalización

Sin embargo, el pasado año, en una clara violación a la prohibición de legislar en materia penal,² el Poder Ejecutivo de la Nación, dictó un decreto de necesidad y urgencia reglamentario a la ley nacional de política migratoria que introdujo modificaciones.³ La nueva política selecciona y clasifica a los migrantes en dos grupos: los migrantes “buenos” que pueden regularizarse y los “malos” o “diferentes”, a quienes corresponde la expulsión.

En términos generales, este decreto habilita un procedimiento de detención y expulsión exprés de los extranjeros sometidos a cualquier proceso judicial que tenga como consecuencia posible una pena privativa de la libertad, y también de quienes hayan cometido faltas en el trámite migratorio. También elimina la unidad familiar como condición para evitar la expulsión.⁴

Asimismo, esta no fue la única medida adoptada por el gobierno en el último tiempo sino que también se anunció la creación de la primera cárcel para extranjeros con la finalidad de “combatir la irregularidad migratoria”. Aquello representa un serio problema en los casos de personas que se encuentran en situación de irregularidad por una falta administrativa, dado que en palabras de Anton Bauer la criminalización de esas personas consideradas como peligrosas lo sería por delitos que aún no existen. A diferencia de Italia,⁵ en Argentina no se encuentra tipificado el delito de inmigración clandestina. Aunque la pretensión de criminalizar a los extranjeros por las irregularidades de sus trámites migratorios constituye cuanto menos una evidente vulneración al Derecho penal de acto y de principios constitucionales y convencionales.

Esta política maniqueísta, utilizada para criminalizar y expulsar a los extranjeros, que importa un retroceso en la legislación, no es nueva sino que en nuestro país se remonta a más de cien años atrás. En palabras de Filangieri, “Un día de victoria puede compensar la derrota de muchos años; pero un error político, un error de legislación, puede producir la infelicidad de un siglo, y preparar los venideros”.⁶

En el año 1902, se sancionó la ley n° 4.144 conocida como *ley de residencia*, por la misma razón que en Roma se llamó *numantino* al Escipión que arrasó a la ciudad de Numancia, ello porque la finalidad no era que los extranjeros residieran en la República Argentina sino expulsarlos rápida y discrecionalmente. Aquella ley surgió como respuesta a la por entonces huelga de carreros y estibadores e importó la concesión al Poder Ejecutivo de amplias facultades para expulsar del país a aquellos que se consideraba “peligrosos” sin ningún tipo de control judicial.⁷

En lo sucesivo, las leyes n° 17.294⁸ y 22.439⁹ marcaron claramente los objetivos de política criminal de aquellos años. En esas décadas, los poderes ejecutivos ampliaron la discrecionalidad de la autoridad migratoria dándole autonomía para establecer criterios de admisión y expulsión.

I. b) Política migratoria como expresión del Derecho Penal del enemigo

En definitiva, la normativa administrativa y penal de control de los extranjeros, constituye una expresión de Derecho Penal del enemigo. En este sentido, Jakobs afirma que el Estado tiene el derecho a buscar la seguridad frente a los enemigos, y argumenta que los ciudadanos tienen el derecho a exigir del Estado las medidas adecuadas a fin de fornecer esta seguridad, no debiendo tratar al enemigo como persona, pues de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás.¹⁰ No obstante, cuando se propone distinguir entre *ciudadanos* (personas) y *enemigos* (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y esta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del *hostis* en el derecho con el principio del Estado de derecho.¹¹

En efecto, en la medida que se trate a un ser humano como algo meramente peligroso, se le quita o niega su carácter de persona, o sea, de su

calidad de portador de todos los derechos que le asisten a un ser humano, cuando lo cierto es que desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), y a partir del auge del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ello es inadmisibile. Lo contrario implica el paso de un Estado de Derecho a un Estado autoritario.

II. Expulsión de extranjeros

La ley de Migraciones mantiene el régimen administrativo-migratorio por el cual, al final de un proceso no penal, se puede expulsar al extranjero.

