

# DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

8

DIRECTORES **PEDRO J. BERTOLINO / PATRICIA ZIFFER**

AGOSTO 2015

ISSN 1851 0353

## DOCTRINA

- 1547 Principio de legalidad y sistema sancionador en el ámbito penitenciario  
**Por Gonzalo J. López Borghello**
- 1570 La mediación y los métodos alternativos a la pena privativa de la libertad. Teorías criminológicas que fundamentan su aplicación como una mejor vía para cumplir el mandato constitucional de la reinserción social  
**Por Gastón F. Carrere**
- 1578 Los delitos permanentes y la sucesión de leyes penales. Una tercera opción  
**Por Santiago Roldán**

## DERECHO PENAL INFORMÁTICO

- 1587 Protección penal de difusión no autorizada de la imagen íntima captada con consentimiento de su titular y el problema del *revenge porn*  
**Por Pablo A. Palazzi**

## ACTUALIDADES

- 1598 Actualidad en la Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires 2/2015  
**Por Mariana Venero y Valeria L. Anselmino**

## JURISPRUDENCIA

- 1604 **Extradición.** Requisitos de procedencia – Sobre la persona objeto de requerimiento – Oposición a la procedencia – Nacimiento de un hijo que no está a cargo del imputado (Corte Sup., 29/4/2015)
- 1606 **Proceso penal (En general).** Sujetos procesales – Querellante particular – Persona particularmente ofendida – Administración Federal de Ingresos Públicos – Trata de personas (C. Fed. Casación Penal, sala 4º, 28/4/2015)
- 1663 **Proceso penal (Instrucción).** Actos iniciales – Denuncia – Generalidades – Violación del deber de confidencialidad – Oficina de Violencia Doméstica – Supresión de identidad de un menor – Sobreseimiento (C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 2ª, 14/4/2015)

ABELEDOPERROT



## Doctrina

Sentencia del Tribunal Constitucional nro, 61/1990, del 29 de marzo.

### *Cámara Federal de Casación Penal*

Sala 4ª, C. 16.448, reg. 1555/13.4, "Escobar, Sergio D. s/ recurso de casación", rta. el 28/8/2013.

Sala 1ª, C. 211/13, reg. 22.383, "Fariña, Nicolás M. s/ recurso de casación", rta. el 29/10/2013.

Sala 2ª, C. 14.807, reg. 19.955, "Miño, Daniel s/recurso de casación", rta. el 16/5/2012.

Sala 2ª, C. 12.946, reg. 19.912, "Nota, Darío J. s/recurso de casación y de inconstitucionalidad", rta. el 8/5/2012.

Sala 4ª, C. 15.654, reg. 320/13, "Ruiz, Sandra D. s/recurso de casación", rta. el 19/3/2013.

### *Cámara Nacional de Casación Penal*

Sala 4ª, "Baena, Cristian A. s/recurso de casación", C. 2.860, reg. 3.660, rta. el 25/9/2001.

Sala 4ª, C. 10.448, "Simonetti, Carlos Alberto s/recurso de casación", rta. el 18/11/2009.

### *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal*

Sala 1ª, C. 49.017, reg. 1574, CFP 4464/2012/7/CA6, "Pintos, Verónica E. s/nulidad", rta. el 5/12/2013.

### *Juzgado Nacional de Ejecución Penal n. 3*

"Zerrizuela, José Roberto", rta. el 6/9/2013.

### *Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n. 32*

Causa 1465 caratulada "Gastón Raúl Maximiliano Rivarola (L.P.U. nro. 326.287/P)", rta. el 1/11/2013.

### *Complejo Penitenciario Federal IV -Servicio Penitenciario Federal-*

Expte. V-528, rto. el 8/9/2014.

## La mediación y los métodos alternativos a la pena privativa de la libertad. Teorías criminológicas que fundamentan su aplicación como una mejor vía para cumplir el mandato constitucional de la reinserción social

Por Gastón F. Carrere

**SUMARIO:** I. Introducción.- II. Teorías criminológicas que fundamentan la viabilidad de los métodos alternativos de resolución de conflictos para casos penales.- III. La mediación y los métodos alternativos a la pena privativa de libertad.- IV. Reflexiones finales: incoherencias del sistema y líneas de acción en consonancia con el fin constitucional de las penas

### I. INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta el paradigma vigente consagrado en el ámbito normativo de la ejecución penal -la resocialización como fin esencial de la pena privativa de la libertad (1)-, expondré argumentos en favor de la utilización de los métodos alternativos de resolución de conflictos para casos penales, por entender que

en muchas oportunidades constituyen una mejor respuesta para alcanzar ese objetivo y, consiguientemente, reducir el índice delictivo y el nivel de violencia imperante en la sociedad.

Para robustecer la conclusión esbozada en el párrafo anterior, efectuaré una breve reseña de algunas de las teorías criminológicas que, en mi opinión, no sólo se

(1) Cfr. art. 5.6, CADH; art. 10.3, PIDCyP, y art. 1, ley 24.660.

encuentran en total armonía con los objetivos perseguidos por los métodos alternativos de resolución de conflictos, sino que brindan argumentos para justificar su implementación en el ámbito penal.

Asimismo, en primer lugar me referiré brevemente al núcleo central en que se apoyan otras teorías o explicaciones acerca del comportamiento del delincuente que, a mi criterio, tornan más forzosa la aplicación de los institutos alternativos a los casos penales, con motivo de tener una visión del "delincuente" que no se compadece con los fundamentos de los mencionados mecanismos alternativos.

Como se desprende del epígrafe de este trabajo, más allá de todos aquellos institutos que pueden subsumirse en el conjunto de los métodos alternativos de resolución de conflictos, me voy a referir centralmente a la mediación, no sólo por ser un instituto en pleno auge, que día a día adquiere mayor consenso y protagonismo, sino también por entender que, por sus propias características, puede ser de gran utilidad para alcanzar el mencionado objetivo resocializador.

