

La punibilidad como categoría dogmática y la Justicia Restaurativa

“Mitad víctimas, mitad cómplices, como todo el mundo”

J. P. SARTRE

1. Introducción

La desbordada porción de personas privadas de libertad en Argentina, en correspondencia con las sistemáticas, deliberadas y, fundamentalmente, convalidadas condiciones infrahumanas¹, no son el núcleo de esta opinión, pero sí la razón que da lugar a la alternativa que propuesta.

Según el último informe del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena, existen en el país un total de 301 unidades carcelarias, las que alojan, junto con las comisarías que albergan otros tantos detenidos, un total de 92.161² procesados y condenados.

¹ Fenómeno que en la actualidad ya no demanda ser demostrado, fruto de los públicos, fingidos, demagógicos y rentables debates que se dan en las arenas políticas y mediáticas (como contrapunto de una incontenible expresión popular) y las irrefutables estadísticas de campo.

² Según el mismo organismo oficial, en 2006 el total de la población carcelaria registraba 54.000 personas. De reciente data, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dictó su resolución 2.301/18, por la cual el Máximo Tribunal, en atención a la flagrante crisis carcelaria, ordenó al Tribunal de Casación Penal bonaerense la creación de un espacio interinstitucional para el abordaje integral de las condiciones de detención en cárceles y comisarías, con la obligación de elaborar informes periódicos dirigidos a la Corte sobre el estado de avance del programa. Este temperamento se originó en la alarmante sobrepoblación penitenciaria, la que refleja un excedente de 10.000 personas por encima del cupo que el propio Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires estableció, sin integrar tal cifra los encarcelados en dependencias policiales. Entre diciembre de 2012 y mayo de 2018 la tasa de personas detenidas escaló de 180 a 255 cada 100.000 habitantes alojados en cárceles, alcaidías y comisarías. Una de las consecuencias de este crecimiento es que la cantidad de personas encarceladas en las comisarías se duplicó entre diciembre de 2015 y julio de 2018.

Asimismo, se registra un 91% de sobrepoblación en cárceles y un 197% en comisarías, condiciones que generan padecimiento y muerte. Durante el 2017 se estima que más de 160 personas murieron en cárceles provinciales y 22 en comisarías, la mayoría por causas vinculadas a la desatención de la salud. Los casos de tuberculosis, por traer un ejemplo, crecieron geométricamente: de 187 en 2016 a 436 en 2017. Sin riesgo –en este caso- al reduccionismo, puede afirmarse que se ha instalado, por expresa o tácita voluntad de la mayor parte del espectro social, una crisis humanitaria en el sistema de encierro, replicada en la América central y la del sur.³

En vista de esta indigna realidad, cruel y degradante,⁴ es absurdo negar la infructuosidad del régimen punitivo, inclusive desde la óptica del incremento de los sujetos reincidentes y de los reiterantes, los que totalizan, a 2016, un número de 39.373 y, según el último informe elaborado por el SEP, las cifras esta categoría se elevaron desde 17.756 en 2002 a 46.405.

Este marco estadístico –oficial- evidencia, aún sin ser exhaustivos en el desglose de las características específicas, el ensanchamiento sostenido e irracional de *prisionización*.⁵

³ <http://www.comisionporlamemoria.org/record-historico-de-encarcelamiento-sobrepoblacion-tortura-y-muerte/>

⁴ Según se colige del resumen latinoamericano del 24 de abril de 2018 confeccionado por el Comité contra la Tortura de la ONU, “*Parte de la arquitectura militar opresiva del pasado aún sobrevive dentro de los sistemas carcelarios y de seguridad*”. Así lo afirmó el relator de la ONU, NILS MELZER, tras su reciente visita al país. Sus conclusiones hacen también hincapié en graves las graves violaciones de Derechos Humanos producidos en la Provincia de Buenos Aires. Respecto de la situación en cárceles, comisarías, centros de jóvenes y neuropsiquiátricos, el mandatario señaló que existen condiciones de encierro y prácticas sistemáticas que implican marcadas trasgresiones a la Convención contra la Tortura.

