

CRISIS DEL SISTEMA PENAL, DERECHO ADMINISTRATIVO

SANCIONADOR Y PRÁCTICAS RESTAURATIVAS.¹

*Walter Zarate

zaratewalteroscar@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El sistema de administración de justicia se halla en crisis. Crisis que no es reciente.² Tampoco privativa de nuestro país. Si tomamos el caso de España y Alemania, por citar dos ejemplos, la situación es bastante similar. El descredito en el cual ha caído el sistema penal es absoluto.³ No por esas razones deja de ser grave. Al contrario. En el caso de nuestro país, es estructural y se deja ver desde varios ángulos. Desde afuera la percepción que tiene el ciudadano *de a pie* es que el sistema penal —al cual me voy a referir— lo sigue dejando de a pie, no da respuestas y que cuando lo hace, por lo general, la misma resulta tardía. Es más, los que — al menos en este tipo de cuestiones— podemos ver un poco más allá, podemos coincidir en que el proceso penal llega a constituirse muchas veces en un factor de vulneración de derecho para las personas que ingresan a él.⁴ Desde

*Abogado (Universidad Nacional del Sur) Magister derecho Penal (Universidad Autónoma de Madrid).

¹ Una versión similar con escasas modificaciones fue expuesta en el concurso de ponencias desarrolladas en el marco del *Congreso de Derecho Penal* que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires entre los días jueves 14 y viernes 15 de noviembre de 2019.

² Crisis que por otra parte no es novedosa. Antecedentes se pueden rastrear desde el informe del regente de Lima, Melchor Ortiz Rojano quien comenta que la audiencia estaba integrada por jueces holgazanes y fáciles al soborno y al cohecho con multitud de pleitos pendientes que se eternizaban, practicas viciosas, olvido de las leyes, desorden e ineficacia (Cfr. MARTIRÉ, Eduardo, *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias. Del iudex perfectus al iudez soluts*, 2009, p. 136. Más acá en el tiempo, el caso del ministro de justicia del gobierno de facto de Aramburu, Dr. Laureano Landaburu, apuntaba a horarios no cumplidos, jueces invisibles, arbitrariedades, etc.

³ Sin ánimo de agotar literatura existente, sobre la realidad española, véase LARRAURI PIJOAN, *La economía Política del Castigo*, DIEZ RIPOLLÉS, *La Racionalidad de las Leyes Penales*, DEL ROSAL BLASCO *Hacia el Derecho Penal de la Postmodernidad* entre otras. En el caso alemán, la caída de imagen positiva por parte del poder judicial, en un país donde había contado con altos niveles de aprobación históricamente, es evidente. Casos como el de “Bernie” Ecclestone han terminado de dinamitar lo poco que restaba de credibilidad. El magnate del automovilismo logro evitar la cárcel por un caso de corrupción pagando una multa de cien millones de dólares. El día de la sentencia el poderoso diario *Süddeutsche Zeitung* publico una nota con el sugerente título *100 millionen-und die Wahrheitssuche endet (100 millones y finalizó la búsqueda de la verdad)*.

⁴ Cfr: ABRAMOVICH, Víctor “Autonomía y Subsidiariedad: El Sistema Interamericano de Derecho Humanos frente a los sistemas de Justicia Nacional”. En Cesar Garavito (coord.) *El Derecho en América Latina. Un Mapa para el Pensamiento Jurídico del Siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 226.

adentro la sensación es similar. Lo inquietante, en este caso, es que ese estado de cosas nos mancha y nos interpela en búsqueda de respuestas-

¿COMO SALIR?