En consecuencia, pondré de manifiesto las principales ventajas del instituto de la mediación para abordar los conflictos y delitos que se producen en el seno de la sociedad, sin soslayar que otros métodos alternativos al encierro -condena condicional, probation, etc.- también son senderos que contribuyen al fin esencial que debe perseguirse al imponerse una pena: incluir a quienes, por distintas razones, transitan por fuera de los márgenes de la convivencia social pacífica y, de ese modo, reducir las causas que potencian y aumentan la criminalidad.

### II. TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS QUE FUNDAMENTAN LA VIABILIDAD DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PARA CASOS PENALES

Si bien no tengo una opinión concluyente acerca de la mejor o única respuesta al interrogante sobre las causas del delito, ello no obsta a la preferencia de ciertas teorías o autores que, a mi criterio, ofrecen una respuesta plausible a la pregunta cardinal.

Obviamente, la elección de determinadas teorías implica el consecuente rechazo de otras, al menos aquellas que ideológicamente se sitúan en sus antípodas.

En efecto, es la comunión o simpatía con determinadas teorías criminológicas uno de los motivos que me persuaden acerca de la conveniencia de la utilización de los métodos alternativos a la prisión como una respuesta, sino a todos, al menos a gran parte de los delitos que se cometen a diario en las sociedades modernas.

En este esquema, comparto, al menos para gran parte de los casos, la idea básica que sostiene que la disciplina adecuada para explicar el comportamiento delictivo no es la antropología, sino la sociología. Por lo tanto, no considero que las causas del delito reposen únicamente en la responsabilidad o culpa individual del condenado.

Esbozada mi postura, comenzaré por desestimar, someramente, aquellas escuelas de pensamiento que entiendo incorrectas para explicar el comportamiento delictivo. En este sentido, en primer lugar voy a referirme a todas aquellas teorías que brindan una respuesta antropológica biologicista y que se enmarcan en el positivismo criminológico. Ello sin perjuicio de poner de resalto que ciertos autores de esa corriente de pensamiento se nutren de elementos de la sociología para sustentar sus teorías sobre el comportamiento criminal.

Sentado lo anterior, puedo aseverar que, en función del determinismo biológico que proclaman dichas teorías, poco sentido tendría proponer los métodos alternativos al encierro, dado que, como dijo su mayor exponente, Cesare Lombroso (2), el delito se explica a través del "Hombre delincuente" (3).

Por lo tanto, si el delito es una manifestación del hombre delincuente, quien, a partir de su constitución orgánica y hereditaria, padece una patología o enfermedad, pareciera que esa postura se encuentra en armonía con aquellas soluciones que proponen el encierro de las personas como la respuesta más adecuada al problema del delito. Ocurre que, siguiendo una línea coherente con el pensamiento positivista criminológico, el propio delincuente sería el responsable, en razón de su patología ínsita en su constitución genética u orgánica, tanto de la comisión del delito, como de que el caso sea no mediable.

En el mismo orden de ideas propugnado por Lombroso, aunque con matices, no puede soslayarse a Raffaele Garófalo y a Enrico Ferri, quienes adquirieron gran notoriedad y relevancia para el pensamiento crimino-

(2) Cesare Lombroso (1836-1907) es señalado como el fundador de la criminología.

(3) Obra de Cesare Lombroso escrita en el año 1876.

## Doctrina

lógico positivista. En la misma senda, pueden mencionarse como claros exponentes del pensamiento positivista en la Argentina, entre muchos otros, a Luis María Drago, Antonio Dellepiane, José María Ramos Mejía y José Ingenieros.

Como se observará durante el desarrollo de este trabajo, resulta difícil compatibilizar la visión sobre el delito y sus causas que tienen los autores mencionados, como de todos aquellos que adhieren a los postulados de la criminología positivista, respecto de los objetivos y espíritu que predominan en los mecanismos alternativos a la pena.

En segundo lugar, y descartadas todas aquellas teorías que reposan en el determinismo biológico, también resulta difícil compatibilizar los mecanismos alternativos con aquellos pensamientos criminológicos de finales del siglo XX que se enmarcan en la corriente que se conoce como criminología actuarial, cuyo eje central es cuestionar al Estado benefactor y al fracaso de las concepciones resocializadoras como fin de la pena. Básicamente, el objetivo de esta corriente se limitará a segregar e inocuizar a los delincuentes por el mayor tiempo posible, con el objeto de prevenir la comisión de nuevos delitos. Entre estos pensadores puede mencionarse, como un exponente del realismo de derecha, a Ernest van den Haag, quien dijo que había tres clases de personas: los malos, los inocentes y los calculadores (4). El autor asevera que, respecto de los malos (ellos), la única solución era separarlos para que no ocasionaran daños a los inocentes (nosotros). En síntesis, para esta nueva corriente de pensamiento la solución consiste en incrementar la severidad de las penas y en evitar la impunidad de los delitos.

Como puede apreciarse, ambas perspectivas deslegitiman el objetivo de readaptación como fin esencial de la pena y dejan poco o ningún margen para que pueda contemplarse a la mediación como una respuesta válida para afrontar con éxito el problema de la delincuencia.

Descartadas aquellas posturas que se apoyan en la antropología o en la criminología actuarial para explicar las causas del delito, esbozaré algunas teorías que brindan una respuesta sociológica y que me llevan a interpretar a los métodos alternativos a la prisión como herramientas legítimas y útiles para abordar, sino todos, al menos gran parte de los casos penales.

En este sentido, el autor francés Gabriel Tarde, en su libro "Las leyes de la imitación", afirma que el ser humano tiende a imitar a aquellas personas con quien tiene una cercanía y contacto más permanente. Al fundar su teoría, el autor pone como ejemplo su propia vida, afirmando que fue por imitación, y no por otro motivo, que se inclinó por la judicatura y por escribir lo que escribí (5).

