

Derecho Penal

AÑO 1 NÚMERO 1

Alternativas a la prisión

Directores: Alejandro Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 **Infojus**
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO I - NÚMERO 1

Derecho Penal

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA
JURÍDICO LEGAL**

Dra. María Paula Pontoriero

ISSN 2250-8066

Revista Derecho Penal

Año I - N° 1 - Mayo 2012

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Alejandro Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar

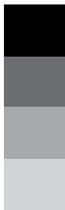
Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Penal y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.



Alejandro Alagia - Javier De Luca

Alejandro Slokar

Directores

Ernesto Kreplak - Rodolfo Tailhade

Renato Vanelli Viel

Secretarios de Redacción

Mariela Barresi - Francisco Figueroa

Natalia Ivarrola - María Ángeles Ramos

Colaboradores

Consejo Académico

Eduardo Aguirre
Ricardo Alvarez
María Cristina Barbera
Gustavo Bergesio
Alberto Binder
Cristian Cabral
Carlos Caramuti
Mariano Ciafardini
María Graciela Cortázar
Carlos Cruz
Gabriel Di Giulio
Daniel Erbetta
Martín García Díaz
Adriana Gigena de Haar
Edmundo Hendler
Lucila Larrandart
Stella Maris Martínez
Luis Niño
Carlos Ochoa
Omar Palermo
Daniel Pastor
Jorge Perano
Alfredo Perez Galimberti
Nelson Pessoa
Marcelo Riquert
Norberto Spolansky
Fernando Valsagiangiaco Blanco
Gustavo Vitale
Raúl Zaffaroni

Ediciones Infojus: “La verdad de las premisas y la validez de los razonamientos”

Es un orgullo presentar la puesta en marcha de Ediciones Infojus, un proyecto editorial que se cristaliza inicialmente a través de la publicación de cinco revistas jurídicas, producidas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Este conjunto de publicaciones está destinado a ampliar el horizonte del debate jurídico, con el propósito de gestar desde el ámbito público un espacio que exprese la discusión doctrinaria y, en definitiva, la difusión de las ideas de nuestra generación del bicentenario.

Un Estado inteligente es aquel que es capaz de entender la realidad social, política y económica y que, a su vez, tiene la capacidad de resolver los problemas con habilidad o destreza a partir de su experiencia histórica. La inteligencia en este caso reside en hacer que la dinamización de las mecánicas institucionales y la cooperación de los distintos sectores que lo componen respondan a las necesidades del pueblo.

De tal forma este Estado inteligente profundiza la distribución del conocimiento de manera activa y, fundamentalmente, borra la frontera histórica, tan bien caracterizada por Foucault⁽¹⁾, entre saber y poder; entre “lo técnico” y “lo político”; esto es, discute la verdad o falsedad de las premisas y expresa la validez o invalidez de los razonamientos.

La Argentina del siglo XXI, se encuentra consolidando un proceso histórico, que no sólo vitaliza la discusión pública en torno a cuestiones fundamentales sino que a la vez vuelve posible el acceso igualitario a la expresión doctrinaria contribuyendo a democratizar la justicia e igualar derechos; objetivo que cumple el lanzamiento de esta editorial.

.....
(1) FOUCAULT M., *La verdad y las formas jurídicas*, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1978; Trad. de: Enrique Lynch, Barcelona, Editorial Gedisa, 1996

PRESENTACION

Es a través de Infojus que esta acción puede verse concretada, y las Ediciones que aquí se presentan reflejan la continuación y profundización de un proyecto desarrollado para que el estudio, investigación, análisis y difusión del Derecho se constituyan en un bien de todos los habitantes de la Nación, fortaleciendo la verdadera institucionalidad.

Las revistas fueron elaboradas por personalidades relevantes de la comunidad jurídica que, desde un pensamiento joven, han sumado excelentes contribuciones sobre aspectos actuales y controvertidos. Este esfuerzo, realizado por los directores y secretarios de redacción, con el apoyo y el trabajo constante de diversas áreas del Ministerio, como la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico Legal, la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa y el Departamento de Comunicaciones y Prensa, permitió la concreción de este proyecto.

Enmarcada en las políticas de inclusión y acceso a la información, las cinco publicaciones iniciales de Ediciones Infojus —Filosofía del Derecho, Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Penal y Derecho del Trabajo—, se constituyen como una propuesta plural, con criterio federal, destinadas a posibilitar la difusión de un derecho que responda a las necesidades de nuestro pueblo.

Julián Álvarez

Editorial

Desamparo y castigo siempre son una combinación catastrófica para la población vulnerable. Reparar el padecimiento material y aquel causado en la subjetividad por el experimento liberal del último cuarto de siglo llevará tiempo. La situación carcelaria del país hasta hace unos años parecía más herencia del campo de concentración de la dictadura que de la tradición penitenciaria de Pettinato. En esa situación no es nada paradójico que se construyan cárceles para sacar presos de contenedores comerciales o se atienda el sufrimiento psíquico de la enfermedad mental grave de un interno.

No creemos en los milagros punitivos y menos cuando son los pobres los que operan como chivos expiatorios para satisfacer la ilusión del castigo sanalotodo. Conocemos que estas fantasías son muy humanas. Por ello el desafío nada fácil de este proyecto editorial público es el de contribuir a evitar que la pulsión vindicativa permanente, que en la sociedad se manipula, gane al poder punitivo para extremos intolerables.

Sabemos que la cuestión criminal no se agota en lo que hacen jueces, fiscales, defensores, policías o penitenciarios. Porque no hay poder punitivo irracional sin su correspondiente cultura que le da sentido, queremos dirigirnos también a académicos, profesionales del derecho, estudiantes y al público en general.

Penas alternativas y alternativas a la prisión como primer núcleo temático parece la mejor definición de política penal que esta revista quiere promover. Esto es, prácticas de reducción o evitación de la pena de encierro mediante su remplazo por —modalidades— distintas al encierro o sustitución por prácticas enmarcadas en la justicia restaurativa.

Entre las primeras están el perdón, la conciliación, la suspensión del juicio a prueba, la vigilancia electrónica a distancia, las penas restrictivas de derechos, la limitación de fin de semana e interdicción temporaria de un derecho, la multa, etc. Ellas se inscriben en términos filosóficos a favor de la pena como algo positivo para la sociedad pero reconocen los efectos negativos del encierro. La segunda, por el contrario, se define como una propuesta alternativa al castigo estatal. En este contexto, cuesta hallar una definición de justicia restaurativa. Diferentes teorías y prácticas coinciden

en el objetivo de reparar el daño y la lesión que el conflicto penal produce a las relaciones interpersonales.

Las penas alternativas y las alternativas a la pena han sido motivo de diversas conferencias y encuentros y proyectos. Un sinnúmero de programas internacionales y normativas las propusieron e impulsaron en el ámbito local. Casi todos los países vieron modificadas sus instituciones para incorporar en algún punto del proceso prácticas de mediación o alternativas a la prisión. El espíritu que mueve estas reformas es la búsqueda de respuestas diversas al juicio inquisitorio y al dominio de la prisión como única respuesta a la pulsión vindicativa.

Roberto Carlés aborda el problema de las alternativas a la cárcel en relación con la demagogia punitiva y la ideología correccional. Mariano Ciafardini, se enfoca en el análisis de las alternativas a la prisión en el último proyecto de reforma integral al código penal del año 2006. Di Giulio se ocupa de la tensión entre infractor y víctima para la mediación penal. Carlos Elbert, analiza en detalle diversas estrategias, prácticas y teorías construidas con el fin de reducir el poder coercitivo mediante el remplazo, reducción o abolición el sistema penal. Eleonora Devoto se concentra en la figura del avenimiento recientemente derogada. Irene Corach, Luis D'Angelo, y Valeria Vegh Weis presentan resultados de una investigación sobre la probation. Japiassu desarrolla la experiencia en Brasil sobre penas alternativas. Matthews reflexiona y cuestiona la teoría de la justicia restaurativa denominada "Reintegrative Shame". Nordenstahl propone un modelo de mediación restaurativa. Perel, analiza la mediación penal en la ciudad de Buenos Aires. Tamburrini, presenta una crítica interna de la concepción retributiva radical aplicada para los crímenes masivos cometido por el Estado. Terradillos estudia el papel de las penas alternativas en el modelo español y René Van Swaaningen se ocupa del giro punitivo en Holanda.

También se incluye, con carácter permanente, una sección que se habrá de ocupar de lo atinente a aspectos variados del denominado derecho procesal de la organización judicial penal que, en general, no ha recibido la atención correspondiente por parte de la academia.

Esperamos que este número como los que sigan contribuyan al debate en busca de un trato más humano para todos.

Los directores

Índice general

Doctrina

P. I

Las penas e institutos alternativos a la prisión. Entre la reducción de daños y la expansión del control estatal, por ROBERTO M. CARLÉS.....P.3

Las penas alternativas en un proyecto de reforma integral de la legislación penal argentina, por MARIANO CIAFARDINI..... P. 25

Sobre un modelo de consenso y la defensa del avenimiento, por ELEONORA DEVOTO..... P. 39

Alternativas a la pena de prisión en un modelo penal bilateral, por GABRIEL H. DI GIULIO..... P. 59

La mediación como modo de abordaje del conflicto penal, por ULF C. EIRAS NORDENSTAHL..... P. 77

La búsqueda de alternativas al poder penal del Estado, por CARLOS A. ELBERT..... P. 95

Alternativas à prisão no Brasil: instrumentos para a redução da população carcerária ou para a ampliação do controle estatal?, por CARLOS E. JAPIASSÚ P. 115

Avergonzamiento reintegrador y justicia restitutiva: ¿Reconciliación o divorcio?, por ROGER MATTHEWS..... P. 133

Mediación penal en la Ciudad de Buenos Aires: debates sobre su constitucionalidad y otros aspectos problemáticos de su regulación, por MARTÍN G. PEREL.. P. 163

¿Trocar verdad por justicia?, por CLAUDIO TAMBURRINI..... P. 199

Malos tiempos para las alternativas a la cárcel (a propósito de las últimas reformas penales en España), por JUAN M. TERRADILLOS BASOCO..... P. 223

Revirtiendo el giro punitivo, por RENÉ VAN SWAANINGEN P. 259

Suspensión del juicio a prueba. Percepción de su funcionamiento y del rol de los psicólogos desde los juzgados penales, contravencionales y de faltas de la Ciudad de Buenos Aires, por IRENE CORACH, LUIS D'ANGELO Y VALERIA VEGH WEIS P. 293

Proyectos de Investigación P. 343

Cesura de Juicio. Determinación de la pena. P. 345

La Universidad a la Escuela. P. 349

Organización Judicial P. 353

Subrogaciones: ¿remedio o síntoma de enfermedad?, por JUAN P. IRIARTE y NAHUEL PERLINGER P. 357

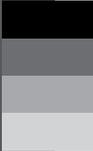
¿Justicia colonial o justicia democrática?, por DIEGO GARCÍA YOMHA y SANTIAGO MARTÍNEZ. P. 401

Fuentes Citadas P. 435

Índice Temático P. 449

.....

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en:
www.infojus.gov.ar



Doctrina

Las penas e institutos alternativos a la prisión. Entre la reducción de daños y la expansión del control estatal⁽¹⁾

por **ROBERTO M. CARLÉS**⁽²⁾

A Luis Alberto Spinetta.
Hasta siempre, Flaco.

I | De la cárcel como alternativa a las “alternativas” a la cárcel: la expansión del control estatal

Las denominadas penas alternativas a la prisión, que fueron objeto de interés académico y de regulación legislativa cuatro décadas atrás, ya desde hace mucho tiempo no inspiran reflexiones entre los penalistas ni reformas profundas en la política criminal. Esto se debe a que han demostrado ser totalmente ineficaces para la reducción de las tasas de prisionización. Diversamente a cuanto sostenían hace cuarenta años un gran número de académicos y prácticos reformistas, seducidos por el lenguaje edulcorado

.....

(1) *El presente trabajo está basado en los apuntes de nuestra conferencia homónima, pronunciada en el panel “Penas y sanciones alternativas en el siglo XXI”, en el marco del I Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Retos y desafíos del Derecho Penal y la Criminología, en reconocimiento al Dr. E. Raúl Zaffaroni, en la Ciudad de Guatemala, el 13 de abril de 2011. En el marco de dicho evento se fundó la ALPEC, Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (www.aladpc.org).*

(2) *Universidad de Buenos Aires. Università degli Studi di Ferrara. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología.*

de prácticas de control que se presentaban como “autónomas”, “comunitarias”, “desprofesionalizadas”⁽³⁾, el enorme abanico de institutos englobados en el concepto de “penas alternativas a la prisión” ha demostrado ser instrumentalmente funcional a las más heterónomas, centralizadas y profesionalizadas respuestas estatales en materia penal.

Aun cuando estos institutos se presenten como tendentes a evitar la imposición efectiva de la pena privativa de la libertad, y con ella todas las consecuencias degradantes que para la persona acarrea su institucionalización carcelaria, lo cierto es que las alternativas poco tienen de alternativo. Poco tiene de novedoso, también, mi planteo, formulado y repetido desde hace cuarenta años por autores como Michel FOUCAULT, Stanley COHEN y Massimo PAVARINI⁽⁴⁾, entre muchos otros.

Pues bien. La historia de las alternativas en materia de castigo es una vieja historia. Basta pensar que la prisión nació como una alternativa humanitaria – más acorde con el discurso liberal-burgués y con las necesidades de la burguesía que había ascendido al poder – frente a la pena de muerte y a los tormentos. Alternativa necesaria, además, cuando la pena de deportación/relegación se tornó impracticable por la pérdida de las colonias y por sus costos. Si bien la filosofía de la reforma era muy heterogénea, sus distintas corrientes confluían en la propuesta de configurar una nueva racionalización del castigo, más eficaz. Como señalaba FOUCAULT:

“El verdadero objetivo de la reforma [...] no es tanto fundar un nuevo derecho a castigar a partir de principios más equitativos, sino establecer una nueva “economía” del poder de castigar, asegurar una mejor distribución de este poder, hacer que no esté ni demasiado concentrado en algunos puntos privilegiados, ni demasiado dividido entre unas instancias que se oponen: que esté repartido en circuitos homogéneos susceptibles

(3) PAVARINI, MASSIMO, *Descarcerización y Mediación en el Sistema Penal de Menores*, en Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998/A, pp. 111-120.

(4) Cfr. FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 30ª ed. en español, trad. de Aurelio Garzón del Camino, México DF: Siglo veintiuno editores, 2000 (1976); COHEN, STANLEY, *Visions of Social Control*, Cambridge: Wiley-Blackwell, 2001 (1985); PAVARINI, MASSIMO, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, p. 96 y ss.

de ejercerse en todas partes, de manera continua, y hasta grano más fino del cuerpo social”⁽⁵⁾.

Esta nueva economía del castigo, entonces, proponía:

“[...] no castigar menos, sino castigar mejor; castigar con una severidad atenuada, quizá, pero para castigar con una mayor universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social”⁽⁶⁾.

El discurso de las alternativas desciende, dos siglos después, de la filosofía de los reformistas, quienes proponían impregnar —conscientemente o no— la totalidad del espacio social con una forma de penalidad que, según el punto de vista de algunos de ellos, no debía permanecer limitada al espacio confinado de la cárcel, pues de ese modo perdía fuerza disuasoria. Esa filosofía apuntaba más al alma que al cuerpo de los condenados, aunque con razón la cárcel puede también considerarse un castigo corporal en virtud de la privación de libertad ambulatoria, las innumerables restricciones y condicionamientos impuestos para ejercer hasta las más elementales conductas, el padecimiento físico que acarrea el encierro, las enfermedades, y, por supuesto, las torturas y las muertes en aparentes suicidios y motines. Sin embargo, o por ello, la prisión se impuso y absorbió la totalidad de las prácticas penales.

Con todo, a los reformadores debemos reconocer el mérito de haber instalado la reflexión jurídica, es decir, el discurso sobre los principios del derecho y los límites al poder estatal que permearía la codificación. Pero el modelo carcelario desconoce desde siempre estos límites, su finalidad es formar sujetos obedientes y neutralizar personas consideradas peligrosas, a través del encierro o la aniquilación. Es importante recordarlo en tiempos en los que se propone al derecho penal como el guardián de la vigencia de las normas o de la fidelidad al Estado. Aunque puedan existir puntos de contacto, las propuestas de los reformistas y de los teóricos de las disciplinas son irreductibles, tanto como lo es el Estado de derecho y el Estado de policía, por cuanto el segundo pueda ser inherente al primero.

.....

(5) FOUCAULT, *op. cit.*, p. 84 y s.

(6) FOUCAULT, *cit.*, p. 86.

II | El origen del discurso de las “alternativas” a la cárcel y la reacción contra el uso de la pena privativa de la libertad breve

La historia de la cárcel es a su vez la historia de los proyectos de reforma y de la búsqueda de alternativas a ella misma. La oposición a las penas (privativas de la libertad) breves, y la propuesta de aplicar instrumentos sancionatorios sustitutivos, comenzó a cobrar especial relevancia desde mediados del siglo XIX. En 1864, BONNEVILLE DE MARSANGY centraba su programa de política criminal en un fuerte redimensionamiento del alcance de la pena privativa de la libertad⁽⁷⁾. En la Alemania de FRANZ VON LISZT, para quien las penas cortas producían un daño mayor que la impunidad del condenado, las penas privativas de la libertad de hasta un año equivalían al 96 % del total, y las condenas de hasta tres meses el 70, 91%⁽⁸⁾. Este uso abusivo de penas cortas era generalizado en toda Europa. En Italia, las penas cortas eran de una proporción similar a la alemana, aunque registran una contracción drástica con la entrada en vigor del código Rocco, por cierto no por empleo de penas alternativas sino por la sustitución de las penas cortas por penas de media y larga duración⁽⁹⁾.

Si bien se ha discutido mucho sobre el alcance del concepto de “pena breve”, lo cierto es que su disfuncionalidad fue denunciada desde el inicio de la era carcelaria. Por supuesto, la crítica tenía un contenido más teleológico que ético, es decir, lo que estaba en la mira de los críticos era, fundamentalmente, el carácter contraproducente de las penas breves a la luz de

(7) Cfr. PADOVANI, TULLIO, *Evoluzione storica ed aspetti di diritto comparato nelle misure alternative*, en Cass. pen. Mass. Ann., 1979, p. 492; *idem*, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano: Giuffrè, 1981, p. 41 y ss.; Dolcini, Emilio; Paliero, Carlo Enrico, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, Giuffrè Editore, p. 1 y ss.; Kaiser, Günther, *Criminologia. Una introduzione ai suoi principi*, Milano, 1985, pp. 164 y ss.

(8) RUSCHE, GEORG; KIRCHHEIMER, OTTO, *Pena e struttura sociale*, Bologna, p. 246.

(9) *Ibidem*, p. 249.

los fines atribuidos a la pena⁽¹⁰⁾. En el plano académico, la doctrina había consagrado esta crítica en el I y el III Congreso Internacional de Derecho penal y Penitenciario, que tuvieron lugar en Londres en 1872 y en Roma

(10) *Jeremy Bentham, por ejemplo, consideraba superfluas las penas cuando se pudiese lograr el mismo objeto con medios más suaves, y calificaba como "demasiado costosas" a las penas cuyo mal excediese el del delito, en cuyo caso el legislador hubiera causado más padecimientos de los que habría prevenido. Cfr. BENTHAM, JEREMY, Teoría de las penas, en Id., Obras Selectas, Tomo II, Buenos Aires: Librería El Foro, 2003, p. 68 y s. En sentido contrario, y aunque defendía también la idea de proporcionalidad de la pena sobre la base de un sistema de penas y recompensas en el que las leyes penales se hicieran "de modo que el que se determine a cometer un delito, tenga algún interés en no consumarle", en su Discurso sobre las penas (1782), Manuel de Lardizábal y Uribe defendía el carácter irremisible de la pena: "la ciencia cierta de que el que comete un delito ha de ser infaliblemente castigado, es un freno muy poderoso para contener, aun cuando las penas sean moderadas. Por el contrario, la esperanza de la impunidad es un incentivo para el delito, y hace desprestigiar aun las más rigurosas penas". No obstante, admite la posibilidad del indulto y la clemencia, punto en el que polemiza con Rousseau. Preocupado también por el "efecto contagio", no proponía entonces alternativas a la cárcel sino que sugería una separación de los condenados: "Hay (y esto es lo peor) una perjudicialísima mezcla de toda clase de delincuentes. El deudor, el enamorado, el contrabandista, el que delinquirió más por fragilidad que por malicia y corrupción, el que cometió alguno de aquellos excesos que no son incompatibles con la hombría de bien, todos éstos están confundidos con el ladrón, con el asesino, con el blasfemo, con el perjuro, con el falsario. ¿Y qué efectos tan perniciosos no debe causar una mezcla y confusión tan extraña?*

[...] A la manera que en un gran hospital los hábitos corrompidos que despiden los diversos enfermos, infectando el aire, producen nuevas enfermedades que no había y hacen incurables las que no lo eran, así en un cárcel el trato de unos con otros y los malos ejemplos, más contagiosos que las enfermedades epidémicas, cundiendo por todos como un cáncer, hace perversos a los que no lo eran y consuman en su perversidad a los que ya lo eran, convirtiéndose de esta suerte las cárceles destinadas para la custodia de los reos, en escuelas de iniquidad y seminario de hombres malos y perniciosos a la república.

[...] Éste es, a mi juicio, el origen de los malos efectos de las penas: porque como los reos que son condenados a ellas salen ya pervertidos de las cárceles, y perdido en mucha parte o en todo el pudor y la vergüenza, creyendo que ya tienen poco o nada que perder, se abandonan fácilmente a otros excesos mayores, hasta llegar muchos al estado de incorregibles. Por esta razón debería empezar desde aquí la reforma si se quiere curar el mal en su raíz, como parece justo y correspondiente, y por la misma deberían contenerse algunos jueces, que suelen tener demasiada facilidad en dictar autos de prisión". (op. cit., p. 246 y ss.)

Este espíritu también dominó desde su origen a los institutos tendentes a la evitación de la pena breve de prisión. Así, en el proyecto de 1906, al incorporar la condena de ejecución condicional se afirmaba: "... La Comisión considera que es ésta una verdadera conquista del Derecho penal moderno y que habría sido imperdonable de su parte no incorporarla a su proyecto, convencida, como está, de que ella realiza una obra de muchísima justicia y aparta de la carrera del crimen a muchísimos delincuentes ocasionales". Cfr. al respecto, DEVOTO, Eleonora, «Probation» e institutos análogos, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 57 y ss.

en 1885, así como en la primera sesión de la Internationale Kriminalistische Vereinigung de Bruselas, en 1890⁽¹¹⁾.

III | Evolución histórica y clasificación de las “alternativas”⁽¹²⁾

Como consecuencia, en particular, de la unánime crítica a las penas “breves”, ya hacia fines del siglo XIX y desde la Academia se impulsaron procesos de reforma penal que incorporaron las primeras “alternativas” a la cárcel. En primer lugar, hicieron su aparición las formas alternativas al cumplimiento efectivo de las penas privativas de la libertad⁽¹³⁾: v. gr. suspensión de la condena, suspensión de la ejecución de la pena o condena condicional, suspensión simple y suspensión integrada con formas de asistencia y control. Estas medidas se difundieron entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX: así, en Inglaterra (1879), Bélgica (1888, que incorpora además la libertad condicional), Francia (1891, que incorpora la libertad condicional y la condena condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena), Italia (1904), Suecia (1906)⁽¹⁴⁾, España recién incorpora la condena condicional en 1908, y años después la libertad condicional (1914)⁽¹⁵⁾.

.....

(11) La corriente encabezada por Franz von Liszt e integrada, entre otros, por Prins, van Hammel y Graçon, sostenía que el estudio sociológico y antropológico del delito y del delincuente, debía proporcionar al derecho penal nuevos contenidos, promoviendo un proceso de reformas en distintos países en el que la lucha contra las penas privativas de la libertad de corta duración era prioritaria. Se proponía también la ampliación de los sistemas de libertad condicional y de la condena condicional (cfr. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, 4ª edición de la Parte General, 9ª reimpresión total, 1983, Buenos Aires: TEA, p. 36).

(12) Aunque nos referiremos a la naturaleza jurídica de algunos de los institutos analizados, la clasificación que aquí presentamos se basa en el objetivo político-criminal que, al menos a nivel discursivo, se plantean las alternativas: i.e. la disminución de la cantidad de personas sometidas a la pena privativa de la libertad.

(13) La libertad condicional, en cambio, es anterior a los demás institutos alternativos a la pena privativa de la libertad. Se atribuye su origen al código penal español de 1822. El Código de Baviera contemplaba la gracia, que, aunque con otra naturaleza, operaba en forma similar en la práctica. De allí llega a nosotros, para plasmarse en el código Tejedor y en el código de 1886. La gracia, a diferencia de la libertad condicional, implicaba una remisión de la totalidad de la pena, sin condición alguna.

(14) Cfr. PADOVANI, op. cit. p. 176, nota 288.

(15) Cfr. DELGADO, SERGIO, “Penas e institutos procesales alternativos a la privación de libertad”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2/2011, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 205.

Más adelante comenzarían a introducirse las formas alternativas de cumplimiento de la pena luego de un período de cumplimiento efectivo, que se aplican luego del cumplimiento de una parte de la condena, como la semilibertad y la semidetención con trabajos obligatorios en el exterior (Francia, Holanda, Suiza, Bélgica, Austria y Dinamarca, estos tres últimos en la década del sesenta del siglo pasado). También hacia mediados de la década del setenta, se introdujo en Alemania, Holanda, Bélgica y Suiza el arresto de fin de semana; en Italia, tardíamente, estas medidas fueron receptadas por la reforma penitenciaria de 1975. En 1986 Italia incorporó el arresto domiciliario, con la ley 663, que es en realidad una pena privativa de la libertad ejecutada fuera de la cárcel.

En el *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* de 1966 (Proyecto alternativo de Código Penal alemán)⁽¹⁶⁾, se incluían la libertad condicional y la suspensión condicional de la pena, que se debían aplicar sin conexión alguna con la conducta posterior del penado durante la ejecución de la pena, no obstante el perfil resocializador del Proyecto alternativo. El Proyecto incorporaba, además, la advertencia con reserva de pena para los autores primarios y la declaración de culpabilidad con renuncia de pena, en casos de *poena naturalis*, y de conflicto de autores por convicción y de conciencia con exclusión de los delitos contra la vida. Todas estas propuestas fueron incorporadas en el Código Penal alemán de 1975, con la única excepción de la renuncia con declaración de culpabilidad en los casos de situaciones extraordinarias de conflicto de conciencia⁽¹⁷⁾.

También con una clara teleología resocializadora, el Código Penal francés autoriza la ejecución de la pena privativa de libertad en la modalidad de semilibertad, para quien ejerza una actividad profesional, de aprendizaje o formación profesional, un empleo temporario, si su participación es esencial en la vida familiar o si requiere tratamiento médico.

El proyecto alemán sobre reparación, promovido por J. BAUMANN y Claus ROXIN, entre otros, tiende a poner en práctica el principio de subsidiariedad, admitiendo para un gran número de casos en los que se aplica la pena privativa de la libertad, la posibilidad de sustituirla por una multa

(16) Cfr. BACIGALUPO, ENRIQUE, *Alternativas a la pena privativa de libertad en el derecho penal europeo actual*, en Íd., *Hacia el nuevo Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 697 y ss.

(17) *Ibidem*, p. 706.

reparadora a favor de la víctima, y para los casos restantes, de que dicha reparación sea considerada como un atenuante de la pena a imponer.

La suspensión integrada con formas de control puede ser posterior a la sentencia y suspender el cumplimiento de la pena, o bien puede concederse en una etapa anterior del proceso, interrumpiéndolo (como en el caso de la Argentina, en la que funciona como una medida suspensiva del proceso penal).

Los sustitutivos penales, por otra parte, son en su mayoría formas de restricción de la libertad. Comprenden esta tipología, institutos tan diversos como la libertad condicional, el trabajo comunitario, y para alguna parte de la doctrina también el arresto domiciliario. Estas medidas pueden concederse con posterioridad al cumplimiento de un período de ejecución de la pena privativa de la libertad o de sometimiento a la prisión preventiva (como explicamos supra), o bien en forma simultánea a las últimas etapas de la ejecución de la pena, siempre en una perspectiva progresiva, acorde con la ideología correccionalista dominante desde fines del siglo XIX: a modo de ejemplo, recordamos que los sustitutivos penales fueron codificados en Italia en 1889; los arrestos domiciliarios fueron contemplados en el Código austríaco de 1852; el trabajo de utilidad pública era previsto en diversos Länder alemanes (Sajonia, Tubinga, Baden, Prusia); también se incorporaron al Código Penal noruego de 1902.

El arresto domiciliario es, en cambio, una forma especial de cumplir con la pena privativa de la libertad⁽¹⁸⁾, toda vez que su cumplimiento en la cárcel

.....

(18) El art. 10 del Código penal argentino establece que: "Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El interno mayor de setenta años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo". El art. 33 de la Ley 24.660 (Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad), establece la necesidad de un "informe médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique". El legislador debería ocuparse del debate acerca de la concesión de este beneficio a los condenados por crímenes de lesa humanidad, para resolver una cuestión que ha generado controversias a nivel judicial, ya que diversos tribunales han negado el beneficio a los imputados y condenados por estos crímenes, apelando a diversos argumentos tales como considerar indicio de la intención de fuga el rechazo de la jurisdicción del tribunal por parte del imputado, o bien apoyándose en la naturaleza de los delitos imputados entendida como dato que haría presumir entorpecimiento del accionar de la justicia, entre otras razones. Parte de la doctrina argumenta también la aplicabilidad de los

implicaría la privación de otros derechos fundamentales además de la libertad (ej., la salud)⁽¹⁹⁾.

IV | Otras alternativas a la pena privativa de la libertad

Una subespecie de sustitutivo penal son las diversas formas de justicia restaurativa, como la mediación penal, que también puede aplicarse en forma alternativa o simultánea a una pena privativa de la libertad, a los fines de conceder un ulterior beneficio. La bibliografía sobre el tema es inabarcable, así como las experiencias comparadas al respecto⁽²⁰⁾. Es interesante destacar que la mediación resulta practicable sólo cuando la víctima percibe el daño sufrido no tanto como un conflicto abierto con otro, sino como un malestar o sufrimiento sobre el que es posible actuar. Es mucho más practicable, como señala Massimo PAVARINI, por ejemplo, en el caso del padre de la víctima si ésta murió en un accidente de tránsito que en la hipótesis de una muerte producida en un tiroteo en un asalto. La lesión es objetivamente la misma, el sufrimiento de la víctima también lo es. La diferencia, sin embargo, aparece como una obviedad a los ojos del penalista, por la distinta gravedad del injusto en uno y otro caso. Sin embargo, nos ilustra acerca de las limitaciones de una práctica que, para comenzar, exige el arrepentimiento del autor del delito, su voluntad de colaborar, y también el consenso de la víctima. Para comenzar, parece demasiado.

Otra subespecie particular de sustitutivo penal, lo constituye la represión judicial. La incluyó el Código Penal español de 1870, y también la contem-

.....
 criterios sentados por la Corte Suprema para la denegación de la excarcelación (cfr. el fallo "Vigo, Alberto Gabriel, causa 10.919, 14/9/2010, entre otros precedentes, del Máximo Tribunal). Cuando se discutió la ley 26.472, el senador Miguel A. Pichetto propuso la inclusión de un art. 33 bis que excluyera expresamente del beneficio de arresto domiciliario a los mayores de setenta años imputados de delitos de lesa humanidad, pero dicha iniciativa no prosperó.

(19) ZAFFARONI, E. RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 951.

(20) En realidad, sobre la base de la justicia restaurativa se apoya toda una corriente criminológica muy difundida, sobre todo en el ámbito anglosajón. Entre los penalistas, ha sido un tema muy trabajado por autores alemanes, como Roxin. En nuestro país, cfr. por todos, el recordado ELÍAS NEUMAN, en *Mediación Penal*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005.

plaban el Código de Baviera (§ 22, 2º párrafo) y el código peruano de 1862 (art. 85).

Otra categoría, es la de las penas sustitutivas no privativas de la libertad o bien la posibilidad de sustituir la prisión con una multa, siendo la de mayor importancia la pena pecuniaria, que era la medida que más entusiasmo despertaba entre los reformadores de principios del siglo pasado, como lo verifica la revisión del sistema sancionatorio que tuvo lugar en la década del '20 en la República de Weimar.

V | Las “medidas alternativas” en la Argentina: una breve caracterización

I | Formas alternativas de cumplimiento de la pena luego de un período de cumplimiento efectivo

PRISIÓN DISCONTINUA Y SEMIDETENCIÓN (PRISIÓN DIURNA Y NOCTURNA)

El art. 36 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (Ley 24.660), establece que la prisión discontinua⁽²¹⁾ se cumplirá mediante la permanencia del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, por fracciones no menores de treinta y seis horas, procurando que ese período no coincida con los días laborables de aquél. Se computará un día de pena privativa de libertad por cada noche de permanencia del condenado en la institución (art. 38, ley 24.660).

(21) Art. 35, Ley 24.660: El juez de ejecución o competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención cuando: a) Se revocare la detención domiciliaria; b) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el art. 21, párr. 2 del Código Penal; c) Se revocare la condenación condicional prevista en el art. 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el art. 27 bis del Código Penal; d) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el art. 15 del Código Penal, en el caso que el condenado haya violado la obligación de residencia; e) La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.

Por su parte, la semidetención consiste en “la permanencia ininterrumpida del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, durante la fracción del día no destinada al cumplimiento, en la medida de lo posible, de sus obligaciones familiares, laborales o educativas. Sus modalidades podrán ser la prisión diurna y la prisión nocturna” (art. 39, ley 24.660), computándose un día de pena privativa de libertad por cada jornada de permanencia del condenado (art. 43), es decir, entre las ocho y las diecisiete horas (prisión diurna, art. 41), y entre las veintiuna horas de un día y las seis horas del día siguiente (prisión nocturna, art. 42).

Dado que no existen los centros de reinserción social basados en el principio de autodisciplina previstos por la ley para estos casos, y tratándose de falencias de la administración en absoluto imputables al condenado⁽²²⁾, los jueces deben conceder estos beneficios siempre que se cumplan los supuestos previstos, y si esto es materialmente imposible por los medios disponibles, o por la ausencia de establecimientos adecuados, se deberá conceder o restablecer el beneficio de la detención domiciliaria, según el caso.

SALIDAS TRANSITORIAS, RÉGIMEN DE SEMILIBERTAD Y LIBERTAD CONDICIONAL

Las salidas transitorias pueden concederse por doce a setenta y dos horas, con el fin de afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales; cursar estudios de educación general básica, polimodal, superior, profesional y académica de grado o de los regímenes especiales previstos en la legislación vigente, y para participar en programas específicos de prelibertad ante la inminencia del egreso por libertad condicional, asistida o por agotamiento de condena. Pueden disponerse, según el nivel de confianza, con el acompañamiento de un empleado que en ningún caso irá uniformado, confiado a la tuición de un familiar o persona responsable, o bajo palabra de honor (art. 15, Ley 24.660).

La semilibertad permite al condenado trabajar fuera del establecimiento sin supervisión continua, en iguales condiciones a las de la vida libre, incluso salario y seguridad social, regresando al alojamiento asignado al fin de cada jornada laboral (art. 23), el que tendrá lugar en una institución regida

.....
(22) ZAFFARONI, op. cit., p. 952

por el principio de autodisciplina (art. 24). El trabajo será diurno y en días hábiles, excepcionalmente será nocturno o en días domingo o feriado, y en modo alguno dificultará el retorno diario del condenado a su alojamiento (art. 25). La incorporación al régimen de semilibertad incluirá una salida transitoria semanal, salvo resolución en contrario de la autoridad judicial (art. 26).

Los requisitos para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad son las previstas en el art. 17 de la Ley 24.660⁽²³⁾.

La libertad condicional no es una pena o instituto alternativo *stricto sensu*, sino una suspensión parcial de la privación de libertad, una forma de cumplimiento de la pena durante un período de prueba que, en caso de resultar favorable, determinará la extinción de la pena privativa de libertad que le quedara por cumplir al condenado⁽²⁴⁾. Hablamos de suspensión parcial de la privación de libertad porque la libertad del condenado continúa siendo limitada por diversas restricciones. En caso de revocación —por comisión de un nuevo delito o violación de la obligación de residencia—, no debería dejar de computarse, al menos parcialmente, el tiempo de libertad condicional efectivamente cumplido. Para ello, es necesario un esfuerzo hermenéutico en la interpretación del art. 15 Código Penal, ante el cual se impone la necesidad de una reforma legislativa, pues la interpretación más corriente del texto implica el cumplimiento doble de la misma pena.

Dado que el Código Penal establece presupuestos objetivos para la concesión de la libertad condicional, la decisión de concederla (o no) no es facultad discrecional del juzgador, por lo que la concurrencia de dichos presupuestos objetivos obliga a éste a otorgar el beneficio.

.....

(23) Haber cumplido la mitad de la condena, quince años para el caso de las perpetuas; no tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente; poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación; merecer, del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado.

(24) Su naturaleza jurídica ha sido objeto de una larga e irresuelta controversia: se la ha considerado una rectificación de la pena, una remisión parcial a título de recompensa legal (no de gracia), una interrupción de la ejecución de la pena o una forma de cumplimiento de ésta; cfr. al respecto, Zaffaroni et al., p. 956 y ss.

TRABAJO PARA LA COMUNIDAD

El juez puede sustituir, total o parcialmente, la prisión discontinua o la semidetención⁽²⁵⁾ por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado, fuera de los horarios habituales de su actividad laboral comprobada. Se computan seis horas de trabajo para la comunidad por día de prisión. El plazo máximo para el cumplimiento de la pena con esta modalidad de ejecución es de dieciocho meses (art. 50, Ley 24.660).

LIBERTAD ASISTIDA

La libertad asistida permite el egreso anticipado del condenado "y su reintegro al medio libre" seis meses antes del agotamiento de la pena temporal. Es una atribución facultativa del juez, quien puede concederla a pedido del condenado y previo informe del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento penitenciario. El juez de ejecución o juez competente sólo puede denegar la petición del condenado "excepcionalmente" y cuando considere, por resolución fundada, que el egreso puede constituir "un grave riesgo para el condenado o para la sociedad" (art. 54, Ley 24.660)⁽²⁶⁾. La libertad asistida, a diferencia de la condenación condicional, es aplicable tanto a condenados "primarios" como a reincidentes.