Entonces, la pregunta es ¿Cómo salir de esta situación? En principio, debo advertir que la cuestión no es sencilla y además de las buenas intenciones se requiere de decisiones políticas firmes en este sentido. Al fin y al cabo, por más evidente que parezca, muchas veces, sorprendentemente, nos olvidamos que el derecho penal forma parte de la política, en este caso criminal.⁵ Es decir, el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos reglas y estrategias que regulan la coerción forman parte del conjunto de actividades políticas de cualquier sociedad. Ahora ¿qué estrategias podrían ser adecuadas para el abordaje de la criminalidad? Si tomamos como ejemplo, la provincia de Buenos Aires, el tipo de criminalidad que transita los tribunales son causas sencillas, en general. Advierto que no se trata de los únicos delitos que se cometen, solo refiero que son los únicos casos que ingresan al sistema penal. Como diría Zaffaroni, obras toscas de la delincuencia, fáciles de descubrir⁶. Encubrimientos, robos y hurtos en los mismos barrios donde viven, amenazas y otras lesiones a personas con las cuales mantienen generalmente ciertas disputas. Es más, los datos que recoge el Ministerio Público Fiscal de la provincia de Buenos Aires da cuenta que la tipología de delitos que mayormente se cometen en la provincia se refiere a robos (17%), lesiones (16%), amenazas (14%) y hurtos (13%), infracción a la ley de estupefacientes⁷ y que el 45 % por ciento de las personas privadas de libertad en el SPB lo son por delitos contra la propiedad. Es decir, delitos sencillos

⁵ Así lo destaca DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2013, pp. 71 ss., quien menciona que por diversas causas no es usual entre los penalistas una reflexión sobre la legitimidad de las normas penales que vaya más allá de la filosofía de la pena o de los principios limitadores del *ius puniendi*.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*, 1º ed., Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 13.

⁷ Para contraste de datos sirva, por ejemplo, el delito de homicidio en todas sus variantes (simples, agravados, culposos) y el cual no alcanza el 0.4% del total de causas ingresadas. Datos extraídos del sitio oficial del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en sitio web <<https://www.mpba.gov.ar/files/content/IPPP%20FCC%20BJP%202018.pdf>>

porque los autores generalmente son hallados en flagrancia. Es más, las estadísticas oficiales que pone a disposición el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires mencionan que el ochenta y ocho por ciento (88%) de las personas que fueron privadas de libertad en el último año lo han sido porque han sido hallados en la comisión del delito o en momentos inmediatos posteriores (flagrancia).⁸

A partir de estos datos, es posible pensar que la introducción de prácticas restaurativas sería la estrategia adecuada para abordar gran parte o casi todo los tipos penales con los que trabajamos habitualmente el sistema penal. Es decir, si tenemos al autor de un hecho, ya que el 90% de los casos son delitos descubiertos en flagrancia, poseemos la maravillosa oportunidad de sentar a las partes en una solución que las involucre, que sea sanadora, no el castigo por el castigo. Por otra parte, ¿qué legitimidad que tendría el Estado para castigar con pena privativa de libertad a los autores de este tipo de delitos cuando en su mayoría se tratan de conflictos derivados de su ausencia?⁹ En este sentido, sin hacer una apología de la justicia restaurativa, ésta es considerada por Naciones Unidas como una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad, construye comprensión y promueve armonía social.¹⁰ Es decir, la única manera de reducir la violencia —tanto la propia del delito, como la del Estado y/o de las reacciones informales ante la criminalidad— es abrir canales de diálogo, de escucha y de participación efectiva. Autores como Paul Robinson desde hace algún tiempo viene afirmando que un Derecho penal que distribuye la responsabilidad penal y la pena de manera que la comunidad lo percibe como justo, consigue credibilidad moral en la comunidad, lo que se traduce en un mayor respeto, apoyo y cooperación en el sistema de justicia penal. En cambio, un

⁸ RUD Registro Único de Personas Detenidas. Informe Estadístico 2018. Disponible en sitio web <<https://www.mpba.gov.ar/files/content/Informe%20RUD-2018.pdf>>

⁹ Véase: GARGARELLA, Roberto; *Castigar al Prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Siglo Veintiuno Editores, 2016; SILVA SANCHEZ, J., *Malum Passionis. Mitigar el dolor en el Derecho Penal*, Atelier, 2018, Barcelona, 268 paginas

¹⁰ BAUCHE, Eduardo, PRADA, Mariela; *Justicia Restaurativa. Una mirada desde el paradigma de la pacificación social y la experiencia judicial. Revista de Derecho Procesal Penal. Nuevas Dimensiones del Principio de legalidad en el Proceso Penal. Justicia Restaurativa-I, Rubinzal-Culzoni*, p.19.