También establece un régimen especial que contempla la expulsión del país en tres supuestos cuando medie acto administrativo de expulsión firme de la Dirección Nacional de Migraciones, respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular en el país y cuando se trate de:

1) Condenados a penas de efectivo cumplimiento (art. 64 inc. a): deben haber cumplido con un tiempo mínimo de la condena y haber obtenido cierto avance en el régimen de progresividad de la ejecución de la pena privativa de la libertad¹² conforme a lo dispuesto por los apartados I y II del art. 17 del régimen nacional de ejecución penal –ley n° 24.660–. Para el caso de penas temporales mayores a 10 años, 1 año desde el ingreso al período de prueba; en penas mayores a 5 años, 6 meses desde el ingreso al período de prueba, y para penas menores a 5 años, desde su ingreso. En todos los supuestos, no deben registrar condenas pendientes ni causas en trámite en las que interese su detención.

2) Condenados a penas de ejecución condicional mediante sentencia firme (art. 64 inc. b): en todos los casos.

3) Procesados (art. 64 inc. c): el decreto actual habilita que el extranjero pueda ser expulsado por cualquier delito (desde el narcotráfico a un delito menor) e incluso puede tener lugar en los casos de etapas preparatorias a la investigación penal. Ello viola el principio de inocencia.

Ahora bien, nos interesa referir al primer supuesto, es decir, los casos de cumplimiento de pena privativa de la libertad, en donde el denominado

“extrañamiento” opera en el marco de la progresividad del régimen penitenciario que tiene como horizonte de proyección a la resocialización.

En estos casos, la expulsión extinguirá la pena siempre y cuando se cumpla con la prohibición de reingreso al país.

II. a) ¿La expulsión como pena?

Desde una concepción agnóstica y negativa,¹³ Zaffaroni, Alagia y Slokar, adoptan un concepto jurídico de pena con referencia óptica y entienden que ésta se define como una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, lo que amplía significativamente el concepto de pena de las teorías tradicionales o legitimantes.

Pero, ¿El extrañamiento constituye una privación de derechos o un dolor? ¿Puede considerarse una pena? Como respuesta arriesgo que si se repara que con la nueva legislación cualquier persona extranjera puede ser expulsada, incluso en los casos en donde tenga hijos con residencia en la Argentina, podemos afirmar que se trata de una privación de derechos, de un dolor y que necesariamente debe constituir una pena aunque el órgano de aplicación sea administrativo (Dirección Nacional de Migraciones).

El Código Penal argentino de 1886 establecía en el catálogo de penas: la muerte, el presidio por tiempo indeterminado, el presidio de tres a quince años, penitenciaría por tiempo indeterminado, penitenciaría de tres a quince años, prisión de uno a tres años, arresto de un mes a un año, destierro de uno a seis años, inhabilitación absoluta, perpetua y temporal, y multa;¹⁴ posteriormente la ley 4.189¹⁵ agregó la relegación o deportación.

A su vez, el proyecto de Código Penal conocido como “Coll-Gómez” contemplaba dentro del catálogo de penas a la expulsión del país (art. 30 inc. 4º).¹⁶

Por su parte, el Código Penal vigente, prevé dentro del catálogo de penas, a las principales y accesorias. Las primeras son aquellas que pueden aplicarse en forma autónoma y que se encuentran en el art. 5 del texto, es decir, las de reclusión, prisión, multa e inhabilitación.¹⁷ Mientras que las accesorias son las que dependen de la principal, sea durante la ejecución

de ésta o después de ejecutada. Para el caso, la inhabilitación del artículo 12 del C.P.; el decomiso del art. 24; la destrucción de estupefacientes prevista en el art. 30 de la ley n° 23.737 (modificada por ley n° 27.302); la pérdida de beneficio o posibilidad de obtener y utilizar beneficios fiscales (art. 5 de la ley n° 24.769); la clausura de los estadios deportivos (art. 11 de la ley n° 23.184) y la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena del art. 52.¹⁸

En efecto, para el caso de que el extrañamiento se considere una pena, en los casos de expulsados que han cumplido parte de la pena privativa de la libertad, revestirá el carácter de una pena accesoria.

Negarle el carácter de pena conlleva a un resquebrajamiento del paradigma de un sistema penal basado en el programa constitucional y heredado del iluminismo, dado que implica el fraude a todas las garantías penales y procesales.

II. b) Prohibición de reingreso

El problema se presenta con la prohibición de reingreso para todo extranjero expulsado. En lo que aquí interesa, para que se extinga la pena, el migrante condenado en los supuestos del art. 64 a) deberá cumplir, por un lado, con el extrañamiento pero también con la prohibición de reingreso prevista en el art. 63, incisos b) y c).