⁵ Sin ingresar al análisis pormenorizado del fallo, es inexorable reseñar la doctrina emergente del reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO*” de fecha 22/11/2018, mediante el cual el órgano internacional, analizando la descontrolada e infamante situación carcelaria en el Brasil, aborda la necesidad de aplicar

El contrapunto reside en el ostensible *fracaso* del sistema punitivo⁶, zozobra ésta que desnuda la verdadera función de la pena de prisión en Argentina: primero, la retribución; luego, la vindicación.⁷

medidas sustitutivas al encierro, resultado de la asfixiante y torturante realidad. En lo aquí concierne, es interesante el enfoque no sólo material (compensación de la pena ilícita con la lícita que se le inflige al preso) sino también instrumental (dado que la anterior premisa obliga a menguar el tiempo de ejecución de la pena) que posicionó a la Corte, asumiendo –si se quiere evitar la vulneración completa del plexo fundamental de los Derechos Humanos- la necesidad de acudir a alternativas para el cumplimiento total de la condena o de la prisión preventiva en atroces establecimientos carcelarios, entre cuyos tormentos se cuenta la superpoblación. Al respecto, dijo el Tribunal que “...120. En principio, y dado que es innegable que las personas privadas de libertad en el IPPSC pueden estar sufriendo una pena que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenderse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución. Las penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional... Agregó que “...121. Dado que está fuera de toda duda que la degradación en curso obedece a la superpoblación del IPPSC, cuya densidad es del 200%, o sea, que duplica su capacidad, de ello se deduciría que duplica también la inflicción antijurídica sobrante de dolor de la pena que se está ejecutando, lo que impondría que el tiempo de pena o de medida preventiva ilícita realmente sufrida se les computase a razón de dos días de pena lícita por cada día de efectiva privación de libertad en condiciones degradantes.” También se lee “...123. Cabe presuponer en forma absoluta que las privaciones de libertad dispuestas por los jueces del Estado, a título penal o cautelar, lo han sido en el previo entendimiento de su licitud por parte de los magistrados que las dispusieron, porque los jueces no suelen disponer prisiones ilícitas. Sin embargo, se están ejecutando ilícitamente y, por ende, dada la situación que se continúa y que nunca debió existir pero existe, ante la emergencia y la situación real, lo más prudente es reducirlas en forma que se les compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento no dispuesto ni autorizado por los jueces del Estado.” Sin sombra de duda debe sumarse a la falta de interés social por el problema de las prisiones, el desdén que no se limita al ámbito del ciudadano común sino que —lo que es mucho más grave— se extiende a quienes tienen a cargo la conducción del Estado, quienes ciertamente al calor de la opinión pública zurcen sus figuras al compás de este clamor popular, proyectando así su plataforma publicitaria y propagandística.

⁶ Las penas de prisión constituyen un fracaso histórico: no solamente no socializan, sino que, a partir de las investigaciones sociológicas desarrolladas, han aportado valiosos datos para demostrar lo contrario. En tal sentido, los trabajos desarrollados por Erving GOFFMAN (“*Internados. Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*”, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1994) y de Donald CLEMMER (“*The prison community*”, segunda edición, Nueva York, Rinehart & Winston, 1958), han puesto de manifiesto los efectos degradantes de las instituciones totales. Con todo, el material investigativo es profuso y casi inabarcable.

⁷ “Retribución” y “vindicación” en este trabajo no se usan diferenciadamente. Para su distinción y clasificación ver MANUEL DE RIVACOBA y RIVACOBA, “*Función y aplicación de la Pena*” (DEPALMA, 1993, página 34). Con cierto relativismo (irrelevante, por cierto) KANT, afirmar que “...la pena no puede aplicarse como un simple medio para procurar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad”, lo que podría entenderse como una “humanización” del enjuiciado, sentencia que la pena debe operar siempre en contra del culpable por la sola razón de que ha delinquido, asignándole un carácter talional, por cuanto afirma explícitamente que “No hay más que el derecho del talión que pueda dar determinadamente la cualidad y cantidad de la pena, pero con la condición bien entendida de ser apreciada por un tribunal (no por el juicio privado)...” En palabras semejantes, explica que “... el mal que sin culpa le inflijas a otro del pueblo, ese mismo mal te causas a ti mismo. Si le insultas, te insultas a ti mismo; si le hurtas, te hurtas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Tan solo el derecho de resarcimiento -ius talionis- (...) puede determinar con exactitud la calidad y cantidad de la pena.” (KANT, I., “*Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*”, texto íntegro de la traducción de

Una alternativa posible y operativa

A la luz de este horizonte, parece conveniente evaluar la plausibilidad de la *Justicia Restaurativa* para el abordaje del suceso penal.