En consecuencia, para Tarde, el comportamiento criminal no tiene su génesis en razones biológicas, sino que es aprendido por imitación; ergo, si a una persona se la rodea de malas compañías y se le infunden valores inadecuados –odio, envidia, vanidad, etc.–, o sufre malos tratos de niño y/o todo tipo de carencias, es esperable que se transforme en una persona insensible y con muchas posibilidades de caer en la delincuencia.

Otro de los autores que han ensayado una respuesta sociológica al delito, oponiéndose a una concepción patológica, es Robert Merton, quien, al igual que Emile Durkheim, afirmó que el comportamiento desviado es tan normal como el comportamiento conformista, y que era el propio sistema social el que generaba dichos comportamientos (6).

Merton hace hincapié en la contradicción entre la estructura social y la estructura cultural, y concluye que debe buscarse en esa falta de armonía las razones de la conducta desviada. La estructura cultural es conformada por los valores –que en la sociedad estadounidense se traducen en alcanzar la meta del éxito económico, incluso por medios no legítimos–. Empero, la estructura social no ofrece a todos los individuos las mismas posibilidades de acceder a los medios legítimos para alcanzar dichas metas, circunstancia que depende de la distinta suerte que tengan las personas al nacer (entorno familiar, clase social, etc.). En consecuencia, los "desviados" no eran enfermos, sino que actuaban previsible y normalmente ante el ahogo que generaba en ellos la estructura social.

En esa perspectiva, para Merton habrá una sociedad más integrada sólo cuando todos los individuos puedan obtener la satisfacción de sus aspiraciones culturales mediante medios legítimos.

De conformidad con lo expuesto por el autor, si los problemas de la desviación obedecen a causas ajenas al individuo, como es una estructura social que no ofrece a todos sus integrantes las mismas posibilidades,

(4) Anitua, Gabriel I., "Historia de los pensamientos criminológicos", Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2010, ps. 487/488.

(5) Anitua, Gabriel I., "Historia...", cit., p. 265.

(6) Merton, Robert K., "Teoría y estructuras sociales", 3ª ed., reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

## La mediación y los métodos alternativos a la pena privativa...

entonces debemos ser más comprensivos con aquellos que cometen actos considerados desviados. Por eso, como se desarrollará en el siguiente punto, las respuestas alternativas al encierro sirven para fomentar ese diálogo necesario para que las partes puedan lograr la comprensión de todos los aspectos que atañen a la problemática del delito.

La teoría de los contactos diferenciales desarrollada por Edwin Sutherland brinda, en mi opinión, una explicación consistente acerca de las causas del delito: en cada área cultural diferencial los individuos aprenden modelos y esquemas de comportamiento diferentes. Ergo, el "comportamiento delictivo no está determinado genéticamente ni es ocasionado por problemas en la personalidad, ni por la pobreza, sino que es un comportamiento aprendido por medio del contacto diferencial" (7). Para esta visión, lo decisivo es la interacción con otras personas, fundamentalmente las de su grupo más íntimo y cercano.

Abordando ahora aquellas posturas con las cuales la propuesta sostenida en este trabajo cobra mayor sentido aún, voy a referirme a aquellas que hacen hincapié en las subculturas delincuenciales en general, y la subcultura carcelaria en particular. Puede mencionarse, entre otros autores, a Johann Galtung, Hugh Klare y a Gresham Sykes, para quienes, básicamente, la prisión termina teniendo los efectos de una verdadera escuela de delitos (8).

Por su parte, Donald Clemmer, quien fue sociólogo y trabajador de prisiones, hacía una distinción entre las normas oficiales que rigen dentro de las cárceles y aquellas otras que rigen la vida de los presos y las relaciones entre ellos mismos, las que denominó "código de los presos". Estos códigos terminan configurando sus propios valores y lealtades, que el autor lo denomina subcultura: "el recluso nuevo adoptará una nueva forma del lenguaje, desarrollará hábitos nuevos en el comer, vestir y dormir, aceptará un papel de líder o de secundario en los grupos de reclusos y así conformará el papel de preso y también el de delincuente (...) Todo ello indicaba que nada más lejano a una búsqueda resocialización que pasar largo tiempo en una prisión" (9).

En el mismo orden de ideas, puede destacarse el concepto de "institución total" empleado por Erving Goffman (10), en el cual pueden subsumirse los manicomios, hospitales, cárceles, monasterios, etc., establecimientos en donde los individuos que allí residen se encuentran aislados de la sociedad por un prolongado tiempo.

El autor puso de resalto los efectos de despersonalización y pérdida de identidad que implican el encierro en una institución total. En 1963, Goffman publica "Estigma", que se refiere a los efectos que genera el encierro en el futuro de la persona, aseverando que la carga de ese estigma acompañará a la persona en todas las actividades que intente realizar cuando recupere su libertad. En el último punto de este trabajo volveré sobre los efectos devastadores que genera el estigma en el proceso de inserción social de los condenados.

En la misma lógica, el inglés Dennis Chapman (11) sostenía que la condena resultaba decisiva, por ser la que terminaba fijando el estereotipo del delincuente. Argumentaba que la pertenencia a clases desaventajadas constituía un factor preponderante para recibir una sentencia condenatoria.

Tampoco puede soslayarse a Frank Tannenbaum (12), quien sostenía que las carreras delincuenciales tenían su origen en la "dramatización de lo malo", en alusión a la detención, juicio y condena. Para el autor, el individuo es expulsado de la sociedad y es recibido por la subcultura carcelaria, donde incluso podrá obtener afecto y reconocimiento de sus pares, lo que terminará por endurecerlo y empujarlo a interpretar al delito como algo natural. En la mayoría de los casos, eran jóvenes que al principio sólo cometían macanas y que a partir de la primera condena se les atribuye el rol estigmatizante de delincuentes, lo cual redundaba en que finalmente terminen adecuando su conducta a ese rol. En consecuencia, la solución es desdramatizar lo malo, lo cual, en mi opinión, puede lograrse, al menos en muchos casos, con la aplicación de los institutos alternativos a la prisión, como son la mediación o la suspensión del juicio a prueba (13).

