

## **OPCIONES PARA UN PROGRAMA DE RACIONALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS PENALES.**

Investigación y autoría: Gustavo Russo, Bibiana Birriel; Martín Fernández Oteiza, Laura Lema. Marcelo E. Mónaco, Pablo C. Farsa, Valeria Thus,

Coordinación: Marcelo Esteban Mónaco, Gustavo Javier Russo.

### **PRÓLOGO DE LOS AUTORES.**

En las líneas que siguen no se encontrará ninguna novedad doctrinaria y seguramente las referencias a las líneas del pensamiento penal que nos guían permitirán ejercer el respectivo análisis de "fidelidad" a las mismas y hasta la identificación de contradicciones con aquellas. En todo caso, esa concesión a la coherencia intelectual es una consecuencia que asumimos de buen grado quienes nos avocamos a esta tarea porque todos y cada uno hemos renunciado hace tiempo –por no decir desde el comienzo- a la búsqueda de reconocimientos académicos.

Nos guía el afán de plasmar en una obra -que quizás pueda calificarse como meramente introductoria- el resultado y la síntesis propositiva de todo aquello que hemos estudiado, analizado, debatido, escrito y desarrollado desde distintos ámbitos del quehacer práctico relacionado con los conflictos tradicionalmente penales, tanto en los ámbitos judiciales, profesionales, académicos e incluso en el social.

Nos impulsa la realidad de cárceles superpobladas por una generación de jóvenes que antes de ejercer cualquiera de los derechos que otorga la ciudadanía y sin haber accedido jamás a los mínimos beneficios que les corresponden por la simple circunstancia de haber nacido en nuestro país (salud, alimentación y educación) reciben en cambio, como principal señal de identidad social, ser objetos de un sistema punitivo que hace rato dejó de lado cualquier afán de racionalidad, porque simplemente se postula encerrar más y más gente por mero afán de seguridad haciendo de cuenta que ello no tendrá ninguna relación con la espiral de violencia creciente que luego nos devolverá el producto de las infranormas del sistema penitenciario.

Nos interpelan interrogantes básicos. Los estudiosos y los prácticos del derecho penal, de la criminología y del derecho procesal penal: ¿qué podemos proponer frente a ese estado de cosas? ¿debemos conformarnos con manifestar nuestra crítica y nuestro disgusto cada vez que se crea un nuevo monstruo legislativo?. En definitiva: ¿qué hacer?.

Por otro lado creemos que merecen un párrafo especial la gènesis intelectual de este trabajo y el grupo de sus autores.

Cada capítulo fue originariamente redactado individualmente o en parejas de autores. Luego, esos redactores originales sometieron su labor a una dilatada investigación comparativa con trabajos similares –editados o inéditos- e incluso, se trató de cotejar cada concepto con alguna fuente doctrinaria de la mayor ilustración en el campo penal. Pero la principal tarea, la que insumió más de tres años de manera necesariamente discontinua, consistió en la apropiación (nunca mejor empleada la palabra) de la labor desarrollada por el conjunto de los autores. Para los tiempos que corren, la mera circunstancia de lograr reunir a un grupo de jóvenes profesionales en los escasísimos momentos libres que todos ellos disponían, supuso un acontecimiento gratificante en sí, pero mucho más lo fue en la medida que cada uno sometía con la mayor humildad las conclusiones a que había arribado al escrutinio del colectivo y a veces, de un incesante trabajo de investigación bibliográfica solo quedaban algunos pocos párrafos y ello, para priorizar que la construcción fuese realmente colectiva por convencimiento intelectual y no el mero “juntar” capítulos distintos escritos por personas distintas que piensan parecido.

Aún cuando la presente obra pueda parecer un compendio de conceptos archiconocidos, el reconocimiento a la experiencia personal descripta torna, al menos para nosotros, imperiosa esta publicación.

Gustavo J. Russo

Marcelo E. Mónaco

Buenos Aires, febrero de 2008.

## **INTRODUCCIÓN.**

Estamos habituados a la recurrente opción legislativa, que implica a su vez una clase o estilo de política criminal, consistente en considerar a la privación de libertad en sentido llano (es decir, al margen del sistema jurídico del derecho penal y a su consecuencia es decir, a la pena) e incluso a la mera amenaza punitiva como las únicas elecciones para un número cada vez mayor de conflictos individuales y sociales, lo cual de modo alguno trae aparejada una solución para esos conflictos.

La opción se realiza prescindiendo de casi todo el marco de derechos y garantías que debe regirla: el derecho internacional humanitario, la Constitución Nacional, los objetivos de la propia legislación penitenciaria (nacional y provincial) en lo atinente a la ejecución de la pena, los institutos consagrados en los códigos procesales, entre otras omisiones.

Demás está decir que si el legislador considera posible prescindir de ese marco no tendrán la menor chance las posturas doctrinarias, científicas, dogmáticas -o como quiera llamárselas- que pretendan limitar tecnocráticamente el poder punitivo porque aquella opción política es el producto de una cultura de la decisión que se respalda sobre la base del pensamiento mágico de que en las pantallas de televisión aparezcan los operadores legislativos haciendo lugar al clamor del pueblo vehiculado por los medios masivos de comunicación.

De tal modo, no se prevén consecuencias de mediano y largo plazo, se omite analizar los resultados de decisiones similares tomadas en años anteriores (a veces en meses recientes) y como resultado de ello, nos encontramos abatidos por un sinnúmero de disposiciones legales que emiten varios mensajes simultáneos, complementarios y autoritarios: no interesa en absoluto indagar sobre las raíces del "mal"; se confía ciegamente en la capacidad operativa de los diversos brazos armados de los distintos ejecutivos (nacional y provinciales) y se pretende remover obstáculos jurídicos porque constituyen simples molestias.

Ese decisionismo montado sobre la supuesta unanimidad del clamor popular, nos remite a una escena -fundadora en buena parte de nuestra cultura- ocurrida hace más de dos mil años atrás en lo que hoy conocemos etnocéntricamente como medio oriente, cuando un delegado del imperio dominante dejó en manos de la multitud

elegir entre dos hombres acusados de diversos delitos, cuál de ellos debía terminar en la cruz (la pena de entonces).

En su obra "Federalista", Madison advertía: "...el juicioso pueblo de América está cansado de la política fluctuante que ha dirigido los consejos públicos. Con pesar e indignación ha visto que cambios repentinos e intervenciones legislativas, en casos que afectan los derechos personales, vinieran a ser engañosas, o cucañas, en manos de especuladores influentes y trampas armadas a la más industriosa y menos instruída porción de la comunidad. Ha visto también que una ingerencia legislativa en estas materias, no es sino el primer eslabón de una cadena de repetición, siendo cada subsiguiente ingerencia provocada por los defectos de la precedente..." (citado por Florentino González en "Lecciones de Derecho Constitucional", quinta edición, librería de la Vda. de Ch. Bouret, París/México, 1909)

En nuestro país (al igual que en el resto del territorio continental con nombre de navegante italiano en donde se encuentra) las cosas siempre fueron más simples, menos necesitadas de justificación. Los que siempre pudieron decidir sobre la vida, la propiedad, la libertad y los derechos de la mayoría jamás le rindieron culto a explicaciones más o menos elaboradas para llevar a cabo sus proyectos. La única salvedad fue respecto de las ideas de un médico sumamente capaz que a fines del siglo XIX, produjo una serie de explicaciones por entonces consideradas científicas, que encajaban a la perfección con el proyecto de vaciamiento de las razas originarias del país y la implantación de razas "civilizadas" provenientes del país de los ancestros (de los que dominaban).

En la actualidad, y salvo los atisbos de la genética en materia criminal que por ahora no pasan de las expresiones aisladas de un (otro) médico mediático devenido legislador, ningún operador legislativo (o sea, aquellos que según la Constitución son los que representan al pueblo) se preocupa mucho por los marcos teóricos.

Entonces, debemos preguntarnos: ¿tanta explicación científica, tanto prurito jurídico, tanto cálculo y detalles sobre disponibilidades económicas, de recursos humanos, de estructura jerarquizada en todos los niveles del sistema penal, son un obstáculo para elaborar una propuesta que reduzca la pena de prisión que hoy se ha vuelto tan infamante como el destierro o más cruel que la pena de muerte?

Como las preguntas retóricas no necesitan ser respondidas nos dedicaremos de lleno a señalar los ejes orientadores de la contra-reacción al decisionismo asistemático, elaborada en torno de las metas descritas en los capítulos que siguen.

---

### **Capítulo 1. Para que el conflicto no ingrese al sistema penal: el abordaje y la resolución comunitaria.**

En los últimos tiempos, la "seguridad" o su contra cara la "inseguridad", se convirtió en una de las cuestiones a resolver de mayor trascendencia en la sociedad argentina.

Esta temática, fue rápidamente captada por los medios de comunicación -determinantes a la hora de amplificar el fenómeno-, e instalada en el centro de la escena nacional.

Tal es así, que la sensación de inseguridad que experimenta el tejido social de nuestro país, posee una dinámica propia, que fluctúa en forma independiente de la realidad.

Esto implica, que más allá que los índices delictivos no experimenten cambios o incluso descendan, la sensación de seguridad aumenta o al menos, la cuestión no abandona su papel central en la vida de los argentinos.

Los motivos de este espíritu libertario de las sensaciones respecto de lo real, excede el propósito de este trabajo.

Sin embargo podemos inferir, que su génesis puede encontrarse, en el peor de los casos, en la voluntad de determinados "gerentes del poder", de afianzar el estado de policía frente al estado de derecho.

Estos dos grandes contendientes, que al decir de Zaffaroni, mantienen una suerte de contienda épica a lo largo de la historia, como puede verificarse empíricamente, no se cansan de enfrentar.

La presión ejercida por un importante sector de la sociedad, alimentada sin descanso, por los medios de comunicación -amplificadores con o sin conocimiento de los intereses de ciertos grupos de poder-, logró el efecto deseado sobre las políticas públicas, que solo encuentran como soluciones al problema –más "ficto" que real-, de

la "creciente ola de inseguridad", el aumento indiscriminado de las penas de prisión para todos aquellos delitos que hoy pueden considerarse como los mas violentos, la voluntad de disminuir la edad de imputabilidad penal y el otorgamiento de mayores facultades a las agencias policiales y de seguridad pública.

Esta lógica de pensamiento debe ser puesta rápidamente en crisis desde el ámbito académico, que ha perdido su oportunidad de obrar en forma pro-activa en relación a la supuesta "crisis de seguridad" y solo puede ahora, transitar el camino de la reacción.

La necesidad de esta reacción, se debe a que es imperioso reinstalar un discurso jurídico distinto, que cuestione las soluciones clásicas como tales. Es decir, un discurso que fundamente por qué las respuestas a las que hechó mano el Estado Nacional frente al delito supuestamente a favor de la seguridad ciudadana, no son soluciones y que existen caminos a corto, mediano y largo plazo para reducir los índices de violencia -que se encuentran generalmente relacionados con conflictos interpersonales los que muchas veces se reconvierten en delitos-

De la ineficacia de las respuestas que se proponen desde el Estado, nos habla la experiencia internacional en la materia.

Los EE.UU. de Norteamérica, viven a diario la esterilidad de éstas políticas aplicadas al delito, de modo que en aquellos Estados en los cuales, por ejemplo, se encuentra vigente la pena de muerte –a la que fácilmente puede asimilarse una pena de 50 años de prisión-, no se han reducido los índices de los delitos más violentos.

Por ello, creemos que el abordaje de la problemática debe realizarse necesariamente desde aristas diversas, que permitan disminuir los índices de violencia en la comunidad, desagotar el sistema penal con el propósito de lograr su mayor eficacia, reducir drásticamente la aplicación de penas privativas de la libertad y establecer como respuestas, sanciones que hasta hoy se siguen considerando alternativas o accesorias.

## Un marco referencial.

El abordaje al problema de la criminalidad, necesariamente debe partir de un análisis que permita identificar las circunstancias que coadyuvaron al aumento de los índices delictuales, y por consiguiente, cual fue la respuesta que ante ello ensayó el Estado en los últimos años.

En Argentina, se produjo un marcado desplazamiento de una economía manufacturera a una economía de servicios asociada con la privatización de los servicios públicos y la decadencia del estado benefactor. Este corrimiento disparó una escalada en los niveles de desempleo y pobreza.

A lo largo de la década del noventa, por ejemplo, el desempleo subió de índices de un solo dígito a un récord de desempleo e índices de sub empleo del 23% y 22% de la fuerza laboral activa, respectivamente.

\_\_\_\_\_A ello se sumó, un nuevo récord en la creciente concentración de la riqueza.

Del Boletín Estadístico **"Pobreza e indigencia. Desempleo estructural. Distribución regresiva de los ingresos y ganancias empresariales extraordinarias"** y del informe **"Argentina, una Comunidad en Riesgo. Infancia – Adolescencia y Juventud"** ambos realizados para la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) en los años 2004 y 2002 respectivamente, surgen cifras alarmantes, respecto de los niveles de pobreza, indigencia y en particular como ello afecta a los niños y jóvenes de nuestro país:

- *Al segundo semestre de 2004 el porcentaje de población pobre asciende 44,7%. Es decir que en el país existen 17.145.034 de personas en esta situación.*
- *Por su parte el 17% de la población nacional –6.579.358- al segundo semestre de 2004 son indigentes.*
- *La Provincia de Buenos Aires concentra el 40,6% del total de pobres y el 38,3% del total de indigentes. Le sigue en importancia la provincia de Córdoba con el 8,8% de pobres y el 8,4% de indigentes y Santa Fe el 8,1% de pobres y 8,4% de indigentes.*

- Tanto la pobreza como la indigencia afecta en forma similar a hombres y mujeres. Sin embargo la mitad de los pobres e indigentes son menores de 22 años.
- La tasa de pobreza para menores de 13 años es de 63,4% y la indigencia es del 30,1%.
- La tasa de desocupación al segundo trimestre de 2004 alcanzaba el 19,1%. Por su parte los desocupados y subocupados representan el 30% de la fuerza laboral.
- Entre 1998 y mayo del 2002 se profundiza la recesión en la Argentina. En este período, los salarios reales cayeron un 23,7%, la pobreza creció más de un 60% y la indigencia aumentó un 180%.
- Prácticamente el 20% de la población entre 15 y 24 años (1.209.038) no trabaja, no busca empleo, no estudia ni realiza tareas domésticas. El 65% de esta realidad se concentra en la región centro donde la provincia de Buenos Aires reúne el 58,2% de los jóvenes en esta situación.