La normativización y la práctica de este método no son ignotas, aunque sí secundarias en nuestro país.

En concreto, la *Justicia Restaurativa* es un sistema a través del cual las partes que se han visto involucradas o poseen un interés particular en el tratamiento de las consecuencias del delito ostentan la potestad de decidir de forma colectiva cómo afrontar el resultado inmediato de la infracción y sus repercusiones en el futuro.⁸

Este paradigma abandona, mayormente, el procedimiento clásico protagonizado por un tercero *imparcial* (juez), ajeno a las vicisitudes personales del hecho ilícito, recalificando a la víctima y al victimario, priorizando sus necesidades y su arbitrio para satisfacerlas.⁹

Manuel GARCÍA MORETE, Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, primera edición, San Juan, Puerto Rico, páginas 61 y siguientes).

⁸ Entre las múltiples pero armónicas definiciones de mediación penal, puede considerarse que “*es un proceso por medio del cual un tercero entrenado y neutral reúne a las personas en conflicto. Las partes tienen la oportunidad para hablar sobre el conflicto y negociar su resolución, si es posible. Los mediadores no imponen acuerdos. El proceso está diseñado para dar poderes a las dos partes*” (ver http://rjp.umn.edu/img/assets/13522/Mediating_Criminal_Conflict_England.pdf). Otros resaltan el carácter pacífico y no violento de este proceso alternativo (MALARET, Juan. “*Manual de negociación y mediación*”, Madrid, Colex, 2003, p. 89).

⁹ Explica el Dr. Howard ZEHR que la Justicia Restaurativa se construye sobre tres principios: a) El delito afecta a las personas y a las relaciones entre ellas, por lo que este sistema de resolución halla su epicentro en el daño; seguidamente, remarca que (b) la ejecución de un delito conlleva obligaciones para su autor o su partícipe. Encontramos que en este caso se presenta identidad en las pretendidas obligaciones que pesarían sobre el sujeto activo en el sistema normativo tradicional (sujeción a tratamiento psicológico, psiquiátrico, sistema de premiación sobre la idea de la imposición –tácita- de obtener empleo, oficio, arte, educación, etcétera; *vid.* artículos 100 y siguientes de la Ley 24660 y su correlato en artículos 34 y continuadores de la Ley bonaerense 12256), pero se disiente en lo que llega a la constitucionalidad y admisión a la luz del derecho de las personas a formar su proyecto de vida, esfera en la cual, a la luz del artículo 19 de la CN, el Estado no puede penetrar coactivamente. Por último, agrega el citado profesor que (c) este sistema promueve el compromiso y la participación de las víctimas, de las personas ofensoras

Prevalentemente, este diseño se presenta como un sistema sustituto de la pena corporal y moral clásica¹⁰. Sobre tal premisa, admite sanciones de variada gama (reintegro de algún bien sustraído, manifestación de disculpa, trabajos en favor de quien sufrió el delito o de la comunidad, entre otras, no taxativas); se propicia, en definitiva, la participación de la víctima en la resolución del proceso de enjuiciamiento.

Este esquema de resolución de conflictos penales se imbrica en la actual promoción y fomento de la activa actuación de la víctima –con amplísimas facultades- en el proceso penal.

Así lo confirman los artículos 3¹¹, 5 (en especial, los incisos “h” y “k”) y 12¹² de la Ley 27.372¹³ y el artículo 80, incisos “f” y “h” del

y de la comunidad, representada ésta última por familiares de los implicados, vecinos, amigos o individuos que tengan un interés particular en el suceso (ZEHR, Howard, *“El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa”*, Colección: *“Los Pequeños Libros de Justicia y Construcción de la Paz”*, Philadelphia Good Books-Intercourse. P.A., 2007). Paralelamente: *“El tratamiento... es un derecho que tiene el afectado por él, pero no una obligación que pueda ser impuesta coactivamente. El deber de someterse a un tratamiento implica una especie de manipulación de la persona, tanto más cuando este tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores. El 'derecho a no ser tratado' es parte integrante del 'derecho a ser diferente' que en toda sociedad pluralista y democrática debe existir”* (MUÑOZ CONDE, Francisco, *“La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”*; en varios autores, *“Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1982, p. 148. En igual inclinación, BARMAT, Norberto D., *“La mediación ante el delito”*, Marcos Lerner, Córdoba, 2000, pág. 29).