(7) Anitua, Gabriel I., "Historia...", cit., p. 302.

(8) Anitua, Gabriel I., "Historia...", cit., p. 312.

(9) Clemmer, "La comunidad prisión", 1940, citado por Anitua, Gabriel I., "Historia...", cit., p. 315.

(10) Anitua, Gabriel I., "Historia...", cit., p. 359.

(11) Anitua, Gabriel I., "Historia...", cit., p. 360.

(12) Anitua, Gabriel I., "Historia...", cit., p. 364.

(13) Durante el mes de septiembre de 2014 se produjo, en el barrio de la Boca, de la Ciudad de Buenos Aires, un intento de robo a un turista extranjero por parte de un "motochorro". El caso adquirió una gran repercusión mediática en ra-

## Doctrina

Asimismo, también puede sostenerse que los institutos alternativos constituirían esa reacción social que serviría para evitar la desviación secundaria referida por Edwin Lemert, la cual es decisiva para profundizar la carrera delincinencial (14). En igual sentido, Howard Becker sostiene que el comportamiento desviado no existe ontológicamente, sino que es un atributo impuesto por la reacción social (15).

Por supuesto, la criminología crítica, y particularmente los abolicionistas, proporcionan importantes argumentos en favor de los métodos alternativos de resolución de conflicto. El sociólogo y filósofo noruego Thomas Mathiesen plantea un modelo participativo, y a la comunicación como la clave para abordar los conflictos (16). En la misma línea de pensamiento, el abolicionista Nils Christie también afirma que el modelo punitivo no es participativo y que el Estado expropia los conflictos a la comunidad (17). El autor es un enérgico defensor de la participación de las partes involucradas en la resolución de los conflictos: "los conflictos representan un potencial para la actividad, para la participación. El sistema de control punitivo actual representa una de las tantas oportunidades perdidas de involucrar a ciudadanos en tareas que tienen una importancia inmediata para ellos" (18). Para el autor, el castigo sólo añadía más dolor al ya sufrido por el delito.

Asimismo, el "derecho penal mínimo", promovido por el jurista Luigi Ferrajoli (19), también es una referencia ineludible, cuyos postulados se encuentran en total armonía con los objetivos perseguidos con los métodos alternativos al encierro.

El ilustre jurista afirma que "el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace proble-

mática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo".

Por su parte, al observar el fracaso del ideal rehabilitador de las penas de prisión, Robert Martinson escribió un artículo en 1974 titulado "¿Qué es lo que funciona?", en el cual concluía que la alta reincidencia demostraba que no se lograba el objetivo central de erradicar el delito de la sociedad (20).

Por último, la vulnerabilidad y selectividad del sistema penal señalada por Eugenio Zaffaroni (21) constituyen más razones para intentar resolver el conflicto penal mediante la utilización de los métodos alternativos a la prisión.

### III. LA MEDIACIÓN Y LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Partiendo de la base de admitir el poco o nulo éxito que ha demostrado el encierro en prisión como herramienta para lograr el proyecto rehabilitador como "fin esencial" de las penas, puedo aseverar que todas las medidas alternativas -mediación, condena condicional, probation, etc.- constituyen una opción racional que siempre debe ser ponderada al momento de abordar un conflicto de naturaleza penal.

Desde esa atalaya, y por ser la herramienta más novedosa y que, a mi criterio, mayores beneficios acarrea, en este punto se expondrán unos breves lineamientos acerca del instituto de la mediación, que fundan su pertinencia para abordar una importante cantidad

zón de su filmación por parte de la víctima, quien luego se encargó de difundirlo en los medios periodísticos y en las redes sociales. Esto generó una gran polémica acerca de la respuesta que debía recibir el victimario, en donde pudo observarse que muchos solicitaban la inmediata condena y prisión del acusado. Sin embargo, de la propia filmación pudo observarse que el imputado, a pesar de la insistente resistencia opuesta por la víctima, en ningún momento agredió físicamente, ni menos aún, utilizó el arma de fuego para lesionar a la víctima. En mi opinión, este es un claro ejemplo donde, de conformidad con la fórmula empleada por Tannenbaum, desdramatizar lo malo, utilizando las medidas alternativas al encierro, es la respuesta más adecuada a conflictos de estas características.

(14) Anitua, Gabriel I., "Historia...", cit., p. 365.

(15) Becker, Howard, "Outsiders", Ed. Siglo Veintiuno, 2009.

(16) Anitua, Gabriel I., "Historia...", cit., p. 437.

(17) Anitua, Gabriel I., "Historia...", cit., p. 438.

(18) Anitua, Gabriel I., "Historia...", cit., p. 439.

(19) Ferrajoli, Luigi "El derecho penal mínimo", Revista Poder y Control, Barcelona, 1986, trad. R. Bergalli, J. L. Domínguez y H. Silveira.

(20) Anitua, Gabriel I., "Historia...", cit., p. 475.

(21) Zaffaroni, Eugenio; Alagia, A. y Slokar A., "Derecho penal, parte general, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

## La mediación y los métodos alternativos a la pena privativa...

de los conflictos penales. Sobre esa base, concluiré que el espíritu del instituto de la mediación se encuentra en total armonía con las teorías criminológicas de impronta sociológica expuestas en el punto anterior, y constituye una vía de suma utilidad para alcanzar el fin de la inserción social como norte esencial del sistema penal.