Continúa el informe, diciendo que Argentina finalizó el régimen convertible con el siguiente cuadro de situación:

- Población por debajo la línea de pobreza: 14.405.889.-
- Total de jefes de hogar pobres con menores a cargo: 2.404.436.-
- Total de jefes de hogar en situación de indigencia con menores a cargo: 840.864.-
- Total de menores de 18 años en situación de pobreza: 7.082.200.-
- Total de menores de 18 años en situación de indigencia: 2.912.550.-
- Total de jóvenes entre 19 y 24 años en situación de pobreza: 1.539.330.-
- Total de jóvenes entre 19 y 24 años en situación de indigencia: 489.622.-
- Finalmente, conforme la última información disponible –diciembre de 2003-, el 10% más rico de la población se apropia del 36,4% del total de ingresos generados, mientras que el 10% más pobre, apenas el 1,3 %. Conforme estos datos, el 10% más rico tiene ingresos 28 veces superiores al 10% más pobre.

La importancia de estos datos, radican fundamentalmente en la ***vinculación*** existente entre pobreza y delito. Remarcamos "vinculación", para diferenciarlo del término "identificación".

En efecto, la pobreza, la indigencia, el desempleo y en definitiva la desesperación, pueden conducir a muchas de las personas que las padecen a cometer delitos –mayoritariamente contra la propiedad- que en algunos casos por la insignificancia material de la afectación al bien jurídico, ni siquiera deberían poner en marcha el aparato penal del estado , conforme lo prevé por ejemplo el código procesal penal de la provincia de Buenos Aires.

Pero sobre todo contribuyen a acentuar este vínculo, las agencias policiales, que desde hace tiempo han identificado el estereotipo del "delincuente", con la forma de vestir, de andar, de relacionarse, de hablar, etc. de los jóvenes de las clases bajas.

Es a partir de esta selección, que los adolescentes y jóvenes más pobres, son identificados como los únicos delincuentes -en paralelo a lo que ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos de América con los afro-americanos y latinos-, y sus actos, como los únicos delitos que se cometen en nuestro país, o al menos, como los únicos delitos que deben ser prevenidos, perseguidos y reprimidos por el Estado.

Pero además, la mayoría de estos jóvenes y adolescentes, viven en barrios de emergencia, es decir, en viviendas precarias, sin servicios públicos y cruzados por una realidad en la que impera la violencia.

Si observamos las transformaciones sociales que las villas de emergencia experimentaron en Argentina desde 1990 hasta la fecha podremos verificar, tal y como sostiene Enrique A. Font en su trabajo "Transformaciones en el Gobierno de la Seguridad", cuatro tipos de violencia que sufren los residentes particulares en las villas de emergencia como así también, en aquellos sectores de la ciudad donde habitan –en viviendas aparentemente formales, hoteles contratados por el GCBA, etc.-, un sinnúmero de pobres e indigentes:

1. La violencia interpersonal diaria.
2. La violencia de las intervenciones militaristas de la acción policial.
3. La violencia estructural de los índices de desempleo y subempleo superiores al promedio.
4. La violencia del aumento en la criminalización de las formas incipientes de activismo y protesta política. (*Ibid., CELS 2001, 2002a*).

Esta violencia, que como veremos, proviene en gran medida, del propio Estado hacia los mas indefensos -en términos de ejercicio de derechos, acceso a la justicia, etc- acrecienta sin duda la cantidad de conflictos entre aquellos que la padecen, los que a su vez progresan geométricamente.

Como consecuencia de todo ello, la seguridad pasó a ser un tema de alta prioridad para la ciudadanía que requiere una respuesta estatal.

Según Font, ante este cuadro situacional, el Estado tomó una serie de medidas fracturadas, populistas y de neto corte represivo. La mayoría, de estas acciones encierran una postura punitiva que se centra y a la vez refuerza la capacidad coercitiva del estado, en especial de la policía pública.

Ello arroja como resultado, la existencia de una política criminal y de seguridad urbana errática, coyuntural, sin fundamentos empíricos, ineficaz, extremadamente costosa, dilapidadora de recursos, violenta y en consecuencia, vulneradora de los principios del estado de Derecho.

Por otra parte, las agencias policiales y de seguridad pública, carecen del entrenamiento adecuado para desarticular conflictos y evitar su criminalización.

Ello es así, por cuanto la subcultura de la que participan, aún hoy concibe a los ciudadanos marginalizados como un potencial enemigo, tal y como enseña la doctrina de la Seguridad Nacional, vigente desde la década de 1960 y sobre todo, los usos y costumbres que de generación en generación, se transmiten entre los miembros de las fuerzas. Al respecto, ilustra la tristemente célebre "ley de residencia".

Sin embargo, y más allá de este complejo panorama, la emergencia del problema también puede constituir el punto de partida de transformaciones innovadoras, equitativas y que promuevan los derechos humanos en forma amplia.

### **Resolución alternativa de conflictos**

Ya adelantamos al comienzo del capítulo, que este trabajo esta destinado a difundir y proveer datos acerca de experiencias sociales que permitan reducir drásticamente la intervención del poder coercitivo del Estado en los distintos planos que atraviesan los conflictos desde su surgimiento hasta que se arriba en algunos casos, a la instancia de la sanción penal.

El primero de los postulados planteados, tiene por objeto diseñar estrategias que permitan definir los modos a partir de los cuales, pueden evitarse que un

importante número de conflictos -tal vez los más habituales- ingresen al ámbito del sistema judicial en general y al penal en particular.

La evitación del ingreso de los conflictos al sistema penal, implica que deberán ser abordados fuera del ámbito judicial y solucionados en lo posible en el mismo.

Que se trate de una esfera "no judicial", no necesariamente significa que la solución deba provenir del ámbito privado, aunque conforme el esquema que proponemos la misma deberá hallarse en un marco en el que intervengan tanto actores públicos como privados.

Debe destacarse, que existen un sinnúmero de conflictos que en un principio no guardan relación con el derecho penal, pues no se trata de actividades que puedan definirse como delictuales. Sin embargo, en la medida que no son abordados en el momento oportuno, adquieren inevitablemente ese carácter.

En definitiva, el planteo aquí radica en establecer justamente cuáles pueden ser los caminos que nos permitirían abordar los problemas en una etapa incipiente, antes que la violencia que se genera en torno a los mismos -siempre en escala ascendente- los vuelva pasibles de ser captados por el sistema penal.

La desarticulación de este tipo de conflictos, debería poder intentarse a través de distintas vías, entre las que se encuentra por ejemplo, la mediación comunitaria. Las ventajas de los modelos alternativos de resolución radican principalmente, en la reducción que traen aparejadas estas metodologías de los niveles de violencia, sumado a la instauración de lógicas destinadas a fomentar y reforzar fundamentalmente los vínculos de solidaridad entre los integrantes de la comunidad.

De este modo es posible generar en las sociedades donde se aplican, una verdadera transformación cultural en relación a la solución de los conflictos.

Estos esquemas proponen una transformación en el modelo de gestión de los conflictos ya que su resolución no estará en manos del aparato jurisdiccional del estado, sino a cargo o bien de terceros imparciales destinados a "mediar" en el conflicto o mejor aún, en la propia comunidad.

Actualmente, se están llevando a la práctica numerosas iniciativas de transformación en distintas provincias y ciudades de nuestro país en el campo de la seguridad urbana -reformas a las leyes orgánicas de las policías, hincapié en la seguridad comunitaria a través del desarrollo de foros barriales, defensores de la seguridad, proyectos de leyes para regular el funcionamiento de las agencias de

seguridad privada y de vigilancia, etc.- sin embargo, se avizoran varias cuestiones que podrían devenir en obstáculos insalvables para su viabilidad.

Tal vez, como sostiene Enrique Font en "Transformaciones en el Gobierno de la Seguridad", uno de los escollos más evidentes y a la vez complicado de sortear, radica en que estas iniciativas son desarrolladas habitual o exclusivamente desde el estado y se limitan a promover transformaciones primordialmente en sus propias agencias policiales y penitenciarias, excluyendo de los procesos de transformación a grupos y comunidades que poseen saberes y recursos que podrían utilizarse en la producción de seguridad con un amplísimo margen de éxito.

Es por ello que resulta necesario, además de las transformaciones institucionales que actualmente se pregonan, establecer asociaciones sólidas entre la sociedad civil y los tres niveles del estado –nacional, provincial y municipal- o al menos, en principio, con alguno de ellos a los efectos de generar nuevos modelos de gestión de la solución de los conflictos.

En los sistemas de resolución de conflictos a diferencia de lo que ocurre en los casos en que interviene la justicia penal, la víctima es parte de la solución o al menos participa de algún modo en ella y es particularmente tenida en cuenta en la decisión que en definitiva se adopte.

Esta circunstancia se encuentra absolutamente ausente en el aparato jurisdiccional penal del estado donde la víctima es excluida del conflicto del que se apropia el estado.

En efecto, en un proceso penal la víctima no sólo no es "parte" en el sentido procesal del término, sino que sus reclamos y necesidades, no son siquiera considerados al momento de dictarse sentencia.

Al respecto ha señalado el sociólogo Clifford Shearing "En el sistema penal, cuando una persona ocasionó un sufrimiento, se hace justicia ocasionando otro sufrimiento. En la lógica del sistema penal sólo hay una resolución justa: cuando hay alguien castigado".

Los sistemas de resolución alternativa de conflictos, además brindan soluciones a personas a las que por un motivo u otro, no les resulta posible el acceso a la justicia –en realidad, dicho acceso es complejo de por sí-. El caso más evidente de ello son aquellos inmigrantes que por distintos motivos no han regularizado su situación de residencia y que por miles pueblan los barrios más pobres de las áreas metropolitanas

de nuestro país.

Estos se relacionan e interactúan diariamente dentro y fuera de su medio con una multiplicidad de personas por lo tanto, pueden convertirse en protagonistas de innumerables conflictos muchos de los cuales -siguiendo los carriles formales-, los conducen en carácter de damnificados hacia las agencias de seguridad o judiciales, a las que no pueden acceder por su irregular condición migratoria e incluso por diferencias idiomáticas.

También el acceso a la justicia es casi impensable para alguien que se encuentra dentro de los cánones de pobreza o indigencia ya que el gasto que representa afrontar los viajes hacia y desde los tribunales resulta verdaderamente prohibitivo. Este problema, como se desprende de los datos económicos y sociales volcados precedentemente involucra a varios millones de personas.

Además, las personas que integran estos grupos difícilmente acudan al aparato jurisdiccional o a la agencia policial en busca de una solución a sus problemas debido a una multiplicidad de factores que pueden comprobarse empíricamente:

- A. Deben relacionarse en un ámbito – el jurisdiccional- que le es ajeno y muchas veces hostil.
- B. Desconocen las lógicas propias de la actividad judicial.
- C. Embarcarse en un proceso y particularmente penal implica la necesidad de solicitar los servicios de abogados y como consecuencia de ello, la erogación de dinero.
- D. Carecen de la información necesaria para acudir a asesorías legales gratuitas o las capacidades de estas –en muchos casos- se encuentran colmadas, lo que ocasiona que no les prestan la debida atención ni les brindan la contención necesaria colocándolos en un verdadero estado de indefensión.

Estas circunstancias ocasionan que los conflictos se resuelvan a través de vías informales que generalmente solo encuentran a la violencia como solución.

Mas allá de ello, un amplio espectro de esas situaciones que terminan siendo criminalizadas también encuentran como consecuencia a la violencia no porque aquel sea el objeto del aparato jurisdiccional, sino que resulta el producto no programado de su accionar.

Para el caso, bien vale un ejemplo para nada inventado.

Supongamos el siguiente escenario: Una fría madrugada de invierno. Es viernes por la noche y Juan, un inmigrante boliviano que vive en una villa de emergencia de la ciudad de Buenos Aires, sale de su casa con su bicicleta para ir a trabajar. De entre las sombras aparece un sujeto que lo intercepta en su camino y con un arma blanca en mano le sustrae la bicicleta. Juan llega a reconocerlo. Se trata de Santiago, un vecino del barrio. Esta es la situación.

Las soluciones son diversas y también lo son, los efectos de estas sobre los actores del conflicto e incluso sobre la comunidad que comparten.

Supongamos ahora que Santiago, esa noche estaba algo alcoholizado y a la mañana siguiente decide devolver la bicicleta a su dueño e incluso se encuentra dispuesto a realizarle los arreglos que hagan falta, como modo de reparar el daño causado.

Si Juan ya efectuó la denuncia ante las autoridades policiales, identificando incluso a Santiago como al autor del hecho, el conflicto quedará en manos del Estado.

El aparato punitivo del Estado, una vez que se pone en marcha ante la presunción de la comisión de un delito de acción pública ya no se detiene. Santiago a pesar de su arrepentimiento y de su voluntad de reparar el daño será captado por el sistema penal y la persecución judicial solo llegará a su fin, luego de mucho tiempo y los más importante: sin solucionar el conflicto original.

Así, la víctima del robo –Juan-, se quedará seguramente sin su bicicleta y el generador del conflicto –Santiago-, posiblemente arrastre una condena judicial y seguramente las consecuencias negativas de haber transitado el proceso penal. De este modo, la violencia se habrá incrementado tanto para uno como para el otro. Estas son las consecuencias inmediatas, pero de ningún modo las únicas.

En efecto, los conflictos irresueltos o mal resueltos no solo provocan incremento de la violencia, sino que ésta se irradia hacia el medio en el que aquél se desarrolla, afectando de ese modo a terceras personas que en un principio, eran ajenas a la cuestión.

En cambio, si la situación conflictiva es abordada desde un ámbito distinto al judicial esto es, mediante una forma hoy considerada alternativa de resolución del conflicto (durante la cual se les explique a las partes la necesidad de asumir como propio el problema y se escuche las necesidades de ambas) seguramente podrá llegarse a una solución que implique en nuestro ejemplo, que Juan recupere su

bicicleta y que Santiago repare su acción efectuando, por ejemplo, los arreglos que la bicicleta necesite.

Ahora bien, deberíamos analizar de que modo el conflicto incide en la vida social del barrio de Juan y Santiago.

Si el camino elegido es judicializar penalmente el problema, posiblemente como dijimos Juan ya no recupere su bicicleta y Santiago tal vez sea condenado o al menos sufra el estigma del proceso. Esto traerá como consecuencia un incremento de la violencia que incidirá en la vida del barrio, ya que implicará la enemistad de Juan y Santiago, de las familias que ellos integran, de los demás familiares y amigos de uno y otro que conviven en esa comunidad.

La enemistad entre Juan y Santiago, en sí, no es tan relevante, sino lo que ella podría ocasionar en una comunidad compartida por las partes. Nos referimos a la proliferación de conflictos, tan o más violentos de aquél que le dio origen, que involucren a un número ahora no determinado de personas de esa comunidad.

Si el problema en cambio es abordado extrajudicialmente, a partir de un modo alternativo de gestión y solución del conflicto en el que se escuche a las partes y se propongan soluciones que contribuyan a desarticular la violencia del conflicto en principio, se habrá logrado un acuerdo entre Juan y Santiago que resultará en el peor de los casos, inocuo para la comunidad de la que forman parte.

También puede ocurrir que este caso puntual se convierta en un elemento dinamizador de la comunidad. Es decir, que la resolución del conflicto le permita demostrar a sus protagonistas que existen metodologías que aplicadas convenientemente pueden resolver definitivamente problemas interpersonales los que de otro modo, no podrían solucionarse pacíficamente ni aún con la intervención del aparato jurisdiccional.