Esta pérdida del derecho a ingresar al país durará cuanto menos 5 años. Ello porque la prohibición podrá ser permanente o por un término no inferior a 8 años en los casos de delitos dolosos, y en los restantes, tendrá como piso mínimo al de 5 años.

Entonces, toda expulsión tiene una pena accesoria: la prohibición de reingreso. Al hablar de la expulsión en los casos que funciona como pena accesoria, es decir, para los condenados a prisión, esta prohibición se transformaría en una pena accesoria de otra pena accesoria.

Como consecuencia, la pena recién se extinguirá una vez cumplido el tiempo de la prohibición de reingreso. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia argentina, en el caso conocido como “De la Torre”,¹⁹ en donde consideró que una vez ejecutada la expulsión, la pena continúa en razón

de que el gravamen persiste en la medida en que la libertad ambulatoria se encuentra severamente restringida por la imposibilidad de volver a ingresar al país.

Por otra parte, aunque la ley no establezca una solución, se entiende que ante el reingreso al país, la persona deberá cumplir la pena hasta su agotamiento. Esta consecuencia es la que adoptó el Anteproyecto de Reforma del Código Penal del año 2014, elaborado por una comisión presidida por E. Raúl Zaffaroni.²⁰

Lo cuestionable de esta prohibición se relaciona con la proporcionalidad de las penas. Es por demás irracional que un condenado a una pena de un mes en suspenso o no (como podría ser por habérselo encontrado culpable de un hurto, o resistencia a la autoridad, etc.), pueda ser expulsado y a su vez, se le aplique una pena accesoria que representa, en tiempo, noventa y seis veces la principal.

Otra crítica que se alza en esta dirección, parte de la indeterminación del plazo máximo de la pena. Así, los casos de prohibición de reingreso generan un estado de incertidumbre y de imprevisibilidad que se relacionan con lo que Ferrajoli denomina “derecho penal máximo”.²¹ Es decir, el extranjero condenado a pena privativa de la libertad que luego es expulsado lo es por una pena indeterminada que se aparta de la “garantía de certeza de la duración de la pena”.²²

Todo ello afecta el principio de igualdad, principio de proporcionalidad, culpabilidad; también el principio de razonabilidad y el de humanidad de las penas. Así es como todos los principios de nuestros clásicos, postulados básicos, que encierra un derecho penal armónico, transparente y que indican las primeras páginas de la manualística en general, desaparecen, pierden cualquier vigencia. Este modelo sinalagmático de matriz iluminista que demanda simetría entre castigo y delito aparece claro en el “Discurso” de Lardizábal y en *Dei delitti e delle pene* de Beccaria, que emplea la metáfora de la escala o la referencia a la geometría, lo que revela la aspiración a la exactitud, siendo que su posterior obra *Sistema decimal francés en Italia* versa sobre pesos y medidas.²³

III. La neutralización del extranjero expulsado

La legislación argentina recepta expresamente, por vía de la Constitución Nacional, de numerosos tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la C.N.), de la ley n° 24.660 y del Código Penal, la teoría de la prevención especial positiva (ideologías re).

Más allá de otros lejanos antecedentes, esta teoría tiene un gran desarrollo en la última parte del siglo XIX. Fue defendida por distintas tendencias: el correccionalismo en España, la escuela positiva en Italia, y la dirección moderna de Von Liszt en Alemania.

Para esta teoría, la pena no puede justificarse en otro sentido que como corrección positiva que pueda ser fundada mediante un derecho de educación. Se busca mejorar a la persona. La pena es considerada como bien para quien la sufre, oculta su carácter penoso y llega a negarle incluso su nombre, reemplazándolo por sanciones o medidas.

Sin perjuicio de las críticas que merece esta teoría, cabe destacar que la expulsión del condenado y la consecuente prohibición de reingreso que en algunos casos se convierte en una verdadera pena perpetua, configura el abandono de la idea de reinserción social como finalidad de la pena hacia la estigmatización e inocuización.