¹⁰ De este pensar, PÉREZ SAUCEDA J. y ZARAGOZA HUERTA J. (2013), *“Justicia Restaurativa: del castigo a la reparación”* y en *“Entre libertad y castigo: Dilemas del Estado contemporáneo”*, Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz, México, Editora Laguna, Criminogénesis e Instituto de Estudios Parlamentarios “Eduardo Neri”. Sin embargo, la Justicia Restaurativa no necesariamente suplanta *al proceso penal* tradicional. A los fines de esta exposición, se considera prescindible (y sobreadundante) examinar la naturaleza sustitutiva –o no- del modelo de la Justicia Restaurativa respecto del proceso penal típico, pues bien podría defenderse la operatividad conjunta y complementaria de ambos sistemas, según la entidad de los hechos que se deban procesar (ULF Christian Eiras Nordenstahl, *“Mediación Penal de la Práctica a la Teoría”*, Ed. Histórica, Buenos Aires, 2005). ROXIN, siempre lúcido, hace más de quince años dijo que *“...la reparación sustituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquellos casos en los cuales convenga tan bien o mejor a los fines de la pena y a las necesidades de la víctima, que una pena sin merma alguna.”* (ROXIN, CLAUS, *“La reparación en el sistema de los fines de la pena”*, p. 155, en *“De los delitos y de las víctimas”*, AD HOC, 1992).

¹¹ ARTÍCULO 3º- *El objeto de esta ley es: a) Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial, el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de*

Código Procesal Penal de la Nación. El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, siendo más específico en lo que atañe a los acuerdos conciliatorios, contempla a la sazón, en los artículos 86 y 87, las situaciones de arrepentimiento del presunto autor, la reparación económica a favor del perjudicado por el delito y los acuerdos patrimoniales en particular.¹⁴

La égida bonaerense ha implementado, a partir de la Ley 13.433, la aplicación de una resolución alternativa al conflicto penal, con pie en la situación de la víctima y las circunstancias y la conducta asumida por el imputado en orden a la satisfacción diferenciada de la controversia.

Al igual que la regulación de nivel nacional, este ordenamiento especial remite, concurrentemente y a los fines de su concreción, a los artículos 56 bis¹⁵, 86 y 87 del Código Procesal bonaerense, como ya se precisó arriba.¹⁶

Derechos Humanos de los que el Estado nacional es parte, demás instrumentos legales internacionales ratificados por ley nacional, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales...” ARTÍCULO 5º- La víctima tendrá los siguientes derechos... h) A intervenir como querellante o actor civil en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por la garantía constitucional del debido proceso y las leyes de procedimiento locales... k) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente;

¹² *ARTÍCULO 12.- Durante la ejecución de la pena la víctima tiene derecho a ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a...”*

¹³ Sancionada el 21/06/2017.

¹⁴ **ARTÍCULO 86.- Situación de la víctima.-** *Lo atinente a la situación de la víctima, y en especial la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quién aparezca como autor, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas, será tenido en cuenta en oportunidad de: 1.- Ser ejercida la acción penal. 2.- Seleccionar la coerción personal. 3.- Individualizar la pena en la sentencia. 4.- Modificar, en su medida o en su forma de cumplimiento, la pena en la etapa de ejecución. ARTÍCULO 87.- Acuerdos patrimoniales.- Todos los acuerdos dirigidos al más rápido resarcimiento del perjuicio invocado por la víctima o damnificado, deberán ser puestos en conocimiento de los órganos intervinientes a los fines que corresponda.*

¹⁵ **ARTÍCULO 56 bis.- (Texto según Ley 13943)** *Criterios especiales de archivo. El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más*