Al respecto, la mediación es entendida como un proceso cuyo propósito es resolver, a través del diálogo, los distintos y variados conflictos que surgen a partir de la interacción social. La prioridad es la promoción del diálogo y el respeto por la visión del otro, factores que ayudarán a lograr una solución consensuada y pacífica del conflicto.

Uno de los aspectos más salientes de la mediación consiste en la búsqueda de la solución de los conflictos atendiendo a los intereses en disputa, en absoluta contraposición con aquella alternativa que acrecienta y ahonda el enfrentamiento, como es toda aquella "solución" que hace prevalecer la imposición o la fuerza de una de las partes en detrimento de la otra.

La mediación es contraria a la expropiación del conflicto: el delito pasa a ser interpretado no como una infracción penal, sino como un conflicto que involucra a dos partes enfrentadas. De ese modo, los protagonistas son las partes en pugna y no el juez o el Estado; el propósito perseguido son los intereses individuales en juego; así, se deja de lado la búsqueda de una suelta, e inalcanzable, verdad absoluta.

Cuando se aborda un conflicto, la víctima y el victimario -ello sin dejar de considerar que estos conceptos pueden ser replanteados a partir de los enfoques sociológicos expuestos- no pueden acercarse pacíficamente, en razón de la desconfianza que existe recíprocamente; ello contribuye a profundizar el círculo vicioso en donde se refuerzan las visiones y prácticas confrontativas imperantes en la sociedad, que no deja margen para un prisma superador que ceda el paso a una postura flexible y contemplativa de la perspectiva de la contraparte. De tal suerte, se agudiza el enfrentamiento social que diariamente se ve reflejado en la frase "ellos o nosotros", el cual, aunque no quiera aceptarse, sólo conduce a acrecentar los niveles de violencia social. Por el contrario, la colaboración en la búsqueda de una solución común, que satisfaga a todas las partes involucradas en el conflicto, sin dudas, ayudará a lograr una convivencia social más pacífica y armoniosa.

Cualquier otra solución que no haya apreciado correctamente los intereses en juego, dejará la sensación de insatisfacción de una de las partes, o de ambas, en razón de arribarse a una solución sólo aparente, o precaria, que deja latente el conflicto. La mera solución punitiva no parece otorgar una respuesta satisfactoria a la víctima acerca de los motivos por el cual el "victimario" le ocasionó el daño; lo mismo ocurre con quien debe sufrir la pena de encierro. No parece que de ese modo se pueda lograr una reflexión acerca de su accionar que lo ayude a la prevención especial positiva.

En esa lógica, un aspecto que no favorece a la resocialización es la sensación de impotencia que experimentan los condenados, quienes entienden que, más allá del error cometido, su voz y opinión acerca del conflicto no sólo no es escuchada, sino que, además, son tratados con un desdén que menoscaba su dignidad y condición de seres humanos.

Algo tan imprescindible como ser escuchado -no solamente respecto de su defensa técnica relativa a la acusación de la comisión del tipo penal imputado-, constituye un derecho humano básico que hace a la dignidad de la persona. Que los acusados de un delito reciban un tratamiento acorde con un Estado constitucional de derecho, respetuoso de los derechos humanos, constituye un importante aporte a la reinserción social y, consiguientemente, a la mayor seguridad ciudadana por parte de la sociedad en su conjunto.

A su vez, por compartir la idea que sostiene que la revalorización y el reconocimiento deben ser los elementos teleológicos del proceso de mediación (22), no puedo más que convencerme de la plena adaptabilidad de dicho instituto a los conflictos penales. En esa idea, el proceso de mediación contiene un potencial específico de transformación de las personas que promueve el crecimiento moral de todas las partes involucradas en el conflicto.

La revalorización significa la devolución a los individuos de cierto sentido de su propio valor, de su fuerza y de su propia capacidad para afrontar los problemas de la vida. El reconocimiento implica la aceptación y empatía respecto de la situación y los problemas de terceros. Estos dos aspectos tienen un efecto transformador de las personas que, llevado al ámbito de los conflictos penales, es coherente con el objetivo resocializador que debe perseguir el sistema punitivo.

(22) Bush, Baruch R. A. y Folger, J. P., "La promesa de mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros", Ed. Granica, Buenos Aires, 2006.

## Doctrina

El cambio de perspectiva que se promueve para el abordaje de los conflictos alcanzados por los tipos penales tiene como propósito contribuir a la búsqueda de una convivencia más pacífica y segura, y a dar cuenta del círculo vicioso que implican los inaceptables niveles de violencia institucional que acontecen en las cárceles, por cuanto esa violencia intramuros, sufrida injusta e ilegítimamente durante el encierro, tiene grandes chances de ser reproducida extramuros una vez que el condenado recupere su libertad.

Por último, también considero que la suspensión del juicio a prueba, la condena condicional y las reglas de conductas que se fijan al establecerlas, también constituyen, en la mayoría de los casos, una mejor alternativa al encierro -al menos para los delitos considerados no graves, entre los que pueden incluirse los que afectan el derecho de propiedad o aquellos que no ocasionan la muerte o daños graves a la integridad psicofísica de las víctimas-.

### IV. REFLEXIONES FINALES: INCOHERENCIAS DEL SISTEMA Y LÍNEAS DE ACCIÓN EN CONSONANCIA CON EL FIN CONSTITUCIONAL DE LAS PENAS

Al descartar toda concepción patológica, o que pretenda basarse en la maldad intrínseca del ser humano para explicar el comportamiento "desviado" en todos los delitos, cobra mayor sentido promover la utilización de los métodos alternativos a la prisión, por ser una herramienta más apropiada, no sólo para lograr soluciones de fondo más plausibles y menos violentas, sino para perseguir el fin rehabilitador consagrado en nuestra Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si coincidimos con Durkheim (23), negando la existencia de una naturaleza criminal del acto delictivo, o del delincuente, como también así de toda entidad ontológica de los delitos, y, por el contrario, interpretamos al acto "desviado" como producto de convenciones sociales, resulta racional el establecimiento de institutos que permitan abordar el conflicto desde una perspectiva distinta a la pena de prisión, y que, de ese modo, se procure obtener un resultado más satisfactorio que el alcanzado con la condena y el encierro.