Como expusimos antes, existen distintos métodos alternativos de resolución de conflictos muchos de ellos de probada eficacia.<sup>1</sup>

**El Sociólogo Clifford Shearing** creó un sistema de resolución de conflictos basado principalmente en el aprovechamiento de los saberes de las personas que habitan en las comunidades donde los mismos ocurren. Dicho de otro modo, en el

---

<sup>1</sup> Similar enfoque desarrolla Nils Christie al desarrollar el concepto que denomina “justicia horizontal” (en particular las que denomina como primera y segunda característica de la misma) en su trabajo “Una sensata cantidad de delito” editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, Capítulo 6, págs.113/114

aprovechamiento de los saberes locales. Ello implica que nadie conoce mejor como resolver un problema que los propios integrantes de la comunidad en la que acontecen.

Tal vez, ello no aparezca en forma muy evidente sin embargo, la estimulación en ese sentido de los poseedores de esos saberes puede arrojar resultados sorprendentes.

La experiencia de esta metodología diseñada por Shearing se desarrollo principalmente en Sudáfrica, donde actualmente existen cerca de cien foros que resuelven miles de conflictos cada año y su modo de funcionamiento es fácilmente adaptable a las necesidades de nuestro país.

Este modelo, funciona con los integrantes de la comunidad que asumen el rol de "facilitadores" del conflicto es decir, no tienen a su cargo la resolución ni la mediación de un "caso" sino que su tarea consiste en entrevistar a las partes y organizar la reunión de resolución a la que asistirán los involucrados en el "conflicto" y aquellas personas invitados por ellos que puedan resultar útiles a criterio de las partes y del facilitador para identificar la causa del problema y diseñar soluciones a futuro.

Uno de los objetivos primarios de esta sistemática, es que la solución alcanzada en el marco del foro no se agote es esa instancia sino que deberán sostenerse en el futuro.

Por ejemplo si los integrantes de la reunión de resolución en el que se trata un conflicto determinado resuelven que una de las partes pagará a la otra la suma de treinta pesos mensuales por el término de seis meses –no importa aquí cual fue el motivo de esa decisión- uno de los facilitadores tendrá a su cargo la obligación de verificar que todos los meses el Juan le pague a Nicolás treinta pesos conforme lo acordado.

Nada obsta que la supervisión del pago acordado -si así se decidió en la reunión de resolución- este a cargo de alguno de los invitados a ese encuentro. En estos casos solo tendrá que comunicar el cumplimiento del acuerdo a los facilitadores que intervinieron en la reunión.

Es esta flexibilidad del sistema uno de los argumentos más contundentes para evitar la burocratización del conflicto –tal y como ocurriría en el ámbito jurisdiccional- y lograr un abordaje a la problemática que permita arribar solución rápidas con miras a su desactivación.

Los conflictos así resueltos -en los que las partes tienen un amplio protagonismo y buscan junto a los invitados a la reunión de resolución y a los facilitadores, las soluciones a futuro para un problema que los aqueja- contribuyen a reducir los índices de violencia en la sociedad de la que forman parte, refuerzan los lazos de solidaridad y estimulan el trabajo en equipo.

Además en la medida que estos foros de resolución de conflictos son utilizados por la comunidad con resultados favorables, se produce un efecto multiplicador acerca de un nuevo modelo de gestión del conflicto eficiente y pacífico, que redundará además, en la legitimación de este ámbito en la comunidad. De modo que antes mayor cantidad de conflictos resueltos, mayor legitimación del espacio que los foros ofrecen.

Una de las interrogantes que habitualmente se presenta, es acerca del grado de coerción de este tipo de resoluciones. Es decir, que ocurre si no se cumple con lo decidido en el foro de resolución.

De más esta decir, que al igual que si la cuestión es tratada dentro del sistema judicial e incluso en el seno del ámbito penal, ello no asegurará un resultado exitoso.

Ya hemos adelantado que la judicialización de los conflictos, generalmente no implica su solución.

Por un lado, debido a que a nuestro criterio se ha demostrado como un sistema ineficaz para la administración y solución de la mayoría de los conflictos interpersonales e incluso para muchos de los considerados penales. Mas aún, tampoco dentro del aparato jurisdiccional el dictado de una sentencia condenatoria ya sea penal o de cualquier otro ámbito del poder judicial, garantiza su cumplimiento.

Volviendo al modelo analizado. ¿Es posible garantizar el cumplimiento de lo resuelto a partir de una vía alternativa? Es claro que en principio estos foros de resolución de conflictos carecen de poder coercitivo.

Sin embargo, existen otros factores que contribuyen a que las decisiones que surgen de las reuniones de resolución del modelo analizado, terminen siendo cumplidas por las partes del conflicto:

1. No se obtiene una resolución coercitiva sino que se trata de un plan de acción que las mismas partes contribuyeron a diseñar, por lo que no parece coherente incumplir un acuerdo al que se arribó en base a las propias ideas y esfuerzo de los involucrados y gracias al cual, se solucionó un conflicto del que se fue parte.

2. El compromiso asumido por los actores del conflicto es ante los integrantes de la comunidad que ellos mismos conforman, incluso ante las personas que ellos mismos invitaron a la reunión de resolución.

3. El no acatamiento del plan de acción implicará también haber violado el compromiso moral –y aun de relaciones sociales- frente al foro de resolución de conflictos del barrio y sus integrantes, que no son otros que los mismos miembros del vecindario.

4. La inexistencia de un poder coercitivo, justamente resulta beneficioso al momento de cumplir con el plan de acción, por cuanto no se trata de un acuerdo impuesto por un tercero ajeno al conflicto.

Los foros de resolución no requieren para su funcionamiento, que las personas que oficiarán como facilitadores sean abogados o sociólogos ni siquiera que se trate de estudiantes o personas instruidas sino que el único requisito –excluyente- es que se trate de personas del barrio en el que funciona el foro sin importar su sexo o su edad.

El entrenamiento de los facilitadores es por demás sencillo y solo requiere el cumplimiento de determinadas normas que regirán la reunión de resolución y de una serie de pautas de trabajo que permitan que todo el procedimiento se cumpla siguiendo un orden preestablecido .

Como enunciamos, se trata de reglas muy sencillas que deben ser entendidas por todos los participantes de las reuniones de resolución –facilitadores, partes e invitados- sin que se requiera para ello contar con conocimientos especiales, debido a que uno de los objetivos fundamentales de este modelo es generar una nueva cultura en torno a la gestión y solución de los conflictos que excluya firmemente cualquier vía violenta entendiendo por tal, además de la acepción corriente, cualquier tipo de actividad coercitiva.

Además, el carácter genérico de las pautas que rigen las resoluciones de conflictos enriquecen ilimitadamente los conocimientos empíricos debido a que la lógica de resolución es totalmente distinta a la habitual. No se trata de una solución tarifada del conflicto como nos tiene acostumbrado el derecho en general y el penal en particular, de modo que ante un hecho con determinadas características –pensemos en el ejemplo del robo de la bicicleta- la respuesta es por ejemplo tres años de prisión y/o

la correspondiente indemnización por los daños causados.

Muy por el contrario, la riqueza de estos sistemas radica justamente en la diversidad de soluciones que pueden diseñarse frente a un conflicto que pueden ser efectivas para un caso y totalmente inapropiadas ante un caso idéntico lo que nos pone de cara al desafío de "dar en la tecla" con la solución para cada situación lo que implicara poner toda la energía de los miembros de la reunión de resolución, para la búsqueda de la solución adecuada.

Estas experiencias son invaluable y demuestran una vez más lo estériles, rígidas y anticuadas que se evidencian las soluciones tradicionales frente a la flexibilidad de las respuestas hasta hoy, llamadas alternativas.

Muchos pueden acordar con esta forma de "saldar cuentas" o de arreglar los problemas del vecindario. Sin embargo, lo cierto es que quienes actúan como facilitadores no pueden invertir todo su tiempo en ayudar a buscar soluciones a los conflictos del barrio. Tienen sus propias obligaciones, como madres, padres, hijos, deben trabajar, atender las cuestiones del hogar, ir a la escuela, etc. A menos, que la función de facilitador sea entendida no ya como un trabajo voluntario al que se le dedica el tiempo que se puede, sino como corresponde, otorgándole su verdadera dimensión como trabajo formal y por consiguiente remunerado.

Esto implica que los vecinos que ofician de facilitadores de los conflictos que llegan al foro, pueden encontrar en esta actividad un modo de vida. Para ello, será necesario remunerar su actividad por ejemplo, a partir de cada conflicto resuelto y que se encuentre debidamente documentado.

De esta forma ingresarán fondos ya no solo para los facilitadores del foro, sino también para la sociedad de la que ellos forman parte ya que como comúnmente ocurre ese dinero será gastado en esa misma comunidad y se transformará así en alimentos adquiridos en el mercado o almacén del barrio, en medicamentos de la farmacia de la otra calle o en indumentaria de la tienda de la avenida, dinamizando así las economías locales.

Ahora, ¿Quién debe hacerse cargo del pago a los facilitadores por su trabajo? todo indica que si la tarea de los vecinos es colaborar con la búsqueda de soluciones a conflictos lo que implica una reducción de los índices de violencia en los barrios, un refuerzo de los vínculos solidarios y comunitarios, una nueva cultura en cuanto a la administración del conflicto, una solución a la sobreactuación policial, una disminución

del ingreso de personas al sistema penal y penitenciario y –entre otras cosas- una solución a la catastrófica situación de sobrecarga de tareas de los tribunales, el estado debe asumir el pago de las retribuciones.

¿Esto quiere decir, que los facilitadores serían empleados del Estado?. No precisamente. Lo que resultaría más adecuado para esta situación, sería que distintas ONG'S tengan a su cargo el entrenamiento de los facilitadores y el pago de las remuneraciones, con fondos provenientes del estado, cumpliéndose rigurosamente con los procedimientos de rendición de cuentas y de auditoría tanto interna como externa, que para el caso se diseñe.

Pero ¿qué tipo problemas podrían resolver los foros?. En principio cualquier tipo de conflicto puede ser abordado por los foros de resolución. Sin embargo, debe distinguirse convenientemente aquellas acciones u omisiones que ingresan dentro de la categoría "conflicto" de aquellas que aparentan participar de aquella y que sin embargo son ajenas.

Para avanzar en este sentido, es fundamental contar con elementos que nos permitan identificar cuando nos hallamos frente a un conflicto y cuando frente a una situación distinta.

Lo primero a tener en cuenta, es que un conflicto es una situación en la que participan al menos dos actores con intereses opuestos o divergentes.

Por otra parte, no debemos perder de vista que un conflicto siempre puede ser solucionable. Las situaciones que no tiene solución, no son un conflicto.

Un caso tal vez paradigmático es el homicidio. Cuando nos encontramos ante un hecho de esas características, solo nos queda entender que hemos llegado tarde al conflicto que lo originò, el cual seguramente tuvo un inicio, un desarrollo y un final, materializado en la muerte de una persona.

Por lo tanto, la muerte de uno de los actores del conflicto a manos o por encargo del otro, no puede ser entendida como un conflicto en esa instancia.

Es imposible su abordaje, al menos respecto de las partes que lo protagonizaron en un principio, por la simple razón que una de ellas no existe.

Sí en cambio, es probable el abordaje y tratamiento de las situaciones conflictivas que seguramente esta muerte vá a generar entre los amigos y/o familiares

de la víctima en relación al victimario <sup>2</sup>, por el carácter multiplicador y de acumulación de violencia que acompaña a una situación tan drástica como la descrita que se ve exacerbada en estos casos donde las situaciones conflictivas desenlazan violentamente.

Entender esta distinción es esencial. Muchas de las críticas que se efectúan en relación a estos sistemas alternativos, se sostienen mediante ejemplos como el analizado. Esto es, que existe un importante número de conflictos que no pueden ser abordados y solucionados por estas vías.

Como dijimos, las soluciones de los conflictos, solo pueden referirse a ellos y no a situaciones que exceden esa categoría.

Mas allá de estas precisiones en torno a que debe entenderse por conflicto debemos subrayar que la voluntad de las partes de colaborar para la resolución de la situación que mantienen debe ser entendido como el presupuesto básico para su abordaje.

Existen varios niveles de voluntariedad aplicada a la solución del conflicto. No es lo mismo quien quiere solucionar un problema del cual es parte, que aquel que solo se presenta a una reunión de resolución con la intención de escuchar o que se opone a encontrar una solución pacífica a la cuestión.

En nuestro caso, solo impediría intentar arribar a la resolución del conflicto, el actor que se opone a encontrar una solución a su problema al menos, mientras persista en su actitud.

De allí la importancia de que los foros de resolución de conflictos adquieran legitimidad en el territorio donde operan. Esa legitimidad, como ya dijimos, solo puede ser obtenida en la medida que la comunidad reconozca a los foros como a un espacio apto para la solución de sus problemas. Así a mas conflictos resueltos, mayor legitimidad.

Tal vez el paso inicial sea el más complicado para dar. No nos referimos a la instalación y puesta en marcha del foro de resolución. Eso se logra fácilmente con el adecuado entrenamiento de los facilitadores. Sino a como lograr que los vecinos se acerquen y confíen sus problemas a los facilitadores de ese foro.

---

<sup>2</sup> Como lo demuestra el hecho publicado en el diario "Clarín" de Buenos Aires, el día 11/11/2006 sección "policiales", pagina 68 bajo el título "Perdonó al asesino de su hijo y le dio un abrazo en pleno juicio oral".

Para ello es fundamental, que sean informados del modo en que funciona el foro del barrio sobre todo, que sepan que se trata de un ámbito donde no está permitido el uso de ningún tipo de violencia –física, verbal o gestual- que se trata de un espacio comprometido con el respeto por los derechos humanos y los derechos de las niñas y niños y sobre todo, que la información que llegue a conocimiento de los facilitadores respecto de los conflictos que allí tratan es absolutamente reservada.

La garantía de privacidad, es un elemento fundamental para acercar a los vecinos al foro puesto que saben que encontrarán allí un lugar amable donde contar sus problemas con la tranquilidad de que las cuestiones que planteen permanecerán en ese ámbito.

Una de las características del modelo que mayor eficacia aporta a la desactivación del componente violento en los conflictos es que las soluciones a las que se llegue a partir de las reuniones de resolución son a futuro. Es decir, que no importa lo que haya ocurrido hasta ese momento en el marco del conflicto sino cual es la solución que a partir de ese momento y con efectos duraderos, lo hace desaparecer del vínculo que une a las partes y a estas con el resto de los integrantes de esa comunidad.