2 | Alternativas al cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad.

CONDENACIÓN CONDICIONAL Y SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

La legislación argentina, siguiendo el sistema francés⁽²⁷⁾, según el cual se requiere el pronunciamiento de la condena y lo que se suspende es el

(25) Cuando la prisión discontinua o la semidetención hubiesen sido concedidas por revocación de la condenación condicional prevista en el art. 26 CP por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el art. 27 bis CP.

(26) El art. 55 de la Ley 24.660 establece una serie de condiciones que debe cumplir el condenado incorporado al régimen de libertad asistida. El art. 56, por su parte, establece los casos en los que el beneficio es revocado.

(27) Establecido por la denominada "ley Berenger" de 1890.

cumplimiento de la pena, regula la condenación condicional en los arts. 26 a 28 del Código Penal. Parte de la doctrina la considera una forma de ejecución, aunque en realidad la ejecución de la pena es precisamente lo que se deja en suspenso, y que se ejecuta si el condenado comete un nuevo delito. Es un instituto pensado como una “forma de sentenciar” tendente a evitar las penas privativas de la libertad de corta duración. Sin embargo, la letra de la ley parece limitar este beneficio sólo a los condenados “primarios” y de “buen pronóstico”⁽²⁸⁾, lo que facilita arbitrariedades en la decisión judicial. A diferencia de la libertad condicional, la condena de ejecución condicional no es un derecho del condenado, sino que es una atribución del juez concederla o no.

Por su parte, la suspensión del juicio a prueba (probation, art. 76 bis CP y Ley 24.316), cuando es cumplida en el plazo y en las condiciones estipuladas, extingue la acción penal (art. 4 CP). La condenación condicional, en cambio, hace pasar la condena en calidad de cosa juzgada, y, por ende, con declaración de culpabilidad y todas las consecuencias que de ello se derivan. La condena, aunque suspendida, deberá cumplirse si el condenado comete un nuevo delito dentro del plazo de cuatro años, junto con la que le correspondiere por el segundo delito (art. 27 CP).

La suspensión del juicio a prueba establece la posibilidad de suspender el proceso bajo la condición de reparar el daño “sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente” (art. 76 bis CP). Originalmente propuesto como un mecanismo tendente a la disminución de la población carcelaria y al descongestionamiento de los tribunales, se ha presentado como absolutamente ineficaz para la realización de ambos objetivos.

Hubo dos posturas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sobre el alcance de la probation, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el recurso de hecho A.2186.XLI, “Acosta, A. E. s/infracción

(28) El art. 26 del Código Penal argentino establece que la pena podrá dejarse en suspenso “en los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años”. La decisión debe ser fundada, bajo sanción de nulidad, “en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad”. En la Exposición de Motivos del proyecto de Código Penal de 1917, se caracterizaba el término “personalidad moral” como “lo que permite tener confianza en que el sujeto no volverá a delinquir”. Cfr. DEVOTO, ELEONORA, op. cit., p. 59.

art. 14, párr. 1º, ley 23.737”, causa 28/05, el 23 de abril de 2008⁽²⁹⁾, zanjando la cuestión. La denominada “tesis restrictiva”⁽³⁰⁾ entendía que la escala penal en abstracto para el delito atribuido al imputado no debía ser mayor a tres años de prisión o reclusión. La “tesis amplia”, en cambio, sostenía que la probation procedía cuando la hipotética pena en concreto no fuere mayor a tres años, como lo establece el art. 26 CP para la condena condicional. Esta tesis se apoyaba en el párrafo 4 del art. 76 bis CP, que reza: “Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio”. Entonces, si la suspensión del juicio a prueba procede en casos en que pudiera concederse una condena de ejecución condicional, aquella está supeditada a una hipotética pena en concreto no mayor a tres años de prisión.

LAS PENAS ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD: MULTA E INHABILITACIÓN

Nos limitaremos aquí a señalar que las penas de multa e inhabilitación funcionan como sustitutivos de la pena privativa de la libertad, y pueden presentarse como pena principal o alternativa. Sin embargo, la pena de multa y la accesoria de inhabilitación tienen una escasa participación en el total de las sanciones que el sistema penal aplica.

En nuestro país rige el sistema de suma total, que es el más tradicional, y que consiste en la obligación de pagar un monto fijado por el juez sobre la base de la gravedad del delito y de la situación económica del condenado⁽³¹⁾. El más difundido en la legislación comparada es el sistema de día

(29) Cfr. DEVOTO, ELEONORA, ¿“Acosta” venció a “Kosuta”?, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 10/2008, Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 1694 y ss.; también SOLIMINE, MARCELO A., Réquiem para “Kosuta”, y la puesta en crisis de la obligatoriedad de los fallos plenarios: cuando la Corte escribe poco y dice mucho, en Ídem, p. 1701 y ss.

(30) La “tesis restrictiva” fue consagrada por el fallo plenario de la C. Nac. Casación Penal “Kosuta” (C. Nac. Casación Penal, en pleno, 17/9/1999, Kosuta, Teresa).

(31) Bentham sostenía que la multa era la pena que podía fijarse con más igualdad y que mejor podía proporcionarse a las necesidades de los delincuentes. “Hemos observado – sostenía – que tal cantidad, respecto de todo capital, era la medida más exacta, o menos defectuosa de las penas o de los placeres que uno puede procurarse. Si Pedro y Pablo pierden la décima parte de sus haberes respectivos, sus privaciones serán diferentes en especies, pero la suma total será la misma. El supuesto que la ley admite, y que es indispensable admitir,

de multa, según el cual se establece un número de días que depende de la magnitud del delito y de la culpabilidad, y la suma que corresponde a cada día depende, a su vez, de los ingresos del condenado⁽³²⁾.

La inhabilitación es la privación (pérdida o suspensión) de uno o más derechos diferentes a la libertad ambulatoria y a los afectados por la multa. Nuestro Código Penal prevé la pena de inhabilitación absoluta y especial. La inhabilitación absoluta puede aplicarse como penal principal o accesoria.

La inhabilitación absoluta prevista en el art. 12 CP es una pena accesoria a la de reclusión o prisión impuesta por más de 3 años, que cesa cuando se agota la pena. La inhabilitación absoluta es una pena principal, en cambio, cuando se la aplica fuera del supuesto del art. 12 CP, sea que se aplique como pena única (temporal y perpetua) o como pena conjunta (perpetua).

La inhabilitación especial, por su parte, se impone siempre como pena principal, y puede ser temporal o perpetua. Se distingue de la inhabilitación absoluta porque los derechos que afecta están relacionados con el delito cometido, por lo que requiere una precisa determinación judicial sobre su objeto y alcance.

El art. 26 CP excluye a las penas de multa e inhabilitación de la posibilidad de condenación condicional, lo que plantea una contradicción con el art. 5 CP (de las penas y su orden de gravedad), puesto que el beneficio resulta otorgable para la pena más aflictiva, mientras que no lo es para las penas menos graves.

.....
es que los placeres que se pueden procurar con capitales respectivos, son respectivamente iguales. Este supuesto es muy vago e inexacto, pero es el que más se acerca a la verdad, y más seguro que ningún otro. Según él, la pena será la misma para dos individuos si pierden la misma cantidad, no la misma nominal, sino la misma con proporción a sus capitales. Entre dos delincuentes de los cuales el uno posee cien libras esterlinas, y el otro mil, es necesario quitar al uno diez y al otro ciento, para castigarlos por igualdad" (cfr. Bentham, op. cit., p. 218).

(32) Este sistema, adoptado por Brasil en 1830 (cfr. Zaffaroni, op. cit., p. 975), se difundió en Europa luego de que lo adoptaran Dinamarca, Finlandia y Suecia (cfr. Ermgassen, Skandinavien, en Jescheck/Grebing (eds.) Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht, 1978, p. 905-911. El sistema de días-multa se impuso en Alemania, con la reforma de 1975, también lo hizo en Francia, Austria y España, cfr. Jescheck, Hans-Heinrich, Die Geldstrafe als Mittel moderner Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, en Festschrift für Th. Würtenberger, 1977, p. 257 y ss.

3 | Auge y decadencia de las “medidas alternativas”

La lucha contra la pena privativa de la libertad de corta duración alcanzó su punto más alto hacia fines de la década del sesenta del siglo pasado. Coincidiendo con un movimiento cultural, intelectual y político mucho más amplio, que criticaba desde diversos ángulos todas las prácticas de encierro e institucionalización, se consideró a los institutos alternativos como una opción válida a los fines de provocar una sustancial deflación de la población carcelaria. Tanto en la legislación comparada como en nuestra región, las penas alternativas a la cárcel no presentan mayores diferencias, salvo en cuestiones atinentes a los requisitos para su otorgamiento y las condiciones de su cumplimiento: en la legislación comparada encontramos la pena de multa, tanto en su versión reparadora como en el sistema de día-multa; el arresto de fin de semana; el arresto domiciliario; la realización de trabajos de utilidad pública; una serie de limitaciones a la residencia; el cumplimiento de ciertas condiciones para la libertad a prueba; la interrupción del proceso penal con un período de prueba o instancias de mediación, etc.

Sin embargo, desde el inicio de este movimiento, muchas voces alertaron sobre las contradicciones que encerraban estas alternativas y advirtieron sobre su ineficacia con respecto a la finalidad deflacionaria. El tiempo no sólo les daría la razón en el plano de las contradicciones teóricas de este discurso, sino que se demostraría que estas prácticas extienden la ideología correccional más allá de los muros de la cárcel, ampliando el alcance del control penal (aumento de la cantidad de personas alcanzadas por el sistema penal) y sin disminuir el número de encarcelados, que incluso conoció cifras inéditas (entre 1996 y 2006 se duplicó la población carcelaria en la Argentina) a la par que el discurso sobre la cuestión penal —pocos años después del auge de las alternativas— se tornó cada vez más demagógico y punitivista. Este populismo penal⁽³³⁾ ha llegado al punto de rehabilitar el uso de las penas breves, sobre todo a partir de la experiencia norteamericana del shock-system (prevista, por ejemplo, como consecuencia de la revocación de la suspensión a prueba), que en poco tiempo llegará

(33) Sobre el concepto de populismo penal, cfr. PRATT, JOHN, *Penal Populism*, Routledge, 2006.

a Europa desde los Estados Unidos, en el marco de la crisis de la ideología resocializadora y del ascenso del neorretribucionismo y de la aplicación de penas neutralizadoras⁽³⁴⁾.

Un año después de la publicación de *Vigilar y Castigar*, FOUCAULT señalaba, en una recordada conferencia pronunciada en la Universidad de Montreal, que las penas alternativas a la prisión representaban el traslado (al exterior) de las antiguas funciones carcelarias, en lugar de su eliminación. Una especie de relevo institucional, que el filósofo francés ilustra con los casos sueco, alemán y belga, y que asumía la forma de una nueva racionalidad que relegitimaba funciones punitivas y correctivas que corrían el riesgo de ser radicalmente desacreditadas, precisamente, por el mismo movimiento epocal que promovía el uso de penas alternativas. Un movimiento, entonces, que ofrecía a la vez crítica y transfiguración a algunas funciones tradicionalmente atribuidas a la cárcel. Pero que no sólo les permitía sobrevivir, sino que ampliaba su campo de acción y les permitía permear la sociedad a través de las más diversas formas de control social.

Cultor de la sospecha como método, influido, como es sabido, por los "Maestros de la sospecha" (MARX, NIETZSCHE y FREUD), FOUCAULT comprueba que las penas alternativas a la cárcel vienen a comprobar aquél "archipiélago carcelario" que preanunciaba en las últimas páginas de *Vigilar y Castigar*. En la recordada conferencia, afirmaba:

"Finalmente, se trata sobre todo de otras tantas maneras de diseminar fuera de la cárcel funciones de vigilancia, que ahora van a ejercerse ya no simplemente sobre el individuo encerrado en la cárcel, sino sobre el individuo en su vida aparentemente libre, ya que un individuo que se encuentra a prueba es, por supuesto un individuo que se encuentra vigilado en plenitud, en la continuidad de su vida cotidiana, en todas las situaciones de relación con la familia, con su oficio, con sus amistades; se trata de un control sobre su salario, sobre la manera en que emplea ese salario, en el modo de administrar su presupuesto; asimismo se ejercerá vigilancia sobre su hábitat".

(34) En Europa, al menos en el plano discursivo, y tanto en la Academia como en la práctica, el paradigma de la prevención especial positiva y de la resocialización del condenado, continúa siendo dominante.

Pues bien, veamos en qué rasgos de las penas alternativas identificaban sus críticos la continuidad de las funciones carcelarias. Fundamentalmente, en cuatro características esenciales de la ideología correccionalista:

- la importancia atribuida al arrepentimiento y a la enmienda, aunque ésta tenga carácter simbólico, y a la consecuente reforma moral;
- la capacidad redentora y transformadora del trabajo;
- la función socializadora de la familia; y
- el autocastigo.

Estas características son herederas de la racionalidad liberal, de una forma de gobierno de las poblaciones que, a la vez que busca controlar a la totalidad, se dirige a disciplinar a los individuos, a través de la escuela, la familia, el trabajo y la cárcel. Otras características de las penas alternativas poseen una genealogía religiosa, como el arrepentimiento y la enmienda o la propia reforma moral, así como la idea de redención a través del trabajo y el esfuerzo y/o padecimiento físico. No podemos en esta ocasión profundizar estas cuestiones, pero al menos ilustramos el modo en que el propio discurso de las penas alternativas constituía un discurso legitimador del poder punitivo. Por último, es oportuno postular que la idea de autocastigo deriva de la ideología liberal, y que desconoce los más elementales datos de la realidad⁽³⁵⁾.

4 | Crítica final, a modo de conclusión

Si no se ha verificado que la pena aporte beneficio alguno a la sociedad, mucho menos al individuo, más bien lo contrario, si la abolición de la cárcel nos parece una lejana utopía, ¿qué nos queda por hacer? ¿Qué papel juegan en medio de este panorama las penas e institutos “alternativos”. Parecería que quedara sólo espacio para el desconcierto y las incertezas.

(35) Recuérdese la teoría del castigo propuesta por Nino y discutida, entre otros, por Jaime Malamud Goti. Cfr. NINO, CARLOS SANTIAGO, *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 197-269; *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*, 2ª Edición, Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 273 y ss.; y Radical Evil On Trial, Yale, 1996, p. 135-48.; MALAMUD GOTI, JAIME, CARLOS S. NINO y *la justificación del castigo*, en *Programma*, 1, Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, p. 89 y ss. René Girard sostiene que en ocasiones el sacrificio del chivo expiatorio es presentado como “autocastigo”, Cfr. GIRARD, RENÉ, *Le bouc émissaire*, 1982.

Más aún cuando a la crítica planteada al inicio de este trabajo (ineficacia para producir deflación carcelaria y expansión del poder punitivo a personas que de otro modo no serían alcanzadas por la pena privativa de la libertad), se suman otras críticas que van más allá de estos datos empíricos. Luigi FERRAJOLI, por ejemplo, es crítico de la determinación de la medida de la pena en la fase de ejecución, sosteniendo que la pena no puede ser disminuida – ni por la administración carcelaria ni por el juez de ejecución – sobre la base de los resultados del tratamiento y las calificaciones de los condenados. En efecto, la crítica es certera en lo atinente a la afectación de la legalidad, la certeza y la igualdad y en su denuncia de la incoherencia del sistema penal, que por un lado incrementa las penas y endurece las condiciones para la excarcelación, al mismo tiempo que debe asegurar la viabilidad material y política del sistema, para lo cual se ve forzado a recurrir a distintas estrategias de deflación carcelaria, como las salidas transitorias y los indultos⁽³⁶⁾. Sin embargo, como sostiene ZAFFARONI⁽³⁷⁾, en este caso resulta admisible puesto que se trata de una indeterminación en beneficio del condenado, que nunca podrá exceder la pena determinada judicialmente. En cuanto al carácter premial del régimen de concesión de estos beneficios, FERRAJOLI critica que dado que todas las “alternativas” resultan condicionadas al buen comportamiento y a las evaluaciones de organismos técnicos-criminológicos, etc., siendo su concesión facultativa, a la ya señalada incerteza de la pena se agrega un factor de negociación cotidiana con el personal penitenciario para obtener los beneficios.

Coincidimos con FERRAJOLI en que estas medidas, de carácter facultativo en la mayoría de los ordenamientos, deberían convertirse en derechos, pero cierto es también que los jueces tienen el deber de oponerse a lo dictaminado por los organismos administrativos y decidir en sentido contrario, siempre que se den las condiciones necesarias, es decir, a favor de la concesión de estos beneficios (del reconocimiento de estos derechos), afirmándose en su función limitadora del poder punitivo del Estado⁽³⁸⁾.

No creo que las medidas alternativas representen una real alternativa a la práctica del encierro y, mucho menos, a la lógica general de la respuesta

(36) FERRAJOLI, LUIGI, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, nona edizione, Bari-Roma: Laterza, 2008, p. 404 y ss.

(37) ZAFFARONI, op. cit., p. 954

(38) ZAFFARONI, op. cit., p. 955

punitiva y de la ideología correccional. En América Latina, por cierto, no corremos los mismos riesgos denunciados por la criminología central: aunque estos institutos alternativos puedan tener un costo inferior al encierro, requieren la conformación de burocracias cuyo sostenimiento económico en nuestros países es difícil.

Sin embargo, las penas alternativas a la prisión podrían tener la eficacia declamada sólo si a ellas se uniera la decisión política de establecer cupos carcelarios, es decir, la decisión de no aumentar el número de presos ni construir más cárceles. Contra ello conspiran diversos factores, en particular, la expansión del ámbito de la criminalización, la legislación en materia de excarcelación, la ausencia de criterios de oportunidad que permitan renunciar a la acción penal y, fundamental en la situación carcelaria de la región, el abuso de la prisión preventiva. Factores, todos, que involucran decisiones de política criminal. Es difícil, prácticamente imposible, combinar una supuesta voluntad política de disminuir las poblaciones carcelarias con una política criminal demagógica, orientada por los intereses de los medios masivos de comunicación y los objetivos electorales.

Sobre la posibilidad de que esto suceda, en tiempos de expansión de la demagogia punitiva, tengo mis serias dudas. Para lograrlo, y de esto sí estoy seguro, habrá que multiplicar los esfuerzos críticos, desde el saber jurídico-penal y criminológico. Con ese objetivo en el horizonte, utópico quizás, pero hacia el que nos encaminaremos en adelante, se ha fundado la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, que sin ninguna duda contribuirá a la reflexión de los operadores sobre la tarea que les concierne.

Las penas alternativas en un proyecto de reforma integral de la legislación penal argentina

por **MARIANO CIAFARDINI**⁽¹⁾

I |

En la exposición de motivos del anteproyecto de reforma del Código Penal de la Nación elaborado en la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia del año 1994 se citaba una frase del entonces miembro de la Corte Suprema de Justicia Dr. Ricardo Levene (h) que señalaba que el divorcio producido entre el pueblo y el derecho no es culpa del pueblo sino culpa de los años que el pueblo no ha vivido en estado de derecho.

El pensamiento se refería a la, entonces todavía poco distante, era de los ciclos de golpes militares que el país sufrió desde los años 30, y especialmente a la última dictadura militar de 1976-83.

Han transcurrido desde entonces casi treinta años. Sin embargo el advenimiento de la democracia no opera automáticamente como restauración plena de la articulación entre sociedad y derecho, sino que la internalización de la institucionalidad democrática es un fenómeno que se construye en una práctica institucional que exige bastante más que la vigencia formal del estado de derecho.

(1) Director Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Al menos desde el famoso artículo de Marshall de 1950 sobre la ciudadanía integral ha quedado claro que, en la medida que alguien no resulta incluido en el sistema social en todos los aspectos, como por ejemplo, el acceso a la salud, la educación y el trabajo, su estatus de ciudadano está disminuido. Es un ciudadano de segunda categoría.

¿Puede el derecho imponerse a estos ciudadanos con el mismo rigor que a los demás?

También la experiencia histórica de la política criminal ha dejado, ya desde hace tiempo, entrever que el encierro puro y duro poco aporta a la recuperación individual". Atrás los paradigmas biologicistas del positivismo nonocentista, ya, desde principios del siglo XX, la sociología, inicialmente en los EE.UU y luego en todo el mundo, hizo el centro de sus análisis en esta cuestión, concluyendo, cada vez más decididamente, que la pena de prisión aporta mucho más a la des-socialización que a la socialización individual.

Sin embargo el contexto de punitivismo moderno no ha encontrado aún reemplazo satisfactorio y ningún país del mundo podría darse el lujo de abolir su sistema punitivo a riesgo de crear una situación de anarquía selectiva en la que la sociedad punitiva se recreara como islas de alta punitividad en mares de guerra de todos contra todos.

Incluso en el escenario actual de un estado de derecho que pugna por imponerse a nivel mundial, no son pocos los casos en los que el reclamo popular va más contra la impunidad que contra el exceso de severidad del sistema.

En esta tensión debe moverse la racionalidad (hegeliano-weberiana) del estado nacional, en estos tiempos de crisis, que auguran, por otra parte, cambios profundos en la organización social.

El instrumento legal que con sus pro y sus contra más a mano que se tiene (por no decir el único), para navegar en estas complejas aguas agitadas por los peligros del abuso autoritario de poder por un lado y la impunidad por el otro, es el ù alternativas o de regulación de la penalidad de encierro.

Obviamente ello significa acentuar la tensión en el análisis del caso concreto es decir aumentar el poder (y la responsabilidad) de los jueces de ejecución de la pena y de aquellos funcionarios y magistrados que inciden

en la decisión de las “probation”, excarcelaciones , salidas transitorias, libertades condicionales y cualquier otro tipo de alternativa o regulación de la prisión efectiva.

Ante la extraordinaria complejidad de los distintos casos, que se presentan cotidianamente ante los tribunales de justicia, resultaría de aplicación imposible una legislación tabulada en términos estrictos. Tal casuística legislativa llevaría inexorablemente a situaciones de injusticia y arbitrariedad tan grandes que terminaría deslegitimando el instrumento legal mismo.

Encontrar el punto de equilibrio entre los límites del texto legal y el ámbito de discrecionalidad judicial es el *quid* de la cuestión, y ello, además, deberá siempre estar en sintonía con el medio social y político de la comunidad soberana de que se trate.

En este sentido nos parece útil ahora hacer alusión al contenido referido a las alternativas a la pena de prisión, del proyecto de Código Penal elaborado por la comisión *ad hoc* designada en el ámbito del Ministerio de Justicia y derechos Humanos de la Nación, integrada por representantes institucionales pertenecientes a entidades del foro, la judicatura y la academia, por Resolución M.J. y D.H. N° 303 del 14 de diciembre de 2004, modificada por su similar N° 136 del 4 de octubre de 2005.

En el artículo 18 del proyecto bajo la denominación de “Penas alternativas a la privación de la libertad” se establece que las penas alternativas a la prisión que podrán ser aplicadas como consecuencia del hecho punible son:

- a. La detención de fin de semana;
- b. La prestación de trabajos a la comunidad;
- c. la obligación de residencia;
- d. La prohibición de residencia y tránsito;
- e. El arresto domiciliario;
- f. El cumplimiento de las instrucciones o reglas judiciales;
- g. La multa reparatoria.

La detención de fin de semana es una limitación a la libertad ambulatoria por períodos correspondientes a los días sábados y domingos, con una duración mínima de TREINTA Y SEIS horas y de CUARENTA Y OCHO horas de máxima.

Se establece que la detención se cumplirá en establecimientos distintos de los destinados para la pena de prisión.

La prestación de trabajos para la comunidad obliga al penado a cumplir entre OCHO y DIECISÉIS horas semanales de trabajo no remunerado en los lugares y horarios que establezca el juez; se realizará en instituciones, establecimientos u obras de bien público, bajo el control de sus autoridades u otras que se designen. El trabajo será adecuado a la capacidad o habilidades del penado y no podrá afectar su dignidad ni perjudicar su actividad laboral ordinaria.

En ningún caso estas funciones estarán a cargo de organismos policiales ni de seguridad.

La obligación de residencia exigirá al penado habitar en un lugar determinado y no salir de él sin autorización judicial. El lugar de residencia será establecido por el juez y puede fijarse con relación a un perímetro urbano o rural, partido, departamento, municipio o provincia.

La prohibición de residencia impedirá habitar en un sitio determinado y transitar por él sin autorización judicial. El juez determinará el lugar, que podrá ser un perímetro urbano o rural, partido, departamento o municipio.

El arresto domiciliario obligará al penado a permanecer en su domicilio, del que podrá salir únicamente por motivos justificados y previa autorización judicial.

La pena de cumplimiento de instrucciones judiciales consiste en el sometimiento a un plan de conducta en libertad. Las instrucciones deberán estar vinculadas al hecho punible y el plan podrá contener las siguientes directivas:

- a. Fijar residencia;
- b. Observar las reglas de inspección y de asistencia establecidas por el juez;

- c. Dar satisfacción material y moral a la víctima en la medida de lo posible;
- d. Adoptar un trabajo, si no tuviere otros medios de subsistencia o una actividad de utilidad social adecuados a su capacidad y preferencias;
- e. Asistir a cursos, conferencias o reuniones de enseñanza;
- f. Someterse a un tratamiento o control médico o psicológico;
- g. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con ciertas personas, cuando fuera necesario para evitar conflictos;
- h. Abstenerse de abusar del consumo de bebidas alcohólicas o tóxicos y aceptar los exámenes de control;
- i. Cualquier otra que fuere aconsejable según las circunstancias particulares del caso.

La pena de multa reparatoria obligará al condenado a trabajar y a pagar a la víctima o a su familia una parte de sus ingresos mensuales.

El juez podrá reemplazar la pena de prisión impuesta que no exceda de TRES años por igual tiempo de detención de fin de semana, trabajos para la comunidad, limitación o prohibición de residencia, sometimiento a instrucciones o multa reparatoria no superior a CIENTO OCHENTA días. La pena de prisión impuesta que exceda de TRES años y que no supere los DIEZ años se cumplirá, como mínimo, hasta la MITAD de su duración. La pena de prisión mayor de DIEZ años se cumplirá, como mínimo, hasta los DOS TERCIOS de su duración.

Transcurridos esos plazos el juez podrá disponer para el resto de la penalidad el reemplazo de la pena de prisión conforme al régimen de penas alternativas

También se regula la suspensión del proceso a prueba para el imputado de uno o más delitos de acción pública, reprimido con pena de prisión que no exceda de TRES años en su mínimo, que no registre antecedentes condenatorios, por única vez y hasta la citación a juicio.

El imputado deberá asumir la reparación de los daños causados, en la medida de sus posibilidades, sin que esto pueda ser tomado como confesión o reconocimiento de responsabilidad civil.

No procederá la suspensión del proceso a prueba, cuando un funcionario público en ejercicio o con motivo de sus funciones hubiese participado en el delito.

El imputado queda sujeto a todas o a algunas de las siguientes reglas de conducta:

Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato;

- a. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas;
- b. Abstenerse de abusar del consumo de bebidas alcohólicas o tóxicos;
- c. Asistir a la escuela primaria o superior, si no las tuviere cumplidas;
- d. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional;
- e. Someterse a un tratamiento médico o psicológico;
- f. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad;
- g. Realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

Durante el período de prueba se suspenderá el plazo de prescripción de la acción penal.

Si el imputado no cometiere ningún delito durante el plazo de suspensión, repara los daños en la medida aceptada y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal.

Para una fundamentación de la propuesta de “lege ferenda” de la Comisión que mejor que remitirnos a los párrafos pertinentes de la propia exposición de motivos proyectada.

Los lineamientos generales orientadores de la labor de la Comisión, se han fundado especialmente en la necesidad de adecuación constitucional e internacional del texto vigente, de actualización técnico-jurídica y de proporcionalidad y coherencia de la respuesta punitiva, procurando dotar de mayor eficacia a la ley sustancial —dentro del marco político criminal derivado de las normas constitucionales— y alcanzar una mayor unidad, orden sistemático y racionalidad en el Código Penal.

La Comisión ha consultado los anteriores proyectos sobre la materia (Proyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de los Diputados Néstor Perl y Oscar Fappiano, presentado el 13 de noviembre de 1987, el Anteproyecto de Reformas Puntuales al Código Penal de 1988 —Comisión creada por Resolución M.J. N° 420 del 10 de diciembre de 1997— y el Anteproyecto de 1999 de reforma sustancial al Libro Primero del Código Penal y a algunos tipos penales contenidos en el Libro Segundo del mismo cuerpo legal). En el orden internacional se ha consultado el Código Penal alemán, y los más recientes códigos, por ejemplo, el de España, el de Portugal, el de Francia y, en nuestra región, el de Paraguay y el de Guatemala, respetando así nuestra tradición jurídica-continental.

Asimismo, se ha incluido como parte del procedimiento de elaboración del presente Anteproyecto el superlativo esfuerzo realizado por distintas entidades en el plazo establecido en la consulta pública, establecida por la Resolución M.J. y D.H. N° 736 del 9 de mayo de 2006, como ser las facultades de derecho de las Universidades Nacionales, los colegios de abogados, las asociaciones de magistrados, incluyendo también a otras organizaciones representativas en la materia, destacando su valor participativo para el método de elaboración de normas.

II |

En lo que respecta a los fundamentos de índole político-criminal, el objetivo perseguido por esta Comisión ha sido dar una respuesta actualizada, integral y eficiente al fenómeno del delito en la Argentina, en el marco del Estado de Derecho.

Por ello, esta propuesta es adversa a la política de cambios episódicos, ya que se considera que el modelo contemporáneo de legislación penal

debe atenerse a una cosmovisión integradora. Ello demanda como punto de partida el respeto a los postulados político criminales que surgen de la Constitución Nacional, como único modo de orientar desde el Estado la ejecución de cada uno de los cambios necesarios en las diferentes áreas del conjunto.

Las leyes irruptivas, aprobadas siempre bajo advocación de episodios críticos, nunca —ni siquiera excepcionalmente— han servido para disminuir los conflictos penales; sólo han contribuido al deterioro del funcionamiento del sistema jurídico. La política criminal es parte de la política estatal y no un impulso de fracciones. De hecho, importa reconocer que es parte de la política social, y que su planificación no puede prescindir de las medidas económico-sociales destinadas a reducir el fenómeno de la criminalidad.

Si la compaginación entre política social y cada una de las áreas de la política criminal es indispensable, resulta de igual modo obvia la necesidad de interacción entre los componentes de la denominada política penal, es decir, el derecho penal sustantivo, el derecho procesal penal, la organización policial reconocida por todos como umbral de la administración penal y la política penitenciaria.

Es necesario comprender que el abordaje responsable del problema de la seguridad requiere, desde la perspectiva del sistema penal, una consideración conglobada de sus segmentos normativos y de la estructura y funcionamiento de sus agencias.

La reforma aquí proyectada procura avanzar en ese camino, en tanto resulta indispensable poner en vigencia un código penal que, amén de su necesaria adecuación a compromisos y normas del derecho internacional, incorpore modernos institutos, clarifique problemas que fueron motivo de diversos criterios interpretativos y proporcione instrumentos que, bajo condición de respeto irrestricto a los principios constitucionales, dé efectividad y otorgue sentido a la respuesta punitiva. De allí el postulado principal de que todas las penas deben efectivamente cumplirse.

Pero cabe advertir que nada se gana con la excelencia de un Código Penal, si los juicios se prolongan indefinidamente —sin respuesta jurisdiccional a los conflictos que constituyen su objeto—, si la detención o prisión preventiva se transforman de hecho en pena anticipada y la llamada excar-

relación se convierte en un remedio excepcional, si se faculta a la policía para detener por varios días a los "sospechosos", si no se implementan controles institucionales que reduzcan los espacios de arbitrariedad y, de ese modo, la corrupción, si no se reforma el sistema de investigación de los delitos o si en el ámbito penitenciario persiste la humillación en lugar de una orientación que provea seguridad, respeto a la dignidad humana y una función social.

Este amplio marco debe gobernar el abordaje del problema de la seguridad de gravitante incidencia en el entramado social. El concepto de seguridad es utilizado en la actualidad en sentido reduccionista; se lo parifica a la certeza que tiene la población de que no será afectada por comportamientos delictivos, en especial los violentos; más focalizado aún, se lo relaciona con la confianza de que ciertos bienes jurídicos, como la propiedad y la vida no estén expuestos al riesgo de ser lesionados.

Pero la seguridad así entendida, con este significado que pregonan diariamente algunos medios de comunicación, es sólo un perfil minimizado de la verdadera acepción. Va más allá según las explicaciones coincidentes de la doctrina especializada; seguridad es sinónimo de efectivización de los derechos individuales y sociales, abarca el área de los derechos humanos referidos a la obligada protección del Estado; amén de los derechos políticos, comprende el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a una jubilación justa, y todos aquellos vinculados con la exigencia de un mínimo de calidad de vida. Por otro lado, implica la certeza de que todos estos derechos serán respetados, y custodiados por el Estado en su papel de garante del imperio de la Constitución Nacional. Huelga decir que los remedios para este déficit social nada tienen que ver con el aumento de las penas, con la incorporación de nuevas agravantes o con las medidas restrictivas de la libertad para el procesado, a las que muchos apuntan como si fueran la tabla salvadora.

La realidad del funcionamiento del sistema penal hace imprescindible un cambio profundo y coherente de todos sus segmentos. En ese camino debemos asumir con claridad cuál es el alcance operativo de un sistema de justicia para no crear falsas expectativas que sólo provoquen una efímera ilusión y que finalmente lleven a la decepción y pérdida de confianza.

No podemos ignorar que, en general, los ciudadanos tienen escasa confianza en las leyes actuales y en los procedimientos y prácticas del sistema

de justicia. Es necesario por ello, que la propia administración de justicia asuma la política de transformación y lidere las propuestas de cambios que también deben abarcar una reformulación del sistema de investigación de los delitos y del papel del Ministerio Público, una transformación del sistema de enjuiciamiento (pendiente en el orden federal y en algunas provincias) hacia un sistema acusatorio y que posibilite la participación popular, una reforma estructural de la organización y funcionamiento policial, la adaptación de la legislación de menores a los principios constitucionales y a la Convención de los Derechos del Niño, el mejoramiento de las infraestructuras del servicio del Poder Judicial, Ministerio Público, Penitenciario y de Policía, la capacitación y formación profesional y la promoción de investigaciones empíricas y teóricas en el campo de la cuestión criminal. Pero difícilmente puedan alcanzarse resultados inmediatos con el sólo cambio programático. Es imprescindible un compromiso efectivo y un cambio de actitud por parte de todos los operadores.

Se ha procurado ser fiel con el catálogo de garantías de la Constitución Nacional y con las convenciones internacionales sobre derechos humanos. Por ello, hemos proyectado un código penal respetuoso de esos derechos, como instrumento necesario de la paz social.

Pero también hemos buscado las reformas estructurales que faciliten evitar la impunidad de aquellas acciones que dañan los bienes jurídicos penalmente relevados, generando una transformación que establece lineamientos para todo el país en el sistema del ejercicio y extinción de la acción penal, regulando el principio de oportunidad e introduciendo modernos institutos.

La eficacia de la ley penal nada tiene que ver con marcos penales elevados, penas indeterminadas o agravantes irracionales. Esta afirmación ha sido históricamente comprobada. Las políticas populistas basadas en el intervencionismo penal extremo no pasan de ser un recurso simbólico con funcionalidad pragmática de corto alcance. En el mediano plazo quedan en evidencia: no resuelven los problemas, tienen costos económicos altísimos (tan altos como inútiles) y, como si fuera poco, mediatizan a la persona y resignan el respeto a las normas constitucionales.

La eficacia, en cambio, debe medirse en su efecto real sobre las conductas lesivas a los bienes jurídicos. Por ello, el proyecto utiliza una técnica que

facilita la interpretación y aplicación de la ley, delimita el ámbito de lo punible a partir del bien jurídico reconocido y especialmente de la lesividad de los comportamientos. Asimismo, procura concentrar la persecución penal en aquellas conductas delictivas verdaderamente relevantes, facilita la reducción de la sobrecarga para los órganos de persecución penal y el sistema penitenciario a través de una despenalización moderada de conductas de bagatela o en situaciones donde el conflicto ha sido superado. Compatible con lo anterior, y concientes del fracaso de la cárcel, se plantea un sistema de cumplimiento efectivo de penas con una serie de alternativas que apuntan a que la respuesta punitiva tenga un menor impacto en las familias de los condenados, evitando así la estigmatización, lo que generará asimismo un mayor margen de seguridad ciudadana.

En relación al sistema de penas y medidas de seguridad y orientación, se ha seguido –con algunas modificaciones— las sugerencias del anteproyecto de 1998, el Proyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de los Diputados Néstor Perl y Oscar Fappiano y el Anteproyecto del Régimen Legal de Protección y Sistema Especial aplicable a las Personas Menores de Dieciocho años, elaborado desde el Ministerio de Justicia en el año 2004, la normativa regional comparada más moderna y proyectos de ley nacionales más recientes con estado parlamentario.

Se prescribe que la determinación, ejecución y control de las penas y medidas, debe ser competencia exclusiva de los jueces (principio de judicialidad, art. 7°). En ese sentido se amplían incluso las facultades judiciales (art. 8°, 9°, 26 y 27). Se apunta así a fortalecer la intervención y, consecuentemente, la responsabilidad judicial.

Otro principio central del nuevo sistema es que todas las penas deben cumplirse efectivamente, al menos dentro del sistema de sustitución regulado con alternativas. De este modo, el cumplimiento efectivo de pena en función del sistema de reemplazo por alternativas hace congruente la eliminación de la condenación condicional y de la libertad condicional.

Se trata de evitar la descalificada (por la doctrina) ideología tarifaria, esto es, la mecanización por la cual la actividad de determinación quedó en alguna medida automatizada: el juez comprobaba el injusto y luego aplicaba una tarifa.

Se prescriben tres penas principales (art. 5°): 1)privativa de la libertad –prisión—, 2)patrimonial –multa— y 3)privativa de derechos –inhabilitación—. Siguiendo las recomendaciones de Naciones Unidas se regula un sistema de reemplazo mediante un abanico de alternativas al tratamiento o ejecución de la pena de prisión que priorizan el respeto por la persona, persiguiendo un cometido de prevención especial y apuntan en algunos casos a solucionar o evitar la situación de conflicto.