En igual tónica, en 2013 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires creó el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos¹⁷ para el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que prevé, en su artículo 204, distintas salidas al juicio¹⁸ (disímiles al juicio abreviado y a la suspensión del juicio a prueba).¹⁹

Por su parte, el Código Penal de la Nación Argentina²⁰, por medio de una redacción demasiado concesiva²¹, contempla –por medio de

*de los partícipes, en los siguientes supuestos: 1) Cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los (6) seis años de prisión; 2) Cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público... Para aplicar estos criterios a un imputado, se considerará especialmente la **composición con la víctima**. El imputado deberá acreditar haber **reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo**. A tales fines, se convocará a una audiencia en la que aquel deberá ser asistido por su Defensor...”* El resaltado me pertenece.

¹⁶ Ineludible remarcar que el código adjetivo en trato se incardina en el espíritu que la propia Constitución de la Provincia de Buenos Aires acuña en su artículo 174: “La ley establecerá, para las causas de menor cuantía y vecinales, un procedimiento predominantemente oral que garantice la inmediatez, informalidad, celeridad, accesibilidad y economía procesal. Se procurará, con preferencia, la conciliación.”

¹⁷ Resolución del Consejo de la Magistratura 105/2013.

¹⁸ Art. 204. *Vías alternativas. En cualquier momento de la investigación preparatoria el/la Fiscal podrá: 1) acordar con el/la imputado/a y su defensor/a la propuesta de avenimiento, en cuyo caso se aplicará lo establecido en el artículo 266; 2) proponer al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición...”. Cabe poner de resalto que, en sintonía con las demás reglamentaciones citadas en este trabajo, los casos susceptibles de someterse a las soluciones alternativas comprenden, con algunas diferencias en los montos de penas máximos, delitos de acción pública, siendo ésta última normativa en comentario la más amplia al respecto.*

¹⁹ En línea con estos mecanismos reemplazantes, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal y la del Ministerio Público de la Defensa (a nivel nacional) se han alistado en este orden (Leyes 27.148 y 27.149, respectivamente). Por su parte, la Ley 12.069 del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires ha asignado a la Fiscalía General y a los Agentes Fiscales legitimación para acudir a los mecanismos de solución alternativas de litigios penales.

²⁰ El artículo 59, en su inciso 6º resuelve que se producirá la extinción de la acción en los casos de “*conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con las leyes procesales correspondientes*” (dejando al margen el debate concerniente a las facultades de la Nación para legislar en materia procesal, privativas éstas –por imperio constitucional- de las provincias).

²¹ No regula, por ejemplo, la función que cumpliría la manifestación del Ministerio Público Fiscal.

legislación de fondo- la disolución del proceso de juzgamiento clásico a través de vías rotatorias.²²

PASTOR advierte que la letra del inciso 6° del artículo 59 del Código Penal argentino, al introducir la conjunción disyuntiva “o” entre “*conciliación*” y “*reparación*”, significa –a criterio del autor- que la primera solución puede no ser condición de la segunda, en el sentido de que el convenio entre las partes del conflicto puede –o no- conllevar una reparación económica a favor de la víctima, sin que ello condicione la validez del acuerdo; es decir, no sería una condición necesaria. A la inversa, podría presentarse como razón de impunidad (corporal) sólo la reparación, sin que concurra una conciliación de intereses. Esta funcionalidad dual es congruente con la lógica postulada por el jurista.²³

En paridad, por recurrir a ejemplos²⁴, la provincia de Entre Ríos, en el artículo 5° de su Código Procesal Penal positiviza conciliación penal, el pedido de la víctima para que el Ministerio Público se abstenga impulsar la acción penal y la insignificancia de los hechos²⁵, como medidas excluyentes del proceso *adversarial*.

²² Otros institutos que responden a criterios de oportunidad son los de la suspensión del juicio a prueba (incorporado al Código Penal por Ley 24316) y el tratamiento de rehabilitación para el imputado de simple tenencia de estupefacientes para consumo personal que, con su recuperación, extingue la acción penal (Ley 23737).

²³ PASTOR, Daniel R., “*La introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el Derecho Penal argentino*”.