La característica de que las soluciones se plantean hacia el futuro, “per se” le resta importancia a lo ocurrido hasta ese momento entre los sujetos del conflicto, para centrar la atención en una solución a la cuestión. Ello ocasiona una importante disminución de las cargas de violencia que los sujetos del conflicto traen a la reunión de resolución. Así, no tendrá importancia quien insultó primero a quien o quien fue el que comenzó el conflicto, sino que lo único trascendente, será buscar y hallar la clave para dar por finalizada la cuestión desde ese momento en adelante.

Mas claro, un ejemplo: supongamos que en una vivienda precaria en la que vive una mujer –Gloria- con su madre y tres niños menores, se encuentra obstruido el caño que colecta el agua del lugar donde se lava la ropa y la conduce hacia una zanja abierta a cien metros de la casa.

Gloría, debido a la composición de su familia lava una importante cantidad de ropa todos los días y muchas veces por diversos motivos, no puede o no tiene el ánimo suficiente como para llevar los baldes llenos de agua sucia hasta la zanja. En esos casos, suele tirar el agua frente a su casa pero el declive del terreno hace que el agua termine frente a la de sus vecinos –Martín y Laura- lo que provoca la inundación del

patio delantero y algunas ocasiones el ingreso del agua a la cocina.

Tanto Martín como Laura se quejaron ante Gloria por el problema del agua, sin embargo luego de casi un año el problema sigue sin solución y como consecuencia, la relación entre los vecinos se deterioró rápidamente.

Primero fueron quejas, después gritos, mas tarde insultos, luego amenazas, hasta que un día Gloria y Laura se golpearon mutuamente.

Una vez en la reunión de resolución del foro del barrio, se detecta que el verdadero conflicto reside en la falta de saneamiento de la zanja colectora del barrio, por lo que la solución deberá orientarse en ese sentido.

El modelo de resolución de conflictos que hemos reseñado hasta aquí, no es el único que ha sido puesto en práctica ni siquiera es el más conocido, sin embargo entendemos que se trata del más útil y efectivo, a los efectos de generar en los ciudadanos una conciencia cierta, en torno a la autogestión de las disputas interpersonales.

Aquí no hay mediadores ni especialistas que se harán cargo del problema de las partes, en reemplazo de la autoridad judicial. Reproducir un modelo con esas características, encamina la cuestión más hacia la privatización de la justicia, que a la verdadera solución de las situaciones conflictivas.

Creemos que el camino más adecuado para solucionar los conflictos interpersonales que a diario se viven en las distintas comunidades, exige un aporte significativo de los involucrados en su solución. Exige en definitiva que las partes se apropien de sus problemas y dediquen el tiempo y la energía necesarias para solucionarlos.

Si el Juez es reemplazado por un mediador o por un arbitro o cualquier otro especialista, se habrán perdido todos los aportes que el modelo comentado puede brindar. Ya no serán las partes, los invitados a la reunión de resolución o los facilitadores quienes deberán aguzar su ingenio para encontrar una solución al conflicto sino que será la finalización de un trámite burocrático más lo que ponga fin a la cuestión, al menos formalmente.

Como esa definición la más de las veces será formal, el conflicto seguirá en pie o al menos latente en el mejor de los casos lo que implicará que la violencia visiblemente o no, continuará incrementándose y el conflicto –como ya se explicó-, multiplicándose.

## **CCapítulo 2 2. La disminución en el ingreso de conflictos tradicionalmente penales al sistema penal. La concepción del régimen de la acción.**

No es el objeto de los siguientes tópicos ingresar en el análisis de las disputas doctrinarias acerca del concepto de acción, si el mismo es aplicable o no al derecho penal o si el concepto legalmente vigente es la demostración del rol marginal que se le asigna a la víctima en el proceso penal.<sup>3</sup>

Se tratará de esbozar –en el marco de todos y cada uno de esos debates – una propuesta que concilie los límites siempre difusos de la institucionalidad, las posibilidades políticas y los objetivos del sistema de enjuiciamiento penal partiendo del dato de la realidad de que el proceso judicial no se desarrolla sobre la base abstracta de las leyes de fondo y de forma, sino que el mismo se encuentra mediatizado por la disponibilidad de los recursos humanos y materiales, los cuales por regla básica de la economía, son siempre limitados.

En otras palabras -y recurriendo a una terminología con cierta inspiración sistémica- se podría decir que a ese sistema (como a cualquiera) no se le pueden ingresar (input) mayores datos de los que puede validamente procesar, puesto que su capacidad de respuesta (output) se verá seriamente comprometida llegando a la paralización de sus funciones más esenciales.

En terminología tradicional: se debe terminar con la ficción (política, de comunicación social o como quiera llamársela) de que el sistema de justicia penal –jueces de instrucción o de garantías, fiscales, defensores públicos, tribunales de enjuiciamiento o de alzada- etc. tiene la capacidad operativa necesaria para absorber todos los conflictos que la programación legislativa diagrama en primer término para delinear las hipótesis de trabajo de la agencia policial sobre todo respecto de delitos de baja elaboración conceptual.

---

<sup>3</sup> Debate cuyos modelos de referencia son los sistemas inquisitivos y acusatorio en sus acepciones más puras o radicales.

Pero corresponde dar un paso más en sentido político: se debe producir la devolución del conflicto –también cuando ingrese al sistema penal- a sus protagonistas, en particular a la víctima.

La orientación que se postula se encuentra parcialmente reflejada en el proyecto de ley sancionado por el Senado federal durante el año 2004 y que, con fecha 4 de agosto de ese año, fue elevado para su revisión a la Cámara de Diputados de la Nación.<sup>4</sup> y en el cual se soslayan los intensos debates doctrinarios<sup>5</sup> respecto de la procedencia constitucional de mantener la regulación del régimen de la acción en la legislación de fondo<sup>6</sup>.

En efecto, mediante dicho proyecto se proponen diversas reformas o agregados al código penal (arts. 59, 69 bis, 73 y 74, entre otros) y al código procesal penal federal (arts. 5, 80, 82, 195 bis y 348) las cuales, amén de acentuar el carácter acusatorio del proceso penal colocándolo en consonancia con el esquema constitucional<sup>7</sup>–vgr. se propone la adecuación del art. 348 del CPPN de acuerdo a los términos del precedente “Quiroga” de la CSJN- establece la disponibilidad de la acción pública e incluso su eventual conversión en acción privada, por aplicación de criterios de oportunidad reglados. Así surge del art. 4º del proyecto cuando al disponer la reforma del art. 74 del código penal , propone: “...la acción penal pública se transformará en acción privada, por aplicación de criterios de oportunidad, cuando no existe interés público en su persecución y se dé alguno de los siguientes casos...”. Observéese que la obligatoria conjunción entre la falta de interés público y los criterios que a continuación se citan, demuestra que no basta con aquel desinterés que podría quedar sujeto a una apreciación puramente subjetiva del acusador oficial. Es decir, se ha desechado expresamente la posibilidad de que rija en nuestro sistema el criterio de la “libre disponibilidad” tal como ocurre en el derecho anglosajón que generalmente se traduce

---

<sup>4</sup> El cual guarda sustanciales semejanzas con el capítulo respectivo del proyecto de ley denominado “Bases uniformes para la procuración y administración de justicia penal en Argentina” (título II capítulo 1, art. 20) presentado por el diputado nacional José I. Cafferata Nores con fecha 01-04-98, registrado bajo el expte. n° 1581 de la HCN.

<sup>5</sup> Que justo es reconocerlo, casi no ha generado debates en el ámbito político, que es en definitiva donde debe adoptarse una decisión respecto a la necesidad de “federalizar” o no dicha cuestión.

<sup>6</sup> **Gustavo Herbel:**

<sup>7</sup> Binder, Alberto “Introducción al derecho procesal penal”, 2da. edición, editorial AD- HOC, Buenos Aires mayo 2002, págs.67 y ss.

en criterios meramente utilitarios o de eficacia asegurada respecto de "alguna" condena.

Los criterios que allí se establecen son los siguientes (se adopta su denominación doctrinaria a los fines de abreviar): insignificancia de la afectación al bien jurídico, pena natural, pena insignificante en relación a otra pena impuesta con anterioridad, enfermedad incurable en estado terminal.

En el citado "Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación" (diseñado por una Comisión específicamente creada al efecto)<sup>8</sup> se regulan (arts. 49, 50 y 51) los denominados "criterios de oportunidad procesal reglados" que consisten básicamente en : a) la insignificancia en la afectación del bien jurídico; b) la denominada "pena natural"; c) la absorción de penas en expectativa menores a penas ya impuestas por el hecho principal; d) la antigua composición. Asimismo se amplía el catálogo de delitos de acción pública dependientes de instancia privada y los de acción privada lisa y llana con una técnica similar a la propuesta más arriba es decir, especificando delito por delito cuales corresponden a una u otra categoría. También se regula la denominada "conversión de la acción pública en privada" en aquellos casos en que por aplicación de algún criterio de oportunidad reglada, la fiscalía desiste de la acción y se le brinda al damnificado la posibilidad de impulso procesal, ello seguramente con el afán de reducir las críticas que bajo el amparo eufemístico de la "victimización secundaria" seguirán pretendiendo que todos y cada uno de los conflictos sociales se resuelvan dentro del marco punitivo.

---

<sup>8</sup> Creada por Resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos n° 303 del 14 de diciembre de 2004 y sus anexas n° 497/05 , 136/05 y 736/06). La misma estuvo integrada por los profesores David Baigún, Carlos Chiara Díaz, Joaquín Pedro Da Rocha, Javier De Luca, Daniel Erbeta, Raúl Ferreyra, Edumundo Hendler, Raul Ochoa, Alejandro Tizón y coordinada por el profesor Alejandro Slokar, Secretario de Política Criminal de la Nación.

### **CAPÍTULO 3.- La disminución drástica de personas encarceladas sin condena (la prisión preventiva y el respeto o no al principio de inocencia).**

Son conocidos los altos porcentajes de personas bajo el régimen de prisión preventiva dentro del total de la población carcelaria latinoamericana. Nuestro país no es la excepción. La situación es de extrema gravedad ya que se trata de un mecanismo de ejercicio ilegítimo de poder estatal que compromete las vidas y los derechos de miles de seres humanos al practicarse como una pena anticipada dando por tierra con los Pactos Internacionales y la Constitución Nacional.

En este punto se intentará una sinopsis sobre los diversos aspectos a tener en cuenta ante la necesidad de adecuación de la normativa procesal federal (CPPN) al sistema de principios supranacionales que rigen el instituto de la prisión preventiva.

El desarrollo apuntará a que dicha medida recupere su carácter meramente cautelar y resulte aplicada en la minoría de los casos y bajo estrictas garantías para el imputado. De más está decir que mientras tal reforma no se efectúe los jueces tienen la obligación de omitir la aplicación de toda disposición jurídica interna que represente una violación a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

Lo cierto es que si se persiguiera con mayor dedicación el cumplimiento de la normativa internacional -y algunos aspectos delineados en el derecho interno- no habría tal magnitud de detenciones "provisorias". A su vez, si el fundamento filosófico de la pena está en permanente discusión y hasta el momento, por más intentos que existan, la única teoría sólida es la que demuestra su falta de justificación, mucho menos sustentada estará la quita de libertades sin que siquiera exista un juicio previo que declare culpable al individuo. Por esto es que se hace necesario tratar estos institutos dentro de un sistema con el mayor espectro de garantías posible, ya que si no puede justificarse filosóficamente no tiene razón de ser, pero como se lo sigue instituyendo es imperioso que al menos se cumplan las normas fundamentales del sistema. Con eso basta para que la prisión preventiva sea la excepción y no la regla y para que su duración y formas de aplicación se condicionen sustancialmente.

Se intentará entonces en este apartado efectuar un abordaje que, tomando como base aquellos aspectos de fondo, haga hincapié en el aspecto procesal del problema.

En este marco vemos que, tal como expresa Alberto Bovino<sup>9</sup>, el derecho internacional de los Derechos Humanos contiene cuatro grupos de exigencias referidas al encarcelamiento preventivo de personas adultas, ellos son: a) requisitos sustantivos que autorizan la detención; b) control judicial de la detención; c) condiciones materiales de cumplimiento de la privación de libertad; y d) limitación temporal del encarcelamiento procesal.

Los cuatro grupos son de sustancial importancia y todos ellos se vulneran en nuestro país, los que impactan directamente en el tema que nos convoca son los identificados con las letras a) y d). El grupo d) no será abordado específicamente en este trabajo por presentar cierta aceptación legislativa, doctrinaria y jurisprudencial<sup>10</sup> y porque en forma parcial se encuentra contenido en el grupo a) a través de los principios de proporcionalidad y de provisionalidad de la detención que serán comentados más adelante.

Centrándonos entonces en el grupo a), debemos decir que los requisitos sustantivos que autorizan la detención han sido tradicionalmente irracionales en nuestro sistema y que, a partir de una inexcusable y tardía aplicación de los principios fundamentales, recién han comenzado a ser tenidos en cuenta por el Poder Judicial de un modo legítimo aunque pausado y parcial (por no decir excepcional) desde el año 2003 (autos "Barbará Rodrigo Ruy s/exención de prisión" de fecha 10/11/2003, registro 21.143 de la Sala Ia de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional).

**Requisitos sustantivos que debe tener en cuenta el juez para que pueda autorizar la privación de libertad de una persona que aun no ha sido condenada.**

En primer lugar y circunscribiendo a todo el sistema, surge el principio de inocencia<sup>11</sup>. Como es sabido, la exigencia normativa requiere que toda persona sea considerada inocente hasta tanto no se obtenga una sentencia condenatoria firme dictada por

---

<sup>9</sup> El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos, publicado en Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, Bs. As. 1998, pág. 148 y ss.

<sup>10</sup> Un fallo que abunda sobre este tema es "Pietro Cajamarca, Guido A. s/Recurso de Casación" (Lexis N° 35001612).

<sup>11</sup> (Principio de Inocencia: art. 18 CN, Dec. Univ. DDHH art. 11.1, PIDCyP art. 14 inc. 2)

autoridad judicial competente que termine con aquel estado reconocido jurídicamente. El principio no afirma que el imputado sea en verdad inocente, sino que le atribuye el status jurídico que exige el trato de inocente, sin importar el grado de similitud de la sospecha, ni que realmente sea o no culpable del hecho que motiva el proceso. Es por esto que, para no vulnerar el principio, las medidas de coerción procesal –en especial la de prisión cautelar- deben cumplir con una serie de requisitos y condiciones para no ser ilegítimas; la regla que deviene de este principio es que las personas imputadas no pueden ser privadas de su libertad anticipadamente. Y es que “..la excarcelación es un derecho garantizador de la libertad locomotiva del imputado en un proceso penal (derecho que nace del consagrado principio de inocencia implícito en el art. 18 CN; y arts. 25 DHD y DH; 11.1 DUDH; 2.2 CADH y 14.2 PIDCP, en fe del cual el Estado debe -salvo casos excepcionales- renunciar a mantenerlo cautelado durante todo el trámite del proceso)..” (Voto según mayoría en “Pietro Cajamarca s/ recurso de Casación”; Lexis Nº 35001612).