La Comisión conoce que el efecto de estas alternativas, en cuanto a su eficacia, resulta discutible y depende en gran medida de la instrumentalización de controles que le den operatividad pero también puede dar cuenta del efecto mortífero de la institucionalización, a través del índice de mortalidad violenta y suicida en libertad y en prisión. Se propone entonces un sistema cuyos efectos sean ampliamente superadores de lo existente.

Se reforma todo el sistema de la pena de prisión. Se propone su utilización para hechos graves y para delitos de menor gravedad se proyectan una serie de posibilidades alternativas al encierro e incluso, antes de la condena, la suspensión del proceso a prueba. Se regulan así una serie de alternativas consistentes en la detención de fin de semana, el arresto domiciliario, la prestación de trabajos a la comunidad, el cumplimiento de instrucciones judiciales, la multa reparatoria, la prohibición de residencia y tránsito y la obligación de residencia (arts. 18 a 25). Con ello se da cumplimiento además a las recomendaciones de Naciones Unidas de introducir medidas no privativas de la libertad que constituyan otras opciones y posibiliten reducir la aplicación de la prisión.

El sistema de reemplazo a la ejecución de la prisión se regula en los artículos 26 y 27, a fin de hacer siempre efectiva la pena. Con ello, la de prisión que no exceda de TRES (3) años puede reemplazarse en su ejecución por algunas de las alternativas y bajo las condiciones del artículo 26. La pena de prisión que va de TRES (3) a DIEZ (10) años y la pena de prisión superior a DIEZ (10) años, exigen un mínimo de cumplimiento efectivo consistente en la mitad de la pena o en los dos tercios respectivamente. En ambos casos, el resto de la ejecución de la prisión podrá reemplazarse por las alternativas, bajo las condiciones del artículo 27. En todos los casos el reemplazo puede cancelarse si el condenado comete un nuevo delito o no acata los sustitutos. Se eliminan de esta forma la condenación condicional y la libertad condicional cuyos sentidos quedan abarcados por el sistema

proyectado. En este sentido cabe destacar los extensos y fundados informes presentados por distintas entidades públicas, especialmente en lo que respecta a los comentarios y observaciones a las penas alternativas a la privación de la libertad, entre otros, que abunda en conceptos favorables a la propuesta contenida en este anteproyecto, sin perjuicio de señalar que a su entender el enunciado de medidas no debería estar cerrado y que se debería dejar a las partes la posibilidad de sustituir a la prisión de cualquier otra forma.

El proyecto mantiene el instituto de la suspensión del proceso a prueba pero introduce significativas modificaciones, tratando de superar definitivamente los recortes que terminaron desnaturalizando el sentido y utilidad del instituto, limitándolo a unos pocos delitos dolosos cuya pena no fuera superior a TRES (3) años. Por ello, se establece que, bajo ciertas condiciones, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba el imputado de uno o más delitos de acción pública, reprimido con pena de prisión que no exceda de TRES (3) años en su mínimo y, además, que si el delito atribuido tiene pena de inhabilitación podrá igualmente suspenderse el proceso imponiéndose en calidad de regla de conducta la realización de actividades que tiendan a remediar la presunta incompetencia. De este modo se posibilita el juego del instituto en delitos dolosos con pena superior a TRES (3) años (en la medida que el mínimo no exceda de TRES —3— años) y en el campo de los delitos imprudentes que, por efecto de algunas interpretaciones jurisprudenciales, fue excluido por conminarse en la mayoría de los tipos culposos la pena de inhabilitación.”

La claridad de la fundamentación expuesta releva de mayores comentarios, como no sea el de expresar el deseo de que este trabajo de factura normativa, realizado hace ya más de dos años, llegue lo antes posible al tratamiento del poder legislativo y se convierta en ley vigente, lo que implicaría un definitivo avance en la materia

Sobre un modelo de consenso y la defensa del avenimiento

por **ELEONORA DEVOTO**⁽¹⁾

Desde hace muchos años he reflexionado y luego abordado el diseño de un modelo de derecho penal diverso, que atenúe las carencias, injusticias y contradicciones del sistema que nos rige. Son numerosas las voces que advierten una crisis del sistema penal. Estas voces, solitarias o aunadas en organizaciones no gubernamentales, reclaman, con acierto modificaciones, con especial atención en que ninguna reforma penal será superadora, en tanto no esté acompañada de un cambio conceptual, de compleja concreción.

Me ha resultado difícil elegir el tema a compartir. En primer lugar porque toda la temática referente a las alternativas a la prisión es de mi interés. En segundo lugar porque ya he sumado mi voz en numerosas ocasiones sobre estos temas, en forma más o menos fecunda.

Entonces, me parece que puede ser de alguna utilidad abordar la temática a partir de la formulación de algunos aspectos e interrogantes, entre los que unos, en mi mirada, se encuentran ya resueltos y otros son meramente exploratorios. A eso voy.

(1) Defensora Pública Oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal. Licenciada en Criminología. Investigadora permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio Gioja". Profesora adjunta regular de la materia Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal y Delitos contra las personas y de posgrado en la carrera de Especialización en Derecho Penal (U.B.A). Profesora invitada en otras universidades nacionales e internacionales. Autora de libros y artículos sobre la materia penal, penológica y de derechos humanos.

I | Las características de un modelo consensual. Marco teórico. Los principios configurantes

Parece propicio formular un modelo de sistema penal que aporta, estimo, una respuesta estatal a la criminalidad, que se considera mucho más racional y justa. Nadie puede hoy dudar de la crisis de la estructura penal y penitenciaria, que revela afectaciones graves a derechos humanos básicos. Las alternativas a la prisión superan en varios aspectos al modelo tradicional. Como nota peculiar puede decirse que reducen el efecto expropiatorio de la pena. En segundo lugar su implementación aspira a la resolución de las situaciones problemáticas que subyacen detrás de las conductas definidas como delito (conflictos criminalizados). El abordaje alternativo se dirige a explorar desde una perspectiva deliberadamente ingenua la renuencia habitual a tratar los conflictos que dan origen a los procedimientos penales (y en su caso a la aplicación de penas, en general privativas de la libertad, efectiva o “en suspenso”) como lo que son: conflictos entre personas que acuden en auxilio jurisdiccional a fin de poner fin, reparar o compensar los agravios a bienes jurídicos. Y no necesariamente a castigar al agresor o a contribuir para que la sanción a él impuesta “sirva de ejemplo” que desaliente a otros sujetos (y en otras situaciones) a practicar conductas semejantes. Es claro que el derecho todo opera sobre un resorte de coercibilidad: es su peculiaridad, por lo que también el Estado está facultado —en cualquiera de sus ámbitos de actuación— para obligar a cumplir compromisos e imponer sanciones reparatorias o indemnizatorias que previamente hubieran sido acordadas entre las partes involucradas.

Si ese mismo conflicto (por ejemplo lesiones entre vecinos), fuera abordado desde la perspectiva penal clásica, se llevaría adelante un procedimiento en que la víctima sólo intervendría para interponer la denuncia y ofrecer su cuerpo como objeto procesal, y en el caso de las lesiones no leves, ni siquiera sería necesario el primero de los requisitos. Y como consecuencia del conflicto de origen se impondría una pena al agresor, de la que probablemente la víctima no tendría ni siquiera conocimiento (información sobre el devenir de la causa), más allá de las declamaciones

en los códigos procesales. La expropiación del conflicto no puede ser más evidente.

Las alternativas a la pena de prisión guardan varias ventajas adicionales. Tres son, las más significativas.

La primera de ellas es que la alternativa siempre importa una reivindicación de la autonomía de la voluntad, que viene a conmover lo que se conoce como el todo autoritario penal. Es claro que el derecho penal ha restado trascendencia a la voluntad tanto de la víctima como del autor, porque sus preferencias o deseos han tenido, por lo general, una total irrelevancia, especialmente en el proceso penal. A excepción de los delitos de acción privada o dependientes de ella, la incumbencia de las partes del conflicto definido como delito ha sido no sólo desaprovechada como proveniente de los actores de la situación problemática, sino descartada, como si las partes del conflicto fueran sólo convidados de piedra en el desarrollo del devenir del procedimiento penal.

El concepto de dignidad (peculiar a la autonomía de la voluntad) implica una posición de preminencia del sujeto en que el ser humano es excluido de todo cálculo, por ser él mismo medida de cálculo. En esta idea se hace presente el señorío de la persona humana, determinado por su espiritualidad racional y su libertad sobre lo existente, incluido el desenvolviendo de su propia vida.

El concepto de la dignidad humana viene relacionado, en la tradición del pensamiento occidental, con las nociones de racionalidad, conciencia, espiritualidad, libre señorío y autonomía.

En segundo lugar se resalta la necesidad de consideración de la víctima. Como se adelantó, una de las objeciones más certeras dirigidas por los movimientos críticos al sistema penal es la de su carácter de expropiador de conflictos y nadie podría dudar que en el largo tránsito existente entre la vigencia de la venganza privada y la pena estatal el Estado sustrajo a los particulares su conflicto. Esta advertencia de la víctima en este abordaje se enfoca desde lugar diverso del que en su momento le asignaran la victimología y la victimodogmática, en tanto no se trata, en este caso, mayormente, del rol que corriera el agredido en el episodio delictivo, sino del que puede desarrollar en el proceso o aun antes de él, para evitarlo y llegar a una solución autocompuesta.

Junto a la consideración de la víctima aparece íntimamente ligada la reparación del daño y en ello se observa una tercera nota peculiar del modelo alternativo. Cabría preguntarse si la mayoría (o una gran parte, al menos) de los conflictos base podrían resolverse sin el auxilio del derecho penal tradicional, para una franja muy relevante de casos. Componer una situación problemática sin apelar a la sanción penal requeriría, claro, de la comparecencia consensuada de las partes (agredido y agresor, llamemos). Y significa, al menos (y especialmente hoy), un interrogante que atemoriza a gran parte de la llamada comunidad jurídica, y también, cabe señalarlo, a la sociedad en general, aunque entiendo que, básicamente, por falta de comprensión profunda de la cuestión. Muy conocida es la contribución que ha hecho Roxin⁽²⁾ respecto a la reparación del daño como tercera vía del derecho penal, la que fue plasmada en recomendaciones, leyes de protección a la víctima y proyectos de reforma legislativa. Me parece muy ilustrativa, también la referencia de Maier, en cuanto reconoce en la reparación del daño, ... "básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, colocando el mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador. Esta reparación ideal (restitución al *Statu Quo* ante, *Reparación In Natura*) es, en ocasiones, imposible (por ejemplo: la vida no se puede reponer), por ello, en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación por resarcimiento económico del daño (indemnización)⁽³⁾."

Otra de las notas preponderantes del modelo es la necesidad de aceptar alguna medida de difuminación entre las esferas civil y penal y la advertencia, en definitiva, de un versus entre el derecho penal del enemigo y la civilización, que ha dificultado en nuestro medio la saludable posibilidad de incorporar al ordenamiento una suerte de sanciones civiles punitivas.

Es interesante recordar que la mayor parte de los antropólogos han señalado la prioridad temporal de la reacción de las sanciones penales frente a las civiles, lo que muestra también el carácter más evolucionado de las

(2) ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal, parte general*, Madrid, ed. Thomson Civitas, 1997, tomo I, p. 109.

(3) MAIER JULIO B. J. "¿Es la Reparación una Tercera Vía del Derecho Penal?", en *El Penalista Liberal* Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Jorge Figueiredo Días; Alfonso Serrano Gomez; Sergio Politof Lieschitz; Eugenio Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2004, p. 229.

respuestas civiles. Y Durkheim señalaba que cuanto más primitiva era una sociedad mayor cantidad de respuestas mecánicas penales integraba a su repertorio de sanciones.

Si bien los autores no acuerdan en cuanto a la preexistencia de "lo" penal o "lo" civil dentro del campo jurídico, parece ser que la verdadera diferenciación se instaló en el ámbito procesal, en tanto en Francia, por ejemplo, en el siglo XVI, en la época del rey Sol, en una Ordenanza Real se contemplaron dos tipos de procesos: extraordinario y ordinario. El primero de ellos estaba reservado para los hechos más graves, que admitían la utilización de la tortura, procedimiento de características oscurantistas y secretas. Pero aquellos procesos que no deberían concluir en penas aflictivas, esto es, supuestos de menor gravedad, se ordenaba que se convirtieran en juicios ordinarios, civilizándose. Justamente esta palabra, de raíz similar en las lenguas más importantes, sólo adquiere el significado que hoy tiene en el siglo XVIII ; antes de ello indicaba "tornar el procedimiento criminal en simple acción civil"⁽⁴⁾.

En verdad, la búsqueda y recepción de sanciones punitivas que están en el camino entre la crueldad de las penas y la vuelta al *status quo* del derecho penal coincide con el concepto original de la civilización y con esta difuminación entre los severos contornos entre la materia civil y la penal.

Cabe concluir el punto con una observación: la relativización entre las esferas de lo civil y lo penal, que solamente se enuncia, exige por parte del jurista y de la comunidad un razonamiento de deconstrucción. Esto es: hemos naturalizado en forma tan honda y sobrentendida que existen compartimientos estancos entre las áreas que cuesta reconocer la conveniencia de asignar prioridad a la respuesta estatal más eficiente por sobre la categorización en departamentos académicos. A una búsqueda de deconstrucción y mirada de desprejuicio sobre la cuestión ha ayudado sin duda el abolicionismo⁽⁵⁾.

Es imprescindible el abordaje profundo de los presupuestos que justifican un modelo diverso y la aceptación de que este no implica solamente re-

(4) HENDLER, EDMUNDO, "Los caminos del derecho penal (entre la guerra y la civilización)", en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 34 y ss.

(5) Por todos, SCHEERER, SEBASTIAN, "Hacia el abolicionismo", en *Abolicionismo penal - AA.VV.*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1989.

duccionismo penal (aunque en buena medida lo contenga), sino la superación de pensamientos tan arraigados como el entendimiento tradicional de que el derecho penal se ocupa siempre y solamente de la relación bilateral y vertical entre el Estado y el imputado. El empecinamiento acerca de las tajantes diferencias entre las respuestas civil y penal representa para algunos un velo infranqueable. Es imprescindible también el análisis de las herramientas adecuadas a un paradigma alternativo, aspecto ya presente en relación a la suspensión del juicio a prueba y la reparación del daño ; en menor medida asimismo respecto de otras formas conciliatorias, como la mediación en materia penal y el avenimiento.

Este modelo no intenta ni pretende supresión del derecho penal en tanto permanece la tipología delictiva y la amenaza de la pena estatal. La idea principal de este paradigma es, lógicamente, la ampliación de respuestas estatales que contengan elementos reparatorios, compensatorios y de ayuda social. El derecho penal tradicional estará presente, en tanto siempre existirán sujetos recalcitrantes a consensuar y también los que vulneren los acuerdos a los que hubieran arribado.

Desde otro lugar existirán supuestos en que claramente aparezca excedido el interés de las partes del conflicto y se detecten razones de seguridad e interés público que exijan la celebración del juicio y aún la imposición de pena, la que satisfará los recaudos de prevención general que correspondan, dando cumplimiento, asimismo, al carácter simbólico innegable hoy —pero cuestionable según mi parecer— del derecho penal. En principio no parecen un ámbito adecuado para este diseño conciliatorio los casos de criminalidad organizada, los delitos de los funcionarios públicos y los hechos que ostenten un grado notable de violencia.

Desde otra visión no cabe soslayar que esta retirada de los componentes rígidos del sistema penal puede aparejar, por otro lado, la resignación de garantías judiciales. En tal dirección cabe mencionar dos recaudos: en primer lugar la aceptación de que cualquier modalidad compensatoria —desde la misma probation, a la mediación o la composición— son absolutamente disponibles para el imputado, quien puede exigir la sustanciación de un procedimiento penal tradicional, con el que adquirirán vigencia cada una de las garantías previstas en lo que representa lo mejor de nuestro sistema actual. Por otro lado cualquier procedimiento surgido

a partir de la intervención jurisdiccional exige la asistencia técnica para el imputado, lo que reduce la posibilidad de su agravio, especialmente la garantía de su reivindicación como persona inocente y la no aceptación del riesgo de ser sometido a una limitación de su libertad si no existen pruebas de su culpabilidad.

Esta disponibilidad —adhesión conformada— y la posibilidad de opción del imputado, con lo que ella conlleva de reconocimiento de la autonomía de la voluntad, es la que autoriza a soslayar algunos principios que se consideran como de dogma, de los que son elementales ejemplos los de legalidad y culpabilidad.

II | Las herramientas del modelo compositivo

En la actualidad la ciencia penal ha consentido traspasar su habitual rigidez y considerar otros métodos para alcanzar mejores logros. Se ha permitido incorporar alternativas de conciliación y mediación y para ello ha debido flexibilizar el “todo autoritario penal”, arriba mencionado, para dar cabida a alguna medida de autonomía de la voluntad, tanto de los imputados como de las víctimas en orden a la composición del conflicto que incluye el reconocimiento de la dignidad humana.

El primero, cronológicamente hablando, fue la suspensión del juicio a prueba (1994). Superada en mi creencia la divergencia en cuanto a que este instituto configure un instrumento procesal, herramienta del principio de oportunidad (o, como lo creo, una modalidad alternativa a la prisión), no puede negarse que la *probation* bien operada puede configurar un adecuado medio de morigerar el efecto expropiatorio de la pena⁽⁶⁾, al tiempo que permite reparar el daño causado de manera dinámica y consensuada. Posteriormente, la ley que reformó el título de los delitos contra la honestidad (que a partir de entonces se retituló como “delitos con la integridad sexual”), incorporó el instituto del avenimiento en el código penal.

(6) DEVOTO, ELEONORA “Expropiación del conflicto, reparación del daño causado y probation”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, III, 4-5. p. 431 y ss.

Luego comenzaron las experiencias de mediación pretoriana especialmente en las provincias de Buenos Aires, y después las normativas respectivas en las provincias de Chaco, Río Negro y Corrientes. También se incrementaron las normas que incluyen vías alternativas en los códigos procesales de provincia.

III | El avenimiento y la conveniencia de incorporar un modelo abierto

Quizás fue con el avenimiento, instituto previsto para los delitos contra la integridad sexual, cuando se instaló por primera vez en la ley penal sustancial el interés por atender al "... modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima" (art. 132 del C.P.). Adviértase que el legislador, sin excesiva explicación, habilita la extinción penal como consecuencia de un procedimiento de avenimiento. Nótese también que tal instituto aprovecha a hechos definidos como delitos de indudable gravedad, ello a estar no sólo a los altos límites de las escalas penales previstas sino a la muy relativa reparabilidad del bien jurídico en juego (y diversifico estos dos aspectos porque no siempre la ley penal es recíproca en la consideración de ambas variables) Se diría que la incorporación del instituto no ha resultado popular, si cabe la adjetivación. Menos aún frente a recientes casos mediáticamente expuestos, claro, sin ningún rigor Sin embargo, a partir de su incorporación —en forma más o menos racionalizada— ha obrado una suerte de aceptación gradual del objetivo de solución de conflictos como también de los confines de incumbencia del derecho penal. No parece ocioso recordar el significado de "avenimiento" (como acción de avenir), el que ha sido definido por el Diccionario de la Lengua como "convenir, ajustar a las partes discordes" o "entenderse bien con alguna persona o cosa" o, finalmente, "... amoldarse, hallarse a gusto, conformarse con algo"⁽⁷⁾.

El avenimiento, como noción, se aplica en otras legislaciones, locales y extranjeras, como forma de morigerar el carácter punitivo y retribucionista de la pena. La aplicación del instituto se ha visto limitada por el

(7) Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001.

embate de movimientos que podrían calificarse como de feminismo “a ultranza”.

Sin embargo estimo que la mayor utilización del instituto honra la autonomía de voluntad de las mujeres, en la medida en que sea aplicado con los recaudos y la comparecencia de los operadores eficaces.

Es claro también que, para quienes creen que el derecho es puro poder, el objetivo presentado es más o menos irrelevante.

Sin embargo, desde otra mirada, quizás especulativa, el derecho no supera en su sentido el logro de la paz social, que se describe básicamente como la posibilidad de resolver situaciones problemáticas entre partes. Pero este modelo adscribe a una posición compatible con el Estado de Derecho: tornar al sistema lo más reparador posible y lo menos diferenciado de la respuesta jurídica general.

“Armonizar el conflicto del modo más excepcional”, significa a mi ver, arribar o lograr reponer las situaciones personales y psico-afectivas al estadio anterior al hecho motivo del proceso. La ley no busca ni pretende olvidar lo sucedido ni el instituto debería funcionar como instrumento de lenidad para el victimario. Se pretende, de adverso, evitar la “revictimización” de quien ha padecido el ataque y que la consecuencia legal (proceso mediante) no cause igual o mayor daño que el ya producido por el abuso.

El nuevo art. 132 ha provocado, en mi mirada, un avance en tanto ha incorporado la interdisciplina y la interinstitucionalidad, al menos a nivel teórico. El buen uso de esta herramienta favorecerá los mejores resultados, en tanto no se satisfaga esta necesidad de verdadero asesoramiento con un mero pedido de informes socioambientales, pericias y demás medidas tradicionales, que habitualmente no superan el requerimiento burocrático. Se deben instrumentar estrategias interdisciplinarias de abordaje para cada problemática, que deberían discernirse en cada caso.

Como decía más arriba, el instituto suscitó polémicas que se prolongan en la actualidad.

En 2008 se presentó un proyecto de reforma del C.P que lisa y llanamente propone la derogación del avenimiento. En estos últimos meses se reedi-

taron proyectos similares, suscriptos por representantes de todo “el arco político”, para utilizar una frase remanida. De los fundamentos, se lee que “... [p]asaron muchas décadas hasta que nuestros legisladores advirtieran el carácter opresivo y la carga de subyugación que esos términos normativos tenían en relación con los hechos de violencia sexual que sufrían las mujeres. En el transcurso de esas décadas se produjeron avances como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, ‘Convención de Belén do Pará’, la Reforma Constitucional de 1994 y la ley 25.087, que reformó el entonces denominado capítulo de ‘Delitos contra la honestidad’ del Código Penal. Sólo entonces, se empezó a poner discursivamente en el centro a las mujeres víctimas de violencia sexual, y a identificar a la integridad sexual y la autodeterminación como el bien jurídico a proteger...”.

“La norma reformada señala que excepcionalmente el tribunal puede aceptar la propuesta de avenimiento, siempre que haya sido formulada en condiciones de igualdad. La aclaración es, sin embargo, un eufemismo de lo imposible. En efecto, las condiciones subyacentes de desigualdad que las partes enfrentan hacen virtualmente imposible, en la sobrecogedora mayoría de los casos de violencia doméstica, que existan las precondiciones sociales mínimas para que una propuesta de avenimiento posterior a una violación tenga un carácter voluntario de parte de la víctima... La mujer que padece violencia doméstica ha atravesado un proceso de desvalorización, pérdida o deterioro de su autoestima, culpabilización, anulación personal, apatía, resignación, pasividad, sumisión y sentimiento de impotencia, sensación de desprotección, muchas veces, profundizada por la victimización secundaria a la que la someten las instituciones a las que recurre (hospitales, policía, tribunales, etcétera), el desconocimiento de sus derechos o la incapacidad de ejercerlos, la dependencia económica y/o emocional respecto del agresor...”

“El poder simbólico que el cambio de nombre en el título del Título III del Código Penal pretendía, era favorecer la igualdad de las mujeres y su situación de opresión social en términos de integridad y libertad sexual. Ese fin queda desvanecido frente a la simbología de una figura como el avenimiento. “... Al igual que la mediación en cuestiones de familia, el avenimiento constituyen esfuerzos para privatizar conflictos públicos que

durante mucho tiempo han sido negados como tales. Así se refuerza la dicotomía entre lo público y lo privado y se saca de la arena pública cuestiones que pueden afectar especialmente a las mujeres. Se convierte así un juicio público acerca de derechos fundamentales de las mujeres en mediaciones privadas en las que se filtran las percepciones personales de los mediadores sobre las necesidades e intereses de las partes y los prejuicios y preconceptos en torno a sus derechos. Esta noción ignora la realidad del poder y la desigualdad. La adopción de una concepción abstracta y formalística de igualdad deja al sistema incapaz de identificar y proveer respuestas a las necesidades de lo/as más desfavorecidos/as..." "Los métodos alternativos de resolución de disputas como la mediación y la conciliación invisibilizan la cuestión de la desigualdad de las partes como un problema social, que puede implicar una violación de derechos de las personas más desventajadas." Y, concluye el proyecto: "... [e]ste proyecto de reforma pretende honrar el ideal constitucional demarcado por la reforma de 1994 en relación con la igualdad de género, en especial a las obligaciones asumidas por la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer "Convención de Belén do Para". Esta última dispone en su artículo 7 con claridad meridiana que: "El Estado se compromete a: (...) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer". "... Es necesario cumplir con esta obligación internacional al igual que brindar consistencia a los fines simbólicos y de justicia de la Ley 25.087 en su pretensión primaria de considerar el interés de la mujer en resguardar su integridad sexual como bien público jurídicamente protegido de la violencia, y tan valioso como el de otros delitos contra las personas, la propiedad o contra otros derechos o libertades" (8).

Esta larga cita muestra mejor que mis palabras el estado de desprestigio del instituto, que sopeso como mayoritario. Contracorriente, lo voy a defender.

(8) Proyecto de ley registrado con el número 5783-D-2008, trámite parlamentario 142 (14/10/2008); f firmantes: Marcela Virginia Rodríguez, Silvia Augsburger, Elisa Beatriz Carca, Claudia Fernanda Gil Lozano, Paula Cecilia Merchan, Norma Elena Morandini y Silvia Storni.

IV | La defensa de un modelo abierto

No acuerdo con la posición que informa el proyecto de derogación, y no lo hago porque, so color de defender a las víctimas mujeres, se las instala en una suerte de *capitis diminutio* que en verdad anula la autonomía de la voluntad de esas presuntas víctimas.

Se pretende que el avenimiento niega “la relación de desigualdad que existe en la sociedad”, y que es tramposo el planteo, por considerarlo característico de la “idea liberal del consentimiento en cuanto a que la mujer es un sujeto autónomo, sin presiones, no determinado, que presta libremente su consentimiento, y esto no es así cuando hay relaciones de dominio de por medio”.

Sin embargo, a mi ver, el cuestionamiento señalado asume, de modo evidente, una actitud tutelar de la defensa de las mujeres, que es impropio. Y ello es así, me parece, porque el derecho tutelar se aplica a quienes se considera incapaces, no a quienes son plenamente capaces, aunque se encuentren en situaciones que condicionan el ejercicio efectivo y la protección de sus derechos. Nadie -menos aún una mujer- podría dudar de la existencia de mujeres sometidas, pero me parece simplista que, so color de morigerar la desigualdad, se prive a muchas mujeres de la posibilidad de decidir, para que el Estado lo haga en lugar de ellas. Quienes proponen la derogación no se han hecho cargo, a mi ver, de las diferencias.

La crítica que subyace en la idea del proyecto de derogación parte de una perspectiva claramente “victimizante”, por la que se asegura que la mujer no podrá afrontar el poder masculino, sin advertir que el poder del Estado, al que la relega, es igualmente autoritario y machista. Esto significaría que la mujer nunca puede decidir: o la subyuga el hombre o lo hace el autoritario penal, que no la deja optar. Y entonces se afirma, con una carga de desprestigio notable, que pretender que la mujer guarde una porción de libertad no es más que una utopía de cuño liberal. La mujer victimizada, en consecuencia, es, inevitablemente, un sujeto no autónomo, esto es, la contra cara del concepto de sujeto definido por el liberalismo.

En mi mirada —y en ello reside la defensa de un modelo abierto— es precisamente a partir del reconocimiento de la existencia de las relaciones de desigualdad, que se justifican formas alternativas para la mujer

agredida que no desee soportar el tratamiento penal coercitivo que los partidarios del modelo represivo pretenden imponerle, inexorablemente. Antes de eso, estos negadores del eventual consenso, han justificado su posición en la ideología del feminismo que algunos autores han llamado "legalista" y que se ha erigido en un representante cuyo mandato, algunos no advertimos legítimo⁽⁹⁾. Tales circunstancias deben ser tomadas en cuenta para tratar de que, en la búsqueda de una respuesta, se garantice que la víctima sea escuchada, atendida y respetada como sujeto de decisión. .

La demanda de justicia es más amplia que la exigencia de una condena⁽¹⁰⁾. Para algunas mujeres, el castigo del culpable puede ser el único objetivo válido a reclamar: ellas no prestarán su consentimiento y es muy respetable. Otras mujeres estimarán, en cambio, que la denuncia, la prueba y el calvario policial-judicial no representarán ningún consuelo a su dolor y que sí, quizás, esta posibilidad de operar sobre el futuro de su agresor les otorga algún poder antes impensado.

Hay una búsqueda de justicia que abarca otros aspectos, y en mi mirada ellos se centran primordialmente en el respeto a la dignidad de las mujeres agredidas. No soy original cuando digo que la posibilidad de decidir es el mayor tributo a la dignidad y siempre he preferido el derecho a la salvaguarda. El derecho a decidir unido al reclamo de comprensión

.....

(9) Ver, en sentido crítico, BOVINO, ALBERTO, "La composición como reparación en los delitos de agresión sexual", en *Nueva Doctrina Penal*, 2001, n° 2, p. 409/430. El autor señala que el proceso de objetivación del conflicto suele ser reafirmado por las mismas feministas –por algunas de ellas–, "... que se arrogan el derecho de decidir lo mejor para todo el colectivo del género femenino. Estas pretendida 'representación', al abarcar a todas las mujeres, permite que se definan las necesidades, expectativas y deseos de todas las mujeres de modo hartamente simplista, como si cada una de ellas reaccionara de idéntica manera frente a una agresión sexual." Más adelante agrega, con razón a mi juicio, que "...del mismo modo que el derecho penal objetiva a la víctima a través del concepto de bien jurídico –escindiendo el objeto de protección de su concreto portador–, estas posturas definen un estereotipo objetivo de víctima que, casualmente, 'desea' la misma solución propuesta por quien 'representa' a esa víctima, que sólo existe en la imaginación de la pretendida 'representante' del colectivo femenino. Se genera, nuevamente, un mecanismo que permite ignorar los deseos de la víctima y, paradójicamente, ello sucede invocando la protección de esa misma víctima cuyas necesidades concretas son ignoradas."

(10) RUFFA, BEATRIZ, "Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación", en *Travesías*, Buenos Aires, Ed. CECYM, 1988, n° 7, p. 55, citada por BOVINO, ALBERTO, "La composición como reparación en los delitos de agresión sexual", en *Nueva Doctrina Penal*, 2001, n° 2, p. 409/430.

y asistencia. Me parece que es la mayor ofrenda que pueda hacerse a una persona abusada. Cuando los representantes del feminismo extremo pontifican en contra de cualquier porción de libertad para las mujeres no sólo se atribuyen un poder omnímodo, sino que terminan despreciando a quienes se dicen defender. Porque, además, frente a la afirmación de que nunca la elección de la mujer es enteramente libre; cabría preguntarse cuántas decisiones vitales lo son plenamente.

A mi no me cabe duda de que cuando se compulsa a una mujer abusada y esta comprende que está en sus manos el camino de la respuesta estatal a su agresor, sentirá una suerte de reivindicación muy superior. Lo incorrecto y desleal sería forzar o presionar a estas mujeres para que opten por esta herramienta. Lo humanamente correcto es oírla, comunicarle las opciones que el sistema contempla, contenerla y ayudarla en el camino que elija. Es necesario preservarla de otros sufrimientos.

Es suficiente, a mi ver, con verificar que la voluntad de quienes optan por el avenimiento haya sido libremente ejercida y haya contado con el apoyo y asesoramiento de las instituciones respectivas. Si se ha cumplido con ellos, la imposición de la modalidad represiva en nada conlleva a la solución del conflicto y es, en muchos casos, totalmente contraproducente. Desde una óptica de humanismo reduccionista sería un retroceso la derogación del avenimiento. He conocido plurales casos de avenimiento fecundo. Los otros, varios lamentablemente mediatizados con la falta de rigor de siempre, obedecen, seguramente a errores de los operadores actuantes o a la inclemencia humana, que, presumo, existirá siempre.

V | La analogación beneficiante del avenimiento

La conciliación ha sido recogida, en varios códigos procesales provinciales en su versión de modalidad alternativa de consenso entre partes y como criterio de oportunidad. Así, por ejemplo, en el Código Procesal de Chubut, "conciliación, art. 47"; ídem de Mendoza, "solución del conflicto, art. 26, segundo"; Código Procesal Penal de la C.B.A, art. 204, vías alternativas; Código Procesal de Santa Fe, art. 19 inc. 5to, conciliación e ídem

de la Provincia de Buenos Aires, art. 56 bis, a través del archivo conocido como condicionado.

Ello implica sin duda que en la última década, al menos, se ha instalado una corriente, a mi ver positivamente incontenible y que tiende a una racionalización en la utilización de la pena y también, como objetivo secundario deseable, a una reducción del *quantum* de litigiosidad a través de criterios de oportunidad.

Claro es que el sistema procesal nacional se encuentra más que retrasado, extremo que en mi mirada exige la pronta actualización.

No ingresaré ahora, ni es necesario, me parece, en la debatida cuestión acerca de si el ejercicio de la acción penal es de incumbencia de la Nación o las provincias, pero en el "mientras tanto", estimo que se impone como posible solución el ingreso de la conciliación entre las partes y a la extinción de la acción a partir de una interpretación y aplicación *in bonam* parte del avenimiento a otros tipos penales, cuando exista consentimiento de la víctima.

Tampoco intentaré abordar la cuestión de la justificación de la analogía en el Derecho Penal, otros autores lo han hecho con solvencia. Sólo cabe reafirmar que aparece legítimo modificar los límites de la punibilidad en forma beneficiante al imputado⁽¹¹⁾.

Entiendo, con sustento en esa facultad de extrapolación en favor del encausado, que no existiría óbice jurídico en analogar el avenimiento y aplicarlo en todos los supuestos de tipos penales que no prevean penas superiores a las que remite el art. 132 del C.P. Ello con la condición de que las partes se hayan conciliado y que se haya satisfecho la reparación del daño causado.

En oportunidad de celebrarse las Segundas Jornadas de Mediación y delito celebradas en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa (2002), se aprobó una conclusión que recomendaba la inclusión de la figura del avenimiento —ya vigente en el código para los delitos contra la integridad

.....
(11) En este sentido, BETTI, EMILIO, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, p. 170; ROXIN, CLAUDIUS, op. cit., p. 158; FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, segunda edición, 1997, p. 382; citados por PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO, "Recepción de la analogía en el derecho penal", en *Revista Electrónica Cartapacio de Derecho*, Vol. 7 (2004) - Doctrina.

sexual y que fue la razón de esta selección— como forma de extinguir la acción penal en delitos en general. Tal fue el producto de una profunda reflexión de operadores pertenecientes a distintos ámbitos, como la defensa pública, los ministerios públicos fiscales de la Nación, la ciudad de Buenos Aires, de varios Departamentos Judiciales de la provincia de Buenos Aires y jueces pertenecientes al Poder Judicial de la Nación.

Lamentablemente esta iniciativa y propuesta ha sido y es largamente postpuesta, extremo que genera espacios graves de desigualdad sincrónica, en la medida en que la Nación se encuentra postergada largamente respecto de las provincias.

Obsérvese, además, que no conviene reglamentar demasiado en estos casos, porque, más allá del profundo debate que ello puede generar, lo cierto es que los últimos congresos de derecho procesal se ha concluido en que las cuestiones relativas al ejercicio de la acción penal constituyen materia no delegada al gobierno central y consecuentemente, de resorte de las provincias, más allá de la conveniencia de una inclusión “de marco” en la legislación de fondo, modalidad a que han adherido los últimos proyectos de reforma.

Agrego que corresponde seguir la política de los hechos consumados, en tanto ya las provincias no retrasarán su legislación y, de reglamentarse excesivamente en el código de fondo, sus avances resultarían deslegitimados, con el consecuente perjuicio que ello conllevaría.

Pero tampoco hoy -y no parece muy cercano el momento- se ha previsto algún instituto de conciliación como forma de resolver el conflicto y poner fin a la acción penal. Entonces se aporta esta propuesta temporal de extensión del avenimiento para ser utilizado en otros tipos penales, siempre en la convicción de que ellos describen, básicamente, situaciones problemáticas criminalizadas.

Acoto la justificación:

- a. Se legitima a partir de extensión analógica *in bonam* parte del avenimiento previsto en el art. 132 C.P.

- b. Se justifica, igualmente a partir de la posición que encuentra en la necesidad el fundamento y sentido de la pena, como ha sostenido en nuestro medio, por ejemplo, Carlos Creus⁽¹²⁾. Se estima que concluido el conflicto que habilita la paz social, la pena no sólo es irracional sino contraproducente.
- c. Puede aplicarse a cualquier tipo penal que no exceda las penas a las que remite la disposición arriba citada y en supuestos que no exhiban un quantum relevante de violencia.
- d. El avenimiento exigirá la conciliación con la presunta víctima y, en su caso, la reparación del daño causado.
- e. Serán óbices para el otorgamiento que el conflicto exorbite el interés de las partes o que el presunto agresor sea un funcionario público en el ejercicio del cargo.
- f. Los puntos c , d y e se corresponden con las modalidades y límites del sistema de consenso, arriba consignadas.

El autor Adolfo Prunotto Laborde en una obra más que interesante acerca de la recepción de la analogía en el derecho penal⁽¹³⁾, cita un fallo de la Cámara de Apelaciones de Rosario⁽¹⁴⁾ por el cual se aplicó la excusa absoluta prevista en el art. 132 (versión del código penal original) a un caso de lesiones provocadas por quien posteriormente se casó con su víctima. En mi mirada es un fallo señero, en general poco conocido y que a pesar de los veinte años que transcurrieron desde su dictado no ha encontrado émulos, que yo conozca. Con las diferencias del caso debería ser imitado

.....