Desde el “Programa de Marburgo” –titulado, en realidad, *La idea de fin en Derecho Penal*–, Von Liszt advertía que fracasado el propósito positivo de la prevención especial, sin lugar a dudas no quedaba otra alternativa que la inocuización en su variante negativa²⁴—que recrea Jakobs en *Derecho Penal del enemigo*—.

Cuando las ideologías re fracasan o se descartan, se apela a la eliminación. En este sentido, resulta paradigmática la obra de Garófalo, quien afirmaba que los enemigos interiores debían eliminarse²⁵.

Conclusiones

La medida en que, en cada país o región, el Estado se aleje del modelo de derecho y se aproxime más al del Estado de policía, dependerá de la intensidad del poder punitivo y del debilitamiento del poder judicial de contención.

En síntesis, por efecto de la tendencia represiva contemporánea, como la expansión del Derecho penal, el Derecho penal a distintas velocidades²⁶ y el Derecho penal del enemigo, se llega a introducir un verdadero Derecho penal de autor.²⁷

Ello se inscribe en el marco de una política criminal o, más precisamente, una política penal regresiva, en donde la respuesta penal se ha hecho ordinaria, más que de *última ratio*. Se instala una peligrosa tendencia expansiva cualitativa y cuantitativa del derecho penal y la pretensión de satisfacer finalidades y objetivos constitucionalmente extraños a las limitadas funciones que pretenden justificar su uso.²⁸

La invocación de emergencias justificantes, no es en nada reciente, y su ordinarización por parte del poder punitivo acompañado por los discursos teóricos, nos advierte que en el actual momento la vigencia de la categoría *peligrosidad social* o su equivalente funcional cobra una extensión que pone en crisis la condición misma del ser humano.

El panorama causa preocupación y la pregunta es cómo se posicionan los derechos humanos frente a un contexto que pretende cambiar el paradigma de sistema penal basado en el programa constitucional y heredado del iluminismo.

En ese horizonte, corresponde al poder judicial desarrollar el principal mecanismo de efectivización de los principios rectores del Derecho Penal y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Fuentes de información

Bibliografía

- Anteproyecto de Código Penal de la Nación. 1era edición, Editorial Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 359.
- Cancio Meliá, Manuel, en Jakobs-Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, pp. 65 y ss.
- Cavaliere, Antonio. “Derecho penal máximo y diversión discrecional. Una hipótesis sobre neoliberalismo y política criminal, desde una perspectiva local” en Revista de Derecho Penal y Criminología, n° 11, 2017, pp. 155-168.
- Durá, Francisco. *Naturalización y expulsión de extranjeros*, Imprenta De Coni Hermanos, Buenos Aires, 1911, pp. 173-210.
- Erbetta, Daniel. “Seguridad y reformas penales. ¿Hacia dónde vamos?” en Revista de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 513-539.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, p. 243.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p.410. Para
- Filangieri, Gaetano. *Ciencia de la legislación*, trad. por Juan Ribera, Editorial Ediar, 2012, p. 146.
- Garofalo, Rafael. *La criminología*, trad. De Pedro Dorado Montero, Madrid, pp. 7, 11 y ss.
- Jakobs, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 33.
- Lurati, Carina. *El sistema de pena única en el Código Penal argentino*, 2da. Edición revisada, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 81.
- Morales, Diego; *et. al.*, “Migrantes: de la protección a la criminalización” en Derechos Humanos en la Argentina, CELS, Buenos Aires, 2017, pp. 182-183.

Nadia Espina

Silva Sanchez, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de lo política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001, pp. 163 y ss.

Slokar, Alejandro. “La ley de los sin ley”, en *La medida del castigo*, dir. Eugenio Raúl Zaffaroni, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 86.

Von Liszt, Frank. *La idea de fin en el derecho penal*, Temis, Bogotá, p. 126.

Zaffaroni, Alagia y Slokar. *Derecho penal, parte general*, Editorial Ediar, Buenos Aires, pp. 44-46.

Zaffaroni, Eugenio Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo. *Digesto de Codificación penal argentina*, AZ Editora, Buenos Aires, 1996, t. II, pp. 190-191, 658

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 18.

Legisgrafía

CSJN, *De la Torre, Juan C. s/ habeas corpus*, sentencia del 22 de diciembre de 1998

Decreto de necesidad y urgencia n° 70/17, publicado en el Boletín Oficial el 30 de enero de 2017.