En segundo lugar no se pueden asignar fines materiales a la privación preventiva de libertad, la misma sólo puede tener fines procesales. Las medidas que integran la coerción procesal no tienen naturaleza sancionatoria sino instrumental y cautelar y sólo se puede autorizar la prisión preventiva de un imputado si se pretende con ella garantizar la realización de los fines del proceso y nada más que ellos. “Por ende resulta completamente ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios de la pena (del derecho penal material) o considerando criterios tales como la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos”<sup>12</sup>.

Pero la finalidad procesal como única justificante de la detención cautelar no sólo surge del principio de inocencia, la CADH en su art. 7.5 (la libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren la comparecencia en el juicio del imputado) y el PIDCyP art. 9.3 (su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo) también lo establecen clara y

---

<sup>12</sup> Alberto Bovino, op. cit., apartado III, punto 1.

exclusivamente. Tal función cautelar como la única constitucionalmente admisible fue consagrada además por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Bramajo, Hernán J.", Rta. el 12/9/1996 y "Estévez, José L.", Rta. el 3/10/1997) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso "Suárez Rosero", sentencia del 12/11/1997).

En base a la normativa y jurisprudencia citada, a las interpretaciones efectuadas por los organismos internacionales y a los fines mismos asignados al proceso penal, surgen apenas dos supuestos de peligro procesal que configuran la única vía legítima para el dictado de una prisión preventiva: 1) cuando se obstaculiza la averiguación de la verdad (entorpecimiento de la investigación) y 2) cuando el imputado se fuga procurando impedir la aplicación del derecho penal material (peligro de fuga). Ambos supuestos deben contemplarse a la luz de lo que más adelante introduciremos como tercer requisito sustantivo, el principio de excepcionalidad, que implica para estos casos la imposibilidad de ordenar la detención siempre que el peligro concreto pueda ser neutralizado con medidas cautelares menos gravosas.

Surgen así varias contraposiciones entre el CPPN y el derecho supranacional. En particular, art. 312 porque plantea como principio a la prisión preventiva (ligado al art. 319) y ata al instituto a la eventualidad de una condena efectiva, con lo que se aleja por mucho de los motivos meramente procesales. En un mismo sentido el art. 316 establece parámetros que ninguna relación guardan con los supuestos de peligro para el procedimiento y que implican, más que una medida cautelar, la aplicación de una pena ilegítima basada en la gradación o el carácter del tipo penal que se le imputa a la persona. Bajo una perspectiva similar, el art. 319 contiene una fórmula que incorpora la reincidencia y las características del hecho –que no son asimilables a las del proceso– como parámetros justificantes de la prisión preventiva, siendo criterios diametralmente opuestos a los sustentados por las directivas internacionales avaladas por la CN.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos <sup>13</sup> sentó en modo claro y concreto su posición sobre estos aspectos al sostener:

---

<sup>13</sup> CIDH, Informe N°12/96. Caso 11.245 (Argentina), Res. del 1/03/96, ver pgs. 48 a 51. Para mayor abundamiento sobre los mismos ejes ver también el informe N°2/97 CIDH.

- Que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia.
  
- Que la misma no puede fundarse en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social.
- Que el hecho de fundar la detención en los antecedentes penales del imputado implica recurrir a circunstancias que no tienen relación alguna con el caso y que la consideración de los antecedentes vulnera claramente el principio de inocencia y el concepto de rehabilitación.

Entre otras cosas, surge de lo antedicho que la existencia de peligro procesal no se puede presumir. Tal como afirma A. Bovino en la obra citada, "(..) en el marco de una organización republicana de los poderes públicos sujeta a las reglas básicas del Estado de Derecho, sólo al Poder Judicial le corresponde la facultad de determinar la existencia de las circunstancias fácticas que operan como presupuestos de aplicación de una norma jurídica general, en un caso particular, a partir de los elementos de prueba introducidos válidamente en el proceso. En consecuencia, la determinación de una circunstancia de hecho, en el caso concreto, no puede ser impuesta normativamente por el poder legislativo, como sucede cuando se establece la presunción, sin admitir prueba en contrario, de que existe peligro procesal para cierto tipo de casos, de manera general y abstracta. Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una manifiesta invasión, por parte del legislador, de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde exclusivamente al Poder Judicial. Por esta razón, el establecimiento legal de los denominados 'delitos no excarcelables' resulta ilegítimo no sólo por vulnerar el principio de inocencia, al permitir el encarcelamiento de un inocente sin que pueda comprobarse o discutirse la existencia de razones concretas que lo justifiquen, sino que también representa una intromisión indebida del legislador en el ámbito de las funciones exclusivamente judiciales. La legislación procesal no puede establecer criterios generales que determinen la imposición obligatoria de la privación de libertad e impidan la verificación

judicial de las circunstancias concretas del caso, como sucede, por ej., con los delitos no excarcelables (..) <sup>14</sup>.

En los últimos años la línea expuesta ha comenzado a receptarse por algunos de nuestros tribunales que han considerado a la interpretación tradicional del art. 316 del CPPN (presunción "iuris et de iure") como contraria a la normativa fundamental ("Barbará Rodrigo Ruy s/exención de prisión" antes citado y también "Macchieraldo, Ana María Luisa s/recurso de casación e inconstitucionalidad" de fecha 22/12/2004 - causa nº 5472 de la Sala IIIa de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal-).

No obstante (y lamentablemente) esa jurisprudencia no sólo no es pacífica sino que ha intentado una construcción que tampoco satisface los requisitos del instituto ya que mantiene la presunción en contra del imputado, si bien la aliviana en modo importante al declararla "iuris tantum". Los parámetros del artículo 316 son caprichosos y la figura está diseñada como una posición que no admita prueba en contrario, por ello debemos decir que el artículo es inconstitucional sin más y que la interpretación que plantea la presunción "iuris tantum" es una salida que busca una armonía donde no la hay ni la puede haber. Decir que ante la amenaza de determinada pena debe presumirse que el imputado querrá fugarse no sólo vulnera el principio de inocencia, también implica que en varios casos (por no decir todos o la gran mayoría) recaerá sobre el más débil -es decir, sobre el acusado- el difícil peso de demostrar que la presunción no se corresponde con la realidad. En el mismo sentido y en consonancia con el siguiente requisito a considerar, debe decirse que una reforma del código procesal debe plasmar la procedencia de la prisión preventiva como excepción y no como regla, por lo que no puede nunca establecer parámetros de presunción en contra del imputado sino todo lo contrario<sup>15</sup>, no se podrá aplicar prisión preventiva a menos que el juzgador obtenga fundadamente datos concretos que acrediten para el caso en particular la existencia de peligro de fuga o de riesgo procesal.

Surge entonces, como se había anticipado, el tercer requisito sustantivo: el principio de excepcionalidad, que si bien no presenta mayores complicaciones en cuanto a la

---

<sup>14</sup> Alberto Bovino, op. cit., apartado III, final del punto 3).

<sup>15</sup> Es por esto que más adelante en este mismo capítulo se cuestiona la redacción de un artículo del anteproyecto de Código Procesal elaborado por el INECIP.

claridad de su alcance, es sistemáticamente violado en la mayoría de los países -entre ellos el nuestro como ya hemos visto-. Lo que este principio estipula es que durante el transcurso del procedimiento penal la regla es la libertad ambulatoria. Surge de la combinación entre el derecho general a dicha libertad y la prohibición de aplicar pena antes de que se obtenga sentencia condenatoria firme. Este principio está expresamente establecido en el PIDCyP, art. 9.3 "la prisión preventiva no debe ser la regla general". Un lineamiento que en gran medida se ve contrariado en el art. 312 CPPN donde la excepción es la libertad y sobre todo en el art. 316, que plantea, aún en su interpretación más novedosa (presunción "iuris tantum"), que en principio para esos casos que contempla se darán las pautas habilitadoras de la privación.

Se deduce como consecuencia directa del principio de excepcionalidad, además de la ya descrita ilegitimidad de toda presunción normativa que sugiera la existencia de riesgos para el proceso, la exigencia de que cuando se demuestre la posible afectación de los fines del procedimiento se adopte la medida cautelar que resulte menos gravosa para el imputado. De hecho el principio obliga a aplicar la medida más leve dentro de las posibilidades que plantee un caso en el que se acredite la existencia de riesgo procesal.

Vale la pena reproducir aquí los párrafos de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en el citado fallo "Pietro Cajamarca s/ Recurso de Casación":

"Bien decía Clariá Olmedo que las medidas de cautela personal deben aplicarse cuando sean necesarias, 'y en la medida en que lo sean' para neutralizar los peligros procesales con que la ley de rito las justifica en el inicio del proceso; y que excedido ese límite 'se incurrirá en ilegalidad'. Posición coherente con la condición de inocencia que es exigible constitucionalmente respetar a los imputados; respecto de quienes el mantenimiento de la detención aun neutralizados los riesgos procesales, habrá de ser visto como un 'plus' de uso de la fuerza pública, arbitrario e injusto, producto del incumplimiento de la regla de indispensabilidad que no halla justificativo en la materia de las medidas cautelares.

Conforme a ello es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 102:219) señaló al referirse a la prisión preventiva que si la seguridad de

alcanzar la realización de la justicia 'puede en algunos casos obtenerse por otro medio, como la fianza de cárcel segura, compatible con la libertad represiva, y menos gravosa para el encausado que tiene en su favor la presunción de inculpabilidad, puede decirse, además, que esa garantía del derecho individual se funda también en la Constitución'.

Criterio que se extiende también a la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, que in re 'Suárez Rosero' determina interpretar el art. 8.2 Convención Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que de esa norma 'se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios', y ello resulta congruente con lo que, en forma análoga, ha recomendado el Comité de Derechos Humanos al indicar que la prisión preventiva debe ser una medida excepcional y debe imponerse en el grado necesario (sentencia del 12/11/1997)."

Aparece como cuarto requisito material, la necesidad de sospecha sustantiva de responsabilidad, la cual es indispensable para que resulte procedente la aplicación de una medida privativa de la libertad dentro del proceso. De más está decir que la materialidad de esta sospecha debe estar acompañada por todos y cada uno de los requisitos que aquí se han venido desarrollando ya que nunca por sí sola sería justificativa de la privación de libertad. Deben existir elementos de prueba que corroboren la probable responsabilidad penal del imputado, pero a esto debe sumarse la situación de riesgo procesal que debe acreditarse y la comprobación fehaciente de que ningún otro medio cautelar es viable para ese imputado en el caso concreto. Sólo de esa manera la privación de la libertad estará exenta de colisión con el principio de inocencia y con el régimen de garantías en general, ya que, en rigor, la necesidad de sospecha sustantiva de responsabilidad deriva de la prohibición de realizar detenciones arbitrarias y está plasmada en este sentido en el art. 9.1 del PIDCyP y en el 7.3 de la CADH.

Como quinto requisito a conjugar con los hasta aquí descriptos surge el principio de proporcionalidad (el cual también será contemplado en otro apartado de este trabajo). Cuando resulte aplicable una medida cautelar la misma no debe implicar para el imputado un mal mayor que la propia reacción del Estado en caso de eventual

condena. Concretamente se trata de impedir que la situación de un individuo aún inocente sea peor que la de la persona ya condenada. Para el caso de la privación de libertad en modo preventivo, su extensión no puede ser nunca mayor a la de la eventual condena y, por cierto, aquella resulta inadmisibles para los casos en los que no se espera la imposición de una pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo en las resultas del juicio.

“Ni la duración ni la intensidad de las medidas coercitivas y, particularmente, del encierro cautelar, pueden resultar desproporcionadas en relación con los objetivos que ella misma intenta asegurar o alcanzar.

Tal como señala Nicolás González-Cuellar Serrano en su obra ‘Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal’ (1990, Ed. Colex, Madrid, p. 225), ‘el principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo, la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de sus presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad’.”<sup>16</sup>

Por último y como sexto requisito encontramos la necesidad del carácter provisional de la detención, que implica que todos los requerimientos que deben verificarse para autorizar el encarcelamiento preventivo no sólo sean necesarios para fundar la decisión inicial que ordena la detención sino que deben estar presentes a lo largo de todo el tiempo que dure la prisión preventiva. El principio -de construcción jurisprudencial internacional- autoriza a continuar con la detención sólo si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenar la privación de

---

<sup>16</sup> Del fallo citado: “Pietro Cajamarca, Guido A. s/Recurso de Casación” (Lexis N° 35001612)

libertad. Por lo tanto, ante la desaparición de alguno de los requisitos, el encarcelamiento debe cesar, caso contrario se transformará en ilegítimo.

Existe legislación procesal comparada que recepta este principio instaurando diversos mecanismos de revisión (al respecto ver CPP de Costa Rica y Guatemala) siendo uno de los más importantes el instado por el propio imputado.

### **Algunos elementos a considerar para la necesaria adaptación del Código Procesal Penal de la Nación al Derecho Vigente.**

Todos los requisitos resumidos son derecho vigente y deben ser aplicados tal como está previsto en el sistema de garantías; vemos -ahora en forma evidente- que el contenido del CPPN se aleja en forma rotunda de estas pautas y, lo que es aún peor, que muchos jueces siguen aplicando el reglamento interno en lugar de receptar el camino exigido tanto por los instrumentos y organismos internacionales como por nuestra Constitución. Camino que por cierto, de transitarse como es debido, implicaría:

- una palmaria disminución de la cantidad de personas detenidas durante la tramitación del proceso;
- el consiguiente respeto del principio de inocencia;
- la aplicación de pena preventiva exclusivamente en los casos puntuales que presenten todas las circunstancias requeridas y con el debido control judicial;
- la puesta en regla de un sistema que infringe de modo flagrante los Derechos Humanos y genera una permanente responsabilidad internacional para el Estado Argentino.

Si bien este camino está muy claramente delineado y constituye el Derecho Vigente -y, como dijimos, apenas ha comenzado a transitarse por algunos pocos tribunales- resultaría de fundamental importancia una reforma del Código Procesal Penal de la Nación que borre las grandes rémoras inquisitivas y las excesivas contradicciones con el modelo superior que rige y que todos los jueces deberían estar aplicando.