(12) CREUS, CARLOS, *Introducción a la nueva doctrina penal, La teoría del hecho ilícito como marco de la teoría del delito*, Santa Fe, ed. Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 136, al " ... admitir que pueda señalarse a un sujeto como penalmente responsable sin que de allí se deduzca la necesidad (jurídica) de imponerle pena por no darse en el caso la necesidad (empíricamente contemplada según las reglas de la experiencia) de proveer a la prevención".

(13) PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO, "Recepción de la analogía en el derecho penal", en *Revista Electrónica Cartapacio de Derecho*, Vol. 7 (2004) - Doctrina.

(14) Cámara de Apelaciones de Rosario, Sala segunda, "Walter David Gómez s/ lesiones leves", resuelta el 20 de diciembre de 1995.

y las breves consideraciones que anteceden aportan algún sentido en el que abreviar.

Síntesis: he intentado describir brevemente los principios fundantes de un modelo de consenso que incluye herramientas alternativas a la prisión.

Frente a la realidad que ha instalado a la legislación de la Nación en un espacio muy rezagado —no solamente frente a la normativa internacional sino también de las provincias, que a su vez, ha generado, una notable desigualdad ante la ley— se hace necesario operar una reforma que incorpore sustitutos a la prisión.

Más allá de la suspensión del juicio a prueba, en el área nacional sólo el avenimiento del art. 132 configura un instrumento de conciliación que sirve a la resolución del conflicto entre partes.

No sólo no se acuerda la derogación del instituto (el que es sólo instrumento de un modelo de consenso, disponible para las partes, especialmente la víctima), se propone —mientras no se incorporen legislativamente las herramientas funcionales— que los jueces, en forma pretoriana plenamente admisible, apliquen el avenimiento a otros tipos penales en la medida arriba acotada.

Bibliografía

AROCENA, GUSTAVO; Delitos contra la integridad sexual; Ed. Advocatus, p. 182/ modificaciones introducidas por la ley 25087 al art. 132 del C.P.

BARATTA, ALEJANDRO, "Criminología crítica y crítica al derecho pena", México, ed. Siglo XXI, 1986.

BOVINO, ALBERTO, "Delitos sexuales y justicia penal", conferencia dictada en el Seminario sobre las mujeres y el derecho penal, 23 de octubre de 1998, inédita.

BOVINO, ALBERTO, "La composición como reparación en los delitos de agresión sexual", en *Nueva Doctrina Penal*, 2001, n° 2.

CAFFERATA NORES, JOSÉ I.; "El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual", publicado en *La Ley 2000-C*, 250.

CLEMENTE, JOSÉ LUIS, "Abusos Sexuales", Córdoba, Marcos Lerner editora, 2000.

CREUS, CARLOS, *Introducción a la nueva doctrina penal. La teoría del hecho ilícito como marco de la teoría del delito*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1992.

DEVOTO, ELEONORA, *Probation e institutos análogos*, Buenos Aires, Hammurabi, segunda edición, 2005.

DEVOTO, ELEONORA "Expropiación del conflicto, reparación del daño causado y probation", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal III*, 4/5.

HENDLER, EDMUNDO, "Los caminos del derecho penal (entre la guerra y la civilización)", en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 34 y ss.

HERCOVICH, INÉS, *El enigma sexual de la violación*, Buenos Aires, Biblos, 1997.

HERCOVICH, INÉS, "Las oprimidas sospechadas", publicado en la edición 117 (1° de febrero de 2011) de la revista electrónica *Pensamiento Penal*, en www.pensamientopenal.com.ar.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. 1ra. ed., Santa Fe, Rubinzal - Culzoni editores, 2004.

LARRAURI, ELENA, "Control formal y el derecho penal de las mujeres" en AA.VV., *Mujeres, derecho penal y Criminología*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 1994.

MAIER JULIO B. J. "¿Es la Reparación una Tercera Vía del Derecho Penal?", en *El Penalista Liberal*, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Jorge Figueiredo Días/ Alfonso Serrano Gómez/ Sergio Politof Lieschitz/ Eugenio Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2004, p. 229.

PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO, "Recepción de la analogía en el derecho penal", en *Revista Electrónica Cartapacio de Derecho*, Vol. 7 (2004) - Doctrina.

REINALDI, VÍCTOR F., "Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25087", 2da. ed., Córdoba, Marcos Lerner editora, 2005.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal*, parte general, Madrid, ed. Thomson Civitas, 1997, tomo I.

RUFFA, BEATRIZ, "Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación", en *Travesías*, Buenos Aires, Ed. CECYM, 1988, n° 7.

SCHEERER, SEBASTIAN, Hacia el abolicionismo, en AA.VV., *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1989.

Alternativas a la pena de prisión en un modelo penal bilateral

por **GABRIEL H. DI GIULIO**⁽¹⁾

“No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infabilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella serveridad inexorable del juez, que para ser virtud útil, debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad”⁽²⁾

I | Introducción

Existen extensos y completos estudios jurídicos⁽³⁾ sobre clases de penas y en particular sobre alternativas a la “prisión”, basados tanto en historia

(1) Abogado, Doctor en Derecho, Magister en Derecho Procesal y Especialista en Magistratura. Prof. Titular Ordinario de Derecho Procesal e Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro (UNICEN).

Contacto: gabriel.digiulio@azul.der.unicen.edu.ar

(2) BONESANA, CÉSAR –Marqués de Beccaria-, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Helista, Buenos Aires, 1993, pág. 116.

(3) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 886 y ss. en el que se desarrolla la dinámica histórica de la privación de la libertad como pena. Igualmente la fuente bibliográfica de las páginas 867 y sgts. es frondosa y nutrida, resultando de consulta extraordinaria para el estudio del Derecho. Igualmente MEZGER, EDMUND, *Tratado de Derecho Penal*, traducción al español por José Arturo Rodríguez Muñóz, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, tomo 2, pp. 343 y ss. trata bajo el título “El fin y la justificación de la pena” diversos ejemplos receptados de la historia y legislación comparada, especialmente la europea y en menor medida de la angloamericana, de alternativas a la pena de prisión, alternativas al juicio penal, indeterminación de la pena por diferimiento, etc. En muestra de la trascendencia de la temática de esta publicación, relacionada con las alternativas de la pena de prisión, aborda la conocida problemática del

como en derecho comparado, comprensivos de los debates más interesantes y en ocasiones aparentemente insolubles que modelan la actualidad y las diversas propuestas existentes.

También existen otros estudios relacionados con aquellas temáticas, emanados de la Psicología, Sociología, Antropología y hasta Genética, respecto de los cuales se pueden encontrar diversas propuestas⁽⁴⁾, algunas serias y otras meramente ideológicas y peligrosamente discriminatorias.

No es que pretenda negar la posibilidad de hallar un dato original, de explicar aquello que aún no ha tenido lugar por nuestros maestros de la ciencia jurídica, o de proponer una perspectiva no transitada. Afirmo que los serios y fundados trabajos que develan una profusa actividad de investigación, reflexión y análisis dan muestra de la severa dificultad que la pena de prisión, y hasta me atrevo a señalar la “pena” a secas, acarrea a la ciencia jurídica.

La dimensión teórica terminará siempre sometiéndose a prueba en el mundo de los hechos y la realidad.⁽⁵⁾ Y es en esta realidad donde las teorías parecen desgranarse, abriendo paso a otro recurrente dilema: ¿es una prueba de la falla de implementación de la teoría o de la incorrección de la teoría?⁽⁶⁾

.....

siglo XIX relacionada con las penas cortas privativas de libertad (págs. 347 y sgts.), las que encontraron como propuesta alternativas a esa especie pena o a su efectivización. Igualmente DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Teoría del delito y de la Pena*, tomo 1, 2da. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1996, especialmente en los “problemas de fundamentación de la pena” de las p. 2 y ss. La bibliografía citada por el jurista es también muy nutrida y comprende además una interrelación con corrientes filosóficas.

(4) Por ejemplo RITVO, JUAN BAUTISTA, *Figuras del Próximo, El enemigo, el otro cuerpo, el huesped*, Letra Viva, Buenos Aires 2006, págs. 81 y sgts. El problema del “otro” engendra el denominado Derecho Penal del Enemigo en contraposición con mi visión de la condición humana; PINKER, STEVEN, *Cómo funciona la mente*, trad. de Ferran Merler-Orti, Buenos Aires, 2001; BLEGER, JOSÉ, *Psicología de la Conducta*, 2da. edición, 1ra. reimpresión, Buenos Aires, Paidós, 2009; DUBININ, N.P.-KARPETS, I.I.- KUDRIAVTSEV, V.N., *Genética, conducta y responsabilidad*, traducción de Alcira Kessler y Paula Hernández, Cartago, Buenos Aires, 1984; por nombrar algunos.

(5) La ciencia jurídica contiene esta interrelación necesaria aun en sus exposiciones teóricas que conforman un sistema de conocimiento. A título de ejemplo: ZAFFARONI –ALAGIA –SLOKAR, *Derecho Penal -Parte General-*, ob. cit., pág. 24, 37, 99, 886 y sgts., etc. También Hirsch, Hans Joachim, *Derecho Penal –Obras Completas-*, trad. de Silvia Bacigalupo, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 15 y ss., aunque comprendiendo –en lo que denomina “práctica en el Derecho Penal- las interpretaciones de los tribunales y el sentido de decisiones en torno a la eutanasia y la pena de muerte.

(6) Debemos reconocer que la tentación más común en la que hemos caído ha sido la de sostener la falla de implementación, que bueno es reconocer tiene elementos fácticos para respaldarla, pero que no por esto descarta la segunda opción.

.....

A esto se añade, con carácter esencial, el aspecto ideológico⁽⁷⁾. Porque nuestra ciencia incluye —y debe incluir⁽⁸⁾— la ideología. La ideología nos brinda una perspectiva conceptual⁽⁹⁾ del hombre⁽¹⁰⁾, de la humanidad y especie, y del pleno reconocimiento de la personalidad y la dignidad.

(7) He defendido la tesis que sostiene que la objetividad en el plano jurídico no se puede identificar con la imparcialidad. He dicho que la objetividad es una cualidad del “hacer” relacionada con la investigación —de un posible crimen, de una tesis doctoral o científica— que implica la coincidencia entre las conclusiones de la investigación con los resultados obtenidos o que deben obtenerse de ésta, con independencia de lo que el “sujeto” quiere o espera como resultados. Objetividad es un límite a la investigación que la inscribe en el ámbito de la racionalidad. Y como tal la objetividad es compatible con el hacer (la investigación es hacer) y con la prevención, ya que la investigación supone hipótesis que busca ser confirmada o descartada. La imparcialidad, por el contrario, es una cualidad del juzgamiento que importa neutralidad —ese es su significado y su esencia, aun cuando parte de la doctrina, desde el entrado el siglo XIX debate esa condición— y ausencia de prevención anticipada. La imparcialidad no condice con la objetividad. Son cualidades que se aniquilan la una a la otra, como se aniquilan los roles de acusador y juez (ver mi trabajo completo intitulado *Hipótesis y objetividad en la investigación Penal. “Síntesis e imparcialidad en el juicio”*, en *Derecho Procesal Contemporáneo, Confirmación Procesal II*, Directores: Adolfo Alvarado Velloso – OSCAR A. ZORZOLI, Buenos Aires, Ediar, 2008). Entiendo que mis ideas concuerdan con la opinión de Mario Bunge, quien distingue nítidamente objetividad de imparcialidad (ver BUNGE, MARIO, 100 ideas, Buenos Aires, Sudamericana, 2006, pp. 155 y ss.; igualmente BUNGE, MARIO, Las ciencias sociales en discusión, Un perspectiva filosófica, Buenos Aires, Sudamericana, 1999, pág. 9. Entiendo que en lo central no existen diferencias con la opinión de Bunge ya que la posibilidad de coexistencia de ambas cualidades en la ciencia —como propone a diferencia de lo que ocurre con la tecnología— no es negada por mí a condición de referirme a la ciencia jurídica en general. La aniquilación a la que hago referencia entre ambas cualidades está referida al proceso judicial y un rol en particular (investigador/acusador o juez), supuestos a los que, creo fundadamente, no se refiere el excelso filósofo y científico. También se han preocupado por la cuestión los antropólogos (ver por ejemplo DEI, H. DANIEL, La objetividad en ciencias sociales, Un enfoque de epistemología antropológica, Buenos Aires, Marymar ediciones, 1987), la sociología (ver por ejemplo DURKHEIM, ÉMILE, Las reglas del método sociológico, Buenos Aires, ediciones Libertador, 2da. edición, 2006) y psicología (ver por ejemplo, BLEGER, JOSÉ, Psicología de la Conducta, 2da. edición, 1ra. reimpresión, Buenos Aires, Paidós, 2009, pp. 215 y ss.).

(8) A mi modo de ver la inclusión ideológica hace al Derecho desde la faz ontológica. Esta opinión podría criticarse señalándose que un Derecho despojado de ideología en su aspecto conceptual es posible, pero no podría despojarse de la ideología en su implementación y funcionamiento, porque atentaría contra la naturaleza humana que los provoca. En ese caso la ideología obraría en el ámbito gnoseológico e incluso epistemológico. Esta es una cuestión que excede el marco de este trabajo. La ciencia cuya función no es sólo descriptiva sino que participa constructivamente de la vida está inmersa en ideología.

(9) Ver nota anterior: inclusión ontológica de la ideología o gnoseológica.

(10) El hombre como fin en sí mismo, igual, digno e íntegro desde el reconocimiento individual autodeterminado del “Yo” psicológico hasta el reconocimiento colectivo autodeterminado que congloba el “Yo” con el “otro” y el problema de la otredad. En mi tesis de la carrera de Doctorado en Derecho, intitulada *Homo Iuris*, he desarrollado el problema del hombre jurídico y el principio de igualdad general en torno al conflicto y la selección.

La ideología tiene un papel preponderante en la visión prospectiva de la ciencia no sólo como medio de pronóstico de eventos sino también como contribución a la formación de realidad.

La preponderancia del rol de la ideología en la ciencia jurídica no hace de la ciencia jurídica una cuestión de ideología. Hete aquí un límite al saber científico. Por eso hay que considerar con mucho cuidado las propuestas dogmáticas, como la misma dogmática Penal.

La pena en sí misma tiene que considerarse desde su construcción teórica sobre qué es y sobre cuál es su finalidad puesta en consideración empírica para posibilitar el progreso⁽¹¹⁾ y, en nuestro ámbito de conocimiento, un avance en el respeto de la persona humana en convivencia.

Este trabajo propone traer a consideración teórica la existencia de una tensión en los límites del Derecho Penal que propende modificar su funcionamiento y, en lo que atañe a esta temática, en de la pena de prisión. Esta hipótesis puede ser descartada por consideraciones teóricas, aun cuando justo es reconocerlo debería ser desarrollada en toda su extensión y no expuesta simplemente como ensayo. La descalificación argumental, lógica o racional derivaría de una negación como postulado válido. Pero de no ser esto posible habría que considerar sus expresiones en el marco de la realidad y trazar con esto su grado de validez o invalidez.

Quizás sea mi condición de procesalista la que posibilitó construir la hipótesis que señala que el Derecho Penal está tensado hacia la bilateralidad que presupone delincuente y víctima, interfiriendo la idea de conflicto intersubjetivo de intereses. Para decirlo de otro modo, la tensión se provoca contra la aparente unilateralidad que presupone la Teoría del Delito y de la Pena en la que la víctima, el conflicto y los intereses intersubjetivos aparecen excluidos de la rama jurídica.

Anticipo que no se trata de ningún cambio de paradigma —en el sentido de Kuhn— sino de un posible reconocimiento de un ámbito mayor de conocimiento.

(11) En cierto modo estoy separándome del pragmatismo científico —al que haré referencia más adelante— que parte más que de la prueba —metodológicamente del falsacionismo de Popper— del consenso de la comunidad científica.

Visto así, es decir, partiendo de una bilateralidad intersubjetiva de intereses, la pena de prisión y sus alternativas se erigen sobre la base de matices adicionales que, en ese caso, deberían considerarse.

II | Derecho Penal en tensión

Hasta la Edad Media el Derecho Penal no era sino un área de conocimiento incipiente, sin llegar a constituirse como una rama jurídica. Las expresiones se veían plasmadas en el Derecho romano, incluso durante la monarquía (crimina), pero especialmente en durante la república y el procedimiento formulario y la *accusatio*. El derecho imperial gestó su escisión del derecho privado. Otros pueblos como los germanos tuvieron que transitar un importante trecho histórico para superar la concepción privatística de las conductas que afrentaban los bienes jurídicos. En estos tiempos los intereses gestados podían ser justiciados mediante una contienda ante un tribunal, impulsada por el interesado o en algunos casos por algún miembro de la comunidad, o generar el duelo o lucha entre los contrincantes o su sometimiento a pruebas místicas o de carácter regilioso como las ordalías o los juicios de Dios.

La Edad Media, enseña Foucault, será el escenario en el cual se gestará el derecho penal como construcción auténtica, no sin demandar un costo alto a la humanidad.

Europa institucionalizará la tortura como método o instrumento y sacralizará los rituales y prácticas oficiales que imprimían sufrimiento como espectáculo y hasta símbolo del funcionamiento del sistema: los tormentos y los suplicios.

Estos valían por sí mismos. Se instituían como un medio pero en verdad servían como un fin.

Esto sucedió hasta la aparición de un nuevo concepto que, al decir de Foucault, contribuyó a la formación de un sistema más humanizado y civilizado del Derecho: el concepto de infracción.

Infracción es una idea superlativa ya que conduce a introducir en la relación sustancial de los sujetos implicados al monarca o autoridad a los que

se consideran primeros afectados o agraviados por la conducta (o mejor dicho inconducta).

La infracción introdujo más adelante el carácter público de la conducta infractora llegando no sólo a acompañar sino hasta sustituir el interés particular del titular de los bienes jurídicos afectados por aquélla.

El interés público dará lugar a la oficialización de la persecución y de la represión de las infracciones y la suplantación de los particulares en tales actividades, aun cuando fuesen víctimas. El nacimiento de la figura del Procurador de la Corona, como agente recaudador y encargado de velar por la confiscación de bienes, con importantes ingresos para sus arcas, acompañó el interés público que dio origen a la publicización del sistema penal.

Con la paulatina desaparición de los tormentos y suplicios comenzó a gestarse una nueva modalidad de sanción: la pena privativa de libertad.

El marqués de Beccaria en su memorable obra de rebelión humanista, Tratado de los Delitos y de las Penas, escrita en el siglo XVIII, consideró al contrato social de Rousseau fuente de sustentación del Derecho Penal, el cual sienta de uno de sus pilares en la cesión del poder de castigo de los particulares a la sociedad. Otro de los pilares estaba dado por el gobierno de las leyes, éstas sometidas a una serie de principios humanísticos, como el de proporcionalidad. Y finalmente, la exegesis como pilar contra la subjetividad y gobierno de los jueces.

El Derecho Penal integrado como expresión teórica y sistemática nació sobre una idea inmanente de ser humano, individualidad libre y autónoma, por antonomasia⁽¹²⁾. Esa idea reposaba en la concepción, a su vez meta-penal, de conductas o acciones debidas y prohibidas.

(12) Es muy interesante analizar la gestación y posterior evolución de la ciencia penal teniendo en consideración la construcción de modelos de la ciencia en general, a los que no escapa el Derecho. Desde fines del siglo XIX, de la mano de Comte, mentor del término "positivismo" en su Curso de Filosofía Positiva, surge un modelo conocido como "positivismo científico" con influencias muy notorias en el Derecho Alemán. El positivismo se ha identificado con la Escuela de Berlín del siglo XX y el Círculo de Viena. El positivismo asienta el saber científico en hechos comprobados (empirismo) y razonamiento lógico. El Círculo de Viena tuvo como una de sus más destacadas metas la redacción de una Enciclopedia para la Ciencia Unificada, como reducto de todas las ciencias, a partir de la reducción. Esta pretensión de universalidad quizás constituyó uno de sus principales defectos. El positivista lógico identifica espiomología científica con filosofía de la ciencia, absoviéndose ésta en aquélla. El criterio radical para

el saber científico, o dicho en otros términos, para delinear lo que es ciencia de lo que no lo estará determinado por el saber universal que propone, a partir de reglas objetivas y universales tanto en experimentación como en la evaluación de las teorías. El positivismo tiene una visión prospectiva del saber científico en tanto y en cuanto la clave se encontraría en la capacidad de predicción y explicación de fenómenos. Los positivistas intentaron radicalmente la codificación de la metodología científica y eso dio lugar, por sus fallas, a la generación de una corriente o modelo que contradujo sus postulados. El movimiento fue conocido como relativismo. En cierta medida se atribuye a Kuhn el nuevo modelo, aun cuando se pueden encontrar muchos otros expositores del relativismo incipiente. Su libro *La estructura de las revoluciones científicas* significó un aporte notable para la filosofía de la ciencia del siglo XX. Kuhn señala que el conocimiento científico no es necesariamente acumulativo como propone el positivismo, sino que puede ser discontinuo. Surge el concepto filosófico de la ciencia tal usual en nuestra era del paradigma. Para el relativismo, la ciencia se cimenta en su calidad de actividad humana y social. Por ende, el conocimiento no se obtiene exclusivamente de aquélla. No existe monopolio en el marco del conocimiento, esta conclusión es pasible de crítica por sus detractores al señalar que los factores subjetivos (y psicológicos) son incorporados indebidamente a la ciencia. El relativismo cuestiona la infalibilidad de las pruebas como sustento del saber en especial de las empíricas, más aún cuando se pretende construir el conocimiento a partir sólo de la observación. La observación conduce a un conocimiento por método inductivo y la finitud o limitación de la cantidad de observaciones posibles revela que, lógicamente, puedan presentarse casos diferentes que deriven en conclusiones contradictorias. A ello se suman los aspectos teñidos de convencionalidad y hasta viciados de ambigüedad, vaguedad, etc. que emergen de la selección y aceptación de la verdad de la observación relevante y del lenguaje empleado al describir o presentar las observaciones. El paradigma de Kuhn (más adelante denominado matriz disciplinar) marca la importancia de la discontinuidad en el saber científico, no necesariamente como cualidad inexcusable del progreso científico, sino como descripción epistemológica del funcionamiento del conocimiento que progresa incluso del error que conduce a abandonar viejas teorías. El paradigma es la síntesis entre "sistema" y "revolución". Para que constituya un concepto filosófico de la ciencia completo debe comprender el saber sistémico (aspecto ontológico) y el saber epistémico (aspecto metodológico y gnoseológico) que fijan el procedimiento. Por ello se dice que el relativismo de Kuhn no es necesariamente –o tal vez solamente– ontológico sino epistemológico. El problema recurrente es el límite entre el saber científico respecto del que no lo es. El relativismo señala que no existe un criterio universal y único para delimitarlo. De ahí entonces que existen criterios de valoración que emergen de las teorías científicas y están pueden variar de acuerdo a diversas causas, comenzando por la teoría que se asuma por el científico o comunidad, lo que agrega a la cuestión una fuerte cuota de subjetividad. Por ello la radicalización del relativismo –por cierto, no es el caso de Kuhn– valió a este modelo importantes críticas de la mano de modernos filósofos y científicos como Bunge. El Derecho también se ha visto influido por este modelo, incluso en la actualidad. Un nuevo modelo surge de la mano del realismo científico que admite muchas formas y corrientes. Normalmente de conoce como realismo a aquél que parte de la idea de correspondencia entre las creencias sobre el mundo y éste mismo. Es una derivación de la idea de verdad coincidencia de Platón y fundamentalmente Aristóteles, aunque llevado a la epistemología de las ciencias. Karl Popper es quizás un realista crítico por antonomasia, cuya génesis la encuentra en el racionalismo. Popper defenderá la idea de grado de correspondencia entre el saber científico y el mundo real. La ciencia asume como objetivo a la "verdad". El realismo tradicional sostenía que sólo el conocimiento científico era capaz de producir el saber de la verdad ya que será aquél el único que se someterá al método principal del modelo tradicional: la falsación o falsacionismo. Del mismo modo que el método inductivo fue atacado de falibilidad por el relativismo (en contra del positivismo), el realismo de la mano de Popper lo criticará y procurará

Feuerbach⁽¹³⁾ esbozó la Teoría moderna general preventiva de la coacción psicológica⁽¹⁴⁾, en la cual el Derecho Penal actúa coactivamente sobre la colectividad y de modo especialmente preventivo como influjo intimidatorio e inhibitorio⁽¹⁵⁾. Feuerbach señaló la necesidad de establecer de modo claro y previo los tipos penales sobre los cuales opera el Derecho punitivo, particularmente para el propósito de su Teoría.

Los aportes de Wachter⁽¹⁶⁾ y de Mittermaier⁽¹⁷⁾ fueron fundamentales para el desarrollo del derecho penal. El primero a partir de un positivismo jurídico con sustento en la historia, especialmente romana y germana. El segundo, también positivista histórico, fue defensor de ideas liberales, dando impulso, por ejemplo, al Derecho Procesal Penal.

Hasta aquí, en gran medida, tenemos la influencia de la filosofía Kantiana, de la mano de Feuerbach.

Pero a partir del siglo XIX comenzó, especial e inicialmente en la doctrina alemana, a influir la filosofía de Hegel.

Para Hegel⁽¹⁸⁾ la pena es una necesidad dialéctica⁽¹⁹⁾ donde la acción del delincuente no es un acto primero o positivo del que resulte la pena como

.....
demostrar la existencia de paradojas. La observación debe tener apoyo teórico para erigir la ciencia. En otro extremo se encuentra el pragmatismo. Gestado en los Estados Unidos de la mano del filósofo Peirce, se propone centrar la tarea científica en el método para lograr objetividad y desplazar, en cierto modo, el problema de la verdad. Se niega el principio de correspondencia como saber científico, tornando preponderante el consenso de la comunidad científica como fuente de conocimiento. En parte ello se deberá a la adopción paulativa de teorías mejores o más eficaces que producirán el progreso de la ciencia. La ciencia es, desde este modelo, un instrumento para producir teorías y éstas para ser validades empíricamente. Aunque de un modo desordenado y asistemático, quizás intuitivo, muchas teorías jurídicas responden a este modelo de ciencia.

(13) PAUL ANSELM VON FEUERBACH (1775-1833).

(14) MEZGER, ob. cit, p. 66

(15) Ob. cit.

(16) CARLOS JORGE VON WACHTER.

(17) CARLOS JOSÉ ANTÓN VON MITTERMAIER.

(18) HEGEL.

(19) P. 72.

negación, sino un acto negativo, donde la pena cumple una función positiva por erigirse como negación de la negación.

Hegel se ocupa de la Teoría de Feueberch y la critica porque entiende que la amenaza que sustenta la concepción del ilustre jurista supondría un ser humano que no fuese verdaderamente libre. Las influencias de Hegel aparecen en Jarke en lo que será una nutrida influencia en la dogmática penal alemana del siglo XIX después de los años 40.

El Código Penal del Reich de 1871 ha tenido una injerencia preeminente en la Teoría del Delito y de la Pena y el pensamiento científico que se estaba constituyendo con una fuerza inusitada.

La sanción del digesto trajo consigo un nuevo cambio de concepción filosófica autoral, en especial, sobre la base de la retribución como fundamento absoluto de la pena.

Carlos Binging se reconoció "unilateral representante del Derecho, y especialmente del Derecho Punitivo"⁽²⁰⁾. Su férreo positivismo, útilmente aplicado y puesto al servicio del Derecho Penal, derivó en la relación entre el derecho del Estado a ser obedecido y del deber del súbdito de obedecer.

Derivaron las disputas entre dos escuelas. La considerada Escuela Clásica del Derecho Penal y la Escuela moderna. La primera, defensora de la tendencia histórica. La otra, en pos de los cambios profundos.

Se vieron desde entonces emergentes ideas liberales donde la libertad individual fue centro de atención de las teorías, así como de los límites del Estado, que ya no era entendido como un Estado gendarme. Aparece un positivismo sociológico-naturalista que compatibilizó con la idea de contrato social de Rousseau.

Durante fines del siglo XIX, sin embargo, surgió una nueva corriente de pensamiento de la mano del médico de Turín, César Lombroso, que dio origen a la Escuela Antropológica Criminal del Derecho Penal o Teoría Peligrosista en los términos de Donna. Esta corriente, seguida por Enrique

(20) Grd., 1913, p.v).

Ferri y Rafael Garófalo sería la piedra fundamental del Derecho Penal de Autor, en su aspecto centralmente criminológico con connotaciones antropológicas, biológicas (y hasta genéticas) y psicológicas.

Como contracara surgió el pensamiento finalista del derecho penal de la mano de Franz V. Liszt, determinando la necesidad de una política criminal adecuada a los fines sociales. Liszt remarcó el valor de los factores sociales y hasta económico, fundando la escuela sociológica criminal. Entre sus seguidores, debo citar al procesalista James Goldschmidt.

Con el siglo XX surge la influencia en el Derecho Penal, especialmente alemán, de la filosofía neokantiana. Expositores como Enrique Maier y Graf zu Dohna se destacaron por la expresión del pensamiento científico-cultural. Son numerosos los expositores de esta corriente conocida también como filosofía cultural del Sudoeste de Alemania, como el caso de Beling.

Los estudios y análisis del siglo XX y hasta del incipiente siglo XXI son numerosos, de variada orientación filosófica y política y de diferentes expresiones científicas, como las de Karl Binding y de Hans Welzel y su Teoría de lo ilícito personal⁽²¹⁾, sustitutiva del concepto causal ilícito. Mezger⁽²²⁾ dice "La ciencia jurídico-penal de hoy es consciente de que precisa múltiples métodos para conseguir la meta de su investigación". Es innegable el aporte de Roxin y la Teoría de la Imputación objetiva, y de Jescheck y el concepto social de acción, mediante el cual la acción es "conducta humana socialmente relevante".

Donna considera que la base del sistema penal o su núcleo radica en la "imputación".⁽²³⁾ Con cita de Larenz, Donna dice "la imputación... significa no otra cosa que la tentativa de delimitar un hecho causal. Cuando un sujeto es calificado como causa de un hecho, entonces se quiere decir con ello que el suceso tiene su propio acto, que es en relación a ese sujeto no una obra de la causalidad, del azar, sino de su propia voluntad, que como

(21) Mediante la cual el dolo y la culpa dejan de ser concebidas como expresiones de la culpabilidad, sino de la tipicidad, a través del tipo subjetivo. Ello surge a partir del concepto de acción, como acción voluntaria y final.

(22) Studienbuch, 2da. edición, pp. 18/19.

(23) EDGARDO ALBERTO DONNA, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 11 y ss., especialmente 18 a 26.

es sabido Kant lo llamó *actio libera*". De modo que, siguiendo a Larenz, "el hecho sólo es imputable al autor cuando es obra de su voluntad libre y que, en el caso contrario, esto es, cuando se trata de la casualidad, del azar, el hecho no le pertenece al autor como algo propio y por ende no se puede decir que sea un acto que pueda imputársele, ya que es ajeno".

De lo visto hasta aquí queda claro que el centro de atención fundamental, neurálgico, ha sido el de la conducta humana transgresora de la norma prohibitiva y la sanción aplicable. Dicho esto con la suficiente amplitud semántica para entender incluídas corrientes divergentes como la causalista, la finalista, como las ideas de Feubeubach, Lombroso, Liszt, Mezger, Günter Jakobs⁽²⁴⁾ y Hans Joachim Hirsch⁽²⁵⁾. En definitiva: Del delito y de la Pena.

El hombre como sujeto de reproche o imputación en tanto es gestor de su propia conducta que oscila entre lo permitido y lo prohibido, lo bueno y lo malo. El ser individual, conductor, autor.

En este aspecto el título de la obra de César Bonesana no merece retoques ni críticas para incluir los estudios que le sucedieron.

Esta mirada o atención, necesaria para la construcción científica del Derecho Penal, aparejó una relación vertical o de poder unilateral entre el delincuente y el Estado.

Para ello ha contribuido la idea de infracción antes citada y la intervención de un sujeto en la relación sustancial representante de la corona: el procurador.

La víctima se vio no sólo sustituida sino hasta apropiada en su interés de tutela judicial efectiva, con la ficción de ser representado.

Ese representante ha sido, curiosamente, mandatario de distintos sujetos. Nuestros Ministerios Públicos oscilan de pertenecer al Poder Ejecutivo

.....

(24) Aut., citado, *Sistemas de Imputación Jurídico penal*, en *Problemas capitales del derecho penal moderno*, libro homenaje a Hans Welzel, Buenos Aires, Hammurabi, 1998

(25) Aut. citado, *Derecho Penal, Obras Completas*, tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, especialmente sus capítulos: "El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel", pp. 13 a 36 y *Acerca de la "Teoría de la Imputación Objetiva"*, pp. 37 a 64.

o al Judicial hasta conformar un órgano extra-poder. En sistemas de juzgamiento como el de EEUU, por ejemplo, el Ministerio Público representa al Estado y el jurado al pueblo. En nuestra región el Ministerio Público representa a la sociedad (podría decirse al pueblo)⁽²⁶⁾ y los tribunales al Estado; aunque en algunos casos, como en la provincia de Buenos Aires, ambos pertenecen al Poder Judicial⁽²⁷⁾.

Estas vicisitudes conforman digestos procesales muy dispares, como el derogado Código Procesal Penal de la Nación, Obarrio, de 1888 que instituyó las acciones penales públicas y las acciones penales privadas no conocidas por el Código Penal de Carlos Tejedor de 1886. Y hasta la posibilidad de acción popular.

El derogado Código Procesal Penal de Córdoba de 1937, sancionado en 1939 y vigente un año después, de la mano de Soler-Vélez Mariconde, no admitió la figura del querellante en delitos de acción pública.

Desde entonces los diferentes avances en materia de legitimación, primero procesal y luego sustancial le valieron impensables calidades y derechos a la víctima.

Puedo enumerar, a título de ejemplo:

- I. La crisis del concepto de acción penal pública oficiosa, irrenunciable e indisponible en su acepción absoluta.
2. La crisis del denominado principio de oficiosidad.
3. La crisis del principio de legalidad a partir de la regla de la oportunidad.

(26) A título de ejemplo el art. 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires (L. 12061): Art. 1º - Función. El Ministerio Público es el cuerpo de Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces que, encabezado por el Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

(27) También a título de ejemplo el art. 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; Art. 2º; LEY 12061 " - Principios. El Ministerio Público es parte integrante del Poder Judicial y goza de la autonomía e independencia que le otorga la Constitución para el debido cumplimiento de su función requirente. Su organización es jerárquica, y está regida por los principios de: unidad, indivisibilidad, flexibilidad y descentralización.

4. El incremento de los derechos de la parte –víctima en el proceso penal como acusador privado: desde la posibilidad de promover medidas, hasta la de sostener la pretensión punitiva con independencia del Ministerio Público; la de recurrir, y en la provincia de Buenos Aires, en ciertos casos, de accionar formulando requisitoria de elevación a juicio⁽²⁸⁾.
5. El reconocimiento de la condición de víctima con el resguardo de derechos procesales, aun cuando no se asuma el rol de parte.
6. El incremento del concepto de víctima, hasta abarcarse a la colectiva y la difusa, como una potenciación de la legitimación sustancial.
7. La aparición de mecanismos alternativos de solución de conflictos penales.
8. La mediación penal.
9. La representación oficial de las víctimas en tutela de sus derechos en el proceso penal.

En la faz procesal esto ha significado, por una parte, un sinceramiento en el sistema basado en la selección de facto y oportunidad ilegal que emanaron como mecanismos propios del funcionamiento de un sistema judicial colapsado y abocado a los asuntos más graves.

Por otra parte conduce a la necesidad, para quienes niegan la existencia de una Teoría Unitaria del Derecho Procesal⁽²⁹⁾, de munirse de nuevos argumentos.

III | Nuevos horizontes

A mi modo de ver existen cambios impuestos por la situación social y cultural de la actualidad, que repercuten en el ámbito de conocimiento de la

(28) Esta es la tendencia que ha receptado la legislación de la provincia de Buenos Aires.

(29) Debate que excede este trabajo pero que presenta sumo interés no sólo teórico, sino práctico y a su vez académico desde la conformación de las asignaturas universitarias y la asunción o no de un Derecho Procesal Penal escindido del Derecho Penal.

ciencia penal. Esa modificación se produjo con la aparición (tentado estoy a llamarla reaparición, pero sería incorrecto) del particular afectado como otro de los ejes en relación con el delito.

El delito es reclamado por otro sujeto, más allá del delincuente y del Estado. Aparece la víctima y de la mano de la víctima surge a la luz el conflicto que apareja normalmente un delito.

La relación penal es quizás bilateral.

El conflicto representa un serio problema para la perspectiva penal tradicional porque puede interferir en algunos de sus postulados, como el fin de la pena.

También trae consigo, bajo el velo del derecho a peticionar, a la tutela judicial efectiva y de procurar el imperio de la legalidad, la compleja carga de intereses particulares de diversa etiología, que podrán ver en el sistema penal que logran motorizar un mecanismo cuasi-efectivo para someter al otro de un modo más o menos limitante de sus libertades.

Esto está claro desde el mismo momento en que advertimos que el sistema penal no regresa a su prehistoria, donde era patrimonio de los particulares, ya que el aparato de investigación, juzgamiento y represión sigue siendo público. Por ello no será correcto sostener una "reaparición" de la víctima, a secas. El ejercicio de la fuerza legítima sigue en manos del Estado.

La concepción bilateral del delito no sustituye, al menos aún, los mecanismo del poder público punitivo, sólo aparece dejando en manos de otros particulares, con mayor o menor independencia, el comando de su excitación y motorización.

IV | Alternativas a la pena de prisión

No en todo delito existe un conflicto intersubjetivo de intereses.

No todo conflicto intersubjetivo de intereses derivado o producto del delito es susceptible de disolución. Entiéndase por disolución a los mecanismos de satisfacción de las pretensiones que emergen del hecho ilícito.

Pero en numerosos supuestos, quizás los más cotidianos, la comisión de un delito acarrea, además del menoscabo al interés y orden públicos un

conflicto intersubjetivo de intereses en el que resultan víctimas; víctimas que pretenderán algo.

Las pretensiones, en tanto y en cuanto resulten jurídicamente tutelables pueden habilitar una respuesta penal del Estado frente al delito que derive en alternativas a la prisión. Y estas alternativas pueden además contribuir a la disolución del conflicto. Para esto hay que oír a la víctima, atender su pretensión y considerar al conflicto penal como un elemento primordial para la eficacia del sistema. También hay que educar y concientizar sobre las alternativas a la pena de prisión y sus ventajas. Sin educación no hay propuesta seriamente posible. Con esquemas culturales del siglo XIX o incluso del medioevo y sin resortes en la formación cívica, la inclusión de mecanismos más humanizantes y democráticos del sistema penal son una quimera.