No obstante, al explicar la función del castigo, Durkheim justificaba la necesidad de él, argumentando que servía para reafirmar las creencias, los vínculos y la

cohesión social, por entender que constituía una respuesta a los sentimientos de indignación y deseos de venganza que la perpetración del delito ocasionaba en la conciencia colectiva.

Sin embargo, la realidad nos demuestra que, lejos de contribuir a la cohesión social, la imposición de un castigo sólo añade más dolor al ocasionado por el delito y, en la mayoría de los casos, sólo servirá para ahondar el desencuentro y resentimiento entre las partes. El fracaso del fin resocializador de las penas no debe atribuirse a la incorregibilidad de las personas, sino al fracaso del sistema penal, en el cual el modo de funcionamiento del servicio penitenciario es un factor importante. En este sentido, el proceso de prisionización sólo redundará en que aquellas personas que lo sufren terminen adquiriendo la subcultura carcelaria, lo cual acrecentará las posibilidades de una nueva reiteración de conductas delictivas una vez recuperada la libertad, pero ahora con probabilidades de que la eventual comisión de los nuevos delitos sean realizados en una versión más violenta, en consonancia con los padecimientos sufridos y los "valores" aprehendidos durante el encierro

Por otra parte, y en clave mertoniana, no es menos relevante la opresión que genera la actual estructura social sobre un importante sector de la población que se encuentra sin posibilidades concretas de acceder a bienes indispensables para sentirse parte de un entramado social que, lejos de impulsar lazos de solidaridad suficientes para contener a todos sus integrantes, promueve un individualismo competitivo cuya identidad y valor esencial lo constituye la capacidad de consumo que cada uno pueda procurarse.

Otro indubitable ejemplo de las incoherencias que contribuyen al fracaso resocializador, y que configura el estigma referido por Goffman, puede observarse en la necesidad de presentar un certificado de antecedentes penales para obtener un empleo; en el caso de que el respectivo certificado informe una condena u otro registro criminal positivo, dicha circunstancia terminará siendo un valladar insuperable para que el interesado pueda obtener el puesto de trabajo pretendido. En virtud de las reglas competitivas que rigen el actual ordenamiento social, el estigma que implica el antecedente penal pone al condenado en inferioridad de condiciones y en absoluta desventaja para obtener el empleo, lo cual termina profundizando el aislamiento social del ex condenado, empujándolo a que reincida en la senda delictiva.

(23) Durkheim, Emile, "Las reglas del método sociológico", 2ª reimp., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

## La mediación y los métodos alternativos a la pena privativa...

Recogiendo el guante de Robert Martinson, quien alegó que "nada funciona", puedo aseverar sin hesitación que es justamente el propio estigma el obstáculo central que sufren los condenados en sus posibilidades de insertarse socialmente. Salvo para aquellos que sólo esperan de la prisión la misión de segregarse e incapacitar por el lapso que dure la condena, es indiscutible que, al menos del modo en que viene funcionado, lejos de acarrear efectos positivos, la pena de encierro sólo profundiza la marginalidad y exclusión en la que, en la mayoría de los casos, ya se encontraban los condenados primarios.

Para ayudar a salir de esa encrucijada, los métodos alternativos, que, en caso de tener éxito, evitan la condena y el consiguiente antecedente penal, constituyen una opción plausible para abordar los conflictos y, de ese modo, ayudar a la socialización y, en consecuencia, a reducir el índice delictivo.

En tal sentido, el propio Gabriel Ignacio Anitua –cuya obra *Historia de los pensamientos criminológicos* ha sido de suma importancia para la realización de este trabajo–, señala la paradoja que implica que los mismos objetivos proclamados para justificar la imposición de la pena de prisión (la resocialización de los condenados) son los que acaban por deslegitimar dicho objetivo, al comprobar que la subcultura carcelaria termina transformando la estadía en la prisión en una verdadera escuela de la delincuencia, consecuencia diametralmente opuesta a la proclamada resocialización (24).

En otras palabras, y esto es central, el fracaso del proyecto resocializador no debe ser la excusa para dejar de perseguir ese fin, sino que debe servir para repensar y remover aquellos obstáculos que contribuyen a su fracaso. Ergo, si la prisión no ayuda a cumplir con el fin resocializador de la pena, es entonces cuando más necesario se hace promover las reformas dirigidas a cumplir con ese mandato constitucional. Por ello, impulsar los métodos alternativos a la prisión constituye una medida concreta dirigida a lograr ese fin.

Que se entienda bien, en un espacio donde la violencia física y psíquica predomina, como probablemente en ningún otro espacio institucional de nuestra Nación, es difícil que de ese modo pueda alcanzarse una futura readaptación. Menos aún si los condenados que recuperan la libertad, por haber cumplido su deuda con la sociedad, son discriminados en razón del estigma de la condena ya cumplida.

En suma, para aquellos casos en que la pena de prisión deviene inexorable, ya sea porque fracasó la vía alternativa o por la naturaleza o gravedad del delito, resulta imperioso remover los obstáculos al fin resocializador que debe perseguirse con la imposición de las condenas a penas privativas de la libertad. Por ello, y más allá de desviarme, al menos relativamente, del eje central de este trabajo, otra reforma que debe ser considerada por los responsables del diseño y ejecución de las políticas públicas es la eliminación de la exigencia de no poseer antecedentes penales para ingresar a trabajar a la Administración Pública, requisito que colisiona abiertamente con el mencionado mandato constitucional de la resocialización (25) (26).