²⁴ Sin ser exhaustivos, se repara en que, con la salvedad de la provincia de Córdoba, las provincias ya nombradas y Chaco, Chubut, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Neuquén, Río Negro, Salta, Santa Fe, Santiago del Estero y Tierra del Fuego, han adoptado el sistema de mediación penal.

²⁵ “...El Procurador Fiscal General podrá establecer pautas objetivas para la priorización de la investigación de determinados delitos, de acuerdo a las necesidades de cada circunscripción judicial, así como también teniendo especialmente en cuenta la insignificancia de los hechos, la conciliación entre las partes, el expreso pedido de la víctima para que el Fiscal se abstenga de ejercer la acción penal y la reparación del perjuicio causado por parte del imputado. En ningún caso, estas pautas afectarán las investigaciones de los delitos cometidos contra la Administración Pública en las que los acusados fueran funcionarios o empleados públicos.”

Cabe incorporar a esta reseña la flamante resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, listada con el número 81/2019 (Resolución -2019-81-APN-MJ) y que instaura, sobre la plataforma de la Resolución M.J.Y D.H. N° 7 del 15 de diciembre de 2011, la que creó en el ámbito de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDIACIÓN Y MÉTODOS PARTICIPATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS el “PROGRAMA DE MEDIACIÓN, MÉTODOS DE GESTIÓN PARTICIPATIVA DE CONFLICTOS Y REDUCCIÓN DE LA VIOLENCIA EN ÁMBITOS PENITENCIARIOS”²⁶, el “Protocolo de Actuación en materia de Mediación Penitenciaria”, cuyos *“objetivos generales son la implementación de un sistema de mediación y gestión participativa de conflictos en ámbitos penitenciarios, posibilitar una ordenada convivencia en los ámbitos penitenciarios y propiciar un gradual cambio de paradigma, basado en la cultura del diálogo”* (ver *CONSIDERANDO* de la decisión ministerial en trato).

Por último, varios foros internacionales acogen el instituto de la mediación penal.²⁷

La proyección de la Justicia Restaurativa sobre la categoría de la punibilidad

²⁶ Su ámbito de aplicación solo alcanza a establecimientos carcelarios federales.

²⁷ A partir del artículo 523 del Código de Procedimientos Penal de Colombia no sólo autoriza la implementación de la mediación penal, sino que principia su regulación definiéndola. En igual sentido, por ejemplo, el Comité del Consejo de Europa, mediante la Recomendación No. 99 del 15 de Septiembre de 2004 ,Australia y Nueva Zelanda. En España, en el fuero de Menores, la Ley Orgánica 8/2006 del 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor. En este campo y en lo que compete al cuadro normativo aplicable en Argentina y en otros países de la región, la Convención de los Derechos del Niño, parte integrante de nuestro texto constitucional, establece en su art. 40, punto 3, inc. “b” que *“Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales.”* Las Reglas de Beijing, en su punto 11.4. expresa que *“Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de ... restitución y compensación de las víctimas.”* . La Ley de la Justicia Penal Juvenil de Neuquen (año 2000, Ley provincial 2302), faculta al Fiscal a hacer uso de un criterio de oportunidad (art. 64) autorizándolo, bajo ciertas condiciones, a optar por promover la acción o solicitar el archivo de las actuaciones, pudiendo invocar para ello el resultado favorable de una mediación que haya logrado una composición del conflicto.

La discusión en torno de la ubicación sistemática que ocuparía la punibilidad en la teoría del delito (esto es, una categoría autónoma o una perteneciente a algunos de los estratos tradicionales de la dogmática penal), no resulta un obstáculo para evaluar si dicho elemento se erige como la *razón de ser* de los medios alternativos de resolución del fenómeno penal.²⁸

Esta categoría (según acá se entiende), presa de disputas doctrinales todavía no conciliadas del todo, explica –según pensamos- el fundamento de los institutos alternativos.

Compartimos, como punto de partida, la idea de que la implementación de estos métodos ya importaría no –de por sí- la necesidad (*Strafbedürftigkeit*) de pena, sino del merecimiento (*Strafwürdigkeit*) de la misma.

Si esto es así, las vías distintas del proceso penal clásico (las analizadas precedentemente), deben considerarse la expresión de una pena (por supuesto atenuada); empero, la ejecución de esta pena -por múltiples razones-, podría resultar inconveniente.