Consideramos con buenos rasgos la propuesta legislativa adoptada por el proyecto de CPPN elaborado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y

Sociales (INECIP)<sup>17</sup>, que no sólo contempla 10 medidas cautelares menos gravosas que la detención preventiva, sino que a todas las ciñe a las dos circunstancias de riesgo procesal presentadas en este apartado, con la específica aclaración de que siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez deberá hacerlo. (Ver art. 194 del citado proyecto). A su vez, plasma en su art. 193 el principio de excepcionalidad para todas las medidas de coerción y manifiesta sobre ellas que durarán el tiempo mínimo razonable y dentro de los máximos previstos por la ley. Otros aspectos fundamentales que recepta el proyecto y que se vinculan directamente con el presente apartado son:

- No se podrá aplicar una medida de coerción sin expreso pedido del fiscal o el querellante. (art.194).
- Las medidas de coerción privativas de la libertad no podrán imponerse por un plazo superior a dos años. Vencido este plazo el imputado quedará automáticamente en libertad, y no se podrá decretar una nueva medida de coerción privativa de libertad. (art.197).
- Se dispondrá el cese de la prisión preventiva en los siguientes casos: 1) si su duración supera el mínimo de la pena prevista; 2) si su duración es equivalente a la exigida para la concesión de la libertad condicional o libertad asistida a los condenados (art.198).
- El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá la inmediata libertad del imputado cuando no concurren o hayan cesado todos los presupuestos exigidos para la imposición de prisión preventiva. El imputado también podrá solicitar la revocación o sustitución de cualquier medida cautelar todas las veces que lo considere pertinente. También tendrá derecho a que, por única vez, la decisión sea examinada por tres jueces penales distintos del que aplicó la medida cuestionada. (art. 199).

---

<sup>17</sup> El proyecto elaborado por INECIP fue ingresado bajo el registro D 2589 el 12/05/04 en la HCD con firmas de las diputadas María del Carmen Falbo, Margarita Stolbizer y Marcela Rodríguez. Se puede consultar en <http://www.inecip.org/>; ver arts. 193 y ss.

- La resolución que rechace una medida cautelar no podrá ser impugnada. (art. 200).
- En el artículo 201 proyectado se encuentran varios límites a la prisión preventiva la mayoría de los cuales compartimos: No rige cuando fuera aplicable una condena condicional (inc. 1º), tampoco cuando se trate de hechos cometidos en ejercicio de la libertad de expresión o como consecuencia de la crítica en cuestiones públicas (inc. 3º), no procede en los delitos de acción privada (inc. 4º) y tampoco cuando se trate de personas mayores a 70 años, mujeres en últimos meses de embarazo, madres durante el primer año de lactancia y casos de personas afectadas por alguna enfermedad grave o riesgosa.

La importante excepción que debe plantearse al proyecto INECIP es relativa al inciso segundo<sup>18</sup> del art. 201 cuya inclusión resulta infeliz y da por tierra con los avances del instituto al remitir a las circunstancias del hecho y condiciones particulares del imputado como habilitadores de una presunción en contra de este cuando la pena prevista fuere menor a 6 años (interpretación por la negativa). Resultando aún peor que no diga nada respecto de cuando la pena sea mayor a ese plazo, ya que con ello y por cómo es la redacción del artículo pareciera promoverse una falencia similar a la del código vigente: la presunción de riesgo de fuga cuando la escala superase los 6 años.

Como se ha explicado, una reforma que respete las normas fundamentales no debe establecer una presunción en contra del imputado ya que necesariamente estará violando el principio de inocencia y la excepcionalidad que rige el sistema de medidas cautelares. Menos aún podrá prestarle atención a las circunstancias del hecho y condiciones personales del autor para agravar su situación ya que eso implicaría incluir fines materiales dentro de la etapa procesal. En todo caso sólo podría instaurarse un límite mínimo por debajo del cual la prisión preventiva resulte inadmisibles sin excepción alguna y por encima del cual, pueda proceder siempre y cuando se cumplan todos los requisitos constitucionales y existan indicios concretos del riesgo procesal. Hasta tanto

---

<sup>18</sup> Proyecto INECIP, art. 201, inc. 2) “No procederá la prisión preventiva (..) cuando el delito tuviere prevista pena de hasta seis años de prisión, si las circunstancias del hecho y las condiciones personales del imputado autorizaren a presumir que aún ante la posible condena efectiva que pueda recaer no habrá de sustraerse de la autoridad del tribunal (..)”.

el Código de Procedimientos no sea reformulado, en lo que hace a esta materia los jueces no podrán más que declarar la inconstitucionalidad, debiendo aplicar el modelo instituido por la normativa suprema. Dicho modelo es de plena operatividad y se posa en los requisitos que hemos enunciado en el presente capítulo.

**Capítulo CAPITULO 4- LLa inconstitucionalidad de la duración excesiva de la pena de prisión efectiva, de las restricciones a la concesión de la libertad condicional y al régimen de progresividad penitenciario.**

Retomando una preocupación que hemos desarrollado con anterioridad<sup>19</sup> y partiendo de la reforma que la ley 23. 592 introdujo en el art. 13 -primer supuesto- del C. Penal, una persona que resulte condenada a la pena de prisión perpetua sólo obtendrá la posibilidad de acceder al régimen denominado "libertad condicional" luego de cumplidos 35 años de esa condena en encierro efectivo. Antes de esa reforma legislativa, se accedía a ese beneficio si transcurrían "tan sólo" 20 años de condena efectiva de privación de libertad. La ley citada en primer término, diseñó un sistema que excluye de ese beneficio (art. 14 del C. Penal) a quienes resulten condenados por determinados delitos que el legislador consideró más graves. Resulta destacable que dentro de ese catálogo de gravedad figuran el homicidio *crimino causa*, los delitos contra la libertad sexual seguidos de la muerte de la víctima, la privación ilegal de la libertad, el secuestro extorsivo seguidos de muerte y el homicidio en ocasión de robo, pero no se incluyó la malversación de fondos públicos, la administración en perjuicio del estado y tantos otros que pueden resultar tanto o más graves que los decididos por el legislador, al calor de la presión popular.

No obstante la decisión legislativa, ella no resulta operativa en forma autónoma ni directa, puesto que en todos los casos -ya que se trata de derecho de ejecución penal- la programación punitiva que contienen el articulado del código penal resulta complementada, delimitada u orientada por las disposiciones y objetivos de la ley 24.

---

<sup>19</sup> "Derecho de ejecución penal", Editorial Hammurabi, 1ª edición, Buenos Aires, 2006, Capítulo XVII páginas 363 y ss.

660 que regula todo lo relacionado con esa etapa tan importante de la operatividad del sistema penal –podría decirse que es la central-.

Dicha ley intenta regular con cierto grado de actualización respecto de la normativa internacional (me refiero a las reglas mínimas sobre tratamiento de condenados) el “principio de progresividad” que establece tres fases en la ejecución de la pena privativa de libertad: observación, tratamiento y prueba. Ello no implica abrir juicio positivo de valor apriorístico sobre los objetivos normativos puesto que resulta hartamente conocido el desajuste entre ese plano y las prácticas institucionales concretas, aunque claro está, ello no es patrimonio exclusivo de ese sector del derecho.

Particularmente y en lo que se refiere a la etapa de “prueba” puede afirmarse sin incurrir en exageración o ingenuidad que las “salidas transitorias” sería la principal herramienta para que la persona que intenta reinsertarse a la vida en libertad, comience a afianzar y mejorar sus lazos sociales y familiares y por supuesto, curse estudios y participe en programas específicos de semilibertad (art.16, acápite II ley 24.660).

Claro está que cuando se trata de esta clase de penas elevadas que venimos analizando (reclusión o prisión perpetua sin la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado) el acceso a las salidas transitorias se produce luego de un período bastante largo de tiempo durante el cual el encierro punitivo rige sin fisuras (quince años, según el art. 17 de la ley 24.660).

### **La inconstitucionalidad básica de las penas de prisión de larga duración.**

Evidentemente, un punto central es el debate sobre el límite temporal de la pena de prisión, lo cual implica renunciar a cualquier intento justificador de su existencia y optar –como es la tónica general de este trabajo- por delimitar su aplicación y su duración.

Para ello, podemos partir de la constatación de diversas realidades homogéneas en el área latinoamericana.

La primera de ellas es que nuestros sistemas penales no aplican penas. Todas las estadísticas oficiales ilustran sobre el pretendido carácter cautelar que el sistema judicial le asigna a la casi totalidad de las privaciones de libertad que se disponen. Ello

ha llevado incluso a que la Excma. CSJN se haya pronunciado contundentemente en autos "VERBITSKY HORACIO S/HABEAS CORPUS".....

La segunda es que las penas de duración muy alta que en la actualidad pueden llegar a cuantificarse en el código penal argentino en una medida de hasta 50 años, los cuales se traducen en 37,5 años de prisión efectiva. Ello podría ser denunciado como inconstitucional porque la legislación que las instauró no es más que una demostración de "habilidad" legislativa para sortear la prohibición de instaurar la pena de muerte que rige en nuestro país debido a la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica.

Lo cierto es que el secuestro de un ser humano en una institución total como la cárcel -concepto cuyo contenido y alcance adoptamos de Goffman en su trabajo titulado "Sobre las características de las instituciones totales"- implica desalentar todo proyecto vital de esa persona, con lo cual desde este enfoque no solo estamos en presencia de una pena de muerte implícita sino también frente a una renuncia explícita a toda posibilidad de que el sistema penitenciario ejerza de manera no violenta su cometido "asegurador" : se conoce de sobra a que está dispuesta una persona que tiene frente a sí la perspectiva de salir de la cárcel convertida en un cadáver o excepcionalmente, para "jubilarse".

Frente a ese panorama se alza el principio de humanidad contenido en la sabia previsión de la última frase del art. 18 de la Constitución Nacional "...las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos en ellas detenidos..."

Por otra parte, las penas de "larga duración" llevan implícita una decisión de tinte criminológico peligrosista respecto de los autores de delitos de menor edad que por lo general se encuentran en la situación de máxima vulnerabilidad personal, producto del origen social y de anteriores intervenciones institucionales fracasadas. En estos casos será temporalmente más larga la ejecución de la pena cuanto más joven sea el condenado con lo cual la previsión legislativa, además de enmarcarse en un -también inconstitucional- derecho penal de autor, violenta irrazonablemente la igualdad ante la ley puesto que no se aplicará el mismo quantum punitivo por el mismo delito, sino en función del tiempo que se pretenda "neutralizar" a su autor (citar Ferrajoli, pag. 402)

Finalmente, y en lo que respecta al sentimiento de seguridad colectiva que ese tipo de pena de larga duración traería aparejado es sabido que el mismo durará hasta que otro autor cometa un delito similar al que motivó la decisión legislativa de "mano dura".

**La inconstitucionalidad como consecuencia del principio de progresividad.**

Aún cuando no se considerasen suficientes los argumentos precedentes podemos afirmar que en la etapa de ejecución de la pena se presentan diversas situaciones respecto a sobre quienes pueden recaer las disposiciones de los arts. 13 y 14 del código penal según la eforma operada por la ley 25. 892

**a.-** ¿se pueden aplicar a hechos cometidos con anterioridad a su sanción?

La respuesta a este primer interrogante no puede ser sino negativa y para ello basta con la prevalencia constitucional absoluta -es decir, abarcando todos los aspectos normativos en materia penal- del principio de legalidad . Este no admite su exclusión de ninguno de los resortes jurídicos punitivos del estado es decir, no sólo delimita la validez y vigencia de las normas penales en cuanto al tipo y a la pena, sino también a su modalidad de aplicación. En términos pràcticos, la garantía del principio de legalidad nos remite a la fecha en que se produjo la conducta objeto del proceso penal.

Aunque parezca una obviedad, resulta imprescindible incluir esa hipótesis en el presente análisis para precaverse de planteos artificiales –a los que son tan afectos algunos operadores judiciales- como por ejemplo. que la nueva ley resulte aplicable a las condenas posteriores a su sanción o que el hecho anterior a la entrada en vigencia de la ley sea la fecha a partir del cual el condenado puede acceder al régimen de salidas transitorias (a los 15 años de detención).

**b.-** ¿se puede aplicar a hechos cometidos con posterioridad a su sanción? Despejado

negativamente el interrogante anterior y para mantener a salvo el principio de legalidad en su formulación tradicional o más conocida, deberíamos pronunciarnos positivamente por la aplicación de las reformas que la ley 25. 892 introdujo en los arts. 13 y 14 del código penal a quienes a partir de su entrada en vigencia incurran , por ejemplo, en los delitos enumerados en el art.14 o que reciban una condena de prisión o reclusión perpetua.

Sin embargo, la respuesta no puede ser lineal es decir, que se puede (y se debe) estilizar el recurso al principio de legalidad adoptando una versión más precisa del mismo que oriente a las sentencias condenatorias ya que la reforma legislativa

operada mediante la ley 25. 892 afecta al principio de legalidad bajo la óptica de que las garantías constitucionales son de realización progresiva en un estado constitucional de derecho puesto que todas las modificaciones legislativas deben orientarse bajo la premisa constitucional, de otorgar más o mejores derechos que la legislación precedente (modificada o derogada).

Ello es así puesto que, tomando como base de la acción legislativa y más en general de la acción de gobernar, los artículos 1, 24 y 33 del texto constitucional prescriben enfáticamente al poder legislativo a) ejercer su función con racionalidad republicana; b) modificar para ello toda la legislación en caso de ser necesario y c) cuando ese poder no legisle sobre alguna materia nunca se podrá interpretar que un derecho no existe, puesto que el principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno se basan precisamente en el reconocimiento de la preexistencia de los derechos, más allá de su positivización.

Esa primera comprobación previa sobre el carácter progresivo que debe orientar a la actividad legislativa, se encuentra claramente reforzada por la positivización constitucional -mediante la reforma del año 1994- de específicos derechos relacionados con las personas privadas de su libertad como también de determinados objetivos en relación a la pena –incluso con una técnica legislativa más específica que la del pionero principio de humanidad contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional de 1853/60- .

Teniendo presente que la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el art. 75 inciso 22º de la C.N. fue hecha sin reserva alguna respecto a las cláusulas relacionadas con el fin resocializador de la pena (independientemente del debate acerca de qué quiere decirse con ello)<sup>20</sup> el que a su vez encuentra regulación y cauce en la ley 24. 660, entonces resulta meridianamente claro que toda modificación de cualquier sector de la legislación punitiva estatal (código penal, códigos procesales, leyes de ejecución penal) no puede establecer objetivos respecto de la pena que claramente apunten en una dirección distinta a la previsión constitucional.

La posibilidad –reglada en el código de fondo- de que un individuo deba transcurrir prácticamente durante todo su ciclo vital en prisión, no sólo es inconstitucional por

---

<sup>20</sup> Zaffaroni, Raúl- Alagia, Alejandro- Slokar Alejandro, Tratado de Derecho Penal, parte general, págs.....Editorial Ediar, Buenos Aires.....

contradecir los pactos internacionales con esa jerarquía normativa, sino también porque viola al propio principio de legalidad en su aspecto de realización progresiva, que impide al sistema jurídico republicano involucrar cuando desarrolla un determinado nivel de positivización de derechos y garantías. Claro está que razonando jurídicamente, ya que en el plano político o valorativo, es posible cualquier irracionalidad.

Esta última afirmación –que se basa a su vez en la idea de que la constitución impide la absoluta discrecionalidad legislativa- encuentra sustento en las opiniones de diversos constitucionalistas de nuestro país, a través del tiempo.