Derecho penal que de forma regular es visto como injusto o que fracasa al hacer justicia, como el que tenemos, pierde credibilidad moral entre la comunidad, y, por tanto, reduce su influencia. Agrega que allí las personas estarán menos dispuestas a respetarlo, a cooperar con él, a seguir sus órdenes.¹¹ De ahí la necesidad de hacer participar a las partes involucradas en una solución que los contemple y que no les expropie el conflicto.

¿RESULTA POSIBLE LA COMPOSICION EN SEDE PENAL?

Ahora, por diversas cuestiones que expondré, abrigo seria dudas que la composición pueda ser operativa en sede penal. Principalmente por dos inconvenientes. En primer lugar existe lo que puedo denominar un *atavismo genético* por parte del sistema penal que impide dar operatividad a esta idea. Y me refiero en el sentido de una mirada muy particular que tienen (y tenemos) quienes formamos parte de la administración de justicia y que obedece a formación y a función. Lorenzo, en un artículo aparecido hace algunos días, dice textualmente algunas de esas razones.¹² Refiere que el criterio de los Fiscales de la provincia de Neuquén para descargar un caso en mediación va en función de las posibilidades de decisión favorable a sus intereses. Esto es, si el Fiscal entrevé que la causa le va a reeditar una condena favorable la posibilidad de enviar el caso a una mediación es nula. Federico Castillo, operador del Fuero Penal Juvenil, en un excelente trabajo, refiere que uno de los principales obstáculos con los que se encuentran las partes involucradas en un proceso penal es que la realidad institucional, cultural, educacional y social de la Provincia de Buenos Aires no ha logrado modificar el enfoque de ciertas prácticas jurisdiccionales con el fin de atender de manera resolutiva los derechos de la infancia amen. En su acertadísima perspectiva, existe una absoluta desconexión del

¹¹ ROBINSON, Paul, El Papel que le corresponde a la comunidad en la responsabilidad penal y la determinación de la penal. *Constitución y Sistema Penal*, 2012, Marcial Pons, Madrid, pp. 41-64, Madrid y otras, 2012. También *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*. Igualmente SILVA SANCHEZ, Delito y pena en el Derecho Penal Ciudadano,

¹² LORENZO, Leticia, *Que todo pase por Ulf Reflexiones sobre los tiempos que corren y el sistema penal*. Disponible en sitio web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48182-todo-pase-ulf-reflexiones-sobre-tiempos-corren-y-sistema-penal>>

sentido de la justicia juvenil, en orden al trato diferenciado que deben recibir los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.¹³ Al margen de esas apreciaciones, cuando vamos al dato objetivo, la provincia de Buenos Aires, que desde el año 2005 tiene sancionada una ley para la resolución alternativa de conflictos penales, solo ha hecho operativa esta vía para el dos por ciento (2%) del total de causas.¹⁴ Algún autor ha dicho que existe una especie de fetiche por la pena y creo que hay algo de razón en esas palabras.¹⁵