No se trata de un renunciamiento del Derecho Penal a penar, ni una exención de pena, sino de aplicar el principio de mínima intervención frente a una realidad que comprende a un segundo sujeto de derechos más allá del delincuente.

La misión principal del Estado es la de discriminar la pretensión jurídica tutelable de aquella otra que no lo es, para justificar su actuación y el ejercicio legítimo de la fuerza cuyo imperio le es propio e indelegable.

La inclusión del conflicto penal como elemento de la ciencia penal introduce, en el esquema conceptual de la pena, la noción de “reparación” que no es excluyente ni exclusiva de las penas, pero que puede aparecer como una verdadera alternativa. La reparación en un sentido penal, no civil. La reparación como instrumento de inserción social y educación y como fuente de disolución del conflicto cuando ello es posible.

Para determinar si es posible hay que atender a la bilateralidad que propone la víctima, siempre —insisto— pasado por el tamiz de la legalidad que impone el Estado.

El Derecho Penal tradicional ha atendido el conflicto como solución en ocasiones muy excepcionales, respondiendo también en extremo por la no punición, situación diferente a la que se plantea en este trabajo donde

la pena se aplica pero difiere de la privación de libertad. Son ejemplos de aquello el "avenimiento", algunas "excusas absolutorias", la condición de procedibilidad derivada de la "instancia privada en delitos de acción pública" o simplemente de privatización de la acción penal en los casos del art. 73 del Código Penal.

Pero no ha tenido esa consideración, me refiero al interés legítimo y jurídicamente tutelable que pueda corresponder a la víctima, al menos con la misma nitidez, la ejecución condicional de la pena o la suspensión del juicio a prueba. Y esto se debe, en gran medida, a una concepción unilateral del Derecho Penal.

La apertura, en ciertos delitos y en determinados supuestos, a la atención del conflicto penal y de la víctima posibilita considerar alternativas –nuevas- de penas, diferentes a la privación de libertad, sin renunciar a sus fines. Quizás incorporando el concepto de "reparación penal" que tendrá en miras en conflicto y su disolución.

El conjunto de penas previstas por nuestra legislación es extremadamente limitado aun con la Ley 24.660 y por ende insuficiente para dar respuesta a este planteo.

Probablemente ocurra con las penas el mismo mal que aqueja a la generalidad del digesto. Como ha dicho el maestro Zaffaroni, el Código Penal pide a gritos una reforma integral, coherente y sistemática.

Sin el elemento normativo las posibilidades concretas son limitadas.

V | A modo de conclusión

Ninguna de estas líneas propone con originalidad soluciones a problemas específicos que van desde los teórico hasta lo práctico. Tómese como una más de las incesantes reflexiones que buscan consolidar conocimientos o ponerlos en crisis en pos de acceder a otros.

Adscribo a la unidad científica del Derecho Procesal y con ello a la escisión del Derecho Procesal Penal del Derecho Penal. Pero así y todo es incuestionable la intersección e interrelación de ambas áreas de conocimiento.

Existen puntos de influencia nítidos y es quizás por esto que la tensión a la que hice referencia en todo este trabajo se origina en el ámbito procesal, donde la realidad se hace presente en una de sus variadas formas.

Pensar la pena no sólo como respuesta y función del Estado sino también en consideración con el conflicto penal y la víctima conduce a una apertura de los límites que, en más o en menos, parece presentar la dogmática penal en variadas expresiones. Ello repercutirá favorablemente en penas alternativas a la prisión. Pero exige de: 1) la validación de la tensión que provoca un Derecho Penal bilateral; 2) la admisión de nuevas penas; 3) la confirmación de la noción de reparación penal como concepto concurrente; 4) la planificación del procedimiento y competencia del magistrado a cuyo cargo se encuentre su decreto y control.

Dejo de este modo planteada la cuestión, como introducción o título. Más el desafío que acarrea su desarrollo y puesta en crisis.

Tal vez algunas de estas ideas acompañen alternativas a la pena de prisión humanizantes que al mismo tiempo cumplan las finalidades legítimas que inspiraran al Derecho Penal.

Bibliografía

BLEGER, JOSÉ, *Psicología de la Conducta*, 2da. ed., 1ra. reimpresión, Buenos Aires, Paidós, 2009.

BONESANA, CÉSAR –Marqués de Beccaria–, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Buenos Aires, Helista, 1993.

BUNGE, MARIO, *100 ideas*, Buenos Aires, Sudamericana, 2006.

BUNGE, MARIO, *Las ciencias sociales en discusión, Un perspectiva filosófica*, Buenos Aires, Sudamericana, 1999.

DEI, H. DANIEL, *La objetividad en ciencias sociales, Un enfoque de epistemología antropológica*, Buenos Aires, Marymar ediciones, 1987.

DI GIULIO, GABRIEL HERNÁN, "Hipótesis y objetividad en la investigación Penal. Síntesis e imparcialidad en el juicio", en *Derecho Procesal Contemporáneo, Confirmación Procesal II*, Directores: ALVARADO VELLOSO ADOLGO – ZORZOLI OSCAR A., Buenos Aires, Ediar, 2008.

- DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Derecho Penal, Parte General*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, Tomo 1.
- DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Teoría del delito y de la Pena*, 2da. ed., Buenos Aires, Astrea, 1996, tomo 1.
- DUBININ, N.P.-KARPETS, I.I.- KUDRIAVTSEV, V.N., *Genética, conducta y responsabilidad*, traducción de Alcira Kessler y Paula Hernández, Buenos Aires, Cartago, 1984.
- DURKHEIM, ÉMILE, *Las reglas del método sociológico*, Buenos Aires, ediciones Libertador, 2da. ed., 2006
- HIRSCH, HANS JOACHIM, *Derecho Penal –Obras Completas–*, trad. de Silvia Bacigalupo, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2000.
- JAKOBS, GÜNTHER – STRUENSEE, EBERHARD, *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998.
- KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna*, Buenos Aires, Depalma, 1977.
- MEZGER, EDMUND, *Tratado de Derecho Penal*, trad. al castellano de José Arturo Rodríguez Muñoz, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, tomo 2.
- MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, H.A. Tommasi Editor, 1923.
- PINKER, STEVEN, *Cómo funciona la mente*, trad. de Ferran Merler-Orti, Buenos Aires, 2001.
- RITVO, JUAN BAUTISTA, *Figuras del Prójimo. El enemigo, el otro cuerpo, el huésped*, Buenos Aires, Letra Viva, 2006.
- STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho Penal, Parte General I, El Hecho Punible*, 4 edición totalmente reelaborada, Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- VIGO, RODOLFO LUIS, "Razonamiento Justificatorio Judicial", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (Buenos Aires, 1977), núm. 21, vol. II (1998).
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL – ALAGIA, ALEJANDRO –SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

La mediación como modo de abordaje del conflicto penal

*Tan cierto como no existe un solo camino,
es que no todos conducen al mismo lugar*

por **ULF C. EIRAS NORDENSTAHL**⁽¹⁾

No pudo dejar de sorprenderse cuando leyó publicado en un diario que en una ciudad de Cataluña, España, un fiscal había pedido la aplicación de una pena de más de siete años de prisión a una mujer por el espantoso delito de molestar a su vecina con sus clases de piano⁽²⁾.

Le causó la misma impresión cuando cierto tiempo atrás había también conocido la noticia que en Quilmes, Provincia de Buenos Aires, Argentina, una adolescente de apenas 16 años había asesinado a su vecina porque escuchaba música a muy fuerte volumen⁽³⁾.

A falta de conocimientos sobre cuestiones de derecho y procesos, jurisprudencia y doctrina penal, apenas apeló a su sentido común para entender que algo no anda bien en la forma en que la sociedad viene atendiendo sus conflictos.

Pensó que tal vez, entre la venganza privada de la joven quilmeña y la sanción estatal prevista como remedio en la ciudad catalana, deberían exis-

.....
(1) Abogado y profesor de historia. Especialista en métodos alternativos de resolución de conflictos. Director de la oficina de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos dependiente del Poder Judicial de Tierra del Fuego y co-redactor del proyecto de ley de mediación penal de la Provincia de Buenos Aires. Es autor de varios artículos y libros en materia de mediación penal.

(2) Sitio internet: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2011/12/23/catalunya/1324641979_272231.html

(3) Sitio internet: <http://www.lanacion.com.ar/1435604>

tir otras maneras de resolver las controversias, ya que la sola y continua oscilación entre el endurecimiento de las penas y el mayor respeto por las libertades individuales no parece ser efectiva al momento de hacer cualquier balance.

La insatisfacción por los resultados del sistema penal puede observarse no solamente entre las víctimas, los acusados o la propia comunidad, sino también entre los mismos operadores del aparato judicial. Son jueces, fiscales, defensores, abogados y el mismo personal que diariamente se sienten frustrados, pensando que su trabajo carece de sentido, que parece que nada pueden cambiar, que el problema es tan complejo que las posibilidades de solución se desdibujan a medida que se intentan fórmulas y medidas.

Sabido es que los procesos judiciales del modo en que están estructurados representan verdaderos obstáculos para la atención de las reales necesidades, tanto de la víctima como del victimario, y distantes están de satisfacer los intereses de la sociedad en su conjunto. Por el contrario y lamentablemente, sólo vienen a reproducir en la práctica los mismos conceptos que declaran combatir, transformándose en máquinas trituradoras de expectativas, ilusiones, deseos y voluntades.

Al mismo tiempo en que históricamente el sistema penal fue concentrando todo su interés en el victimario, en un movimiento inverso fue excluyendo paulatinamente a la víctima, originando un fenómeno de neutralización que algunos dieron en llamar "expropiación del conflicto". La víctima quedó categorizada como un personaje olvidado, como un sujeto de reivindicación, un "no-sujeto".

Así, la víctima pasó a cumplir un papel secundario como denunciante o testigo, colocándose en una situación de desventaja al momento de medir su participación en la posible resolución de su problema, impedida de hacer valer sus intereses y necesidades, de desarrollar sus capacidades y recursos, de tener la oportunidad para expresar pensamientos y sentimientos, de hacer escuchar su voz y mensaje. En definitiva, de ser reconocida subjetivamente como un legítimo otro⁽⁴⁾.

(4) EIRAS NORDENSTAHL, U., *¿Dónde está la víctima?* – Apuntes sobre victimología, Buenos Aires, Ed. Librería Histórica, 2008.

Ahora bien, aún con el desarrollo de las garantías y los derechos individuales, ese mayor protagonismo del victimario no sirvió para resignificar el formato estigmatizador del proceso penal.

Hoy no se le da al imputado la posibilidad de restaurar su imagen como sujeto, evitando la etiquetación que el imaginario social realiza del pasaje por un proceso penal. No se le ofrece un espacio propicio para que pueda modificar su conducta y rectificar el mal ocasionado. Aún más, que lo realice frente a la misma persona que lo padeció.

Por otro lado, el sistema tradicional no contempla la participación real y concreta de la comunidad en la construcción de soluciones a la cuestión criminal, derivando ello en una mayor dificultad para la sensibilización y compromiso en el marco de la responsabilidad social. Aún hoy resulta difícil un abordaje sistémico del conflicto ya que todo parece reducido al círculo binario exclusivo en el que deben participar únicamente el ofensor y el estado perseguidor y sancionador, dirimiendo su lucha en un proceso inundado de suposiciones, ficciones y escenarios formales⁽⁵⁾.

No llegó el momento de ir pensando en otras alternativas? Podemos construir un modelo diferente de tratamiento de la cuestión penal? Si ello fuera posible, cuales podrían ser sus características?

I | La mediación penal

En los últimos 15 años en la Argentina se han desarrollado varias experiencias en ese sentido. Algunas de ellas pudieron sostenerse en el tiempo y sirvieron como punta de lanza para la implementación de programas de intervenciones en conflictos derivados del sistema penal mediante los denominados métodos RAC (Resolución Alternativa de Conflictos).

Desde los primeros ensayos en el Consultorio Jurídico de la Universidad de Buenos Aires y en el Ministerio de Justicia de la Nación a mediados

(5) "Sin embargo, las conductas delictivas no se presentan de manera aislada. Deben ser pensadas a la luz de una teoría que entienda al conflicto como parte de un sistema, compuesto por multipartes y conformado por estructuras comunicacionales y tramas discursivas que hacen a singulares interrelaciones entre los participantes."

EIRAS NORDENSTAHL, U., *Mediación Penal – de la práctica a la teoría*, 2da. ed., Buenos Aires, Ed. Librería Histórica; 2010.

de la década de los 90 hasta la sanción de leyes en ese sentido en varias provincias, mucha agua ha pasado bajo el puente, y hoy en día y a la distancia, y pese al corto tiempo transcurrido, estamos quizás en condiciones de realizar un serio análisis evaluativo acerca de los resultados obtenidos, las fortalezas y debilidades de los modelos desarrollados y los desafíos que el futuro nos depara.

En lo que se refiere a las fortalezas, si hay algo que se destaca en este recorrido, es que todo ha sido una verdadera construcción. A falta de experiencias anteriores, ante la ausencia de un marco normativo previo y sin modelos propios donde abreviar, no se cedió a la tentación de importar o transplantar esquemas foráneos y ajenos a nuestra idiosincrasia, sino que se trató de adecuar la práctica a la realidad concreta de nuestras comunidades. Y esto por sí solo marca una gran diferencia con la mayoría de los institutos que permanentemente se intentan imponer en nuestra cultura jurídica.

De allí entonces la heterogeneidad de modelos propuestos, equivalentes a la variedad de modos de vida y las diferencias socio-económicas de las distintas jurisdicciones.

A saber y sólo a modo de ejemplo: en algunas de ellas se encuentra a cargo del Ministerio Público, a través de operadores propios (Buenos Aires) u operadores externos (CABA); en ciertas provincias están a cargo del Poder Judicial con operadores propios (Tierra del Fuego), o con operadores externos (Chubut); en otras a cargo del Poder Ejecutivo (Santa Fe).

En algunas se incluye el abordaje de los conflictos protagonizados por jóvenes y adolescentes (Neuquén, Tierra del Fuego, Mendoza, Santa Fe), en otras no (Chaco, Buenos Aires).

En algunos lugares los programas funcionan sostenidos por leyes especiales (Chaco, Buenos Aires, Río Negro, Neuquén, Tierra del Fuego), en otros mediante su inclusión en el mismo Código Procesal (Santa Fe), y en algunos otros mediante Acordadas de las Cortes provinciales (Mendoza, Entre Ríos).

En fin, contamos con una diversidad tal que permite el desarrollo de varias propuestas metodológicas a la vez, pero todas ellas basadas en ciertos principios y características comunes que le dan una identidad única. Un breve análisis acerca del origen de estos principios y características nos llevará a determinar tres grandes fuentes: la justicia restaurativa, la victimología y la mediación.

I | La Justicia Restaurativa

En general, los sistemas adoptados en nuestro país, tienen como punto de partida el concepto de justicia restaurativa. Como señala Zehr, se trata de “un proceso dirigido a involucrar, en lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivadas de esa ofensa, con el propósito de sanar o enmendar los daños de la mejor manera posible”⁽⁶⁾.

Las llamadas “prácticas restaurativas” se difundieron después de la segunda mitad del siglo pasado principalmente entre las comunidades religiosas de los Estados Unidos a través de los Programas de Reconciliación Víctima-Ofensor (V.O.R.P.)⁽⁷⁾.

Estos principios del paradigma de la justicia restaurativa que destacamos en su aplicación son expuestos por el mencionado Zehr en su obra:

- a. El crimen se define como un acto de daño contra las personas y las relaciones interpersonales.
- b. Las ofensas traen como consecuencias obligaciones y la principal es la de reparar el daño.
- c. La comunidad debe participar activamente en la resolución del conflicto.

A) El primer punto resulta fundamental, y se refiere a la idea misma acerca del delito. Cualquier persona con un mínimo de instrucción nos indicará que el delito es una infracción a la ley, una violación a una norma, concepto éste derivado de la definición académica que convierte una conducta en delictiva merced a su valoración normativa. El eje entonces resulta ser sujeto-ley-Estado.

.....
(6) ZEHR, H. (2007). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, USA. Ed. Good-books

(7) V.O.R.P.: Victim-Ofensor Restorative Program. El concepto o filosofía de justicia restaurativa surgió en las décadas de los 70 y 80. Varios modelos fueron ensayados y perduran hasta hoy, destacándose las experiencias de las iglesias menonita y cuáqueros en los Estados Unidos, los Círculos de Paz en Canadá, las prácticas con la comunidad maorí en Nueva Zelanda, etc. en verdad remiten sus raíces en las tradiciones de antiguos pobladores de la América del Norte, África y Oceanía, e inclusive las encontramos identificadas por Lévi-Strauss en sus estudios sobre las sociedades originarias.

La justicia restaurativa invita a modificar esta mirada desde una violación a la norma hacia la violación en las relaciones humanas. Pasar del conflicto normativo al conflicto social. Transformar el eje en sujeto agresor-sujeto víctima-comunidad.

Esta variación de la perspectiva trae como una de sus consecuencias el cambio también de la lógica binaria en el tratamiento del delito. Saliendo de aquella relación casi dialéctica entre el Estado y el sujeto perseguido, el primero terminará dejando su lugar de preponderancia en el cuerpo del sujeto víctima. Esto implicará que serán las propias partes, como reales protagonistas, las encargadas de buscar alternativas y soluciones para sus controversias y en un esquema auto-compositivo.

El abordaje del conflicto se da entonces en forma sistémica, respetando las diferencias como tales, en un espacio en el que el diálogo y la comunicación serán prioritarios, y con la mirada puesta en el futuro.

Cambian los actores, cambia el escenario, cambian la metodología de gestión y los objetivos del proceso, pero sobretodo cambia el paradigma, y para eso hace falta primero cambiar nuestra mentalidad.

B) El segundo punto también despierta una novedad para el sistema judicial. Las prácticas restaurativas tienen un especial interés por las necesidades de las víctimas, que generalmente no son bien atendidas por aquél.

Hablamos de espacios en los que el sujeto tenga la posibilidad de ser escuchado y pedir explicaciones, de hacer conocer su parte de la historia y completarla con la otra, de permitir el arrepentimiento y la disculpa, de sentirse reivindicado y de obtener una satisfacción por el daño sufrido.⁽⁸⁾

Del mismo modo ocurre con el ofensor: la posibilidad de encontrarse con su víctima, su necesidad de responsabilizarse positivamente y restaurar su imagen como sujeto, reparar el daño ocasionado y asumir compromisos y conductas valiosas para el futuro.

Que ambos sujetos puedan trabajar en la recomposición de la relación cuando ello sea necesario, teniendo la oportunidad de administrar su pro-

(8) ZEHR, H., "Justicia Restaurativa", op. cit., 2007.

pio conflicto en una experiencia pedagógica con un fuerte contenido pro-pedagógico en ese sentido.

C) El tercer punto se refiere a la participación de la comunidad. En nuestro sistema tradicional la cuestión es tratada y resuelta en el ámbito judicial, orbitando alrededor del derecho y con actores profesionales de esa disciplina.

No obstante el carácter público del procedimiento, lo cierto es que las salas de audiencias de los tribunales se encuentran vacías, casi nadie sabe lo que ocurre en su interior, y hasta la víctima y ofensor terminan confundidos e insatisfechos.

Las prácticas restaurativas vienen a rescatar la participación popular en la solución de los conflictos, y no a través de una actitud pasiva, como mero espectador, sino bien pro-activa, como verdadero protagonista.

Los programas en este sentido contemplan el abordaje por medio de equipos interdisciplinarios entrenados para trabajar con los interesados, sus familias y otras organizaciones de la comunidad.

Teniendo en cuenta nuestra idiosincrasia, los modelos ensayados hasta ahora intentan articular con personas referentes de la comunidad, ONGs, iglesias, instituciones educativas, recreativas, culturales, etc. Esta colaboración puede darse en la etapa de organización del programa, en su promoción y difusión, su instrumentación y desarrollo, y al momento de realizar derivaciones (terapéuticas, asistenciales, gestión, etc.) o prestar colaboración en el control y seguimiento de acuerdos⁽⁹⁾.

II | La victimología

El delito fue siempre una preocupación para el hombre, y en consecuencia toda una ciencia fue construida alrededor del mismo, tornándose un asunto de análisis, discusión y objetivo de las políticas públicas. Como señalamos, la víctima estuvo relegada en todo ese proceso.

(9) Los programas que contemplan la mediación para jóvenes en conflicto con la ley poseen en general un alto contenido de participación comunitaria.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado surgió una nueva disciplina que rescató las voces que entre otras cosas denunciaban esa injusta posición y reclamaban un mayor protagonismo y la necesidad de prever la reparación como una alternativa al modo retributivo.

La victimología, a lo largo de su breve pero profundo desarrollo, fue construyendo una amplia agenda de temas y cuestiones emergentes para su estudio, de los cuales se han tomado algunos que interesan sobremanera a los fines de implementar programas de mediación en el área penal. Este sería el segundo eje en el que se basan los mismos, y tomaremos como puntos: **la experiencia victimológica, el fenómeno de la revictimización y el discurso victimológico.**

A | LA EXPERIENCIA VICTIMOLÓGICA:

Todos sabemos de que estamos hablando cuando escuchamos la palabra "víctima". O por lo menos creemos que entendemos. Podemos utilizar ese término tratando de calificar situaciones, denotar significados, construir conceptos. Sin embargo, el problema surge cuando se intenta ofrecer una definición que pueda abarcar un grado de universalidad tal que impida cualquier duda.

Entendemos que la categoría de víctima no es una definición abstracta que surge de una valoración legal, de una clasificación doctrinaria caprichosa o inclusive a partir de una práctica administrativa, sino que constituye una verdadera percepción de la realidad por parte de una persona.

De este modo, alguien que es catalogado como víctima para el sistema penal puede no serlo para el resto de la comunidad. O al revés, quien es visto como una víctima para la opinión pública puede no alcanzar esa categoría jurídicamente. Y aún más, quizás víctima y victimario pueden ambos considerarse víctimas.

Trabajando en procesos de mediación penal, frecuentemente ocurre que no podemos determinar con claridad cual de las partes involucradas es la víctima y cual la victimaria. En otras oportunidades parece que de un modo u otro ambos representan este concepto. Como la imagen de la famosa banda de Moebius, esa cinta de dos caras que se convierten al mismo tiempo en una sola transformándose así en una superficie no orien-

table, y que el observador no puede decir con certeza si se está afuera o adentro, por encima o por debajo.

Lejos entonces de los rótulos, en este esquema no tiene cabida ni los prejuicios ni los estereotipos, y la cuestión parece reducirse a "quien se sienta como tal". Es que el carácter de víctima muchas veces forma parte de una interrelación que se transforma permanentemente, produciendo una frontera tan difusa y versátil que dificulta percibir en cada momento cual es la postura adoptada.

Así, resulta más apropiado hablar de una "experiencia" como víctima, aún pese a la dificultad semántico-pragmática de atribuir a una vivencia específicamente subjetiva un significado que otros tendrían que adecuar a sus propias realidades.

Asumimos el riesgo de afirmar que el rol o estatus de víctima depende no sólo de un episodio concreto protagonizado por un sujeto como también de otras variables como un determinado contexto témporo-espacial, la representación de ciertas conductas en el imaginario social, las diferentes pautas culturales, la relación existente entre los sujetos, etc.

Ciertamente ese estado vivencial implicará en el sujeto la adopción de una postura (tanto física como emocional) que condicionará su comportamiento e incidirá en su relación con los demás, provocando cambios que repercutirán en todos los ámbitos en que desarrolla su actividad: familiar, laboral, social, institucional.

Este reconocimiento posibilitará transitar el espacio restaurativo de la mediación desde el entendimiento, convencidos de que cada parte no se trata de un objeto, sino un sujeto. Y como tal, nuestra mirada no debe estar enfocada únicamente en su protección y asistencia (que correspondería a otro tipo de abordaje) sino en colaborar para que estos sujetos puedan expresarse, resignificar lo vivido, modificar pautas y comportamientos, asumir compromisos, mirar al futuro.

Dejar a un lado las etiquetas y trabajar con los sujetos en toda su integridad es una conducta ética del mediador y una postura jus-filosófica concreta basada en el cuidado, el respeto de la dignidad y los derechos humanos fundamentales.

B | EL FENÓMENO DE LA REVICTIMIZACIÓN:

Otro de los temas que la victimología concibió como objeto de su estudio y que debemos contemplar en la experiencia restaurativa de la mediación es el fenómeno denominado como re-victimización, ya que además de los efectos producidos por el mismo delito, existen otros, secundarios, que los especialistas han detectado.

Toda persona víctima de una situación delictiva sufre ciertas consecuencias directas: lesiones, daños, sufrimientos, pérdidas, perjuicios. Estos datos que podemos llamar como objetivos, deber ser relacionados al momento de efectuar una evaluación o medición del grado de victimización, con algunas otras circunstancias tales como el tipo de delito, las características personales del sujeto, la clase de relación existente entre las partes, el transcurso del tiempo, etc.

Al referirnos a la victimización secundaria, traemos a luz las actitudes, acciones, omisiones, que se originan en las instituciones (como la policía, el Poder Judicial, hospitales, servicios públicos de asistencia social, etc.) que tienen como finalidad la prevención y persecución del delito como así también la protección y cuidado de las víctimas, y que no sólo agravan las consecuencias de la victimización primaria, sino que frecuentemente originan nuevos y mayores padecimientos que producen mayor inseguridad y angustia. Al denunciar, el sujeto está anunciando, haciéndose visible, "pues entonces queda desnudo esperando el ropaje que la ética y el debido respeto deben brindarle"⁽¹⁰⁾. Si ello no ocurre, se queda desnudo y desolado.

Esta forma de violencia, que por ser a veces tan sutil no puede ser percibida por el mismo sujeto ni por quien participa en su comisión, se transforma en un tipo de violencia simbólica, dado que las instituciones no deberían replicar el mismo esquema de violencia que dicen condenar⁽¹¹⁾.

(10) CISTOLA, S., en Primer Congreso Internacional "El niño víctima ante los procesos judiciales", Buenos Aires, 2000.

(11) "Las violencia simbólica es una violencia que se ejerce con la complicidad tácita de los que la sufren e también, con frecuencia, de los que la ejercen, en la medida en que unos y otros son inconscientes de ejercerla o sufrirla" BORDIEU, P., "Sobre la televisión", Barcelona, Anagrama, 2003.

El conocimiento de este fenómeno debe servir para que aquellos profesionales que intervengan como operadores en programas de mediación penal y justicia restaurativa actúen en una dinámica ética del cuidado, que se refiere al conjunto de metodologías, acciones y herramientas de trabajo utilizadas como recurso estratégico por el profesional, pero que deben ser dispuestas en un nivel institucional⁽¹²⁾.

Para ello, por un lado, resulta necesaria la capacitación y formación de los operadores en aspectos victimológicos; y por otro la adecuación de las instituciones tanto en sus estructuras como el en plano ético a las necesidades y condiciones particulares de los sujetos participantes.

C | EL DISCURSO VICTIMOLÓGICO

Gianni Rodari nos trae una linda imagen: una piedra lanzada en un estanque con certeza hará que los barquitos de papel que están flotando se balanceen y choquen entre sí. Removerá las algas y otras plantas que intentan llegar a la superficie y asustará a los peces que tranquilamente nadan. Cuando alcance a tocar el fondo agitará el lodo, desenterrará algunos objetos y enterrará otros⁽¹³⁾.

Cuando una palabra es lanzada al azar también produce innumerables acontecimientos (sonidos, imágenes, sueños, analogías, recuerdos, significados). La palabra hace el acontecimiento, y como esa piedra irá transformando todo a su paso. Trabajar con la palabra constituye un desafío para quien habla y quien escucha.

Todo programa de justicia restaurativa o mediación penal está basado en proceso de comunicación por excelencia. De ese modo, nadie puede menospreciar la importancia del análisis de la estructura discursiva.

Tratándose de víctimas, existen algunas particularidades que son necesarias de tener en cuenta, pues como dice Hilda Marchiori, el relato de la

(12) EIRAS NORDENSTAHL, U., "Donde está la víctima? – Apuntes sobre victimología", op. cit. 2008.

(13) RODARI, G., "Gramática de la fantasía", Buenos Aires, Ed. Colihue, 2000.

vivencia de un delito es un acto traumatizante, una estructura compleja que comprende aspectos individuales, familiares, sociales y culturales.⁽¹⁴⁾

Ese relato no puede ser reducido únicamente al hecho de colocar en palabras lo vivido, pese a que por sí misma esta situación se torna sumamente trascendente⁽¹⁵⁾. Pues en un esquema discursivo victimológico, tenemos la posibilidad de identificar dos fases bien marcadas: la construcción del recuerdo y su verbalización. Ambas operaciones están cargadas de emotividad, incertezas y angustias, y el esfuerzo que ello implica renueva en el sujeto la tensión de la situación vivida.

De allí entonces que distinto será el modo de recepción de esa narrativa. A diferencia del criterio de verificación del discurso que prima en el operador judicial, el punto de partida será la credibilidad. La víctima no es un testigo, sino un sujeto que padeció violencia o sufrió un daño.

Transpolando esta enseñanza, equivale a transformar el interrogatorio en diálogo. Al escucharse y ser escuchada, creída, atendida ya entendida, el sujeto puede cambiar en código verbal su recuerdo episódico, reverlo, elaborando así el hecho traumático, que posibilitará un mayor control de la situación. Este es un aporte esencial para que pueda restablecer su autoestima⁽¹⁶⁾.

El operador ejerce la escucha activa y serena, objetiva y librada de prejuicios, evitando omisiones, dudas, atribución de culpas y reproches de conducta. Contempla el respeto por los tiempos y las pausas, construyendo una narrativa sin inclusión de ideas y valoraciones propias.

.....
(14) MARCHIORI, H., "Consideraciones sobre el relato de los procesos de victimización", Revista Victimología, nro. 17, 1998.

(15) "El discurso de la víctima aparece como un lamento, casi siempre desesperanzado, viviendo un abandono y la soledad del exilio, y casi siempre ese lamento no es escuchado. Podrá en algunos casos intentar ser interpretado, pero casi nunca escuchado". GIRARD, R., "La violencia y lo sagrado", Barcelona, Ed. Anagrama, 1995.

(16) "Para encontrar los vínculos con el otro que han sido dañados o perdidos, el sujeto trata de volver al momento original, unir los fragmentos, y con ello reconstruir una versión que sustituya a la que fue destruida. Con esta nueva historia, el sujeto toma posesión de su vida. Entrar en posesión de su historia, de su vida, es encontrar un objeto perdido, pero es también recuperar las antiguas huellas mnémicas con su cuota de dolor y sufrimiento". ALBERRO, N.: "Depresión y creación literaria", fragmento publicado en *Diario Pag. 12*, Buenos Aires, 18/09/07.

En los programas de justicia restaurativa y mediación penal, estos momentos se efectivizan en entrevistas personales preliminares y los encuentros, en los que el operador explorará la voluntad de participación en el proceso, la reelaboración subjetiva de lo sucedido, la reconstrucción de su dimensión vital, los imaginarios respecto del otro, el análisis de las consecuencias y repercusión de lo ocurrido, la responsabilización por los actos propios, las fórmulas de reparación del daño o la ofensa, las expectativas respecto del futuro, la co-construcción de una narrativa común, etc.

II | La mediación

El tercer eje corresponde al método de resolución de conflictos conocido como mediación.

Al momento de iniciar la primera experiencia institucional con permanencia en el tiempo (finales de la década del 90), la Argentina ya había desarrollado un importante trabajo en el campo de la mediación. Este dispositivo metodológico se adecuaba perfectamente a los objetivos buscados y además ya estaba instalado en el país.

En primer lugar debido a la divulgación de ese instituto en el área civil mediante los programas instituidos por la Corte Suprema de Justicia y el Ministerio de Justicia, ambos del ámbito nacional, que fueron luego colectados en la norma que se dictó por el Congreso Nacional. Esto provocó que en las distintas provincias se iniciaran proyectos similares, ampliándose también al área del derecho de familia. Por otro lado, la implementación de distintos programas de mediación comunitaria que llevados a cabo por organizaciones no gubernamentales, municipalidades, iglesias, etc., permitieron un mayor conocimiento por parte de la población acerca de este mecanismo dialógico de superación de controversias. A ello debemos sumar la posibilidad de contar con entidades formadoras de mediadores en nuestro país de reconocimiento internacional.

De este modo, y con las particularidades propias ya señaladas, fue la mediación, de entre todos los denominados métodos alternativos de resolución de conflictos, el método elegido por todas las jurisdicciones para ser implementado en el fuero penal.

De las muchas escuelas o corrientes teóricas que fundaron tantas experiencias exitosas, en el campo penal quizás sea el modelo conocido como mediación transformativa, propuesto por Folger y Baruch Bush, el que mejor se adapte a los principios restaurativos⁽¹⁷⁾.

En ese contexto, la mediación constituye algo más que apenas un método para lograr acuerdos que terminen con las disputas, sino que también actúa como una verdadera fuerza transformadora desarrollando el potencial de cambio en las personas, para que puedan, a través de la vivencia de un proceso de ese tipo, descubrir habilidades, ser valorizado y reconocer al otro como un legítimo otro. La transformación pasa así por el modo en que se da la interrelación.

Tratase de un instituto que contempla a los verdaderos protagonistas, quienes pueden compartir un espacio sanador de reflexión, donde exponer sus necesidades e intereses, evaluar actitudes, proponer y estudiar soluciones, modificar conductas y reparar daños.

La mediación permite la celebración del encuentro con el otro. Encuentro como acontecimiento, que como enseña Deleuze, no es lo que sucede (accidente), sino que está en lo que sucede, es lo que debe ser comprendido, querido y representado en lo que sucede⁽¹⁸⁾.

A diferencia del acontecer cotidiano, donde impera la individualidad, la instantaneidad, la aceleración de la realidad sin reflexión ni análisis, aquí hablamos de un acontecimiento reflexivo, comunitario y cooperativo. De otro modo no pasaría de ser una experiencia egocéntrica y auto-referencial⁽¹⁹⁾.

La mediación hace posible ese momento, tan importante en el paradigma de las prácticas restaurativas. Y lo hace con toda la previsión necesaria: estudio de los tiempos, del espacio físico, de la disposición de las personas, de la metodología de la invitación, de la evaluación de la voluntariedad de participación, la determinación del grado de compromiso subjetivo que presentan los sujetos, de la propuesta del diálogo.

(17) BARUCH BUSH, R.; FOLGER, J., *La Promesa de la Mediación*, Buenos Aires, Ed. Granica, 2006.

(18) DELEUZE, G., "Acerca de la noción del acontecimiento", *Revista Sobre excesos y exabruptos*, www.excesos.org

(19) BAUMAN, Z., "La sociedad sitiada", Buenos Aires, FCE, 2007.

La riqueza y variedad de situaciones que se generan en los encuentros de mediación no dejan de sorprender hasta al más experimentado mediador. Él puede construir sus hipótesis, proyectar sus líneas de acción, imaginar escenarios, esbozar temarios. Pero una vez que la puerta de la sala se cierra lo que ocurre adentro es imprevisible. Pasa a ser fruto exclusivo de la espontaneidad y la naturalidad creativa de los participantes.

El universo que produce el clima del encuentro es tan infinito como son incontables las emociones, deseos, experiencias, proyectos y temores con los que las personas conviven. Nada parece poder competir con el diálogo franco, abierto y fecundo.

No es cierto que la negociación culmine siempre en un juego de suma cero, en el cual una parte gana automáticamente lo que la otra pierde. Por el contrario, la creación de valor siempre está presente, hasta en aquellos casos en los que parece que todo se reduce a una ecuación matemática. En todo momento existirá la chance de que los jugadores puedan ganar. La creatividad nace de la crisis como la inventiva de la angustia. Sin crisis no habría desafíos, y es allí donde se vislumbra lo mejor de cada uno.

Técnicamente la mediación posee ciertas características que la distinguen: la voluntariedad de participación en el proceso, la confidencialidad de lo tratado en los encuentros, la neutralidad del mediador, la informalidad, el carácter auto-compositivo, la posibilidad de una mirada más abarcadora y sistémica a través de un abordaje interdisciplinario, el protagonismo de las partes y el cuidado hacia la víctima, entre otros.

Las partes, en el ejercicio de su libertad y autonomía, concurren al proceso si realmente están dispuestas a ello, por lo que resulta importante el consentimiento informado.

A diferencia de lo que ocurre con el proceso judicial, la mediación transcurre bajo la cobertura de la privacidad. Todo lo que ocurra en ese espacio estará amparado por el secreto: profesional para el mediador y convencional para las partes. Esto permite a los participantes manifestar todo lo que sienten y les resulte útil para la resolución de la controversia. Facilita la sincera expresión de los pensamientos y sentimientos. Son ellos quienes determinan los temas a tratar, que cuestiones tendrán estado público y cuales estarán reservadas.

Esto viene de la mano de la informalidad y flexibilidad del proceso, dando lugar a un clima agradable, tranquilo y predispuesto al diálogo. El hecho de que las mismas partes puedan armar una agenda de trabajo, adecuar tiempos y modos de la negociación a sus necesidades y posibilidades representa una ventaja frente a otros sistemas más limitados y con reglas complejas y restrictivas.

El mediador, en su rol de conductor del proceso, limita su función a ser un facilitador de la comunicación, sin proponer ni resolver sobre los temas tratados.

Esa actitud más que imparcial resulta multi-parcial, pues debe estar atento a que todas las partes se encuentren en un pie de igualdad en la negociación, que puedan encontrar por sí las alternativas más convenientes para satisfacer sus necesidades. Todo ello dejando de lado sus prejuicios, esquemas de valores propios, imaginarios sociales o situaciones personales que puedan afectar las cuestiones abordadas.

En el marco de esa labor comunicacional, requiere estar entrenado para facilitar el diálogo, realizando intervenciones y recurriendo a herramientas adecuadas para cada situación (desequilibrio de poder, dificultades para la comunicación, vulnerabilidad, etc.). Las entrevistas, las reuniones conjuntas o privadas, el ejercicio de técnicas como el abogado del diablo o el agente de realidad, el parafraseo, el torbellino de ideas, las preguntas en todas sus formas (abiertas, cerradas, circulares, reflexivas. etc.), son apenas algunos de los dispositivos que dispone el mediador para realizar su trabajo.