Es decir: si bien esta precisión podría considerarse superflua dado que, en definitiva, la respuesta estatal sujetaría su *aparición a la necesidad* de castigar, no menos cierto es que el merecimiento es lo que define al infractor a la Ley: el ser delincuente, el haberse inclinado por la trasgresión.

²⁸ Debe decirse, ante todo, que desarrollo hasta acá recorrido no es sino el contenido que se pretende fundar (o descartarse) a la luz de la *punibilidad* (es, en fin, el objeto principal del trabajo).

Excluida la necesidad, por consiguiente, el ser culpable de un acto prohibido permanece, y si bien no se reprime con una pena directa, si se castiga con una de análoga intensidad (la derivada de los sistemas de *Justicia Restaurativa*).

Falso es, puede asegurarse, que la aplicación de medios alternativos al sistema de reproche típico (ante la falta de necesidad en nuestro caso), redunde en un beneficio *totalmente* exculpante e inocuo para el infractor a la Ley, lo cual debería considerarse al tiempo de escuchar las furibundas críticas contra la laxitud o benevolencia de, por ejemplo, la *Justicia Restaurativa*.

Dicho esto, debe indagarse si en los supuestos en que cobra virtualidad la punibilidad como categoría insita en el delito (sería el momento de evaluar su solvencia), los medios alternativos resultan una variable admisible y útil.

En caso afirmativo, de consuno, se podrá predicar que la punibilidad encuentra su universo diferenciado dentro de la teoría del delito y por vía de consecuencia su escisión de las restantes clasificaciones dogmáticas, lo que dotaría de sentido la unificación de los –ahora– dispersos elementos que le pertenecen.

La finalidad de la pena (más allá de la concepción que de la misma se sostuvo al principio) es uno de los vectores (y posiblemente el dominante) que exigen ser tamizados a través de los criterios de punibilidad.

La propuesta de la Justicia Restaurativa como una alternativa al proceso adversarial no es ajena al propósito de la pena, sino que debe responder, precisamente, al mismo.

Así, si la variable de la *no necesidad* del castigo abastece suficientemente las finalidades perseguidas por la prevención general o la especial (en cualquiera de sus variantes), el método alternativo se presentará auspicioso, por cuanto la pena y sus concomitancias se diluyen sin riesgo de quiebre del *control social*.²⁹

A resultas de esto, la instauración del proceso de composición encontraría su espacio teórico en función de la readecuación de la teoría del delito y de la aparición del nuevo estamento, la *punibilidad*. La elaboración teórica que en doctrina se viene discutiendo³⁰ sería campo fértil para flexibilizar el sistema de punitivo en miras a dotar a los propios protagonistas (poseyendo el mando del proceso y no ya sujeto a las múltiples vicisitudes de jueces, fiscales, defensores, etcétera) del poder de determinar la finalidad que en definitiva *para ellos* debería guiar el sistema de *justicia*.

²⁹ No puede haber sombra de duda de esto para los defensores de la teoría de la *prevención genuina*, pues de otro modo, se persigue la retribución *talional*.

³⁰ Discusión en sí parcial, desde que la incidencia (más allá de su ubicación sistémica) de las excusas absolutorias o las condiciones objetivas de punibilidad son plenamente aceptadas y aplicadas y que su naturaleza y justificación se corresponden con las que informan a la punibilidad como marco dogmático independiente, debido a que hay amplio consenso en que las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad no se incluyen en la tipicidad, en la antijuridicidad o en la culpabilidad (en contra, ubicando a la punibilidad en el tipo, JAKOBS, “*Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*”, trad. Cuellos Contreras, J.; Serrano González de Murillo, J. L., Editorial Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 1997, páginas 404 y ss.).

Desde otro ángulo, podría pensarse que el Estado³¹, luego de delegar la potestad del castigo (por las razones ya vistas) a los ciudadanos, retendría rol regulador y protector de la vigencia de las garantías procesales básicas e irrevocables, en aras de no permitir extralimitaciones. Los justiciables no se verían atenazados por formatos pétreos que *en la práctica* (esto es lo que importa) no generan sino distorsiones asimétricas (pueril sostener la igualdad de armas y la imparcialidad), corruptelas y demás males.