El segundo obstáculo, en mi criterio, refiere a una imposibilidad de orden teórico. En principio referir que la mediación y la composición como mecanismo alternativo del conflicto se mueven en un plano horizontal o interpersonal del delito, mientras que la reacción estatal del tipo penal se mueve en un plano vertical. La dimensión horizontal trasunta un orden moral y adicionalmente jurídico, mientras que la dimensión vertical implica una cuestión esencialmente de orden jurídico. Esto exige, en términos deontológicos un *debe ser*, respuestas motivadas en hechos y derechos y que excluyan al máximo tintes de arbitrariedad.¹⁶ La falta de distinción entre esos dos planos podría derivar que en el plano vertical se flexibilicen ciertas reglas de imputación y se dé rienda libre una exigencia algo debilitada en orden al deber de motivación como garantía política para las partes. En efecto, uno de los problemas que advierto con relación a las recientes reformas en materia penal, emprendidas en provincias como Neuquén, es que el mecanismo prioritario para la resolución de conflictos resulta la instancia oral, lo cual conspira — desde mi humilde perspectiva— con ciertos requerimientos del debido

¹³ CASTILLO, Federico; Estado Actual del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil en la Provincia de Buenos Aires, Revista Electrónica *El Dial. Com, Biblioteca Jurídica Online*, 2019.

¹⁴ *Informe Control de Gestión. Ministerio Público. Fuero Criminal, Correccional y Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires. 2018. p. 47.* Disponible en sitio web : https://www.mpba.gov.ar/files/content/Informe_Control_de_Gestion_MPF_2018.pdf

¹⁵ GALAIN PALERMO, Pablo, La Justicia restaurativa en Sociedades con miedos, *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2019-1, pp. 135-146

¹⁶ Cfr. SILVA SANCHEZ, JESÚS; *Malum passionis..Op. Cit.*, p. 21

proceso. Me explico: Si bien la oralidad fortalece y garantiza el debido proceso y dota de sentido y protección a los demás derechos sustantivos, ya que resulta el mecanismo mediante el que puede hacerse efectiva en toda su dimensión la exigencia de inmediación entre el juez y las pruebas, allí donde el juez toma una percepción directa de la práctica de las pruebas y lo coloca en una mejor posición epistemológica, termina siendo —por otra parte— casi *un cheque en blanco* respecto de la motivación, como refiere B. Ferrer. Con esto quiero decir que en estos sistemas de oralidad pura, muchas veces, o si no todas, la convicción judicial se conforma en base a la práctica de la prueba que se realiza en los estrados, siendo la obligada consecuencia de ello iter mentales, sobre los que se conforma la convicción judicial sobre la existencia (o no) de un hecho, quedan reservado en gran parte — por la dinámica propia de la oralidad— al fuero íntimo de los decisores.¹⁷

¿SI NO ES ALLÍ, DONDE?

La propuesta que formulo no es novedosa — de hecho viene desde los tiempos desde K. Binding¹⁸, aunque en las últimas décadas se las formula con bastante más insistencia— pero me parece importante tenerla en cuenta. En este sentido, entiendo que mucha de las figuras típicas hoy contenidas en la Parte Especial del Código Penal deberían ser abordadas por una instancia administrativa bajo prácticas restaurativas y con un eventual régimen de sanciones que incluyan únicamente multas y/ o sanciones privativas de otros derechos (derecho administrativo sancionador).

Queda abierta por supuesto entre otra la cuestión relativa a que delitos integrarían el catálogo de figuras penales, asimismo como también la relevancia que tendrían ciertas

¹⁷ FERRER, Jordi, El Control de la Valoración de la Prueba en segunda instancia, Inmediación e inferencias probatorias, *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 33, 2017. Existen grandes trabajos al respecto de motivación de sentencia autores como Nieves Fenoll, Beltrán Ferrer, De la Oliva, Perfecto Ibañez, Ferrajoli, Taruffo, Tuolmin, Gascón, Laudan y demás.

¹⁸ *Die Normen und Ihre Ubertretung* (1872)

garantías político criminales y reglas de imputación en escenarios criminales complejos¹⁹. Con relación a que delitos debieran permanecer en el ámbito de la persecución penal particularmente me inclino únicamente por un catálogo cerrado que incluya entre otros los delitos más graves de trascendencia, entre ellos los delitos de genocidio, lesa humanidad, crimen de guerra, agresión, delitos ambientales, delitos económicos (lavados de activos, fuga de capitales, delitos contra el mercado de valores) actos de corrupción, trata de personas, violencia de género y violencia institucional por citar algunos.