III | Lo que debería venir

El recorrido de estos trece años de experiencia da cuenta de un importante desarrollo de la mediación penal en nuestro país. Desde la generación del debate sobre la posibilidad concreta de su aplicación hasta la objetivación en la norma de sus prácticas todo un camino fue transitado.

Es la hora tal vez de iniciar un espacio de reflexión acerca de los resultados obtenidos, estudio éste que debe apuntar a revisar varios aspectos: instalación en el imaginario jurídico y social, impacto institucional, evolución

material, la construcción de saberes, etc. Hacerlo quizás dándole mayor trascendencia a los parámetros cualitativos en desmedro de los cuantitativos que tanto gustan a los estadísticos.

Para que el futuro depare un mejor y más fácil acceso a justicia para la comunidad mediante la implementación de mecanismos como éste.

Y para que cuando abra el periódico la próxima vez se sorprenda con otro tipo de lectura, dado que por existir alternativas pacíficas para resolver las controversias, éstas no necesariamente deban escalar hasta transformarse en noticias policiales.

La búsqueda de alternativas al poder penal del Estado

por **CARLOS A. ELBERT**⁽¹⁾

I | Introducción

Dado que este trabajo está dirigido fundamentalmente a penalistas, y que tiene un límite de extensión predeterminado, se omitirán cuestiones que han tenido ya amplio desarrollo en doctrina, como la naturaleza de la intervención penal y su interpretación como mal necesario por el derecho penal liberal, a modo de una fatalidad de la coexistencia social⁽²⁾, pero cuyas intervenciones deben estar fuertemente acotadas⁽³⁾, mediante su empleo excepcional, como última ratio del orden jurídico.

También nos privaremos de desarrollar lo referente al uso del derecho penal en las sociedades globales, esto es, su expansión irracional y utilitaria contra los sectores excluidos por el modelo económico neoliberal. Nos limitaremos, en suma, a recordar que atravesamos una etapa de populismo penal y de expansión del punitivismo⁽⁴⁾, que ha contribuido a deteriorar

.....
(1) Profesor Consulto de Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional de Buenos Aires.

(2) SCHEERER, SEBASTIAN, "¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?", *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, N° 3, 2002, Pp. 339 y ss.; RABOSI, EDUARDO, *La justificación moral del castigo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1976 y MARÍ, ENRIQUE E., *La problemática del castigo*, Buenos Aires, Ed. Hachette, 1983. *Un estudio sociológico sobre el castigo* puede verse en GARLAND, DAVID, *Castigo y sociedad moderna*, México, Siglo XXI, 1999.

(3) FERRAJOLI, LUIGI, "Derecho y razón", Madrid, Ed. Trotta, 1995. LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *Garantías y sistema penal*, San José, Costa Rica, Ediciones Jurídicas, 1999.

(4) ELBERT, CARLOS Y BALCARCE, FABIÁN, "Exclusión y castigo en la sociedad global", N° 7 de la colección *Memoria Criminológica*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B. de F., 2009.

aún más la herramienta penal y a desarticular los logros relativos que había establecido, en busca de consagrar los principios de la Ilustración⁽⁵⁾.

Si bien el panorama actual representa un empeoramiento generalizado del uso del sistema penal, cabe recordar que, a partir de la década de 1970, las mayores falencias del sistema fueron puestas en debate con crudeza, en especial, por la llamada criminología crítica. A los fines de este trabajo, nos remontaremos, a esa época, en tanto los argumentos sustanciales de aquellas críticas permanecen vigentes.

El siglo XX concluyó signado por la crisis de las teorías resocializadoras, profundos debates, y hasta por sonados procesos por violaciones carcelarias a los derechos humanos, que se ventilaron tanto ante tribunales nacionales como internacionales. La cárcel, la pena y sus consecuencias, concluyeron el siglo XX envueltas en el mayor desprestigio, y existía una predisposición cultural amplia para controlar y reducir sus efectos nocivos.

A esa crítica fundamental del fracaso de la prisión, se agregaron las surgidas del estudio de la génesis normativa, la operatividad de la justicia penal, la policía, los sistemas procesales, y por último, la crítica interna en la dogmática, en cuyo seno prestigiosos penalistas desarrollaron procesos de revisión de ideas, a partir del ser del sistema, dentro del marco filosófico iluminista. En suma, gran parte de la doctrina penal, sociológica y criminológica manifestó su insatisfacción por el funcionamiento de los sistemas penales del siglo XX. Sin embargo, lo que se gestó a partir de 1990 resultó mucho peor que todo aquello que se criticaba en las décadas anteriores.

Las críticas al funcionamiento desigual, selectivo y deteriorador del sistema generaron la búsqueda de métodos para contenerlo, procurando evitar, en primer lugar, su expansión irracional e ilimitada, y luego, su carácter de herramienta selectiva al servicio de políticas sociales de control de los más débiles. Algunos de esos intentos pretendían estabilizar el sistema, y otros, reemplazarlo por modelos diferentes, o directamente, eliminarlo. Así fue como tuvieron protagonismo diversas estrategias apropiadas para reducir al sistema penal, o contenerlo dentro de límites razonables, mientras que el abolicionismo lo atacaba frontalmente. La versión abolicionista más radical proponía la lisa y llana sustitución del sistema penal y la abolición casi completa de los servicios penitenciarios.

(5) MATUS, JEAN-PIERRE (compilador), *Beccaria, 250 años*, Buenos Aires-Montevideo, Editorial B.de F., 2011.

Repasaremos, entonces, a lo largo de este trabajo, algunas de esas concepciones, teorías, estrategias y prácticas que procuraron limitar los alcances dañosos del encierro y de la modalidad punitiva para la resolución de conflictos. Ellas tuvieron etapas de auge y decadencia, explicables en el marco de la evolución política y cultural de las sociedades del presente.

II | Algunas herramientas teóricas y prácticas para la reducción del sistema penal

I | La Victimología

Durante el siglo XX, el sistema penal evolucionó concentrándose en uno de los protagonistas del hecho delictivo: el autor. La protección de los bienes jurídicos fue asumida por el Estado, como parte del proceso histórico que Foucault llamó de "confiscación de los conflictos", que gradualmente restó todo protagonismo a los damnificados, cuya palabra en los procesos penales fue enmudecida⁽⁶⁾. La rama criminológico-penal que asumió el objetivo de investigar y resaltar el protagonismo de las víctimas de los delitos fue la victimología, una especialidad que ha reclamado, incluso, autonomía científica⁽⁷⁾.

La revalidación del rol de las víctimas se orienta no sólo a darles una mejor satisfacción, sino también protagonismo, a fin de que el derecho atienda realmente sus intereses y razones, en tanto frecuentes titulares exclusivos del bien jurídico agredido⁽⁸⁾. La tendencia del interés por la víctima se afirmó en la década de 1980, a resultas de la evolución de la psicología social, las encuestas de victimización y los movimientos feministas, como así de

(6) La consolidación del estado moderno, secular, que reemplazó al modelo político-social del medioevo se produjo en 1648, con la firma de la Paz de Westfalia.

(7) Ver la exhaustiva obra en tres tomos de NEUMAN, ELÍAS, *Victimología, Victimología y control social y Victimología supranacional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994 y 1995. También, de autores varios, *La víctima y el sistema penal*, Buenos Aires, Editorial Ad -Hoc, 1992.

(8) Sobre los efectos en el derecho penal, ver RUSCONI, MAXIMILIANO, "Víctima e ilícito penal: Algunas reflexiones sobre la victimodogmática", en su libro *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho penal moderno*, Buenos Aires, Ed. Ad - Hoc, 1997, p. 37.

la intención de contrapesar teórica y político-criminalmente cierta idealización del delincuente como víctima social, generada por la fuerte prédica “anti-sistema” de la criminología crítica. La necesidad de reparar más eficazmente los perjuicios, pero también la posibilidad de eludir las soluciones puramente punitivas en un gran porcentaje de casos, reavivaron el interés hacia la victimología, cuando algunos autores entrevieron la posibilidad de solucionar conflictos penales mediante acuerdos entre víctimas y victimarios, enfoque cercano, como luego veremos, a algunas propuestas abolicionistas y alternativas. En obras recientes, hemos analizado cómo, a consecuencia de los fenómenos desencadenados por la globalización, las víctimas de delitos y otros fenómenos hacen sentir sus reclamos en forma pública, con un fuerte protagonismo político y mediático, presionando a los funcionarios para que hagan lugar a sus pretensiones⁽⁹⁾.

La victimología es una corriente organizada internacionalmente, que ha realizado importantes congresos y cuenta con publicaciones especializadas y abundante bibliografía en distintos idiomas. En algunos países latinoamericanos, como Brasil, presentan un destacado desarrollo como corriente de acción y pensamiento.

2 | Recursos procesales: perdón, oportunidad, conciliación, probation

Los especialistas en derecho penal y procesal penal tomaron nota de las críticas que se les dirigían desde la criminología, victimología y otros enfoques, y comenzaron a elaborar estrategias sistémicas tendientes a recomponer los roles en el proceso penal y a explorar más profundamente las vías de solución que permitiesen satisfacer mejor a las partes involucradas y a la opinión pública, para superar el monismo sancionatorio, y aliviar los sistemas penitenciarios⁽¹⁰⁾. La expresión “recursos procesales” no está empleada aquí en sentido técnico, sino en el muy genérico de soluciones que se adoptan ante la posibilidad de (o durante) una intervención judicial,

(9) ELBERT, CARLOS Y COLABORADORES, “Inseguridad, víctimas y victimarios”, N° 4 (Argentina 2001/2007), de la *colección Memoria Criminológica*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B. de F., 2007.

(10) Ver RUSCONI, MAXIMILIANO: *La crítica a la dogmática jurídico - penal*, en su libro *Sistema del hecho punible y política criminal*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1995, p. 27.

para evitar el ejercicio de la acción, sustituirla por arreglos que impidan llegar a juicio, o que lo interrumpan o dejen en suspenso algunos o todos sus efectos, sea que borren o suspendan la pena que correspondería aplicar, por decisión oficiosa de la autoridad, o imponiendo alguna negociación o condición al autor. En suma, se trata de vías que se valen de la existencia de procesos penales, utilizándolos como medio para limitar sus efectos habituales más dañosos.

El perdón judicial, y la prescindencia de pena, son medidas que empezaron siendo implementadas para el derecho de menores, y después se extendieron al derecho penal general. Se trata de disposiciones legales mediante las que se omite imponer una pena tras la determinación de la culpabilidad, a través un perdón que se dicta en la propia sentencia, en virtud de circunstancias favorables o bien, tras el cumplimiento de una parte de la condena. El parágrafo 60 del Código Penal alemán, dispone que el tribunal prescinda de dictar pena, cuando las consecuencias del hecho hayan alcanzado al autor y fuesen tan graves, que hagan inadecuada la imposición de una pena. La disposición se aplica a delitos con pena menor a un año⁽¹¹⁾. En el derecho penal argentino de menores (ley 22.278), la imposición de una pena queda supeditada a una serie taxativa de condiciones, cumplidas las cuales, la pena puede ser reducida en la forma prevista para la tentativa, o siendo innecesario aplicarla, permite absolver al menor.

Esta medida es una supervivencia del derecho de gracia que correspondía al monarca en los regímenes absolutistas, y está emparentada con la institución del indulto. El perdón judicial es una herramienta que puede llegar a reducir la cantidad de condenas de encierro, aplicada a casos de menor cuantía y escasa relevancia, o de penas cortas.

El principio de oportunidad es una herramienta esencialmente procesal, para que el titular de la acción pública pueda evaluar si se justifica la intervención de la justicia en casos de insignificancia, perdón de la víctima o

.....

(11) ELBERT, CARLOS, "Alternativas modernas a las penas privativas de libertad y sus resultados prácticos", N° 8, *Revista del Colegio de Abogados Penalistas*, Cali, Colombia, 1983, P. 9, También: *Sustitución de las penas privativas de libertad ¿porqué? ...y ¿por qué?*, N° 24, *Jurisprudencia de Entre Ríos*, 1988, p. 403, y *Cárceles y penas al filo del tercer milenio*, N° 3, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, 1996, p. 181.

cuando el autor también se hubiera perjudicado con su hecho, por ejemplo en accidentes culposos, etc.⁽¹²⁾.

La conciliación, el arbitraje y la mediación son herramientas de uso frecuente en el derecho privado y el laboral, y se trata de sistemas suficientemente conocidos, como para abundar aquí en detalles. Lo cierto es que hay autores que propician la introducción de estos recursos en el sistema penal, con fines reparatorios o que habiliten la posibilidad de que las partes elijan libremente las soluciones que les parezcan más adecuadas a sus posibilidades. En Argentina el ejercicio de la mediación penal es una práctica que se ha extendido ampliamente, con buenos resultados, particularmente en la Provincia de Buenos Aires. Una amplia exposición sobre la evolución de estas experiencias y la legislación correspondiente, puede consultarse en la obra de Teresa del Val y Christian Eiras⁽¹³⁾. En el plano internacional, la mediación está plenamente establecida en Italia.

La llamada *Probation* ha sido introducida en nuestro sistema legal por la ley 24.316 (19.5.94) y consiste en un régimen de prueba al que se subordina la no imposición de pena y su posterior extinción, en casos de reacción positiva⁽¹⁴⁾.

3 | Vigilancia electrónica a distancia

Desde hace unos veinte años, y merced a los constantes progresos en materia electrónica, se ha expandido el uso del control a distancia, mediante pulseras y otros dispositivos, que incluyen la implantación de chips en el cuerpo humano, para posibilitar el cumplimiento de penas bajo el sistema de libertad vigilada, monitoreada electrónicamente, permitiendo verificar, en todo momento, la ubicación física del probando. Por cierto, esta modalidad de vigilancia tiene a su favor la posibilidad del cumplimiento en

(12) Ver MAIER, JULIO, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1996, P. 834.

(13) DEL VAL, TERESA M., *Mediación en materia penal*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2009. EIRAS CHRISTIAN, *Mediación penal, de la práctica a la teoría*, Buenos Aires, Editorial Histórica, 2010. MILLÁN, MARCELA, Algunas reflexiones sobre la mediación penal, *Revista institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, N° 1, marzo de 2011, p. 37. También: NEUMAN ELÍAS, *Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997.

(14) DEVOTO, ELEONORA, *Probation e institutos análogos*, Buenos Aires, DIN editora, 1995.

libertad , o en arresto domiciliario, de prisiones preventivas y condenas, constituyendo una hipótesis interesante para el descongestionamiento carcelario. Pero esta técnica también puede ser vista como una ampliación inhumana del control, como una intromisión en la vida privada, que afecta derechos fundamentales, pudiendo constituir un paso importante hacia estructuras sociales totalitarias de control absoluto, tal como anticiparan la literatura y el cine⁽¹⁵⁾.

Los resultados prácticos de esta técnica son variados y dividen las interpretaciones; así, mientras que en Suecia parece haber dado resultados muy satisfactorios, en los Estados Unidos es parte de la red de control social más grande del mundo y también una de las más selectivas y rigurosas. El debate de los argumentos a favor y en contra no está, en suma, saldado, y debe ser materia de análisis prudenciales⁽¹⁶⁾.

En Argentina el control electrónico ha sido implementado en la Provincia de Buenos Aires, a partir de 1997, y está legislado en el Código Procesal Penal de 1998. Los resultados de su implementación también son materia de controversia⁽¹⁷⁾.

4 | Uso alternativo del derecho

Se trata de un movimiento de origen judicial, cuyas ideas iniciales fueron expuestas en el libro de Pietro Barcellona y Giuseppe Cotturri "El estado y los juristas"⁽¹⁸⁾, obra en la que se hizo una crítica marxista del estado de derecho vigente. En prieta síntesis, se entiende que el sistema jurídico burgués está estructurado para favorecer siempre a las clases poderosas, y que el único modo de salvar este desequilibrio es invertir el sentido de las normas, mediante interpretaciones judiciales favorables a los débiles y postergados de las clases bajas. En la obra antes citada, Cotturri y Barcellona entienden que debe darse al derecho una "praxis emancipatoria",

(15) ORWELL, GERORGE, 1984, Colección: Áncora y Delfín, Barcelona, Ediciones Destino, 2009, y de BRADBURY RAY, Fahrenheit 451, Madrid, Planeta/Minotauro, 2005.

(16) BARROS LEAL, CÉSAR, La vigilancia electrónica a distancia, México, Editorial Porrúa, 2010.

(17) GARIBALDI, GUSTAVO, Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.

(18) Barcelona, Ed. Fontanella, 1976.

que no tiene el único sentido de una práctica en contradicción con el modelo social de la clase dominante, sino también el de generar una cultura jurídica alternativa, integrada con un análisis del sistema, y la elaboración de técnicas y categorías conceptuales divergentes de las que emplean los modelos culturales dominantes. Esas teorizaciones deben desnudar la relación que existe entre las instituciones jurídicas y las estructuras sociales. Señalan que las discusiones de los juristas de todas las ideologías terminan siempre en una reconstrucción del sistema que privilegia aspectos de este, considerándolos "dignos de recuperación".

En América Latina, un adherente de esta línea de interpretación judicial fue el magistrado venezolano Jorge Rosell Senhenn, quien sostuvo, en uno de sus trabajos, que la igualdad proclamada por las leyes es puramente formal, mientras que, en los hechos, los sujetos de la relación jurídica son desiguales y desigualmente tratados, lo que se aprecia con nitidez en algunos campos del derecho, como el laboral y el de menores. Afirmó que el derecho tiene un eminente contenido político, pese a la cultivada imagen del juez "neutral", que no ve o no quiere ver las desigualdades. Para Rosell, la norma debe ser interpretada tomando partido por las soluciones que, siendo formalmente equitativas, lo sean también sustancialmente. Este magistrado suscribió numerosos fallos donde hizo aplicación de sus ideas, que tuvieron cierta aceptación también en el ámbito de la justicia brasileña⁽¹⁹⁾.

5 | Descriminalización

Como su nombre indica, esta propuesta se orienta hacia la reducción del sistema penal y propone eliminar figuras delictivas superfluas, obsoletas o tipificaciones de conductas que podrían ser controladas por medios administrativos o del derecho privado. El interés se centró en conductas relativas a la libertad sexual, como la homosexualidad, la prostitución, el adulterio, o a los llamados "delitos sin víctima", tales como el consumo de drogas. Propusieron, en suma, reducir el catálogo penal, mediante la

(19) Realización de los derechos humanos y uso alternativo del derecho, en Capítulo Criminológico, Maracaibo, N° 9/10, 1981/82, Pág.140.

supresión de numerosos tipos penales, conforme a una sistemática elaborada doctrinariamente⁽²⁰⁾.

En Europa quedó tematizada la noción de descriminalización en el Coloquio de Bellagio de 1973, y plasmó en un verdadero proyecto gubernamental compartido en el Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad, Estrasburgo 1980⁽²¹⁾.

En América Latina, la descriminalización fue reconocida como una posibilidad político criminal a partir del Curso Internacional de criminología de Guayaquil, en 1975. Desde ese encuentro, se incrementó su difusión en América Latina durante las últimas décadas del siglo XX, y la idea descriminalizadora alcanzó amplia difusión en nuestros países, donde destacados penalistas y criminólogos la expusieron y recomendaron en publicaciones, ponencias y tesis doctorales. En el Cono Sur, los uruguayos cuentan con destacados juristas que trataron esta temática, como Adela Reta, en 1983 y Miguel Langón Cuñarro, quien analizó, en 1984, los límites del poder sancionador en un estado democrático. También hubo dos ediciones del análisis interdisciplinario de Raúl Cervini⁽²²⁾.

Cuando comenzó a discutirse la propuesta decriminalizadora, que alcanzó cierta inserción ideológico-legislativa en las sociedades de bienestar europeas en la década de 1980, se sostuvo la necesidad de colocar fuera del derecho penal diversas situaciones problemáticas de la convivencia social. Se mencionaba la "cifra negra", como indicador de la inoperancia cuantitativa del derecho penal, los costos del delito y de la respuesta punitiva, la necesidad de desinstitucionalizar, de no intervenir en las cuestiones morales de la conducta individual, de obviar la penalización de los delitos sin víctima, de prestar atención a minorías étnicas y culturales reconociendo sus usos y costumbres, etc. En suma, envuelta en finalidades prácticas de tipo economicista, se hallaba implícita la idea de una sociedad más libre, justa y tolerante. Sin embargo, en América Latina no se experimentaron procesos planificados de descriminalización, y en Europa, tras un breve

(20) Una buena síntesis de la sistemática aludida y de otras medidas alternativas, puede verse en RICO, JOSÉ MARÍA, *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, México, Siglo XXI, 1979.

(21) Traducción al castellano de Ciafardini y Bondanza, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1987.

(22) *Los procesos de decriminalización*, Universidad, Montevideo, segunda edición, 1993.

éxito inicial, las tipificaciones penales volvieron a aumentar, sin más justificativo que las “emergencias” o la “inseguridad” sobreviniente.

6 | Minimalismo penal

Este enfoque, conocido también como de “intervención penal mínima” nació en el grupo de la revista “*Dei delitti e delle pene*”, fundamentalmente de los aportes de Luigi Ferrajoli y Alessandro Baratta (1933 - 2002)⁽²³⁾. Esta propuesta se basaba en la maximización del sistema de garantías legales, colocando a los derechos humanos como objeto y límite de la intervención penal⁽²⁴⁾. Se buscaron medios de reducción penal cuantitativa, ampliando al máximo posible el efecto de las garantías disponibles. El propósito era disminuir la cantidad de conductas típicas, penalizar sólo las más dañosas, descartar las bagatelas, y hacer cumplir rigurosamente las garantías legales, para impedir los circuitos de justicia extrajudicial por mano propia. Se adoptaba el principio, caro a los abolicionistas, de la subsidiariedad, o sea, que el sistema penal intervenga sólo en casos que no pueden ser solucionados por otras vías jurídicas o sociales. La mínima intervención significaba que el Estado debía actuar únicamente en los casos más graves, protegiendo los bienes jurídicos de mayor importancia, siendo el derecho penal la última o *extrema ratio*, cuando ya hubieran fracasado las restantes alternativas jurídicas. Muy influenciada por las ideas iluministas y el estado social y democrático de derecho, esta estrategia pretendió poner al individuo verdaderamente en el centro de la escena jurídica. Baratta, por su parte, en sus “principios de derecho penal mínimo”, elaboró el método conforme al cual, los derechos humanos son, por un lado, un límite negativo al crecimiento de la intervención penal, pero también un ámbito para ampliar la tutela penal de bienes en favor de la mayoría. Baratta propuso principios intrasistemáticos, para reducir “por dentro” al propio sistema penal, y extrasistemáticos, para la construcción de alternativas para el futuro, especialmente en el plano político y legislativo. Afirmó que una política criminal alternativa debía orientarse hacia la mayor contracción posible del sistema penal. Por ello, la disminución de las penas conformaría, meramente, una etapa previa a la

(23) Ver número 3, de 1985, con aportes sobre el tema de Baratta, Resta, Ferrajoli y Pavarini. También FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, op.cit. P. 335.

(24) BARATTA, ALESSANDRO, *Principios del derecho penal mínimo*, Buenos Aires, Doctrina Penal, 1987, P. 623 y s.s.

superación del propio sistema penal, meta que, a largo plazo, coincidía con la del abolicionismo⁽²⁵⁾.

Baratta elaboró una sistemática para el derecho penal mínimo, señalando los principios reductores que debían presidir la creación de la ley y su aplicación, como los de taxatividad, proporcionalidad y subsidiariedad en el primer caso, y de primacía de la ley sustancial y su irretroactividad en el segundo, cuyo desarrollo completo debe verse en sus textos originales. Ferrajoli considera posible una legitimación del sistema penal —según él indispensable en cualquier sistema político— mientras que Baratta proponía una legitimación táctica con fines reductores, cuyo objetivo último era el reemplazo de los sistemas de imposición de penas.

7 | Garantismo penal

Es la interpretación elaborada por Ferrajoli, de un derecho penal legitimado por su capacidad de tutelar valores o derechos fundamentales, “cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas de juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos, incluida la minoría de los reos y los imputados, al derecho penal y al mismo principio mayoritario”⁽²⁶⁾.

Para Ferrajoli, esta construcción supera las limitaciones morales y naturalistas del retribucionismo penal y de la prevención general positiva (reforzar la fidelidad al orden establecido, funcionalismo, Jakobs), dando al derecho penal el único fin de la prevención general negativa (función disuasiva de aquellos que no delinquen). Las penas pasan a tener, conforme a esta teoría, dos finalidades, que son: el máximo bienestar posible de los no desviados, y el mínimo malestar de los desviados. Siendo un mal la pena, es justificable, en tanto quede reducida a un mal menor frente a la venganza. El derecho penal mínimo sería algo así como la ley del más débil,

(25) BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1982, P. 219.

(26) FERRAJOLI, *Derecho y... obra citada*, p. 336, destacado nuestro.

que sufrirá la pena como mal menor frente al peligro de la anarquía que lo expondría a cualquier venganza caprichosa de particulares o autoridades. Ferrajoli también elaboró una lista de postulados semejantes a los de Baratta, como principios fundamentales del garantismo; pueden señalarse, a título de ejemplo, los de retribución, legalidad, economía de prohibiciones, etc., cuyo análisis detallado puede seguirse en el texto del autor.

Dario Melossi formuló, desde la criminología, críticas a las posiciones minimalistas y garantistas, sosteniendo que el derecho penal no puede, materialmente, hacerse cargo de los fenómenos que verdaderamente deberían ser considerados criminales. Consideró que por tales vías reductoras o de legitimación, la lucha contra la represión penal corría el peligro de transformarse en una lucha en favor de la prepotencia de los que son socialmente fuertes contra los débiles⁽²⁷⁾.

8 | La concepción acotante y la vulnerabilidad

En el campo de la teoría del delito, merecen destacarse los esfuerzos de Raúl Zaffaroni para articular un retorno al derecho penal liberal, mediante la limitación reductora del poder punitivo por parte de las agencias jurídicas. Esa función —a la que denomina “acotante”— sería la única que podría dar base a una “re-etización” republicana y humanista del derecho penal. Define al derecho penal como la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho⁽²⁸⁾.

Según esa propuesta, los jueces deberían ser la contención del poder punitivo, para que éste no quede librado al impulso de las agencias ejecutivas y políticas, haciendo desaparecer el estado de derecho y la república, y dando lugar a un estado de policía. En otras palabras, se asigna a las agencias jurídicas una responsabilidad ética superior, por sobre las competencias ejecutivas y políticas.

(27) MELOSSI, DARIO, Ideología y derecho penal, garantismo jurídico y criminología crítica: “¿Nuevas ideologías de la subordinación?”, en *Nueva Doctrina Penal*, A/1996, Pág.75.

(28) ZAFARONI EUGENIO, ALAGIA ALEJANDRO Y SLOKAR ALEJANDRO, *Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, , capítulo I.

El autor propone también un nuevo sistema de mensuración de la culpabilidad según la “vulnerabilidad” del justiciable, que sería la posición de riesgo criminalizante en que los propios autores se coloquen, o sea, el esfuerzo personal para delinquir, descontando, de la medida de la pena, los caracteres estereotipados del agente que lo hacen vulnerable⁽²⁹⁾. Se trata, ciertamente, de una compensación a los criminalizados, por aquellas desventajas sociales y personales de las que es responsable la propia sociedad.

Zaffaroni realizó un extraordinario desarrollo teórico para fundar sus propuestas, pero, lamentablemente, a lo largo de veinte años, su efecto en la praxis judicial y la legislación ha resultado, hasta ahora, escaso.

III | Modelos judiciales comunitarios no estigmatizantes

I | La vergüenza reintegrativa

Los modelos que se exponen a continuación no consisten propiamente en una alternativa al castigo, sino más bien en la adopción de mecanismos que neutralicen la dañosidad de su funcionamiento y sus consecuencias estigmatizantes. La “vergüenza restaurativa” es una teoría de la justicia, que también ha sido analizada como teoría criminológica⁽³⁰⁾. El autor de esta propuesta es el neocelandés Braithwaite⁽³¹⁾, quien se inspiró en antiguos modelos Maoríes de tratamiento de conflictos, y que tuvo materialización en la justicia de menores de Nueva Zelanda y Australia. Se trata de las “conferencias de grupo familiar” integradas por ciudadanos que cuidan de los ofensores. Esta teoría intenta demostrar cómo debería funcionar la justicia penal para no ser estigmatizante. La “vergüenza reintegrativa”

(29) *Derecho Penal*, obra citada, capítulos XX y XXX, y *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1989, capítulo 6.

(30) Ver un análisis crítico en: van SWAANINGEN, RENÉ “Perspectivas europeas para una criminología crítica”, N° 8 de la colección *Memoria Criminológica*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B. de F., 2011, P. 328 y s.s.

(31) BRAITHWAITE, JOHN, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Londres, University Press, 1989.

grativa" es la reprobación por el hecho, pero, simultáneamente, la aceptación del individuo que lo ha cometido, basándose en la vieja premisa de que las sanciones impuestas por parientes, amigos o la colectividad próxima son más eficaces que las que imponga una lejana autoridad. En tal sentido, la vergüenza reintegrativa es una reprobación social, que al mismo tiempo contiene al infractor, y le permite reinsertarse en sociedad, en lugar de segregarlo.

2 | La justicia restaurativa

La denominada "justicia restaurativa" es una modalidad de resolución alternativa de conflictos que se formula también como teoría de la justicia, emparentada con el modelo de Braithwite, pero que enfatiza sobre la reparación del daño causado por el comportamiento criminal. Es un modelo de juzgamiento que se propone lograr sus objetivos mediante procedimientos corporativos, que incluyan a todos los involucrados en el conflicto. Esta concepción está basada también en modelos de justicia indígena practicada en diversos países, como Nueva Zelanda, Canadá y América Latina. La reparación del daño está puesta en primer plano, por encima del cumplimiento formal de la ley penal. Según Hendler, la atracción de este modelo comenzó a crecer a partir de un programa de reconciliación instrumentado en 1974 en Canadá, que luego se expandió por Estados Unidos y Europa⁽³²⁾. Estas reuniones de personas cercanas a los protagonistas (parientes, vecinos, amigos, etc.) tratan de operar por vía de "enmiendas" del responsable, quien debe dar pruebas de un cambio de actitud mediante disculpas, modificación de su comportamiento, restitución de bienes o reparación de daños, que expresen su generosidad y disposición al cambio constructivo. Por cierto, este modelo apela a particularidades y formas de judicialidad alternativa que ya hemos analizado, como reparación, conciliación, mediación, arbitraje, etc., a fin de lograr los siguientes objetivos:

- Reparar el daño.
- Lograr la reconciliación de las partes.

(32) HENDLER, EDMUNDO, *Las raíces arcaicas del Derecho Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, P. 104.

- Facilitar la participación activa de las víctimas, el ofensor y la comunidad en la "restauración".
- Reintegrar al "enmendado" a la comunidad, mediante el establecimiento de nuevas relaciones con él.

El procedimiento para llevar a la práctica la restauración consiste en la intervención de un mediador, o bien en reuniones colectivas o en los llamados "círculos", en los cuales, literalmente, los protagonistas se ubican de ese modo, y escuchan la tarea de un "facilitador" que no es lo mismo que un mediador, pues sólo ordena el diálogo y se abstiene de hacer propuestas.

El objetivo de esta modalidad es alcanzar una justicia transformadora de las personas, llevando la paz a la comunidad.

El movimiento restaurativo tiene un importante desarrollo en diversos países latinoamericanos, especialmente en Costa Rica⁽³³⁾. Existe también una Sociedad Científica de justicia restaurativa, que publica RJR (revista de justicia restaurativa)⁽³⁴⁾.

3 | Trabajo en beneficio de la comunidad

En muchas legislaciones, el trabajo en beneficio de la comunidad puede ser impuesto como medida accesoria a la pena, pero una corriente teórica reciente postula también su empleo como forma sustituta de la pena privativa de libertad⁽³⁵⁾.

IV | Los movimientos abolicionistas

"Abolicionismo" es el nombre que se dio, principalmente en Europa occidental, a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical

(33) Ver: *Justicia restaurativa en Costa Rica*. Compiladoras Fabiola Vernal y Sara Castillo, CONAMAJ, San José, 2006. En Argentina, ver: DEVOTO, ELEONORA, "Aportes para un modelo penal consensual", *Revista institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, N° 1, marzo de 2011, P. 21.

(34) www.justiciarestaurativa.es y www.restorativejustice.org

(35) ALVARO BURGOS M., *El trabajo en beneficio de la comunidad como alternativa punitiva*, Mundo Gráfico de San José, Costa Rica, 2005.

al sistema de justicia penal, y plantea su reemplazo⁽³⁶⁾. Esta corriente fue generada por pensadores que no se interesaron por una política criminal alternativa, sino por una alternativa a la política criminal. En esa línea de pensamiento, mantuvieron distancia de quienes, estudiando el sistema penal, se esforzaban por encontrar soluciones aptas para conservar y mejorar su existencia en el tiempo.

Una interpretación de conjunto del fenómeno abolicionista es compleja, ya que en su historia y desarrollo intervienen filosofías, metodologías y objetivos distintos, que se desarrollaron originalmente en Canadá y Estados Unidos, bajo una fuerte inspiración religiosa. En esas corrientes se destacó especialmente la doctora de creencias cuáqueras Ruth Morris (1933-2001), activa militante en cuestiones de marginación, drogas, discriminación racial y problemas carcelarios⁽³⁷⁾. En los Estados Unidos, por su parte, se generó el movimiento abolicionista internacional ICOPA, que reunía a militantes abolicionistas de la más diversa procedencia, habiendo concretado su primera conferencia en Toronto en 1983, y algunas en América Latina en la misma década, especialmente en Argentina (Paraná, 1994) y Costa Rica (1995). Paralelamente a tales enfoques, en Europa se desarrollaron corrientes abolicionistas, también de distintos signos ideológicos o filosóficos, que se reflejaron en sus múltiples propuestas y objetivos.

Louk Hulsman (1923-2009) fue una personalidad de referencia para entender el abolicionismo desde la periferia latinoamericana, aunque su representatividad en el conjunto de las perspectivas críticas y abolicionistas dentro de la propia Holanda, fuese también periférica⁽³⁸⁾.

El abolicionismo reúne, en una sola familia, una gran variedad de propuestas de acción: desde una actitud extrema, que propugna la disolución del derecho penal, evitando todo contacto con él, hasta otras, centradas especialmente en el rol de las víctimas y la necesidad de evitar la estigmatización, valiéndose de una compleja variedad de técnicas participativas informales —que dan nombre a sus modelos de acción— tales como: "jus-

(36) Definición de STANLEY COHEN, en *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989. P. 13.

(37) MORRIS, RUTH, *Abolición penal*, trad. de José María Menna Viale, Santa Fe, Centro de publicaciones de la UNL, 2000.

(38) Ver la crítica a la representatividad nacional de los abolicionistas holandeses en VAN SWAANINGEN, *Perspectivas europeas...* obra citada, P. 190.

ticia transformativa", "mediación penal", "justicia restaurativa", "justicia de reconciliación", "justicia comunitaria", "justicia mediante la vergüenza reintegradora", etc.

El abolicionismo sostiene que el derecho penal es inhumano, reproductor y agravante de los conflictos de los particulares, habiéndoles expropiado su derecho a resolverlos entre sí, del modo que más les convenga. Sostiene que las instituciones y las burocracias jurídico - penales son ineficaces y conspiran contra la evolución democrática y participativa de los ciudadanos. En este sistema —dicen— las víctimas pierden protagonismo y reconocimiento, a expensas de funcionarios y burócratas ajenos y lejanos a los hechos, sobre los que pontifican, en base a lenguajes y ritos técnicos complicados, que sólo sirven para excluir a los ciudadanos del acto de hacer justicia. Las formas participativas deberían recuperar, entonces, el espacio protagónico de la ciudadanía, hasta la desaparición de la justicia penal, junto con todo el aparato de control social formal. Sus funciones deberían transformarse en el sentido reparador del derecho y civil y de ciertas formas comunitarias de interacción, capaces de aportar soluciones de mucha menor conflictividad.

En sus orígenes, por la década de 1970, el ideario abolicionista europeo formaba parte de la lucha por limitar y reducir el poder estatal, en consonancia con el malestar de la época en los países centrales, cuando la juventud y la intelectualidad consideraban al Estado como ejecutor del sometimiento del individuo, mediante una burocracia insensible y racionalista, que lo instrumentaba a través del consumo, para los fines del desarrollo capitalista.

Los abolicionistas fueron escépticos respecto al desarrollo industrialista, la sociedad de consumo y la "felicidad" de las sociedades de bienestar. Coincidían, históricamente, con el movimiento verde, el feminista, el pacifista y diversas corrientes alternativas, cuyo lema era "small is beautiful" (lo pequeño es hermoso). En las décadas de 1970 y 1980, la prédica abolicionista logró alcances y efectos muy importantes, consiguiendo, incluso, influir en la política criminal de algunos países europeos.

Para el abolicionismo, la perspectiva penal es siempre dicotómica: blanco - negro, criminal - no criminal, culpable - inocente, etc. Este carácter binario —dicen— constituye una visión simplificadora del hombre y sus actos, qui-

tándole todo el proceso de interacción que enmarca la coexistencia, centrándose, apenas, en algunos aspectos de ella. Nils Christie sostuvo que la capacitación legal sólo sirve para simplificar, porque no permite mirar todos los valores de una situación, sino seleccionar únicamente aquellos que tienen que ver con la ley⁽³⁹⁾.

Dentro de la diversidad del movimiento abolicionista puede distinguirse el abolicionismo penal radical, representado por Hulsman (quien propuso la desaparición total del sistema), y el abolicionismo institucional, limitado a alcanzar la supresión de la institución cárcel con sus anexos, como los psiquiátricos penales⁽⁴⁰⁾.

Los abolicionistas se proponen como objetivo devolver a las personas implicadas el manejo de sus propios problemas. La víctima debe reapoderarse del conflicto que le fue sustraído por el Estado y para ello se propone la construcción de una justicia participativa, en la cual la compensación reemplace a la pena, según un modelo de sociedades sin Estado fuerte, que sólo intervendrá cuando las partes fracasen en su intento de acuerdo, quedando habilitadas para recurrir, recién entonces, a los tribunales.