En este orden de ideas, también debería evaluarse seriamente una reforma que dispusiera que los registros de antecedentes penales sólo puedan otorgarse a pedido de los operadores del sistema penal, en el marco de una causa concreta, para constatar si el imputado posee antecedentes criminales. En cambio, debería denegarse cuando la solicitud es "a pedido de los interesados", que, en rigor de verdad, siempre es solicitado ante una posibilidad concreta de obtener un empleo –inserción laboral que contribuye en forma determinante al logro de la reinserción social–, y por exigencia del potencial empleador.

De considerarse demasiado ambicioso esto último, podría entonces, siempre frente al supuesto de que el pedido del certificado sea "a pedido del interesado", informarse sólo aquellos antecedentes vinculados a ciertos delitos considerados graves, como el homicidio, las lesiones graves o los vinculados con el ataque

(24) Anitua, Gabriel I., "Historia...", cit., ps. 315 y 498.

(25) En la vereda opuesta a la exigencia del requisito mencionado, durante el gobierno de Farrell-Perón se emitió el decreto 28938/1944, en el cual se disponía un cupo laboral en favor de los liberados condicionalmente y los excarcelados que hubieren cumplido su condena, para ocupar puestos de trabajo en las dependencias oficiales que efectuaran obras o trabajos por su cuenta, por las reparticiones autónomas cuando efectúen obras y por los contratistas de obras de servicios públicos o de consorcios que se realicen con el gobierno nacional o reparticiones autónomas. Lamentablemente, actualmente el requisito es exigido en casi todos los ámbitos de las reparticiones públicas en el orden nacional, provincial y municipal.

(26) Corbo, Pablo y Carrere, Gastón F., "Tu pasado no te condena. Una decisión judicial y una reforma legislativa auspiciosas respecto de la incidencia de los antecedentes penales en el proceso de inserción social", RDP, agosto 2010.

## Doctrina

a la integridad sexual. Estas ideas son medidas concretas que ayudarían a evitar el insoportable, e insuperable, estigma referido por Goffman.

Todo lo antedicho me obliga a concluir que los mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad constituyen herramientas adecuadas para los fines preventivos especiales de la socialización; por ello, en gran parte de los casos, la pena de prisión debería aplicarse subsidiariamente sólo frente al fracaso de las soluciones alternativas. Por el contrario, la aplicación como primera opción de la pena de prisión de efectivo cumplimiento debería dejarse en forma residual únicamente para los delitos más graves –no para los que sólo ocasionan una lesión al derecho a la propiedad–, sino para los que atentan contra la vida o comprometen severamente la integridad psíquica o física de las personas–. Pero para aquellos supuestos en los que se ejecuta una pena de prisión de efectivo cumplimiento, deben adoptarse medidas que tiendan a que tanto durante la ejecución de la pena, como a partir del egreso, los condenados adquieran las condiciones y derechos básicos que les permitan tener posibilidades reales, y no sólo retóricas, de insertarse en la sociedad (27).

Sin dudas, una sociedad más comprensiva, y menos punitiva, constituye el camino para salir del círculo vicioso que configuran las actuales políticas criminales y, de ese modo, propender a incrementar los niveles de socialización y, consiguientemente, reducir los índices delictivos actuales.

En síntesis, la viabilidad de la mediación para casos penales, como también así de otros métodos alternativos a la prisión, estriba en tres razones de peso que justifican su aplicación: 1) aquéllas de orden moral o de justicia, que pueden sustentarse en las teorías criminológicas críticas que denuncian y explican el comportamiento delictivo a partir de un ordenamiento social injusto; 2) razones de índole normativa, que obligan a cumplir con el mandato constitucional de la resocialización de las penas, el cual no se viene cumpliendo en la práctica; 3) razones utilitarias, que pueden explicarse a partir de entender que sólo una verdadera resocialización ayudará a evitar la reincidencia y, en consecuencia, a la disminución de los índices delictivos, circunstancia que redundará en el consecuente aumento de la seguridad de la sociedad en su conjunto.

## Los delitos permanentes y la sucesión de leyes penales. Una tercera opción

Por Santiago Roldán (\*)

**SUMARIO:** I. Los delitos permanentes y los cambios legislativos. – II. Los delitos permanentes y la determinación de la pena. – III. Los delitos permanentes y la extinción de la acción penal por prescripción. – IV. ¿Diferente tratamiento para un único hecho? – V. Conclusión

### I. LOS DELITOS PERMANENTES Y LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS

Si uno piensa en el delito de homicidio o de lesiones y los compara con delitos como el de violación de domi-

cilio, reducción a la servidumbre o el de privación ilegítima de la libertad, encontrará que los primeros tienen un momento de realización y consumación que podríamos llamar "instantáneo", en tanto se los com-

(27) En grata sintonía con el enfoque expuesto en este artículo, el intendente del municipio de Berazategui, de la provincia de Buenos Aires, Juan Patricio Mussi, firmó un convenio con el Ministerio de Justicia de la Nación con el objeto de incorporar a ex condenados al plantel municipal (ver nota publicada en el diario "Pagina12" del día 10/5/2015, [www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-272382-2015-05-10.html](http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-272382-2015-05-10.html)). Merece destacarse la sensatez de medidas de este tipo que, lejos de la demagogia punitiva predominante en vastos sectores de la opinión pública, se hacen cargo, en serio, de la problemática que entraña la dificultad de la inserción social de los presos y el inevitable impacto de ello en la seguridad de todos.

(\*) Quiero agradecer a María Roldán, Gustavo Beade, Fernando Córdoba, Cecilia Vázquez Berrostequieta, Daniela Polo, Agustín Varela, Desiree Barczuck, Gonzalo Penna, José Milton Peralta y a Rodolfo Belisario Roldán por las sugerencias, comentarios y críticas que hicieron de versiones previas del texto. Sepan que me ayudaron en mucho a mejorarlo; y en lo que no pude, es mi responsabilidad, claramente.