Ello traería, en mi consideración, algunas cuestiones positivas.

- 1) Tal como lo tiene dicho Naciones Unidas la justicia de éste tipo sería una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad, construye comprensión y promueve armonía social.²⁰ La única manera de reducir la violencia —tanto la propia del delito, como la del Estado y/o de las reacciones informales ante la criminalidad— es abrir canales de dialogo y escucha de participación efectiva como los que propone la justicia restaurativa.
- 2) Sincerar la practica jurisdiccional, ya que esta suerte de *administrativización* del expediente judicial es una práctica corriente. Los tribunales de justicia provinciales actúan como tribunales administrativos, pero —aquí el grave problema— aplicando pena privativa de libertad.²¹ Es decir, si entendemos que las garantías están en función de las consecuencias jurídicas y estas debieran ser

¹⁹ Cfr. Winfried HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, en SCHOLLER-PHILIPPS (Dir), *Jenseits des Funktionalismus-ArthurKaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, pp. 85 y ss. *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, pp. 553 y ss., en particular, pp. 557 y ss.

²⁰ BAUCHE, Eduardo, PRADA, Mariela; *Op Cit.*, p.19.

²¹ Si miramos las cifras que tiene la provincia de Buenos Aires, por ejemplo que el noventa por ciento de los jóvenes entre 16 y 18 años que resultó condenado lo fue bajo la modalidad de juicio abreviado, se puede concluir que la tarea jurisdiccional es materialmente administrativa. Informe 2019 de la Comisión Provincial por la Memoria

—como se postula— únicamente de multa o solo privativa de otros derechos, la propuesta del trámite administrativo y restaurativo sería más que viable.²²

- 3) Detener el encarcelamiento creciente que viene registrando la provincia desde hace al menos veinte años²³ y mitigar — como destaca en el reciente informe el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires — *la crisis humanitaria* en la que se encuentran las personas detenidas en comisarías, alcaidías y unidades del Servicio Penitenciario de la provincia.²⁴ Refiere expresamente el informe que los niveles de sobrepoblación son preocupantes, derivando de ello peligrosas condiciones de hacinamiento que no solo inciden en la imposibilidad de prestar asistencia básica y ambientes dignos, sino que atentan contra la integridad física de los detenidos y el personal que los custodia.
- 4) Racionalizar el servicio de justicia, no solo administrativizando parte del catálogo de figuras legales, como se mencionara, sino orientando recursos económicos y humanos hacia un sistema que aborde penalmente otros tipos de criminalidad.

CONCLUSIONES.

En concreto, el sistema penal necesita de una justicia restauradora que propicie ante todo resolver los conflictos que ocasiona la infracción a la norma penal por otras vías. Por ahora, la sensación que tenemos es que el sistema penal, en estas condiciones, lo único que hace es generar las condiciones objetivas para garantizar su propia reproducción.

²² SILVA SANCHEZ lo dice más claro al afirmar que ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen porque exigirse las mismas garantías, *La expansión del Derecho Penal. Aspecto de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, BdeF, 3° ed. 2011, p.169.

²³ Desde fines de 1999 hasta fines de 2018, el número de detenidos en la provincia pasó de 16.598 a 48.615 personas. A fines de año, según cálculos las cifras rondaría las 55.000 mil personas detenidas. Véase: *El Sistema de la Crueldad XIII. Informe Anual 2019*, Comisión Provincial por la Memoria; *La Situación de los Derechos Humanos en las Cárcenes Federales de la Argentina. Informe 2018. Procuración Penitenciaria de la Nación*.

²⁴ *Documento sobre las Condiciones de Detención en la Provincia de Buenos Aires (RC 2301/18)* emitido por el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires presentado el 10 de octubre de 2019.