Florentino González sostenía "...es conveniente que algunos objetos, que pudieran tal vez quedar comprendidos en las materias enumeradas como aptas para ser regladas por la ley, y que sería perjudicial en vez de ventajoso, el que pudiesen entrar en el número de los que caen bajo la competencia del legislador, sean puestos expresamente fuera de ella. La parte de una Constitución que contiene la enumeración de los derechos absolutos de los ciudadanos, y que los ingleses y americanos llaman el *bill de derechos*, comprende generalmente los objetos exentos de la acción del gobierno. Es la limitación principal puesta a los poderes del legislador nacional y del seccional. **Todo acto que los traspase o infrinja, es nulo y de ningún valor como contrario a la Constitución...**" (el resaltado es propio).<sup>21</sup>

Por su parte, Bidart Campos afirma acerca del denominado *principio de irreversibilidad* "...una vez que determinados derechos se integran al sistema de derechos de un estado democrático, no es posible después darlos por inexistentes o derogados o desaparecidos... ...así como alguna línea de la filosofía escolástica proclamaba que el derecho natural crece por adición pero no disminuye por sustracción, el principio de irreversibilidad en materia de derechos humanos proclama que añadido un "plus" de derechos al sistema de derechos de un estado democrático, no es viable sustraerlo. Ello porque este principio de irreversibilidad entra en alianza con el de *progresividad y maximización* del sistema de derechos..." ; "...una vez que el sistema ha engrosado la constelación de derechos mediante el agregado de derechos nuevos, o por la ampliación con contenidos nuevos de derechos viejos, el "plus" acumulado no puede

<sup>21</sup> Florentino González, "Lecciones de Derecho Constitucional", quinta edición, librería de la Vda. de Ch. Bouret, París/México, 1909

*desaparecer en el futuro, así desaparezca la fuente que expresamente las confirió ingreso...”(destacados en el original)* <sup>22</sup>

El mismo autor en otra de sus obras reitera esa tesis “...cuando nuevas valoraciones progresan hacia el bien, *ese contenido benéfico no puede ni debe sustraerse después* porque eso equivaldría al progreso hacia el mal. Y tiene relación con la noción de que la adición de derechos a un sistema jurídico tiene carácter *irreversible*, porque tampoco es dable que se cancelen o supriman los plus que han enriquecido y acrecido al sistema de derechos...” (*destacados en el original*) <sup>23</sup>

**c.-** Finalmente, y por las mismas vías de razonamiento se puede afirmar la invalidez constitucional de la derogación de la libertad condicional en algunos casos como también de las restricciones que la ley nº 25.948 impuso al régimen de salidas anticipadas previsto en la ley 24. 660 para determinados tipos de delitos.

**En definitiva, los principios constitucionales de humanidad, igualdad, progresividad e irreversibilidad (de los derechos) constituyen una barrera infranqueable a la validez en el mundo normativo de las leyes en sentido formal legislativas y de toda decisión de política criminal que utilicen a la pena de prisión con el principal cometido (generalmente el único) de asegurar la custodia ilimitada del individuo considerado peligroso. En palabras del funcionalismo sistémico: la legislación que instaura esa clase de penas implica una declaración por parte del legislador de que los límites constitucionales no rigen a su respecto y por ello los jueces llamados a dictar sentencias en casos concretos pueden (y deben) decretar la invalidez de esa “ausencia de límite” para restablecer la vigencia del orden constitucional normativo vulnerado.**

---

<sup>22</sup> Germán Bidart Campos, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino” -tomo VI pág. 579-, segunda reimpresión, editorial Ediar Buenos Aires, 1997.

<sup>23</sup> Germán Bidart Campos “Casos de Derechos Humanos”, pag. 27, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1997

**Capitulo CAPITULO 5. La disminución de las personas condenadas a pena de prisión.**

**Futuro ámbito de aplicación de la pena de privación de libertad en alguna de sus variantes: arresto domiciliario, nocturno, de fin de semana o tradicional.**

Las penas –principales, de aplicación conjunta o alternativas- que actualmente rigen en nuestro sistema se encuentran formalmente delimitadas por las siguientes opciones: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

Si bien no es el objetivo de este trabajo retomar las cuestiones inherentes a las condiciones reales en que esas penas se aplican (por ejemplo, la inexistencia actual de establecimientos destinados a la pena de reclusión o la renuente aplicación jurisprudencial de la pena de multa en forma conjunta, prevista para los delitos cometidos con ánimo de lucro) corresponde reiterar que en la práctica resultan de aplicación preponderante las penas legales de prisión e inhabilitación y que las denominadas “medidas alternativas” en la etapa de ejecución merecen dos cuestionamientos que las deslegitiman como tales: su débil legalidad y el limitado control jurisdiccional sobre su oportunidad, mérito y conveniencia.

El catálogo de penas principales podría incluir –prácticamente sin necesidad de mayores recursos de infraestructura ni costos operativos- las que actualmente se denominan medidas alternativas en la ley 24. 660 como ser la detención en establecimiento abierto -durante la noche o durante la mitad del día- y el arresto domiciliario o institucional de fin de semana;

Artículos del Código Penal a reformular o derogar : 6, 7, 9, 11, 12, 22 bis, 54 y 55.

Catálogo de los delitos en los que podría mantenerse la pena de prisión : arts. 79 a 85; 87; 95; 106 a 108; 119 a 133; 138 a 149; 186 incisos 4º y 5º (y 187 en los mismos casos) 191 incisos 3º y 4º a 209. 210 –acompañado de la necesaria reformulación de

la figura en el marco constitucional del derecho penal de acto- 214 a 236; 256 a 268 (3); 277 a 294 (todos del C. Penal). Asimismo en los previstos en las leyes 24.051 (arts 55 y 56) ; 24.193 (arts 28 a 30);

Catálogo de los delitos en los que deberían adoptarse otras modalidades de privación de libertad o: 90 a 93; 94 –solo la agravante-; 104 a 105; 150, 151; 163 –incisos 1, 2, 5 y 6- a 171; 186 incisos 1º a 3º; 191 incisos 1º, 2, y 3º; 211 a 213 bis, 237 a 255; 275, 276; 295 a 299.

### **Otras penas aplicables a los conflictos en que se arribe a una sentencia condenatoria en sede penal.**

Doctrinariamente no existen elaboraciones que defiendan la persistencia de aquel catálogo cerrado de penas “tradicionales”. Antes bien, son coincidentes los severos cuestionamientos que se realizan a un sistema que se desenvuelve dentro de limitadas elecciones legislativas aplicables en un proceso que se desarrolla en una elemental lógica binaria (imputado/sobreseído; culpable/absuelto; pena (o medida de seguridad)/medida alternativa).

Es cierto que ya existen dentro de ese sistema alternativas que podríamos denominar “de fuga” (principio de oportunidad , archivo -en el C.PP de la Pcia. de Bs.As.-, desestimación, sobreseimiento, prescripción, suspensión del juicio a prueba, el pago de la pretensión fiscal e incluso el propio juicio abreviado) pero solamente la probation implica algún grado de esfuerzo para el infractor –cuando se la aplica correctamente- no ligado a un control institucional severo como ocurre con la pena de prisión y con el acceso a las medidas alternativas durante su ejecución.

En concreto, deberían revistar como penas principales las penas o medidas actualmente previstas en el código penal y sus leyes complementarias como las reglas del art. 27 bis, la reparación del art. 29, el pago de la multa del art. 64 u optar por la extinción de la acción como ocurre con las figuras de evasión simple de impuestos y cargas previsionales mediando la aceptación y pago total de la pretensión fiscal (art. 16 de la ley 24. 769) .

Todas ellas deberían ser ubicadas en reemplazo de la amenaza de pena privativa de libertad (en todas sus modalidades) para el momento decisorio de la sentencia

condenatoria en aquellos delitos que no formen parte de lo que la comunidad **jurídica cataloga como "graves"**.

En cuanto a la multa o el pago deberían operar dentro del catálogo del art. 59 del Código Penal como modos de extinción del proceso en cualquier etapa del mismo (antes de la celebración del juicio oral). El efecto "desagotador" del sistema penal que ella traería aparejado aconseja detenerse en analizar la posibilidad de extenderla como pena principal a muchos delitos contra la propiedad en donde no resulten involucrados bienes jurídicos personalísimos como la vida, la integridad física y la libertad.

**La reparación como sustituto de la pena.** De las diversas alternativas que se han ensayado hasta el presente como mecanismos alternativos a la prosecución de la acción penal resulta notorio que la reparación –más allá del contexto de "sociedades sin conflictos graves" en que fue postulada por el abolicionismo penal holandès e incluso el escandinavo- es un terreno prácticamente inexplorado en nuestro medio y frente al cual no se puede menos que mantener una mirada escéptica sobre su viabilidad puesto que los reclamos de "soluciones" de máxima severidad punitiva, conducirían al fracaso cualquier intento que se base en acercar al autor del hecho con la víctima.

Sin embargo, existe un campo de delitos cuya investigación judicial implica una saturación del sistema penal y un paralelo agotamiento de recursos del mismo (vgr.: hurtos en comercios, defraudaciones en consorcios de propietarios, las diversas tipologías relacionadas con el cheque como medio de pago, etc) que exigen agudizar el ingenio para proporcionar a los operadores integrantes del ministerio público y del poder judicial mecanismos de escasa complejidad jurídica pero con una gran potencialidad para evitar el avance sin sentido de la pretendida solución punitiva. Es cierto que en la clase de delitos ejemplificados el avance del proceso penal muchas veces es neutralizado por institutos como la prescripción y en general, la idea de que alguna vez se vaya a dictar una condena por esa clase de conflictos ni siquiera entra en los cálculos de la propia víctima, más preocupada porque el proceso penal le sirva como mecanismo de presión o mera obtención de pruebas que fortalezca su pretensión en sede civil.

En ese contexto e impulsada por la eliminación de la pena de ejecución condicional –cuya viabilidad y consecuencias se analizan en el título siguiente-- la reparación podría

introducir un elemento dinamizador de las voluntades remisas a cualquier clase de solución del conflicto y que en muchos casos podría consistir simplemente en minimizar los efectos del delito sobre el sujeto pasivo (en los robos con fractura por ejemplo, bastaría con reparar o compensar el daño sobre las cosas, en los casos de libramiento de cheques sin provisión de fondos e incluso de administraciones infieles, podría efectuarse una reparación cediendo a la víctima créditos o derechos que el autor tenga frente a terceros, etc). En ese cúmulo de alternativas de reparación podría incluso verse plasmado el ideal resocializador que ha impuesto como paradigma, la constitucionalmente jerarquizada Convención Americana de Derechos Humanos

Al respecto afirma Klaus Roxin : "...con todo ello no se ha dicho nada acerca de en qué medida podría ser alcanzada realmente la meta de la resocialización con una construcción de la reparación dentro del sistema de sanciones. Eso debería ser experimentado. Seguramente habrá, al lado de los autores que pueden ser conducidos de esa manera hacia el cambio, siempre otros que se alegrarán de salir del problema en forma leve con la reparación y que continuarán en el camino seguido hasta ese momento. Empero, ello no constituye objeción alguna. Pues nosotros, conocidamente, no poseemos métodos de resocialización que provoquen efectos seguros de manera alguna. Antes bien, en cambio, el resultado de los esfuerzos resocializadores actuales es tan desilusionante **que solo ya por ese motivo se debe emprender continuamente algo nuevo...**" (artículo del autor citado con publicación original en el libro Wiedergutmachung und Strafrecht, München, Editorial W. Fink, München, 1987 bajo el título "La reparación en el sistema de los fines de la pena" reproducido en la obra "De los delitos y de las víctimas" (autores varios) Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Agosto de 2001 -el resaltado del texto es propio-).

La instrumentación de los mecanismos de reparación, puede instrumentarse sin mayores dificultades en el marco de la suspensión del juicio a prueba, debiendo eliminarse legislativamente la frase "en la medida de lo posible" del art. 76 bis del código penal y dejando siempre a salvo la opción del damnificado por la acción civil en el supuesto de un imputado solvente que no opta por reparar –o compensar o pagar- el daño causado en su totalidad, lo que aún así no debería eximir al infractor del esfuerzo reconciliador .

También puede objetarse que frente al autor que reitera la comisión de hechos reprimidos con pena de multa o inhabilitación o que tiene frente así la posibilidad de reparar el daño, la pena efectivamente se transformaría en una "tasa" que se paga para cometer delitos. Ello puede neutralizarse mediante la adopción de un sistema de "días multa" .

Ejemplos de artículos del código penal vigente a reformular o derogar: 5, 7, 10, 20, 20 bis, 20 ter, 21, 22, 22 bis, 29, 54, 55, 59, 64 y 76 bis

Ejemplo del catálogo de los delitos en los que resultarían aplicables las nuevas modalidades de pena –o que deberían mantener las que no impliquen privación de libertad-: 89; 96; 97 a 103; 109 a 117 bis; 134 a 137; 153 a 161; 162; 163 –incisos 3 y 4-; 172 a 184; 300 a 302 (todos del Código Penal). Asimismo a los previstos en las leyes 13.944; 19.359; 23.737 (art.14); 24.192; 24.241 (arts. 132 a 142); 24.270; 24.557 (art 32) ; 24.788 (art 15); 24.819 ( arts. 8 a 12).

**La problemática "pena de prisión de ejecución condicional"**. En el marco de la reformulación (o reorganización) punitiva que se ha descrito, corresponde abordar también la cuestión inherente a la concepción de la pena y a sus posibles finalidades (reales o imaginarias; positivas y negativas).

Ese debate si bien a veces aparece sesgado hasta en el propio ámbito académico, subyace a toda obra o ensayo teórico sobre la materia. Pero sobre todo, se introduce subrepticamente en las sucesivas reformas legislativas en su faceta de prevención especial negativa, cada vez que se incrementan las penas y las restricciones a la libertad condicional y a la excarcelación.

En el contexto de esos debates explícitos o implícitos, la previsión contenida en el art. 26 del Código Penal relativa a la posibilidad que tienen los tribunales de justicia de dejar en suspenso una primera condena de prisión que no exceda de tres años, aparecería inspirada en una concepción preventivo especial del castigo penal. En la práctica, la mayoría de las veces que un tribunal decide que un condenado a pena menor de tres años no la cumpla (pero que también podría resultar lo contrario puesto que se trata de una facultad y no de una obligación) lo hace de modo automático y en

relación a todos los hechos tipificados en figuras que en abstracto prevén penas no mayores a tres años de prisión. No escapa al menos avisado de los lectores que el resto de las condiciones que esa norma le fija a los magistrados, se suelen mencionar ritualmente en los pronunciamientos definitivos sin mayor respaldo en las constancias del expediente o del debate, como ocurre en general con todas las cuestiones relativas a la determinación de la pena y que son desarrolladas en el capítulo correspondiente de este trabajo.