Otro supuesto que cobra relevancia es aquel que muestra que aún concurriendo en un supuesto de hecho la existencia de excusas absolutorias (elemento negativo que excluye la aplicación de la pena) o la falta de condiciones objetivas de punibilidad (elemento positivo del suceso que debe presentarse para la aparición de la pena), el método restaurativo, aún en este caso no existiendo el *merecimiento* de pena y por ende registrándose la improcedencia de la punición, podría surgir como una técnica beneficiosa *en cuanto voluntaria*. Es decir, conscientes las partes de la comisión de un delito (no punible, en este ejemplo), se ven dotadas de la posibilidad de transitar un proceso no violento y aterrador como el penal, con pie en un terreno *no tan* invasivo, lacerante y desalentador como el tradicional. Cuesta admitir que una persona informada no ya de su inocencia (porque ésta es filosófica y axiológicamente falsa), sino de la falta de consecuencias judiciales de su obrar, acceda a ser juzgado en los estrados judiciales con la inminencia de la virulenta privación de su libertad. En cambio, sí es posible que emprenda un proceso equidistante,

³¹ Esto no lleva irreflexivamente a pensar que el poder público renunciaría a la intervención en casos de delitos graves, aberrantes o de manifiesta desigualdad de defensas entre las partes, siendo evidente que la implementación (la que en sí se viene desarrollando a través de las técnicas que se han repasado arriba - *probation*, conciliación, etcétera) deberá ser paulatina y progresiva, iniciando por los delitos de menor intensidad (LUZÓN PEÑA, en Díez Ripollés; Romeo Casabona; Gracia Martín; Higuera Guimerá; (edits.), VV. AA., “*La punibilidad...*”, página 832.

más racional, participativo y –al menos- sin caracterizarse por el encarnizamiento.

Breve conclusión

La Justicia Restaurativa, quizás desorganizada pero inconfundiblemente, fue receptada normativamente y es pasible de ser sistematizada. No se alza como un bálsamo, pero sí ofrece una perspectiva renovadora que tracciona –quizás- el mejoramiento del sistema represivo, cuyos objetivos zozobraron y no quedaron sino como vestigios de las teorías absolutas de la pena.

En el más alentador de los casos, se persevera en sortear improvisada y apresuradamente las copiosas fisuras que socavan el sistema penal, mientras que enfrente (es el caso enraizado y prevaleciente) se lo contempla impassiblemente, con la ceguera deliberada que se asoma a través de la aplicación sistemática y autómatas de un mecanismo que se confía (acentuada e hipócritamente) resolverá un fenómeno –según muestran las evidencias empíricas- mal tratado.

Los medios alternativos vistos son muchas veces objeto de críticas, en especial desde el costado judicial, pretextándose una aumentada y hasta abusiva discrecionalidad, y es que las vehemencias de las pasiones no reconocen obstáculos: no existiendo, desde el punto de la normativa vigente, obstáculos franqueados por *algunos* operadores judiciales (los que implantarían, para algunos, el trágico *garantismo*) al volver operativa la Ley (así de simple), los detractores deben desterrar tal Ordenamiento, encandilados.

No obstante, es indisimulable que siendo que los dispositivos distintos al proceso penal clásico que se esbozaron (y que, como se vio, *están legalizados*) no son sino la derivación de un universo (aparentemente desconocido) de normas constitucionales e internacionales convencionales³², el retorno al salvajismo se alza como una paradoja insensata si se ensaya como una solución.

2019

³²Quienes acicatean el incremento de la punición son detractores de su propia voluntad: se trata de la elección popular del poder legisferante, de la adopción del cuerpo de legisladores (desde 1949, por poner un ejemplo, a esta parte) de las cláusulas constitucionales e internacionales en vigor y la posterior prescindencia de la casi compulsiva e indiscriminada incorporación estatal de textos de supremacía normativa. Ergo, parte de la sociedad busca rechazar las consecuencias de los actos de Estado (*“el Estado somos todos nosotros”*); es decir, negadores de sus propios actos. Estos comprensibles espasmos, sean quizás una reacción mejor vista y abreviada que recurrir al procedimiento institucional previsto para la modificación de la Constitución Nacional argentina.