## Los delitos permanentes y la sucesión de leyes penales...

pare con los segundos. Se pasa de un estado en el que una persona está viva a otro en el que ya está muerta. Sucede igual con las lesiones. Pero, a diferencia de ello, la violación de domicilio, la reducción a la servidumbre o la privación ilegítima de la libertad pueden darse de un modo más o menos prolongado en el tiempo. Nadie duda de que es posible privar a alguien de la libertad por horas, pero también se lo podría hacer por años, y es seguro que, a medida que pase el tiempo, el daño se irá incrementando. Es esta característica lo que explica que a los delitos de este tipo se los llame "delitos permanentes" (1).

La estructura de esta clase de figuras delictivas, en las que la ejecución consumativa se extiende y desarrolla en el tiempo, ha generado diversas discusiones vinculadas a la aplicación de la ley penal; concretamente, el debate se produce cuando las leyes aplicables se modifican luego de iniciado el delito permanente, pero antes de su conclusión. No hace falta decir que respecto a la validez en el tiempo de la ley penal rigen dos principios: la obligación de aplicar la ley vigente al "momento del hecho" (prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal) y, su excepción, la obligación de aplicar una ley posterior cuando resulte más beneficiosa para el reo (arts. 18, CN; XXV, DADH; 11.2, DUDH; 15.1, PIDCP; 40.2a, CDUN; 9, CADH).

Es sencillo el caso cuando durante la comisión de un delito permanente se dicta una ley más beneficiosa para el imputado (debe aplicarse retroactivamente la nueva ley). También podría decirse que lo es cuando

se dicta una ley que prohíbe penalmente un comportamiento permanente que al momento de su inicio estaba permitido, pues, si alguna parte de ese comportamiento pudiera ser sancionada, no cabe duda de que sólo lo sería el segmento realizado a partir del dictado de la nueva ley (prohibición de aplicar retroactivamente la ley penal). Lo que ha generado más discusiones, en cambio, es cómo tratar los supuestos en los que, luego de comenzado un delito permanente, pero antes de su finalización, se dicta una nueva ley que prevé una sanción más grave para el hecho; por ejemplo, se aumentan los montos de una pena de prisión (2): ¿en esos casos, se debe aplicar la primera ley?, ¿la segunda, acaso? Las opiniones se dividen entre quienes sostienen alguna de estas dos posturas (3). Veámos qué razones se esgrimen en su defensa.

Quienes apoyan la aplicación de la segunda ley (más gravosa) argumentan que, si se persiste en la comisión del delito luego del dictado de la nueva ley, la persona está decidiendo seguir adelante con su hecho muy a pesar de ella, por lo que no debería verse beneficiada con la aplicación de la ley vigente al inicio del hecho (más benigna). El Código Penal alemán, por ejemplo, prevé una regulación clara en esa línea. Allí se establece: "Si la sanción penal cambia durante la comisión del hecho, entonces se debe aplicar la ley que rija en el momento de (su) culminación..." (art. 2.2). Nuestra legislación no contiene una regulación tan expresa en esa dirección (pues el art. 2, CPen., sólo exige que la ley sea la vigente a la comisión del hecho) (4). Sin embargo, una disposición legal tampoco podría dar por

(1) Más precisiones sobre esta categoría delictiva, que sin duda las hay, pueden verse en Borja Jiménez, Emiliano, "La terminación del delito", ADPCP, t. XLVIII, fasc. I, enero-abril 1995, ps. 153/162 y 167/185.

(2) Un ejemplo: el delito previsto en el artículo 146 del CPen. (retención y ocultación de un menor de diez años) tenía prevista una pena de prisión de de 3 a 10 años (ley 11.179) y luego pasó a tener una de 5 a 15 años (ley 24.410 -publicada el 28/12/1994-).

(3) Véase, por todos, Paramos, Gabriel E., "El caso 'Rei'. Acerca de la discusión sobre la aplicación más benigna en los delitos permanentes", en Pitlevnik, L. G. (dir.), "Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", t. 6, (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 80 y ss., y sus referencias).

(4) Es todavía más claro que nuestra legislación no prevé una solución en el sentido inverso (es decir, que establezca que debe aplicarse la primera ley a todo el hecho). Incluso Zaffaroni, que ha cambiado su postura acerca de cómo tratar la problemática, concede, a través de sus argumentos, que el Código Penal no prevé una regulación expresa que dirima la cuestión de los delitos permanentes y el cambio de legislación más gravosa. Es en ese contexto que en su "Tratado..." defendía la aplicación de la segunda ley; en ese entonces Zaffaroni ponderaba el último momento en el que la norma podía actuar como imperativo y el evitar, a la vez, una conclusión que entendía absurda: que no rija la ley más gravosa en cuya vigencia la acción se estuvo realizando ("Tratado de derecho penal. Parte general", t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987, ps. 475/481). En cambio, tiempo después, en su "Derecho penal"; Zaffaroni consideró que debía aplicarse la primera ley a todo el hecho, pues ello importaba una interpretación más restrictiva de la norma y evitaba la violación al principio de legalidad que importaba el aplicar la segunda ley por una parte del hecho en la que no estaba vigente (véase Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, "Derecho penal. Parte general", 1ª ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 123, § 10.V.6). Sea como fuere, si una cosa queda claro de esos argumentos (los utilizados por Zaffaroni antes y ahora), es que el CPen. argentino no contiene una regulación expresa de la cuestión como, por ejemplo, lo hace el CPen. alemán. Una postura diferente, aunque emparentada con este tema, era la de Bidart Campos, quien, más allá del CPen. argentino, sostenía que en los delitos permanentes no po-