El catálogo –en abstracto- de esos tipos penales comprende delitos tan diversos entre sí como el homicidio en estado de emoción violenta y el preterintencional -art. 81 inciso 1º acápites “a” y “b”-; la instigación al suicidio -art. 82-; el homicidio culposo – art. 84-; el aborto en todas sus variantes –arts. 85, 87 y 88-; las lesiones graves y gravísimas –arts. 90 y 91-; el homicidio y las lesiones en riña –art. 95-; el abuso de armas –art. 104-; el abandono de personas –art. 106-; algunos delitos contra la integridad sexual –arts. 119 y 120 primeros párrafos-; la reducción a servidumbre – art. 140-; la privación de libertad simple y muchas de las agravadas –arts. 141, 142, 143, 144 bis; el hurto y el robo simple –arts. 162, 163 y 164-; todas las estafas y defraudaciones –arts. 172, 173, 174 y 175 bis-; etc., etc., etc..

Ahora bien, la precedente enunciación tiene por objeto resaltar que la condicionalidad de la pena, aparecería como un flanco deslegitimador del sistema penal si se admite que uno de sus objetivos es viabilizar -o simplemente llevar a cabo- el ejercicio de la violencia estatal. Mediante dicha afirmación solamente se quiere dejar sentado que tratamos de indagar si existe alguna teoría sobre la validez del instituto de la ejecución condicional, relevando también el dato de que existen mecanismos sociales que construyen otro tipo de idealización del sistema penal en las sociedades contemporáneas como instrumento de castigo, neutralización del “malo”, aseguramiento, etc. . Y también que a esa idealización se contraponen la conceptualización liberal del sistema penal como mecanismo limitador de la violencia estatal y social , pero por lo general ella no excede de determinados círculos de juristas.

En todo caso, la secuencia inherente al sistema penal es que, luego de dictada una sentencia condenatoria en el marco de un proceso legalmente llevado a cabo, se efectivice la punición. Cuando ello no ocurre -sobre todo en casos de mediana

trascendencia jurídica, política o meramente comunicacional- surgen las manifestaciones en disconformidad con el beneficio de la condena condicional.

Justo es destacar que la cuestión de si la pena debe estar dirigida u orientada por las reacciones sociales que susciten, podría encauzarse dentro del debate interdoctrinario que imponen las tesis sistémicas (fundamentalmente Günther Jakobs y en menor medida Klaus Roxin, como principales referentes) respecto del rol de la pena como reafirmadora de la vigencia de la norma y estabilizadora de las expectativas sociales a su respecto (tesis livianamente encasillada como variante de la prevención general positiva).

En cambio, las concepciones contrarias a la mediatización de un ser humano como objeto para satisfacer representaciones ajenas, suelen prescindir de las reacciones sociales que suscita esta clase de instituto y muchas veces ello constituye una dificultad más de la tarea científico-política en pos de un sistema punitivo constitucionalmente concebido. A nadie se le escapa que en un contexto de representaciones sociales frustradas el término "juez garantista" es poco menos que un insulto, incluso dentro de ciertos ámbitos judiciales.

En un plano más rigurosamente apegado a la operatividad real del sistema penal, debemos tener presente que en la actualidad excepcionalmente se aplican "penas" ya que la mayoría de las privaciones de libertad se enmarcan en un contexto de mera cautela que antecede –y predomina- sobre el formato jurídico "pena" de la privación de libertad. Ese contexto real, demuestra que la condicionalidad de las penas no es más que una reafirmación de que la oferta esencial –punitiva- del sistema es totalmente falsa, ya que las sucesivas autorizaciones legislativas de mayor poder punitivo tienen como único fin de política criminal asegurar el encerramiento bajo el criterio de "seguridad" o simple "custodia" desde el comienzo del proceso, lo cual simultáneamente, implicar reducir el espacio de maniobra judicial para no aplicar un instituto materialmente parecido a la pena , pero sin esperar a la declaración de culpabilidad mediante la sentencia: solo con la notitia criminis.

Lo cierto es que por cualquiera de los caminos lógicos descritos se demuestra que el sistema penal se asienta sobre bases predominantemente ideológicas –en el sentido negativo del término- producto de la curiosa mezcla de su faceta positiva (porque los

puntos básicos de la legislación responden a los principios del derecho penal liberal) como negativa (porque los institutos que regulan la oferta central del sistema –la pena- está inspirados en decisiones de política criminal de carácter no liberal) .

Sentado ello, podemos resumir el cuadro de las críticas respecto a las condenas “en suspenso” del siguiente modo:

a) Ex ante delictum, el instituto implica renunciar a la función preventivo general negativa que la prohibición penal tiene respecto de la comisión de delitos. Ferrajoli<sup>24</sup> destaca que por debajo de un umbral mínimo, la pena no desalienta la comisión de delitos porque se convierte en una especie de tasa que el autor del hecho toma en cuenta al momento de correr el riesgo de fracasar en su empresa criminal. Con mayor razón ello podría predicarse de una pena que “a priori” se sabe que directamente no se aplicará.

b) Ex post delictum la no aplicación de ninguna pena implica olvidar que una de las esenciales funciones políticas –y hasta de índole cultural- que el derecho penal asume es proteger al autor del hecho de las reacciones ilimitadas<sup>25</sup> y/o informales aunque en América Latina este parámetro justificador puede sonar a quimera debido a las penosísimas condiciones en que se viabiliza la privación de libertad (desde calabozos en comisarías de barrio hasta contenedores de metal habitualmente utilizados para el comercio internacional marítimo, amén de las deterioradas infraestructuras carcelarias, etc.)

c) Asimismo, la renuncia a la posibilidad de aplicar “alguna pena” cancela definitivamente toda posibilidad de que el autor realice el menor esfuerzo por reparar en alguna medida el daño que causó, cualquiera fuera la medida de ese daño y su correspondiente reparación. Es decir, que ocurrido el hecho, ni siquiera cumple la función de “tasa” a la que se aludió más arriba.

Junto a las críticas también podemos afirmar que la ejecución condicional de la pena de prisión tiene soporte jurídico constitucional en el imperativo de reinserción social

---

<sup>24</sup> Luigi Ferrajoli, “Derecho y Razón”, página 400.

<sup>25</sup> Autor y obra , páginas 261, 331 y subsiguientes.

fijado en el art. 4º de la CADH es decir, en la tesis que asigna a la pena la función preventivo especial positiva

Desde ese ángulo y con basamento en las comprobaciones empíricas sobre el carácter desocializador de la pena de prisión, la alternativa de su aplicación efectiva -aunque sea de corta duración- a quienes no tienen antecedentes de institucionalizaciones previas debe conducir inexorablemente a priorizar el análisis del resultado negativo -deteriorante- para el individuo que trae aparejada esa clase de condena (en realidad y habida cuenta que ello efectivamente es así para cualquier condenado, nunca debería aplicarse la pena de prisión a nadie).

El derecho a que la pena no resulte deteriorante, enunciado en el plano constitucional como "facilitación de la reinserción social" (art. 4 CADH) y "eliminación de las penas afflictivas e inhumanas" (art. 18 C.N) para aquellos individuos que cometieron un injusto menor -viabilizado mediante el mecanismo de la ejecución condicional de la condena de prisión- no podría ser "restado" para el futuro respecto de ninguna clase de pena que traiga aparejado el mismo efecto. Ejemplificando por el absurdo, no podría negarse el derecho al "no deterioro" que la condicionalidad intenta garantizar, frente a una hipotética reinstalación de los azotes o el destierro como "nuevas penas". Pero frente a modalidades de penas privativas de libertad como las enumeradas más arriba, en tanto -apriorísticamente- no contienen el germen del deterioro individual para el sujeto condenado, se podría interpretar que no estamos frente a una sustracción de derechos y en ese marco, la condicionalidad podría ser dejada de lado como alternativa del sistema penal.

Corresponde advertir y reiterar que si se pretendiese que la pena de prisión tradicional debe cumplirse en todos los casos mediante el simple mecanismo de derogar el art. 26 del código penal, se incurriría en sustracción inconstitucional de derechos por afectación al principio de legalidad en sus facetas dinámicas representadas por los principios de realización progresiva e irreversibilidad de los derechos.

**El sistema que surgiría.** Ahora bien, ¿bajo qué presupuestos se podría justificar una reducción de ese instituto?.

En primer lugar debería plantearse un contexto que a) racionalice la aplicación de la pena privativa de libertad en todas sus variantes, limitando el encarcelamiento tradicional a los casos extremadamente graves, calculando esa gravedad sobre la

jerarquización de bienes jurídicos que con mayor o menor acierto, todos los códigos penales efectúan –vida, integridad física, libertad, etc.- y b) que simultáneamente extienda las otras penalidades (arrestos nocturno, y domiciliario y de fin de semana; multa e inhabilitación) a supuestos que en la actualidad amenazan con la pena de prisión de ejecución condicional (vgr. las estafas y defraudaciones, los accidentes de tránsito, etc.)

En segundo lugar y dado aquel contexto : ¿qué función o finalidad cumpliría la aplicación efectiva de todas las sanciones con las que amenaza el ordenamiento penal?

La amenaza de efectiva punición en casos donde actualmente se deja en suspenso la ejecución de la condena (hechos cuya previsión legislativa de pena no supera los 6 años prisión) o aquellos que en el futuro prevean otras modalidades de privación de libertad, la supresión de la condicionalidad solo encontraría como finalidad (o función) legítima y principal la de compeler -o decidir- a los infractores o desviados a refugiarse sin hesitar en el instituto de la reparación, ya sea en el marco de la mediación o de la suspensión del juicio a prueba

Si ese fuera el fin perseguido o esa la función asignada, podría incurrirse en violación del principio de igualdad ante la ley ya que difícilmente se puedan reparar del mismo modo delitos que solo en el plano de su tipicidad pueden resultar similares pero que en su significado social y personal naturalmente son disímiles por las características de los autores, de las víctimas, etc. También se renunciaría a la posibilidad de que se restablezca el lazo dañado con la víctima individual y/o colectiva mediante un esfuerzo de "autoresocialización" adoptado sin amenaza punitiva de por medio o sea, respetuoso de la autonomía individual del infractor.

Finalmente a todo ello, debe incorporarse el dato relativo a la ineliminable selectividad estructural del sistema penal por la cual ante la supresión de la condicionalidad de la ejecución de la pena seguramente las penas de cumplimiento efectivo seguirían recayendo en su mayoría sobre la habitual lista de candidatos social o personalmente vulnerables, frente a un reducido grupo de infractores con mayores o mejores herramientas de defensa ante al sistema punitivo los cuales podrían satisfacer medianamente bien los requisitos de la alternativa no punitiva reparatoria, tal como ocurre con la suspensión del juicio a prueba en la actualidad. Dicho de otro modo, si la

mera amenaza de una pena de ejecución condicional influye de manera decisiva para derivar a estos últimos “infractores” hacia el instituto de la probation es porque aún una condena de esas características resulta perjudicial para esos individuos que conservan aspiraciones de movilidad social. Tan perjudicial como hoy sabemos que es la condena de prisión de cumplimiento efectivo para quienes ya han padecido institucionalizaciones previas o para aquellos que son condenados a penas de excesiva duración temporal.

Siendo ello así no se observa la necesidad de incrementar la amenaza suprimiendo la condicionalidad en la ejecución de la pena de prisión ya que implicaría una represivización sin sentido del sistema punitivo y a la vez una regresión desde el punto de vista de los principios de progresividad e irreversibilidad desarrollados en el capítulo anterior.

El único marco teórico –que consideramos contrario a los preceptos constitucionales enumerados- que justificaría la supresión de la condicionalidad en la ejecución de las penas, lo constituye la tesis que afirma su validez como estabilizadora de las expectativas normativas de la comunidad y/o reafirmadora de la vigencia de la norma jurídica, idea cuyo prestigio académico es el resultado de una adhesión acrítica a sus presupuestos teóricos-sociológicos que, por cierto no resultan pacíficamente aceptados en ese ámbito del conocimiento y ni siquiera dentro de la propia corriente funcionalista .

**El sistema de penas adoptado en el “Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación”<sup>26</sup> La prevalencia de la pena de prisión. La incidencia limitada de la pena de multa.**

El proyecto de legislación referido ha desarrollado un sistema de penas que podría tildarse de conservador (art. 5º). En efecto, se prevé mantener a la pena de prisión como principal (vgr. art. 11 y las previsiones en la casi totalidad de la parte especial). La pena de multa (arts. 12 y 13) solo aparece como principal en ciertos tipos de la parte especial (arts 116, 150, 177, 199, 235, 239, 288, 295, 306 y 333, 2do supuesto). A su vez, dicha especie de pena se prevé como **alternativa a la prisión** (arts. 194, 208, 209, 210, 215, 218, 219, 220, 227, 236, 284 y 285) e incluso, como pena

---

<sup>26</sup> Citada en la nota 8.

**conjunta** con aquella (arts. 181, 203 a 207, 211 a 214, 246 a 251, 286, 304, 305 y 311). En cierto casos también resultaría de aplicación conjunta con la pena de **inhabilitación** (arts. 200, 201, 246, 250, 256, 257, 258, 261 a 265, 267 a 275, 279, 280, 289, 295, 299, 300, 302 a 306, 308 a 314, 316, 317, 324, 330, 334, 338 -2da parte- y 341).

En cuanto a ésta última –la inhabilitación- sólo tiene carácter de pena principal en el art. 278 y no constituye en ningún supuesto alternativa a la prisión o a la multa.

Por su parte, el “Anteproyecto...” prevé que todas las penas puedan ser dejadas sin efecto o reducidas por debajo del mínimo legal (art. 9).

Como mecanismo que persigue atenuar la obligatoriedad de aplicar la pena de prisión en todos los casos, se establecen en el art. 18 las denominadas “Penas alternativas a la privación de la libertad” que solo pueden ser aplicadas cuando en un caso concreto se determine una pena de prisión superior a los tres años (art. 26).

Esas alternativas son la detención de fin de semana; la prestación de trabajos a la comunidad; la obligación de residencia; la prohibición de residencia y tránsito; el arresto domiciliario; el cumplimiento de las instrucciones o reglas judiciales y la multa reparatoria. Se encuentran regulada en los arts. 19 a 25 y no tienen correlato (por su carácter sustitutivo de la pena de prisión como ya se ha dicho) en la parte especial.

Finalmente, el corolario del sistema descrito precedentemente es la supresión de la ejecución condicional de la pena, tal como los autores del “Proyecto...” lo resaltan en el capítulo “V” de la exposición de motivos (párrafo 18) lo cual remite en definitiva al debate precedentemente desarrollado al respecto.

El análisis de la validez de este nuevo sistema legislativo propuesto, excede los objetivos del presente trabajo. Cabe referenciar que el mismo ha sido motivo de un exhaustivo análisis de derecho comparado regional y europeo y será merecedor en una obra futura de algunas críticas y sugerencias que permitan profundizar el camino elegido, básicamente, incrementado el catálogo de penas principales con las que en la actualidad dicho “Anteproyecto...” propone como alternativas para amortiguar de ese modo el impacto que la supresión de la condicionalidad propuesta traería aparejado en forma de un incremento desmesurado de las personas privadas de libertad aún por hechos menores.