Decreto n° 616/10, que reglamenta la ley n° 25.871.

Ley 4.189. Modificatoria del Código Penal y publicada el 3/8/1903.

Ley nacional de política migratoria n° 25.871, sancionada el 17 de diciembre de 2003 y promulgada el 20 de enero de 2004.

Ley n° 17.294 publicada en el Boletín Oficial el 2 de junio de 1967.

Ley n° 22.439 publicada en el Boletín Oficial el 27 de marzo de 1981.

¹ Sancionada el 17 de diciembre de 2003 y promulgada el 20 de enero de 2004.

² Conforme al art. 99 inciso 3° de la Constitución Nacional Argentina, el Poder Ejecutivo de la Nación, tiene prohibido legislar en materia penal. Ello alcanza a los decretos de necesidad y urgencia. En lo que aquí interesa, introdujo modificaciones en relación a la expulsión de extranjeros y en consecuencia a los supuestos de extinción de la acción penal y de la pena respectivamente.

³ Se trata del decreto de necesidad y urgencia n° 70/17, publicado en el Boletín Oficial el 30 de enero de 2017. Junto con el decreto n° 616/10, reglamentan la ley n° 25.871.

⁴ Morales, Diego, Jaramillo, Verónica, Ortiz Cetra, Raisa y Trovato, Margarita, "Migrantes: de la protección a la criminalización" en Derechos Humanos en la Argentina, CELS, Buenos Aires, 2017, pp. 182-183.

⁵ Véase Cavaliere, Antonio. "Derecho penal máximo y diversión discrecional. Una hipótesis sobre neoliberalismo y política criminal, desde una perspectiva local" en Revista de Derecho Penal y Criminología, n° 11, 2017, pp. 155-168.

⁶ Filangieri, Gaetano. *Ciencia de la legislación*, trad. por Juan Ribera, Editorial Ediar, 2012, p. 146.

⁷ Durá, Francisco. *Naturalización y expulsión de extranjeros*, Imprenta De Coni Hermanos, Buenos Aires, 1911, pp. 173-210.

⁸ Publicada en el Boletín Oficial el 2 de junio de 1967.

⁹ Publicada en el Boletín Oficial el 27 de marzo de 1981.

¹⁰ Jakobs, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 33.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 18.

¹² En el marco del régimen nacional de ejecución de la pena privativa de la libertad, el fin de la pena, cual es por mandato expreso la resocialización, se logra a través del avance en las distintas etapas de la progresividad. Las etapas son las de observación, tratamiento, período de prueba y libertad condicional.

¹³ Zaffaroni, Alagia Y Slokar. *Derecho penal, parte general*, Editorial Ediar, Buenos Aires, pp. 44-46.

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación penal argentina*, AZ Editora, Buenos Aires, 1996, t. II, pp. 190-191.

¹⁵ Modificatoria del Código Penal y publicada el 3/8/1903.

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo. op. cit., t. IV, p.658.

¹⁷ Véase Lurati, Carina. *El sistema de pena única en el Código Penal argentino*, 2da. Edición revisada, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 81.

¹⁸ Ib. Ídem

¹⁹ CSJN, *De la Torre, Juan C. s/ habeas corpus*, sentencia del 22 de diciembre de 1998.

²⁰ Anteproyecto de Código Penal de la Nación, 1era edición, Editorial Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 359.

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*. Trotta, Madrid, 2008, p. 243.

²² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p.410. Para FERRAJOLI, con citas de CARRARA y BECCARIA la determinación de la pena debe realizarse en sede legislativa y judicial en sentido estricto.

²³ Slokar, Alejandro. "La ley de los sin ley", en *La medida del castigo*, dir. Eugenio Raúl Zaffaroni, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 86.

²⁴ VON LISZT, Frank. *La idea de fin en el derecho penal*, Temis, Bogotá, p. 126.

²⁵ Garofalo, Rafael, *La criminología*, trad. De Pedro Dorado Montero, Madrid, pp. 7, 11 y ss.

²⁶ Silva Sanchez, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de lo política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001, pp. 163 y ss.

²⁷ Cancio Meliá, Manuel, en Jakobs-Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, pp. 65 y ss .

²⁸ Erbetta, Daniel. "Seguridad y reformas penales. ¿Hacia dónde vamos?", en *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 513-539.