La muerte de Hulsman, los procesos del neopunitivismo, las políticas de populismo penal, el incremento de los índices de encarcelamiento (incluso en Holanda, un país antes ejemplar en la materia) y otros acontecimientos de las últimas décadas, han provocado un retroceso importante de los progresos alcanzados por el abolicionismo, cuya prédica también ha perdido resonancia. Van Swaaningen cree, sin embargo, que las ideas - fuerza del abolicionismo renacen actualmente con otro formato, a modo de "neoabolicionismo" en las propuestas de autores como John Braithwaite⁽⁴¹⁾. Los años venideros dirán si las sociedades de riesgo de la actualidad, la intolerancia y las desigualdades sociales experimentarán cambios sustanciales, que cedan espacio a modelos humanistas como el del abolicionismo penal.

(39) Ver, de CHRISTIE: *La Industria del control del delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993 y *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

(40) Ver, BOVINO, ALBERTO, en "La víctima como preocupación del abolicionismo", en el libro *La víctima y el sistema...*, obra citada.

(41) VAN SWAANINGEN, RENÉ, *Perspectivas europeas...*obra citada, P. 328 y ss.

V | Algunas breves conclusiones

Como puede apreciarse, analizamos diversas estrategias, prácticas y teóricas para reducir el sistema penal, algunos modelos de juzgamiento alternativo y también los argumentos que propician su abolición. Estos esfuerzos y propuestas se han desplegado a lo largo de medio siglo, alcanzando progresos y regresiones, y finalmente, fracasado, en el intento de limitar sustancialmente o eliminar al sistema penal. En el momento actual, parece haberse impuesto ampliamente el sistema de las legislaciones de emergencia y de los estados de excepción, como respuesta generalizada a la realidad de las llamadas “sociedades de riesgo”⁽⁴²⁾.

El autor más reconocido en el análisis de estos temas es, en el momento actual, Giorgio Agamben, quien explica de manera sumaria las implicaciones de todo Estado Excepcional:

“No bien Hitler toma el poder (o, como se debería decir acaso más exactamente, no bien el poder le es entregado) proclama el 28 de febrero (de 1933) el Decreto para la protección del pueblo y del Estado, que suspende los artículos de la Constitución de Weimar concernientes a las libertades personales. El decreto no fue nunca revocado, de modo que todo el Tercer Reich puede ser considerado, desde el punto de vista jurídico, como un estado de excepción, que duró doce años. El totalitarismo moderno puede ser definido, en este sentido, como la instauración, a través del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no sólo de los adversarios políticos, sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultasen no integrables en el sistema político. Desde entonces, la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no declarado en sentido técnico) devino una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos aún, de aquellos así llamados democráticos”⁽⁴³⁾.

(42) ELBERT CARLOS, *Manual Básico de Criminología*, cuarta edición, Buenos Aires, Eudeba, 2007, capítulos 14 y 15.

(43) AGAMBEN, GIORGIO, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2005, p. 25, resaltado nuestro.

No es preciso agregar más, para comprender qué valores se ponen en juego, cuando cualquier circunstancia “anómala” en la vida social de un Estado motiva la sanción de normas “especiales”, “transitorias”, “provisorias” o “de excepción” desde una posición de fuerza del Estado, para afrontar contingencias imprevistas en épocas de “normalidad constitucional”. Las formas más extremas de este modelo de legislación suelen ir acompañadas de la concentración en el ejecutivo de la potestad legislativa y hasta judicial, pero, tal como señala Agamben (y como prueba el caso de los Estados Unidos) no es preciso desarticular los poderes del Estado para conceder atribuciones extraordinarias al ejecutivo, a fin de limitar garantías y libertades personales⁽⁴⁴⁾. El estado de excepción vuelve a ser justificado una y otra vez en contextos democráticos, con resultados siempre catastróficos, que parecieran ser olvidados con ligereza y que llevan a pensar, como sostienen muchos autores, que el estado de excepción se ha constituido ya en un sistema legitimado y habitual de las democracias posmodernas. Por cierto, esto coloca en el centro de la escena la discusión acerca de la subsistencia o extinción de la Modernidad, lo cual constituye materia de un tratamiento especial, ciertamente bastante complejo. De modo sumario, nos pronunciaremos aquí contra del estado de cosas implementado por la posmodernidad, tanto en los campos político, como económico, social y científico. Creemos en la imprescindible necesidad de una radicalización crítica de la Modernidad, de modo que, sin renunciar a sus logros positivos, tampoco se olviden sus objetivos frustrados, ni se oculten sus falacias⁽⁴⁵⁾. Para quienes compartan este punto de vista e intenten llevarlo adelante, no cabe duda de que las experiencias teóricas y prácticas aquí expuestas podrán ser una permanente fuente de inspiración.

(44) Ver las formas que estos fenómenos adoptaron en la Argentina, en TORRES, SERGIO, *Derecho penal de Emergencia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, P. 184 y ss.

(45) ELBERT, CARLOS, *Criminología, ciencia y cambio social*, Eudeba 2012, en prensa.

Alternativas à prisão no Brasil: instrumentos para a redução da população carcerária ou para a ampliação do controle estatal? (*)

por **CARLOS E. JAPIASSÚ**⁽¹⁾

I | Introdução

As penas alternativas à prisão foram introduzidas no direito brasileiro com o advento da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209/1984). Àquele tempo, justificou-se, entre outras razões, que seria medida adequada para desencarceramento de presos, visto que se aplicam a crimes cuja sanção penal é de curta duração (0 a 4 anos de prisão), para crimes praticados sem violência, nem grave ameaça, tais como: posse para uso pessoal de drogas, acidente de trânsito, violência doméstica, abuso de autoridade, lesão corporal leve, furto simples, estelionato, ameaça, injúria, calúnia, difamação, dentre outros previstos na legislação brasileira atual.

Passados quase trinta anos, foi implantada uma extensa rede de controle e acompanhamento do cumprimento das chamadas penas restritivas de direitos e há, no Brasil, em 2011, mais pessoas submetidas a penas e medidas alternativas do que presos (condenados ou cautelares).

(*) Véase la versión de este artículo en español en www.infojus.gov.ar (trad. de Laura Elbert).

(1) Profesor de Derecho Penal de la UERJ y de la UFRJ; Secretario General Adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y Presidente del Grupo Brasileño de la AIDP.

Assim, deve ser analisado se a adoção e o incentivo à adoção de penas e medidas alternativas pode ainda ser considerada como instrumento válido à humanização do sistema penal ou se serviu apenas para que fosse ampliado o controle penal sobre a sociedade brasileira, com um aumento expressivo de indivíduos submetidos a alguma forma de sanção penal.

No presente artigo, inicialmente, será apresentada a disciplina das penas e medidas alternativas no Brasil e, adiante, será debatida a estrutura de acompanhamento dessas medidas e a situação do sistema penitenciário brasileiro.

2 | Antecedentes históricos: a reforma penal de 1984

Como é bastante conhecido, o Brasil, entre 1964 e 1985 foi submetido a um regime militar autoritário. Após a deposição do Presidente João Goulart, o fechamento do Congresso, a cassação de políticos, juízes, catedráticos, perseguição de estudantes e repressão de opositores, os militares que tomaram o poder, escorados na ideologia da segurança nacional, impuseram um novo modelo punitivo ao País. Reservaram para o Direito Penal a crucial missão de servir de repressão política, por meio do instrumental que compreendia desde espionagem e polícia secreta até a Justiça Penal Militar.

Assim, a prisão funcionou não só como privação da liberdade, mas, particularmente, lugar de suplícios, torturas e mortes. Lá, onde estavam —ou jamais saíram— os rotulados presos comuns, foram também lançados os presos políticos, isto é, os enquadrados na Lei de Segurança Nacional. Além da pena privativa de liberdade, assistiu-se ao retorno da pena capital, bem como da pena de banimento, ambas destinadas aos chamados subversivos, tudo secundado por Atos Institucionais com força de normas constitucionais.

Paralelamente a isso, a já referida superpopulação carcerária atingia níveis alarmantes. Diante do estado geral das prisões do País, foram propostas ou efetivadas algumas alterações legislativas. Introduziram-se as figuras de regimes prisionais: fechado, semiaberto e aberto.

A partir de 1980, no período da redemocratização, o Ministério da Justiça instituiu Comissão de juristas incumbida de reformar a Parte Geral do Código Penal e criar uma Lei de Execução Penal, que era um antigo pleito no país⁽²⁾.

A reforma da Parte Geral do Código Penal foi extensa e realizada em clima de ampla discussão teórica e democrática. Além de mudanças na Teoria do Delito, especialmente no tocante à culpabilidade, a reforma penal foi bastante expressiva. Aboliram-se as penas acessórias, embora algumas passassem a figurar como efeitos da condenação. Aboliu-se também o sistema do duplo binário, sendo substituído pelo sistema vicariante⁽³⁾: pena ou medida de segurança, a última destinada aos inimputáveis ou, excepcionalmente, aos semi-responsáveis que necessitem de especial tratamento curativo.

Manteve-se o sistema progressivo de cumprimento de pena, com os três estágios: regime fechado, semiaberto, aberto. O livramento condicional e a suspensão condicional da pena foram igualmente revigorados, aquele sendo possível após o cumprimento de 1/3 ou 1/2 da pena, se primário ou reincidente, conforme o caso, e este cabível, em regra, para o condenado primário com pena de até dois anos. Agregue-se que foram estabelecidas três espécies de penas: 1) privativas de liberdade; 2) restritivas de direito, subdivididas em prestação de serviços à comunidade, limitação de final de semana e interdição temporária de direito; e 3) multa, retomando o modelo de dias-multa do Código Criminal do Império⁽⁴⁾.

A Lei n. 7.210 —Lei de Execução Penal—, publicada e em vigor junto com a nova Parte Geral do Código Penal, consolidou a autonomia desse ramo do Direito. Com efeito, a sistemática introduzida pela Lei de Execução Penal —incorporadora, em larga medida, dos postulados contidos nas Regras Mínimas da ONU— possui como vetores, os princípios da legalida-

(2) FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO; CATÃO, YOLANDA; SUSSEKIND, ELISABETH, *Direitos dos presos*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 31 e seguintes.

(3) FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO, *Lições de direito penal: Parte Geral*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 81-82.

(4) Para uma análise mais detida da reforma penal brasileira, vide ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; BATISTA, NILO; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 481 e seguintes.

de, da jurisdicionalidade e da ressocialização do condenado. Por meio do primeiro, as penas catalogadas no Código Penal ou em leis extravagantes devem ser executadas de conformidade com a Lei, com o Regulamento e com a sentença condenatória respectiva⁽⁵⁾.

3 | As penas restritivas de direitos no direito brasileiro

As penas restritivas de direitos foram efetivamente introduzidas no Brasil pela Reforma de 1984⁽⁶⁾. A Parte Geral do CP e a LEP objetivaram restringir a pena privativa de liberdade às hipóteses estritamente necessárias, determinando, quando possível, a sua substituição por sanções de outra natureza. A rigor, cumpre registrar que as penas restritivas de direitos — assim como a pena de multa — se inserem num universo maior, qual seja, das chamadas alternativas penais.

A política criminal que orientou a Reforma Penal de 1984 foi no sentido de se restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, visando, tanto quanto possível, impedir ou atenuar os efeitos criminógenos do encarceramento. Nesse sentido, partiu-se para a adoção de sanções diversas para casos de infratores sem periculosidade ou para autores de crimes de menor gravidade. Entretanto, essa filosofia foi reconhecidamente cautelosa⁽⁷⁾. O excesso de cautela na introdução das penas alternativas teria sido a razão — ou, ao menos, uma das razões — da sua pouca aplicação nos anos que se seguiram à vigência da nova Parte Geral. Ademais, os requisitos de substituição da pena de reclusão ou detenção por restritiva de direitos eram bastante restritos, fazendo com que juízes e

(5) DOTTI, RENÉ ARIEL, *Problemas atuais da Execução Penal*, in *Revista dos Tribunais*, n. 563, S. Paulo, p. 286.

(6) Sobre o tema, vide JAPIASSÚ, CARLOS EDUARDO ADRIANO; SOUZA, ARTUR DE BRITO GUEIROS, *Curso de direito penal: Parte Geral*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, pp. 362-378.

(7) E. M. do CP/1984, item 29: “Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas. Fê-lo, contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nesta área”.

tribunais continuassem a se valer das penas privativas de liberdade, sendo raros os casos de efetiva substituição por restritiva de direitos⁽⁸⁾.

Diante daquele quadro, sobreveio a Lei nº 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas) com o escopo de ampliar tanto os requisitos como as espécies de penas restritivas de direitos. Com efeito, realizou-se uma reforma nas práticas punitivas do Brasil, estendendo a possibilidade de substituição para crimes dolosos com pena privativa de liberdade aplicada em patamar de até quatro anos, salvo se cometido com violência física ou moral, ou qualquer que seja a quantidade de pena aplicada, se cuidar-se de crime culposos.

Por alternativas penais compreendem-se os institutos, não só de Direito Penal, mas, igualmente, Processual Penal e de Execução Penal, tendentes a impedir ou abreviar o encarceramento do infrator. Dessa forma, a liberdade provisória, o pagamento de fiança, a justiça restaurativa, o monitoramento eletrônico, além da suspensão da pena ou do processo, do livramento condicional, da transação penal, são considerados exemplos de alternativas penais. Ao gênero “alternativas penais”, pertence, no particular, aquilo que se identifica como penas alternativas, objeto de análise no presente capítulo.

O movimento pelos substitutivos penais está igualmente presente no direito estrangeiro. Segundo Jean Pradel, das penas distintas das privativas da liberdade, que podem corresponder ao que se convencionou chamar no Brasil de penas e medidas alternativas, haveria cinco grandes categorias: a suspensão da pena privativa de liberdade, a prestação de serviços à comunidade, as interdições e obrigações diversas, as sanções morais e o não-imposição de uma pena⁽⁹⁾.

(8) Para os crimes dolosos, o juiz somente podia proceder à substituição se a pena privativa de liberdade aplicada inicialmente fosse inferior a um ano (para as penas restritivas de direitos) ou até seis meses (para pena de multa). Tratando-se de crime culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, podia ser substituída por uma pena restritiva de direito e multa ou por duas penas restritivas de direitos, desde que exequíveis simultaneamente.

(9) PRADEL, JEAN, *Droit pénal comparé*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 2008, pp. 510-525.

4 | Características das penas alternativas no Código Penal

O legislador denominou as penas alternativas de penas restritivas de direito, embora, a rigor, nem todas tenham por finalidade restringir o exercício de determinado direito individual, como ocorre, p. ex., com a pena de perda de bens e valores. Conforme disposto no art. 44, do CP, as penas restritivas de direitos são autônomas e substitutivas das penas privativas de liberdade. O sentido autônomo dessas penas se observa pelo fato de que elas não gravitam em torno de nenhuma outra modalidade punitiva.

Diferentemente, ao tempo da redação primitiva do Código, existiam as chamadas penas acessórias, essas, sim, subordinadas à pena privativa de liberdade. No modelo atual, isso não mais ocorre. Com efeito, na atualidade, as penas restritivas de direito têm natureza jurídica autônoma de sanção penal. Tanto é assim que mesmo na hipótese de conversão em pena privativa de liberdade, deve-se proceder à detração do tempo de cumprimento da pena restritiva (art. 44, § 4º, do CP). A sua natureza autônoma evidencia-se, ainda, pelo fato de existirem, na legislação especial, tipos penais que cominam diretamente penas restritivas de direitos, de forma isolada ou cumulativa com a pena de prisão, como se vê, p. ex., nos casos de homicídio culposo e lesão corporal culposa de trânsito, previstos pela Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro); e, mais recentemente, com a posse para uso de droga, previsto pela Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas).

Demais disso, as penas restritivas são substitutivas da pena privação da liberdade. Isso porque, em regra, elas não estão previstas nos tipos penais incriminadores. É necessário, primeiro, que o juiz condene o réu a uma quantidade de pena privativa de liberdade e, em seguida, proceda, se cabível, à sua conversão em pena restritiva de direitos. Desse modo, observa-se que as penas restritivas de direitos encontram-se reguladas na Parte Geral do Código, incidindo, em tese, à generalidade dos delitos contidos na Parte Especial do CP. Sendo assim, ao prolatar a sentença condenatória, o magistrado fixa o *quantum* de pena de reclusão ou detenção, analisando, subseqüentemente, mas ainda na própria sentença, a possibilidade de substituição da privação da liberdade por uma ou duas

penas restritivas de direitos (art. 59, IV, do CP). Caso não seja possível essa substituição —não sendo possível, igualmente, a suspensão condicional da pena—, a pena de reclusão ou detenção inicialmente imposta tornar-se-á definitiva. Constata-se, como dito acima, que as penas restritivas têm, em geral, o caráter substitutivo da pena de prisão. Em suma: fixa-se primeiro esta e, se for pertinente, substitui-se por aquela.

Ao lado dessas duas características, aponta-se a natureza condicional como sendo o terceiro dado singular das penas alternativas. Na realidade, extrai-se daí a sua força cogente, quer dizer, o descumprimento injustificado das condições estipuladas à pena restritiva de direito condicionalmente imposta pode acarretar a sua conversão na pena privativa de liberdade que fora fixada, conforme determina o § 4º, do art. 44, do CP. Paira, assim, uma espécie de “ameaça latente” àquele que, injustificadamente, descumprir a pena restritiva de direito imposta na sentença condenatória.

5 | As gerações de penas restritivas de direitos

No passado, houve uma crença generalizada na utilidade da pena de prisão (reclusão e detenção). De certa forma, assiste-se, na atualidade, um movimento semelhante para com as penas alternativas, ou seja, cada vez mais o legislador parece acreditar que as penas restritivas de direitos irão solucionar a grave crise do sistema penal brasileiro. Essa percepção pode ser ilustrada com aquilo que se pode denominar de gerações de penas restritivas de direitos.

A primeira geração de penas alternativas veio com a Reforma Penal de 1984, com a adoção da sistemática de substituição da privação da liberdade, acima analisada. Essa substituição passou a ser admitida tanto por ocasião da sentença condenatória (arts. 44 c/c 59, IV, do CP) como no curso da execução penal (art. 180, da LEP).

Uma segunda geração foi positivada nos anos 1990, quando os diplomas legais passaram a admitir a aplicação direta da pena restritiva, antes mesmo de haver processo instaurado contra o autor do fato delituoso. Foi

isso o que ocorreu com as chamadas infrações de menor potencial ofensivo, vale dizer, para a hipótese de transação penal prevista no art. 76, da Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

Por fim, surgiu uma terceira geração, consistente na previsão de penas alternativas no próprio preceito secundário dos tipos penais, metodologia esta que pode vir a se tornar frequente *de lege ferenda*. Nesse sentido, o CTB comina, para certos delitos, a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, ao lado da pena de detenção. O art. 28, da Lei nº 11.343/06 (posse para uso pessoal de drogas) vai além e sequer comina pena privativa de liberdade, prevenindo, somente, três modalidades de penas alternativas (advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços a comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo).

6 | Espécies de penas restritivas de direitos

Além disso, as penas privativas da liberdade podem ser substituídas por penas restritivas de direitos, conforme os artigos 43 e seguintes do Código Penal, com redação da Lei nº 9714/98. Foram, então previstas as seguintes penas:

- a. Prestação pecuniária: consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus descendentes ou a entidades públicas ou privadas com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo, nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária poderá consistir em prestação de outra natureza;
- b. Perda de bens e valores: pertencentes ao condenado, dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto o que for maior: - o montante do prejuízo causado, ou o lucro obtido pelo agente ou por terceiros, em consequência da prática do crime (CP; art. 45);
- c. Prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas: aplicável

às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação de liberdade; Consiste em atribuições de tarefas gratuitas ao condenado a entidades assistenciais, escolas, hospitais, asilos, creches, etc. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumprida a razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do apenado, em geral de 8 (oito) horas semanais. Se a pena substitutiva for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumpri-la em menor tempo, nunca superior a metade da pena privativa fixada (CP; art. 46);

- d. Interdição temporária de direito: podem ser proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como o de mando eletivo; proibição do exercício da profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de freqüentar determinados lugares (CP; art. 47);
- e. Limitação de fim de semana: consiste na obrigação imposta ao condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado (CP; art. 48).
- f. Multa substitutiva: nas condenações iguais ou inferiores a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por pena restritiva de direito. Se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direito e multa, ou por 2 (duas) restritivas de direito.

7 | A estrutura das penas alternativas no Brasil

Desde o advento das penas e medidas alternativas no Brasil, tem sido organizado um sistema de acompanhamento do seu cumprimento. E gradativamente, foi sendo separado dos Juízos de Execução Penal, em que, de maneira geral, são acompanhadas as diversas penas no Brasil, sejam elas de prisão, de multa ou restritivas de direitos.

A partir de 1987, quando foi criado o primeiro Núcleo de acompanhamento de penas e medidas alternativas no Rio Grande do Sul, tem havido um crescimento importante na estrutura para lidar com a matéria. Hoje, existem no Brasil 389 núcleos e 20 juízos especializados. Considerando-se que há 27 estados federados, o número é bastante expressivo.

Em paralelo a isso, a partir setembro de 2000, o Ministério da Justiça lançou o Programa Nacional de Apoio às Penas Alternativas como diretriz do Conselho Nacional Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, executado pela gerência da Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas – CENAPA, subordinada à Secretaria Nacional de Justiça, com o objetivo de realizar as ações necessárias ao incremento da aplicação das penas alternativas no Brasil, através de assessoria, informação e capacitação para instalação de equipamentos públicos em todo território nacional, financiados pelo Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN). No primeiro momento, celebraram-se convênios com os Estados, para o estabelecimento de Centrais de Apoio, junto às respectivas Secretarias de Estado e Tribunais de Justiça.

O Ministério da Justiça, por meio desses convênios, financiou a constituição, nos vários Estados, de mínima estrutura física, bem como a contratação de pessoal técnico especializado, para o monitoramento do cumprimento da execução das penas e medidas alternativas.

Em fevereiro de 2002, a CENAPA, na perspectiva de legitimar e consolidar as alternativas penais como política pública de prevenção criminal, constituiu a Comissão Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas (CONAPA), através da Portaria Ministerial 153/02, composta de juízes de direito, promotores de justiça, defensores e técnicos com experiência e conhecimento especializado na execução de penas alternativas, em amplo exercício democrático.

Em julho de 2006, com a reestruturação do DEPEN, foi criado um órgão executivo na Diretoria de Políticas Penitenciárias do DEPEN: a Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas – CGPMA⁽¹⁰⁾.

(10) Sobre o funcionamento da CGPMA, vide GOMES, GEDER LUIZ ROCHA. *A substituição da prisão - alternativas penais: legitimidade e adequação*, Salvador, Podium, 2008, p. 178 e seguintes.

Como pode ser notado, tem havido um trabalho coordenado entre governo federal e governos estaduais para lidar com as penas e medidas alternativas. A título ilustrativo, segue quadro que demonstra a evolução dos números das penas e medidas alternativas:

Evolução histórica das penas e medidas alternativas (PMA) no Brasil⁽¹¹⁾

Ano	Serviço Público de Monitoramento de PMA	Número de Cumpridores de Penas Restritivas de Direitos		Número de PMA acumulado	Número de Presos
		Medidas	Penas		
1987	1 Núcleo no Rio Grande do Sul	Sem informação	197	Sem informação	Sem informação
1995	4 Núcleos	78.672	1.692	80.364	148.760
2002	4 Juízos Especializados 26 Centrais/ Núcleos	80.843	21.560	102.403	248.685
2006	10 Juízos Especializados 213 Centrais/ Núcleos	237.945	63.457	301.402	401.236
2007	18 Juízos Especializados 249 Centrais/ Núcleos	333.685	88.837	422.522	423.373
2008	19 Juízos Especializados 306 Centrais/ Núcleos	457.811	101.019	558.830	446.764
2009	20 Juízos e 389 Núcleos	544.795	126.273	671.078	473.626

(11) Dados obtidos em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FF-D6142648AD402215F6598F2PTBRNN.htm>. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

8 | Sistema penitenciário brasileiro e penas alternativas

O sistema penitenciário é superlotado e viola direitos humanos desde o seu início. A título ilustrativo, apesar da primeira Constituição brasileira (1824) prometer cadeias não só seguras, mas, também, limpas e bem arejadas, e prescrever a separação dos réus conforme as suas circunstâncias e a natureza dos seus crimes, é forçoso admitir —segundo as palavras de Evaristo de Moraes— que, “nos primeiros tempos da nossa independência nacional, e até mesmo depois do Código, pouco adiantamos ao que nos legara o domínio português no concernente às prisões. Nas três épocas sucessivas do Brasil Colônia, Brasil Reino Unido e Brasil Império incipiente, não obedeceram as prisões a qualquer princípio de ordem, de higiene, de moralização”⁽¹²⁾.

Realmente, o estado geral dos estabelecimentos prisionais era o pior possível. Nesse sentido, Thomas Holloway deteve-se sobre os cárceres da então Capital do Império. Segundo ele, as condições sanitárias da Prisão do Calabouço eram péssimas, assim como o calor e a fedentina nos compartimentos sem ventilação e a escassa comida que os carcereiros deviam fornecer em troca das taxas cobradas dos senhores. Um problema freqüente no Calabouço era o abandono dos escravos por seus senhores, quando estes julgavam que as taxas devidas pelo sustento ou pela correção aplicada ultrapassavam o valor de sua propriedade. Conforme este autor, “ao tomar conhecimento da situação do Calabouço, em maio de 1831, o novo Ministro da Justiça da Regência Provisória ordenou a venda imediata de numerosos escravos, ‘a maior parte de que há anos não apareceram os donos’”⁽¹³⁾.

Igualmente tétrica, quiçá pior, era a Prisão do Aljube. Esta prisão fora instituída no Rio, entre 1735 e 1740, para abrigar padres conturbados e cristãos

(12) MORAES, EVARISTO, *Prisões e Instituições Penitenciárias no Brasil*, Rio, Cândido Oliveira, 1923, p. 05.

(13) HOLLOWAY, THOMAS H., *Polícia no Rio de Janeiro: Repressão e resistência numa cidade do século XIX*, trad. por Francisco de Castro Azevedo, Rio, Getúlio Vargas, 1997, p. 65.

novos⁽¹⁴⁾. O horror da Prisão do Aljube foi descrito por membros de uma comissão municipal encarregada de inspecionar, em 1830, as prisões civis, militares e eclesiásticas daquela Capital. O relatório dessa comissão foi resgatado do anonimato por Mello Moraes Filho (1894), legando, para a nossa história penal, um pungente relato de como eram tratados os presos no Brasil do século XIX⁽¹⁵⁾. Além de registrar o absurdo tratamento prisional, aquela comissão municipal denunciou, igualmente, a inexistência de separação dos réus conforme os preceitos constitucionais de circunstância e natureza do crime: “Nas enxovias do Aljube, os presos acham-se em comum: forçados, ladrões, vagabundos, viciosos, assassinos, reincidentes, escravos, iniciados e veteranos em todos os crimes. Acotovelando-se com estes, mas não se confundindo, encontram-se, ali, conspiradores, jornalistas políticos, revolucionários célebres, comunicáveis ou incommunicáveis na sala livre ou em outro aposento”⁽¹⁶⁾.

Diante da disparidade entre o que dispunham a Constituição, o Código Criminal do Império e a realidade carcerária, iniciou-se um movimento no sentido de reformar o aparato prisional herdado da era colonial, sendo tal bandeira empunhada pela Sociedade Defensora da Liberdade e Inde-

(14) Cf. BRITTO, LEMOS, *Os sistemas penitenciários do Brasil*, vol. II, Rio, Imprensa Oficial, 1923, p. 151.

(15) “Esta prisão, encostada ao Morro da Conceição, é subterrânea de um lado e do outro faz frente à rua do mesmo nome; é, por isto, defeituosíssima, porque a comunicação imediata com a rua a torna pouco segura e não permite que se estabeleça, no seu interior, a disciplina conveniente para reforma dos presos; pela sua situação, já se vê que ela deve ser úmida, insalubre, inabitável, sobretudo do lado da montanha. (...) Foi com grande dificuldade que a Comissão pôde vencer a repugnância que deve sentir o coração humano ao penetrar nesta sentina de todos os vícios, neste antro infernal, onde tudo se acha confundido, o maior facinora com uma simples acusada, o assassino o mais inumano com um miserável, vítima da calúnia ou da mais deplorável administração da justiça. O aspecto dos presos nos faz tremer de horror: mal cobertos de trapos imundos, eles nos cercam por todos os lados e clamam contra quem os enviou para semelhante suplício, sem os ter convencido de crime ou delito algum. Observam os comissionados que a prisão tinha capacidade para umas 20 pessoas e continha, na data da visita, nada menos que 390! Afirmam que, mesmo nas suas salas mais amplas, se sentia cheiro insuportável de cigarro, suor, latrinas e toda sorte de imundices. Por baixo das salas, descendo por um alçapão, foram ter as enxovias, nas quais viram 85 presos, entre livres e escravos, dormindo sobre pedras úmidas. Ali, segundo disseram os carcereiros, era freqüente morrerem os presos, abafados durante o verão.” (Cf. MORAES, EVARISTO, *op. cit.*, p. 08). Segundo Lemos Britto, o “saudoso cronista patricio Vieira Fazenda chamava o Aljube de ‘covil de suplícios e de misérias, verdadeiro inferno de Dante’, onde se passavam ‘cenas indecorosas que, para vergonha nossa, se patenteavam aos olhos de todos, em pleno século XIX!’” (BRITTO, LEMOS, *op. cit.*, p. 152) (grifos do original).

(16) MORAES, EVARISTO, *op. cit.*, p. 09.

pendência Nacional (1831) e, posteriormente, encampada pelos Poderes Públicos.

Como consequências desse movimento, foram construídas, no Rio de Janeiro e São Paulo, Casas de Correção, em 1850 e 1852, respectivamente, que, após delongas, introduziram os postulados já existentes sobre a execução penal. Ressalte-se, no particular, que o Código Criminal não previra qualquer sistema penitenciário. A primeira iniciativa a este respeito coube a Eusébio de Queirós, autor do regulamento da Casa de Correção do Rio, regulamento este que também serviu para a Casa de Correção de São Paulo⁽¹⁷⁾.

Por outro lado, é certo que, ao lado das Casas de Correção, permaneceram em funcionamento as Cadeias Públicas ou Casas de Detenção, conforme a terminologia de cada localidade, destinadas, precipuamente, à detenção provisória de infratores. No Rio de Janeiro, Lemos Brito considerava a Casa de Detenção nada além do que um simples “depósito de presos”, construída de forma improvisada, isto é, aproveitando-se o erro de cálculo do segundo raio da Casa de Correção, projetada “além do ponto que devia terminar, perturbando, assim, a harmonia do plano primitivo, como se percebe facilmente”⁽¹⁸⁾.

Saliente-se, todavia, que as edificações erguidas nas Capitais do Império e da Província de São Paulo, pouco influíram na melhora das prisões existentes nas outras localidades de nosso território, permanecendo, assim, como exceções em meio ao cenário dantesco das instalações em funcionamento no País. Prolongava-se, portanto, o sistema e as práticas de encarceramento da era colonial, que pouco se alteraram após a independência do Brasil.

Atualmente, o quadro não se modificou. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)⁽¹⁹⁾, os dados consolidados quanto à população carcerária, números relativos a dezembro de 2010, são de 496.251 presos, sendo 445.705 no sistema penitenciário e 50.546 detentos em

(17) LYRA, ROBERTO, *Comentários ao Código Penal*, vol. II, 3ª ed., Rio, Forense, 1958, p. 110.

(18) BRITTO, LEMOS, op. cit., p. 11.

(19) Dados obtidos em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2-AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>, com acesso no dia 12 de fevereiro de 2012.

outros estabelecimentos. Frise-se que um dos problemas mais graves do atual sistema penitenciário brasileiro consiste na superpopulação carcerária, pois há apenas 298.275 vagas, o que gera toda sorte de dificuldades e más condições no cárcere.

Neste contexto, alguns aspectos precisam ser realçados. O primeiro diz respeito ao constante aumento do encarceramento no País. Apenas entre dezembro de 2007 e dezembro de 2010, o contingente prisional passou de 422.590 para os mencionados 496.251 presos.

Outro ponto diz respeito ao fato de que o Estado brasileiro tem feito um esforço muito grande de construção de estabelecimentos penitenciários. É por esta razão que, em 2003, havia 211.255 vagas nos estabelecimentos penitenciários brasileiros e, em 2010, 298.275 vagas. Ao mesmo tempo, a taxa de encarceramento aumentou muito. Em 1995, havia 95,5 presos por 100.000 habitantes. Em 2003, 181,6 presos por 100.000 habitantes e, em 2010, 259,17 presos por 100.000 habitantes.

Significa dizer que, embora o Brasil esteja construindo mais vagas do as que existem na maior parte dos países do mundo, isto não tem tido um impacto importante na superlotação carcerária, visto que as taxas de encarceramento seguem muito elevadas. Neste contexto de superpopulação carcerária, as condições dos presos são, em geral, muito ruins e o respeito às regras penitenciárias é muito difícil. A violência interna se tornou muito comum.

Outro problema é a importância dos presos cautelares nesses números. A prisão cautelar representa mais de um 1/3 do total das pessoas presas no Brasil. Em dezembro de 2010, havia 164.683 presos cautelares. Além disso, existe uma grande concentração no estado de S. Paulo, no qual existiam, em dezembro de 2010, 170.916 presos, com apenas 98.995 vagas. Desse total, outro dado a ser observado é que, desse total, 86.956 se encontravam em regime fechado, e havia 54.388 presos provisórios, para os quais não havia ainda condenação penal.

É preciso sempre realçar que o sistema penitenciário não atende ao disposto na própria legislação brasileira e nem nos documentos internacionais. As más condições carcerárias, as violações aos direitos do preso, as

altas taxas de reincidência, a violência sistêmica e falta de oferta de trabalho e de estudo são recorrentes.

Apesar disto tudo, nos últimos anos, houve uma mudança estatística importante no sistema penal brasileiro: o número de pessoas submetidas a penas e medidas alternativas ultrapassou o número de pessoas presas. Em 2009, havia, no Brasil, 671.078 pessoas⁽²⁰⁾ submetidas a penas ou medidas alternativas em 2009, quase 200.000 a mais que presos, incluindo condenados ou presos cautelares.

Se é certo que a pena privativa da liberdade continua sendo o paradigma fundamental, também pode ser dito que há uma mudança em curso, que ainda não modificou profundamente o sistema, mas não pode passar despercebida.

Nesse sentido, as penas alternativas não foram capazes de reduzir contingentes carcerários e nem sequer reduzir o ritmo de crescimento da população carcerária. Parece, portanto, que, ao invés de haver desencarceramento de indivíduos com a adoção de penas alternativas, estaria ocorrendo no Brasil, uma ampliação da rede penal. Ou seja, indivíduos que, no passado, talvez não fossem submetidos a nenhuma sanção ou mesmo restrição penal, passaram a ter impostas medidas alternativas à prisão, enquanto que o encarceramento segue em altíssimas taxas.

Aliás, ressalte-se que a expansão dos sistemas penitenciários é característica marcante na América Latina, pois, exceção feita à Venezuela, entre 1992 e 2008, muitos duplicaram ou quase duplicaram suas populações carcerárias (Argentina, Colômbia, Costa Rica, Chile, El Salvador, México, Panamá, Peru e Uruguai) ou estiveram próximos de fazê-lo (Equador e Nicaraguá). Mesmo neste quadro, o Brasil mais que triplicou sua população carcerária em idêntico período⁽²¹⁾.

(20) Dados obtidos em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FF-D6142648AD402215F6598F2PTBRNN.htm>, com acesso no dia 12 de fevereiro de 2012.

(21) CARRANZA, ELIAS, *O modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas e uma política integral de segurança dos habitantes em relação ao delito*, in: CARRANZA, ELIAS. *Cárcere e justiça penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas*, San José, ILANUD, 2010, p. 56.

O que se pode concluir é que, com os números acima apresentados, o País estaria se tornando um verdadeiro Estado penal, isto é, portador da quarta maior população carcerária do planeta —somente inferior a de Estados Unidos, de China e de Rússia—, o que é extremamente preocupante⁽²²⁾.

9 | Conclusão

O Brasil é um país de longa tradição punitiva. Particularmente, o sistema penitenciário nacional apresenta péssimas condições e superlotação desde sempre e a adoção de uma legislação mais moderna, como resposta ao terrível legado dos governos militares, não foi capaz de modificar este estado de coisas.

A adoção das penas alternativas a partir de 1984 e, sobretudo, de 1998 no direito brasileiro criou, ao longo das décadas, um sistema de aplicação e de seu acompanhamento. A estrutura é ampla e permitiu a expansão rápida e consistente de tais medidas. Hoje, embora no ideário popular, ainda se associe pena com prisão, a sanção penal mais comum no Brasil passou a ser a pena restritiva de direitos.

Esta situação, longe de ser motivo para orgulho, demonstra uma realidade preocupante: o sistema penal brasileiro se expande aceleradamente. Isto, pois, não houve redução dos contingentes carcerários e o número de pessoas submetidas a outras penas ou medidas cresceu espantosamente.

Assim, pode-se dizer que, mais do que nunca, o Brasil tem se convertido em verdadeiro estado penal, em que o controle sobre os indivíduos, no cárcere ou fora dele, é característica do nosso tempo.

Neste quadro, é preciso que se reflita sobre a adoção de dispositivos ou mecanismos que permitam que as penas alternativas sirvam para reduzir contingentes carcerários, ao invés de ser mero instrumento de gestão penal.

(22) Dados obtidos em: http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_stats.php?area=all&category=wb_poptotal, com acesso no dia 12 de fevereiro de 2012.

Bibliografía

BRITTO, LEMOS, *Os sistemas penitenciários do Brasil*, vol. II, Rio, Imprensa Oficial, 1923.

CARRANZA, ELIAS, "O modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas e uma política integral de segurança dos habitantes em relação ao delito". In: CARRANZA, ELIAS, *Cárcere e justiça penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas*, San José, ILANUD, 2010.

DOTTI, RENÉ ARIEL, *Problemas atuais da Execução Penal*, In Revista dos Tribunais, n. 563, S. Paulo, RT.

FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO, *Lições de direito penal: Parte Geral*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.

FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO; CATÃO, YOLANDA; SUSSEKIND, ELISABETH, *Direitos dos presos*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

GOMES, GEDER LUIZ ROCHA, *A substituição da prisão - alternativas penais: legitimidade e adequação*, Salvador, Podium, 2008.

HOLLOWAY, THOMAS H., *Polícia no Rio de Janeiro: Repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Trad. por Francisco de Castro Azevedo, Rio, Getúlio Vargas, 1997.

JAPIASSÚ, CARLOS EDUARDO ADRIANO; SOUZA, ARTUR DE BRITO GUEIROS, *Curso de direito penal: Parte Geral*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.

LYRA, ROBERTO, *Comentários ao Código Penal*, vol. II, 3ª ed., Rio, Forense, 1958.

MORAES, EVARISTO, *Prisões e Instituições Penitenciárias no Brasil*, Rio, Cândido Oliveira, 1923.

PRADEL, JEAN, *Droit pénal comparé*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 2008.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; BATISTA, NILO; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Direito penal brasileiro: primeiro volume*, Rio de Janeiro, Revan, 2003.

Avergonzamiento reintegrador y justicia restitutiva: ¿Reconciliación o divorcio?⁽¹⁾

por **ROGER MATTHEWS**⁽²⁾

I | Introducción

Se terminó la luna de miel. La ilusión romántica que postulaba que la asociación del avergonzamiento reintegrador (la teoría) con la justicia restitutiva (la práctica) sería capaz de producir una transformación progresiva del sistema de justicia penal centrado en el estado está desvaneciéndose. Problemas y conflictos están surgiendo desde todos los rincones e incluso algunos de los guardaparques están convirtiéndose en cazadores furtivos (Daly 2002, Roche 2003, Strang 2002). La brecha entre la promesa y el desempeño está haciéndose cada vez más notoria y ya se ha vuelto evidente que las esperanzas y aspiraciones de muchos defensores bienintencionados están marchitándose velozmente. Un número creciente de críticas apuntan al abismo entre la retórica y la realidad de la justicia restitutiva y su fracaso a la hora de concretar sus propios postulados y aspiraciones.

Significativamente, algunas de las críticas más potentes han estado dirigidas a la “nueva generación” de los programas de justicia restitutiva que

.....

(1) Publicado en Aertson, I. Daems, T. and Robert, L. (compiladores), *Institutionalizing Restorative Justice*, Willan 2006, traduc. de Gervasio Landivar, de la Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal del Minsiterio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Profesor de Criminología de la Universidad de Kent, Reino Unido.

surgieron en la década del 90. Entre estas están las reseñas de las audiencias⁽³⁾ Wagga Wagga en Nueva Gales del Sur, las audiencias de base familiar en Nueva Zelanda y las audiencias de amonestación a cargo de la policía que se han instalado en los Estados Unidos y el Reino Unido.

El punto de partida de estas críticas es el rechazo del argumento de que las formas contemporáneas de justicia retributiva son la continuación de los antiguos modos tribales de dirimir disputas (Daly 2002). Sostener, por ejemplo, que el modelo Wagga Wagga de justicia retributiva constituye una reelaboración de ancestrales prácticas aborígenes es entrar en lo que Harry Blagg (1997) llama 'violencia epistemológica' e implica un caso grave de lectura errónea de la historia y de las relaciones sociales. Las audiencias de justicia retributiva, sostiene, vuelven a legitimar nuevas formas de dominación y la ampliación de poderes de la policía. El efecto de conjunto de estas audiencias resulta en la complicación de las desigualdades, la individualización de problemas sociales y la privatización de las disputas. Estas prácticas se justifican rutinariamente en nombre de la 'comunidad' o la 'seguridad comunitaria'. Paradójicamente, los aborígenes son marginalizados de la 'comunidad' general en Australia. Es así que para Blagg (2001) el tratamiento de grupos minoritarios tales como los aborígenes australianos, que representan apenas menos que la mitad de todos los arrestos de menores hechos por la policía empieza a tener tintes siniestros.

Lo significativo de esta crítica es que puede extenderse hasta abarcar las experiencias de otros grupos marginalizados –en especial las minorías étnicas- que representan en creciente medida el foco de atención de las estrategias de control del delito en la mayor parte de Europa Occidental y de los Estados Unidos (Tonry 1995; Mauer 1999). Parece improbable que las formas de justicia retributiva delineadas por Blagg ofrezcan una opción progresiva o transformadora para estos grupos minoritarios y sí es más probable que alienten nuevas formas de injusticia (Crawford and Clear 2001). En lugar de reducir el , estas medidas marcan la sustitución de la provisión de ayuda social estatal (welfare), que en el pasado se otorgaba a estos grupos social y económicamente marginalizados. En una sociedad cada vez más diversa y multicultural los programas de justicia retributiva sirven para imponer el sistema dominante de valores sobre grupos que

(3) 'Conference' en el original, la referencia es a las reuniones en que se convoca a todas las partes involucradas en la implementación de los programas de justicia retributiva.

pueden adherir a conjuntos de valores diferentes o alternativos. Las personas sujetas a distintos valores, patrones de socialización, estructuras familiares y a líneas de autoridad diferentes pueden sentir rencor o antagonismo ante las audiencias de justicia restitutiva basados en avergonzamiento. Si bien los programas de justicia restitutiva pueden ser efectivos en el caso de quienes tienen una reputación que perder, tales como los delincuentes de cuello blanco y los miembros de la clase trabajadora respetable, pueden tener muy poco sentido para aquellos cuyo estatus social es bajo o quienes viven en los márgenes de la sociedad. Finalmente, en lugar de promover modos informales de resolución de disputas estos programas patrocinados por el Estado pueden terminar socavando los procesos locales existentes de control informal y en lugar de fortalecer con nuevos poderes a las comunidades, pueden hacerlas más pasivas y dependientes de los servicios estatales.

En su evaluación de las audiencias de base familiar en Nueva Zelanda, Kathleen Daly (2001) concluyó que muchos de los argumentos a favor de estas audiencias tales como el fortalecimiento de la víctima mientras que al mismo tiempo se obtiene el remordimiento de los delincuentes, eran a menudo infundados. Descubrió que casi un tercio de los delincuentes menores afirmaron que la audiencia no fue importante para ellos, mientras que más de la mitad dijeron que no habían pensado antes de la audiencia en lo que dirían a las víctimas. Notablemente, más del 40 % afirmó que no se lamentaba o que se lamentaba menos por la víctima después de la conferencia, mientras que sólo el 28 % de las víctimas entrevistadas creían que el delincuente estaba genuinamente arrepentido. Un 18 % de las víctimas se fue de la conferencia perturbado y en el 9 % de los casos las víctimas se sintieron intimidadas. Es claro por estas cifras que en este tipo de audiencia, que involucra principalmente a jóvenes, un porcentaje significativo de los delincuentes no se lo toma en serio mientras que otros sólo participan del proceso para reducir la pena que pudieran recibir. Claramente, muchos de estos encuentros no son efectivos o incluso contraproducentes y muchas víctimas se sienten defraudadas o intimidadas.

La reseña crítica hecha por Richard Young (2001) de tres audiencias de justicia restitutiva guiados por la policía en Bethlehem, Pennsylvania (EE. UU.), Canberra, Australia y en la iniciativa del Valle del Támesis que cubre los condados ingleses de Oxfordshire, Berkshire y Buckinghamshire se

hace eco de algunas de las preocupaciones planteadas por Blagg y señala que existe el peligro de que la policía se convierta en 'juez y jurado' de estos casos. En contra de los argumentos positivos respecto a que las audiencias de justicia reformativa permiten a las víctimas y a los delincuentes reunirse para resolver sus conflictos de modo más informal, estos eventos son en gran parte conducidos por profesionales poderosos. De hecho, Young afirma que en las audiencias lideradas por la policía existe la tendencia de que la policía dé a conocer su conocimiento de los delincuentes y que existen pocas posibilidades de cuestionar el comportamiento policial. En varios casos, el guión de las audiencias no se sigue y en su lugar la policía 'improvisa' y se hace cargo de conducir la dirección de los procedimientos. Como en otras reseñas críticas, Young halló pruebas de que los procedimientos tendían a estar sobrecontrolados por los profesionales y en su mayor parte se centraban en los delincuentes mientras que las víctimas eran poco más que proveedores de información. Estas observaciones plantean preguntas graves sobre la equidad procesal y la rendición de cuentas de los conductores del encuentro (Roche 2003). No es sorprendente que los delincuentes adopten a menudo una actitud defensiva y sean reacios a hablar abiertamente. Estas audiencias son más direccionadas que habilitadoras y en algunos casos los facilitadores persiguen sus propios fines individuales e imponen sus propias decisiones. Young sugiere que las decisiones alcanzadas fueron a menudo poco realistas e injustas. En algunos casos, los resultados son mucho más punitivos de lo que hubieran sido en un tribunal, mientras que en otros casos relativamente graves los resultados parecieron extremadamente leves. Así, en lugar de dar poder a las víctimas, estas audiencias sirven con mayor frecuencia para dar más poder a la policía. En efecto, estas audiencias guiadas por la policía representan poco más que una forma apenas velada de castigo impuesto por el estado (Young and Hoyle 2003).

En sentido similar, David O'Mahoney y Jonathan Doak (2004) hallaron evidencia de un claro ensanchamiento de poder en su estudio de experiencias piloto de amonestación reformativa guiadas por la policía en Irlanda del Norte, experiencias en que delincuentes de menor cuantía relativa eran, desde el punto de vista de los autores, arrastrados innecesariamente a estos programas. Muchos de los que terminaban en estos programas no hubiesen sido procesados por el sistema formal o por ser demasiado jóvenes o porque sus transgresiones no fueron lo suficientemente graves o

porque las leyes existentes no eran aplicables. De ahí que en estos planes reformativos delincuentes muy jóvenes fueron sometidos a un muy exigente proceso de adjudicación de culpa. Es así que:

“Una de las mayores preocupaciones que surgen de las experiencias piloto es que daban la impresión de forzar a participar a algunos delincuentes muy jóvenes y de menor cuantía que en consecuencia experimentaban un proceso muy exigente de rendición de cuentas que en nuestra opinión era desproporcionado con el daño causado. Un 80 % de los casos que examinamos implicaba delitos contra la propiedad por menos de 15 libras esterlinas. No era infrecuente toparse con casos en que una cantidad considerable de tiempo policial había sido invertida en la organización de toda una audiencia enfocada en el robo de una barra de chocolate o una lata de gaseosa”

(O'Mahoney and Doak 2004: 495).

La consecuencia de intervenir en este nivel es la formalización de cuestiones que previamente eran manejadas informalmente sin advertir que de este modo se 'eleva el arancel' de los delincuentes. Como explicó Stanley Cohen en su libro *Visions of Social Control* (1985), estas intervenciones ostensiblemente inocuas pueden tener el efecto de ampliar tanto el alcance como la profundidad del control social produciendo un sistema de regulación más complejo, opaco e intensivo.

Estas y otras evaluaciones de los distintos programas de justicia reformativa que han surgido en la última década y media componen una grave acusación de las pretensiones y objetivos de la justicia reformativa. Junto con estas evaluaciones existe un creciente número de críticas que sugieren que en lugar de implicar una opción más constructiva y progresista, las diversas formas de justicia reformativa implican una erosión de los derechos y las salvaguardas legales, una confusión de los procesos civiles y penales, y la construcción de una 'justicia barata' o justicia de segunda clase (Ashworth 2001). Han habido muchas respuestas a este bombardeo de críticas por parte de los defensores de la justicia reformativa pero han estado lejos de resultar convincentes (Braithwaite 1997; Morris 2002).

El propósito de este artículo ha sido contribuir al creciente escepticismo asociado con la justicia reformativa en sus diversas apariencias. Se argumenta-

rá que las fallas que sus críticos han identificado no son tanto el resultado de una implementación defectuosa o una consecuencia de fracasos técnicos u organizativos; se sugerirá más bien que las limitaciones de los programas de justicia restitutiva surgen más o menos directamente de la débil base teórica sobre la que fueron construidos. La implicación es que ningún intento de hacer ajustes a estos programas solucionará los problemas fundamentales identificados por los críticos. En particular, el propósito es tratar de rastrear las limitaciones percibidas en los programas de justicia restitutiva hasta su origen en la influyente tesis de John Braithwaite sobre el avergonzamiento reintegrador, que ha servido como uno de los cimientos básicos sobre los que se ha construido la 'nueva generación' de programas de justicia restitutiva surgidos en los años 90 centrados en el sistema de audiencias y la idea de avergonzamiento. No es intención de este trabajo ofrecer una reseña totalizadora de la teoría de John Braithwaite, si bien tal reseña está pendiente desde hace ya mucho tiempo, sino más bien examinar ciertos aspectos de la teoría, en especial los relacionados con los procesos de avergonzamiento, reintegración y reincidencia.

II | Avergonzamiento

Puede decirse que la principal diferencia entre el desarrollo de la justicia informal durante los años 80 y su representación bajo la forma de justicia restitutiva en los 90 es la adopción a gran escala de la tesis del avergonzamiento reintegrador elaborada por John Braithwaite en *Crime, Shame and Reintegration* (Delito, vergüenza y reintegración) (1989). En este libro elaboró la noción de vergüenza y brindó una nueva base lógica que revivió la desfalleciente trayectoria del movimiento de la justicia informal de los 80. En su mayor parte, las ideas y aspiraciones fueron concretadas en las audiencias de justicia restitutiva, que a lo largo de la última década aproximadamente han pasado a integrar el panorama penal en todo el mundo.

Los otros dos enfoques teóricos que han influido sobre la promoción de la justicia informal en los 80 —el abolicionismo y la criminología de base religiosa⁽⁴⁾— carecían de la amplitud y profundidad de análisis necesarias para convertir esas ideas en programas específicos. La considerable obra

(4) Faith-based criminology en el original, movimiento ligado principalmente a la utilidad de la religión en el ámbito penitenciario.

de Braithwaite cubrió esa brecha y reconoce en sus trabajos la deuda que tiene tanto con los enfoques del abolicionismo como con los basados en la religión. En consonancia con el abolicionismo, enfatiza el informalismo, el antiestatismo, la reunión de las partes para resolver disputas y el reconocimiento de la víctima (Hulsman 1986; Christie 1982). Acuerda con la criminología de base religiosa al poner el énfasis en el perdón y el remordimiento y por ello su enfoque contiene un fuerte elemento confesional (Pepinsky and Quinney 1991).

La principal divergencia con esas dos teorías en el análisis de Braithwaite (1989) es la noción de avergonzamiento reintegrador. El avergonzamiento es visto como una sanción ponderosa que, según él sostiene, puede ser más efectiva que las formas convencionales de castigo centradas en torno de las estrategias de retribución, disuasión, incapacitación y rehabilitación. Es importante, arguye, evitar el impacto potencialmente estigmatizador del avergonzamiento que puede llevar a los individuos a delinquir nuevamente e impulsarlos hacia las subculturas criminales. Por lo tanto, sostiene que es necesario hacer un seguimiento de los delincuentes mediante estrategias de reintegración. Así, el fin buscado es indicar la inaceptabilidad de las acciones del delincuente al mismo tiempo que se lo alienta a reparar el daño causado para reintegrarse así a la comunidad. De este modo es posible, sugiere, ser duro con el delito pero de una manera que alienta al delincuente a pensar en las consecuencias de su acción y por lo tanto reducir la potencial delincuencia futura. Como consecuencia, la delincuencia puede reducirse a largo plazo. Al mismo tiempo apunta a restaurar la dignidad y la seguridad de las víctimas 'haciendo el bien'. Como explica Braithwaite:

“La idea básica de la teoría del avergonzamiento reintegrador es que los lugares en el espacio y el tiempo en que la vergüenza se comunique efectiva y reintegradamente serán tiempos y lugares en los habrá menos delincuencia depredadora –menos delitos que sean amenazas a la libertad entendida como no-dominación. El avergonzamiento reintegrador previene esa comisión de delitos, la estigmatización aumenta el riesgo de delinquir para el estigmatizado. El avergonzamiento reintegrador significa comunicar la desaprobación del acto con respeto, con esfuerzos especiales para alejar identificaciones que trans-

formen al delincuente en paria y culminar con la desaprobación mediante rituales de perdón y reconciliación. La estigmatización significa comunicar la desaprobación de la persona sin mostrar respeto, etiquetando a los delincuentes como parias o marginales ('criminal', 'drogadicto'), en ausencia de rituales que terminen con la desaprobación."

(Braithwaite and Braithwaite 2001:39).

A través de una reelaboración de la teoría del etiquetamiento con su énfasis en el impacto estigmatizador de las sanciones penales, Braithwaite presenta una distinción engañosamente simple entre la estigmatización y las formas excluyentes del avergonzamiento, por un lado, y las formas inclusivas y reintegradoras del avergonzamiento por otro. Donde estas últimas son aplicadas, sostiene, el resultado no es sólo el mantenimiento del respeto por el delincuente sino la implementación de un procedimiento que puede en último término reducir el delito mediante una forma más efectiva de resolución de conflictos. Es basándose en esta distinción que algunos de los principales programas de justicia reformativa han sido desarrollados, mientras que Braithwaite la ha usado también para recomponer enfoques clásicos de la teoría criminológica y para vincular esta teorización al desarrollo de un programa político: puntualmente, el republicanismo. Existen pocos teóricos en el período de posguerra que hayan buscado ofrecer una síntesis de preocupaciones conceptuales, prácticas y políticas de esta manera y es esta capacidad de Braithwaite para ofrecer un enfoque integrado lo que da cuenta en no poca medida del poder y la influencia de su obra (Braithwaite and Pettit 1990). Es interesante que Braithwaite haya sostenido que le hubiese gustado haber usado la fórmula 'avergonzamiento reparador' (*restorative shaming*) en lugar de 'avergonzamiento reintegrador' para hacer así más transparentes los vínculos entre esta teoría y su concreción práctica.

Como varios comentaristas han señalado, hay algo inusual en el hecho de colocar la noción de avergonzamiento en el centro del análisis ya que se reconoce ampliamente que el avergonzamiento es una emoción extremadamente destructiva (Johnstone 1999, 2002; Whitman 1998). Al mismo tiempo, otros, incluyendo a Braithwaite, han señalado que el avergonzamiento como sanción social ha declinado a lo largo del último siglo aproximadamente y es visto como una opción de alto riesgo que en ciertas

circunstancias puede ser extremadamente dañina tanto individual como socialmente (Braithwaite 1993). Parece por lo tanto extraño que un enfoque que está claramente comprometido con el desarrollo de un enfoque inclusivo y radical del control del delito ponga en el centro de su análisis un concepto que en el pasado ha estado estrechamente asociado con regímenes conservadores y autoritarios.

James Whitman (1998), en un meditado artículo sobre el avergonzamiento, ha identificado varias objeciones a la adopción de sanciones de avergonzamiento dirigidas por el Estado en las sociedades occidentales modernas. En primer lugar, sostiene que el avergonzamiento implica una complicidad desagradable y políticamente peligrosa entre el estado y la multitud. En segundo lugar, las sanciones avergonzadoras son indeseables porque promueven un espíritu de indecencia y brutalidad públicas. En tercer lugar, las sanciones de avergonzamiento han sido aplicadas históricamente sólo a un registro estrictamente delimitado de delitos y delincuentes –delitos sexuales, delitos comerciales, y delitos de poca cuantía o cometidos por primera vez. En cuarto lugar, en una sociedad basada en derechos como la nuestra, es importante defender los derechos de los delincuentes y conservar la dignidad y el respeto. El avergonzamiento acarrea la probabilidad de quitar su dignidad al delincuente como resultado de la humillación. En respuesta a la pregunta ‘¿qué está mal en las sanciones ligadas a la vergüenza?’, Whitman sugiere que:

“Implican una voluntad peligrosa, por parte del Estado, de delegar parte de su poder de aplicación de la ley a una muchedumbre voluble y sin control. Incluso en su forma estadounidense más suave, las sanciones de avergonzamiento equivalen a una especie de política para crear legalmente grupos parapoliciales, con todos los riesgos que ello implica. Son básicamente una forma justicia de linchamiento patrocinada oficialmente, asignada por tribunales que han renunciado a la obligación estatal tanto de definir qué constituye un delito como de administrar por sí mismos las sanciones penales”

(Whitman 1998: 1088/9).

Como Whitman sugiere, existen muchas razones diferentes en la historia para que ciertos grupos hayan sido objeto de sanciones avergonzadoras.

También es cierto que entre aquellos grupos que son objeto de sanciones avergonzadoras el impacto y los efectos pueden ser considerablemente distintos. La dinámica de intentar dirigir las sanciones avergonzadoras contra los delincuentes sexuales y los menores, por ejemplo, que pueden sentirse vulnerables o marginales, es muy diferente a dirigir tales sanciones contra los delincuentes de cuello blanco o corporativos. Como Mike Levi (2002) ha sostenido, existe una variedad de delincuentes comerciales que son relativamente inmunes a tales sanciones, mientras que al mismo tiempo sugiere que existen algunos empresarios para los cuales el estigma y la exclusión pueden ser sanciones apropiadas. Al mismo tiempo, las sanciones avergonzadoras dirigidas a los gerentes o empleados de ciertas empresas pueden muy bien afectar todos los que trabajan en esa empresa. El efecto moralmente neutralizador del dinero, por otra parte, puede permitir que delincuentes corporativos minimicen la probabilidad y los efectos del avergonzamiento y puedan reinventarse a sí mismos cuando sea necesario.

En el otro extremo del espectro social, existen también dificultades para aplicar sanciones avergonzadoras. Como Harry Blagg (1997) ha notado en relación con los aborígenes australianos, su noción de la vergüenza es muy distinta de la propuesta por los defensores de la justicia retributiva, mientras que toda la idea de la 'representación' es muy controvertida, en especial la contenida dentro de estructuras totalmente exteriores y adjudicatorias como los tribunales y existe sólo un espectro limitado para que los individuos 'hablen en nombre' de otros. Dadas estas diferencias en las dimensiones culturales, étnicas y de clase no sólo en relación con el significado de la vergüenza sino también en relación con sus efectos, se ha sugerido que movilizar lo que es visto como un concepto natural, universal y transhistórico de la vergüenza es a la vez ingenuo y peligroso (Johnstone 2002).

Alison Morris (2001) ha señalado que el avergonzamiento no es sólo una sanción potencialmente peligrosa sino que es probable que sea contraproducente. Así, en lugar de colocar el énfasis en el avergonzamiento dentro de las audiencias de justicia retributiva, su juicio positivo se centra en el proceso mismo como una instancia educativa y ve su efectividad ligada a conseguir expresiones de remordimiento. Por eso, en lugar de centrarse en el avergonzamiento, defiende lo que llama el 'remordimiento reintegrador':

“Es ciertamente posible que sea la empatía lo que genere el remordimiento, y no el avergonzamiento (desaprobación). Si es así, significaría que el énfasis en las audiencias (o en otros procesos de justicia restitutiva) no debería estar en los procesos de avergonzamiento (desaprobación) sino en los procesos que se centran en las consecuencias que el delinquir tiene para los otros (las familias y las comunidades tanto como las víctimas). Entretanto, sería mejor evitar el uso de las palabras ‘vergüenza’ y ‘avergonzamiento’ en el desarrollo y ajuste del avergonzamiento reintegrador. Son pronta y fácilmente mal entendidas y no es tan difícil en la práctica deslizarse de la intención del avergonzamiento reintegrador a la práctica del avergonzamiento estigmatizante o que la intención del avergonzamiento reintegrador sea percibida como estigmatizante”

(Morris 2001: 12).

Como nota Alison Morris (2001), el avergonzamiento acarrea claramente un fuerte componente punitivo y excluyente. Si no fuese un poderoso mecanismo de desintegración no tendría sentido gastar tanto tiempo y esfuerzo en tratar de reintegrar a los avergonzados. Sin embargo, puede parecer un tanto extraño para el ojo no entrenado que estas dos estrategias de avergonzamiento y perdón o de estigmatización y reintegración puedan ser combinadas y presentadas como estrategias complementarias, en particular dado que la implementación de una pareciera estar diseñada para invalidar el impacto de la otra. Es así que en las audiencias de justicia restitutiva en las que el guión preacordado predicablemente se afanará en conseguir el perdón y la reintegración y esto es sabido por todos los participantes de antemano, el poder potencial del proceso de avergonzamiento parecería estar socavado de entrada.

Salvar la noción de avergonzamiento de sus consecuencias potencialmente desastrosas, insiste Braithwaite, depende de su culminación en rituales de reintegración. Dado que estos rituales de reintegración apuntan a superar el impacto negativo de la estigmatización, la cuestión fundamental es el grado en que es posible separar los procesos de avergonzamiento y reintegración.

III | Reintegración

Como sostuvo Ken Polk (1994), es apenas una posibilidad que las estrategias de reintegración puedan aliviar parcialmente el impacto negativo del avergonzamiento. Como hemos visto más arriba, muchos de los participantes de las audiencias de justicia retributiva son relativamente inmunes al proceso de avergonzamiento o participan de él por razones pragmáticas. Estos hallazgos tienen tres implicaciones importantes para la tesis del avergonzamiento reintegrador. La primera es que sólo cierto tipo de delinquentes sean probablemente susceptibles de responder a este tipo de sanción. La segunda es que no existe garantía de que aquellos que sí sienten los efectos del avergonzamiento se reintegren efectivamente. La tercera es que dado que el avergonzamiento reintegrador está dirigido principalmente a delinquentes de menor cuantía y no a delinquentes más peligrosos y endurecidos, es probable que funcione mejor donde menos se lo necesite y que sea menos efectivo allí donde más útil sería.

Si bien los defensores de la justicia retributiva reconocen que la reintegración está lejos de ser una certeza, no se han explorado totalmente las diversas dimensiones de la reintegración y muchos ven a la reintegración como un proceso único. Existen dos problemas en esta noción del tema. El primero es que dado que la tesis del avergonzamiento reintegrador está mayormente enfocada en el delincuente (*offender focused*), tiende a ver a la reintegración como una cuestión que sólo incumbe al delincuente pero, como se ha sugerido, dado que el avergonzamiento movilizado por los programas de justicia retributiva pueden tener un impacto en las víctimas así como en sus amigos y familiares, existen preguntas respecto a cómo se concretará la reintegración de todas las partes involucradas. La mayoría de las veces, los defensores de la justicia retributiva expresan el punto de vista de que la apología o la admisión de la culpa es suficiente para satisfacer a la víctima. Sin embargo, en un número significativo de casos no se da el pedido formal de perdón, la víctima no está presente en la audiencia y algunas sesiones terminan ásperamente (Daly 2001). A pesar de toda la retórica de incluir a la víctima y de desarrollar un enfoque centrado en ella, ésta tiene un papel limitado en muchos de los programas de justicia retributiva. Investigaciones recientes informan que ha habido un grado considerable de insatisfacción entre las víctimas asistentes a las

audiencias tanto en relación con el modo en que las audiencias son manejadas como en el período subsiguiente (Strang 2002).

Los padres y amigos que se ven arrastrados a la disputa pueden sentirse comprensiblemente molestos, estigmatizados y marginalizados. Pueden ser participantes renuentes y no comprender gran parte de lo que está ocurriendo (Karp et al. 2004). El avergonzamiento reintegrador tiene poco que decir sobre sus dificultades y los programas de justicia restitutiva ofrecen poco o ningún apoyo para ocuparse de la vergüenza o culpa experimentada por los participantes y no tiene poderes para facilitar su reintegración en la comunidad.

La segunda cuestión vinculada es quién decide que la reintegración ha tenido lugar. En muchos de los casos triviales que aparecen en los programas de justicia restitutiva, en especial los que involucran a menores que están viviendo en hogares estables, la reintegración puede ser posible. Pero en casos más graves y en especial para aquellos que ya han estado sometidos a algún grado de exclusión social, no siempre queda claro quién es el que decide y quién se hace responsable de la reintegración. ¿Es el delincuente, el tribunal, la familia o las comunidades quienes facilitan la reintegración y deciden si esa reintegración ha tenido éxito o no?

Hay problemas sobre el grado del interés comunitario en los programas de justicia restitutiva, tanto en términos de participación como de resultados. En especial en áreas más desorganizadas y transitorias es probable que el interés sea especialmente bajo, a la vez que los programas de justicia restitutiva con su énfasis en las relaciones interpersonales tienden a limitar la participación de sectores más amplios de la comunidad.

En los casos en que la reintegración en cualquiera de sus formas no se complete exitosamente, las consecuencias son potencialmente desastrosas. Dada la naturaleza poderosa y destructiva de la vergüenza y la estigmatización, es probable que aquellos delincuentes que no se reintegren plenamente, según Braithwaite, se vean impelidos a delinquir en el futuro y a integrar subculturas criminales. Como hemos visto, un porcentaje significativo de delincuentes que participan de programas de justicia restitutiva exhiben cinismo o indiferencia y es improbable que se vean afectados por los procesos de avergonzamiento, salvo negativamente. Incluso en los casos más exitosos, lo probable es que muy pocos delincuentes se

reintegren en todos los niveles con la consecuencia de que habrá un significativo déficit individual o social en muchos de los casos que se procesan.

IV | Vergüenza y Confianza

La tesis del avergonzamiento reintegrador presentada por Braithwaite se basa en cierta medida en un modelo familiar de las relaciones sociales. Braithwaite alude con frecuencia a la dinámica familiar en que las sanciones son emitidas en el contexto de relaciones continuadas de amor y respeto. Lo que Braithwaite no reconoce es que incluso dentro de estas "familias felices" existen puntos de exclusión y de rechazo. También se sabe que existe una importante asimetría en las relaciones de poder dentro de la familia y que los receptores de las sanciones dependen del cuidado y los recursos de quienes emiten las sanciones. Incluso en este contexto las transgresiones pueden llegar a ser tan frecuentes o tan graves que los padres terminan rechazando o desechando a sus hijos. Con el mismo criterio, los hijos que ya no pueden soportar el abuso o descuido de sus padres pueden perderles el respeto y ser reacios a perdonar a sus padres por su comportamiento.

Este panorama plantea cuestiones importantes sobre la naturaleza de las relaciones sociales y en especial del papel del avergonzamiento y el perdón. Si exploramos la dinámica de las relaciones familiares contemporáneas encontramos que la confianza juega un papel más central que el avergonzamiento (London 2003). Cuando cualquiera de las partes en una relación participa de alguna forma de acción reprobable contra la otra, la respuesta más usual no es la movilización de la vergüenza sino una suspensión de la confianza. Es decir, la confianza que existe entre las partes se fractura y como resultado la otra es tenida a cierta distancia y tratada con cautela. Cuanto más frecuente es la acción reprobable, mayor es la distancia y mayor la cautela con que se las trata. Los pedidos de perdón y las expresiones de remordimiento pueden mejorar la situación pero raramente las palabras son suficientes por sí mismas para reparar el daño. Lo que normalmente se requiere es un cambio demostrativo en la conducta y/o en las actitudes para poder recuperar la confianza. En el punto en que la confianza se rompe completamente, es probable que la relación se corte. Si extrapolamos la lógica de esta observación y la aplicamos al más amplio e impersonal mundo social donde los lazos sociales son más sueltos y las

relaciones de dominación y subordinación son más complejas, podemos ver la centralidad de la confianza. Damos confianza a otros como precondition de la interacción social, pero esta confianza es siempre condicional. De hecho, podemos ver a la confianza como el pegamento de las relaciones sociales. Como en el escenario familiar, las relaciones de confianza apuntalan los intercambios sociales básicos pero cuando las transgresiones se dan en situaciones de "extraños poco comprometidos" tenemos menos razón para el perdón y es más probable que queramos colocar al delincuente a cierta distancia de nosotros y que los miremos con cierta cautela, a menos que nos persuadan de lo contrario. Si de hecho la confianza es un elemento más central y fundamental de la interacción y regulación social que el avergonzamiento entonces esto tendrá implicaciones sobre qué es lo que habrá de restituirse luego de un delito o una acción reprobable y a través de qué medio esta restitución se hará efectiva. Si el objetivo es reunir a la víctima y al delincuente la reinstalación de la confianza puede ser un objetivo más apropiado que infligir sanciones de avergonzamiento sobre los delincuentes. Incluso así, la probabilidad de reparar una relación fracturada en un breve encuentro orquestado es pequeña. Si el restablecimiento de la confianza ha de ser el objetivo es improbable que se consiga mediante una "cura de conversación" en que las partes expresen su remordimiento o su cólera.

De manera interesante, en su evaluación del impacto de los programas de justicia retributiva sobre las víctimas, Heather Strang nota que la referencia a la confianza aparece recurrentemente en las discusiones de las audiencias. Refiere que:

"Resaltaba particularmente en los padres de los delincuentes jóvenes, que comentaban con frecuencia que el mayor daño que habían sufrido era la pérdida de confianza, la sensación de sentirse decepcionados, y lo mucho que lamentaban la pérdida de su previa confianza en sus hijos. Los mismos jóvenes delincuentes reconocían también este costo"

(Strang 2002:104-5).

La pérdida de confianza en algunos casos, como los de agresión sexual, no estaba dirigida sólo al delincuente sino que implicaba una pérdida más general de la confianza.

Es importante notar que a diferencia de lo que ocurre en el modelo familiar que a Braithwaite le agrada usar como punto de referencia, las víctimas del delito y los delincuentes, en una gran proporción de los casos, no tienen una relación preexistente. No sólo son extraños sino que en muchos casos el delincuente tiene poco o ningún interés en las vidas o personalidades de sus víctimas. Las víctimas en muchos casos son seleccionadas bastante al azar y es su accesibilidad y atractivo como blanco lo que motiva al delincuente y no la personalidad de la víctima (Sparks 1981). Esto tiene obvias implicancias para cualquier enfoque que apunte a ser restitutivo, dado que en un porcentaje significativo de casos no hay relación alguna que restaurar. Teambién, dentro de la literatura de la justicia restitutiva existe una distinción más bien cruda entre las víctimas y los delincuentes que a menudo son presentados como si constituyeran dos grupos bien diferenciados. Sin embargo, como los criminólogos están descubriendo, existe una superposición significativa entre las víctimas y los delincuentes en la que muchos de los que hoy son víctimas mañana serán delincuentes y viceversa.

Muchos de quienes son procesados por el sistema de justicia penal, por supuesto, acarrean ya con una historia de marginalización, rechazo y estigmatización. En algunos casos habrán estado bajo tutela, habrán sido expulsados de la escuela, o provendrán de hogares deshechos. Estos individuos no encajan con el modelo idealizado que Braithwaite presenta que ve a cada transgresión como un evento excepcional que se da en un contexto de confianza y amor incondicionales. Las personas tienen biografías y reputaciones. En cierta medida estas reputaciones están formadas por chismes a los que Braithwaite ve como una fuerza mayormente positiva ya que moviliza el avergonzamiento social. Pero si el avergonzamiento genera estigmatización y la estigmatización funciona sin intentos de reintegración es potencialmente dañino y destructivo según la distinción de Braithwaite entre estigmatización y avergonzamiento reintegrador y, por lo tanto, debería seguirse que el chisme es una práctica social indeseable. Para el momento en que la mayoría de los delincuentes son procesados a través del sistema de justicia penal y comparecen ante el tribunal, ya poseen antecedentes penales. Si bien pueden ser todavía parte de una red comunitaria, los niveles de confianza que les acuerdan los otros que tienen importancia en sus vidas pueden ser relativamente bajos. La lógica de este distanciamiento social e interpersonal tiene consecuencia sobre la

sugerencia de Braithwaite de que deberíamos tratar a cada transgresión como un acto en lugar de esencializar al delincuente como "criminal" o "drogadicto". Esta sugerencia da por sentado por qué pasamos rutinariamente de ver una transgresión como un acto individual y separado, o una serie de actos, a verlo como parte del carácter o personalidad de alguien. Claramente, en nuestras vidas cotidianas hacemos distinciones crudas y rápidas entre los delinquentes esporádicos y aquellos casos en que el delinquir es visto como parte de un estatus englobador. Es interesante que aquellos que participan de la delincuencia hacen distinciones similares. Como Jack Katz (1991) demostró en su análisis de atracadores persistentes, hay una diferencia significativa entre una persona que comete uno o dos robos y aquellos que lo hacen persistentemente. En estos casos la internalización de la violencia y la afición a conductas de riesgo se hacen carne en la personalidad del delincuente y se vuelven crecientemente el modo en que se definen a sí mismos (Matthews 2002). De manera comparable, la investigación sobre la prostitución ha mostrado la diferencia en términos de identidad entre los que realizan servicios sexuales por dinero de modo esporádico y temporario, y quienes se identifican como prostitutas (Phoenix 1999). Braithwaite borronea convenientemente estas distinciones y pasa por alto los modos en que las identidades se forman, las biografías se interpretan y las conductas delictivas se categorizan. Es así que tratar a todas las transgresiones como si fueran actos excepcionales revela, como mínimo, miopía y, como hemos visto en relación con las audiencias conducidas por la policía, existe la tentación primordial de traer a la luz la historia previa de los delincuentes (Young 2001). También en esa línea Kathleen Daly (2001) informa que en las audiencias de base familiar una de cada tres víctimas vio a los delincuentes como malas personas en lugar de buenas personas que cometieron un mal acto.

En más de un modo, la plausibilidad inicial de la tesis del avergonzamiento reintegrador descansa sobre varias falsas dicotomías. Otra dicotomía que Braithwaite trae a colación para que su tesis parezca más creíble y para brindar una justificación del desarrollo de la justicia retributiva es contraponer la justicia retributiva a lo que él llama justicia retributiva. La caracterización del sistema de justicia penal existente como esencialmente 'retributivo' es usada por Braithwaite y otros para mostrarlo como innecesariamente punitivo, mientras que la justicia retributiva es vista como relativamente benigna. Esta dicotomía poco realista no sólo pasa por alto

los modos en que la justicia retributiva puede ser más punitiva que los procesos judiciales sino también como las estrategias retributivas, reparadoras y de compensación son un rasgo normal del sistema de justicia penal existente. Al mismo tiempo, vale la pena recordar que dentro del sistema formal de justicia penal ya existen varias maneras en que el perdón juega un papel en el proceso. La conducta y actitud del imputado frente a la víctima, la voluntad de admitir la culpa y el alegar que la transgresión no fue representativa de su carácter son rutinariamente premiadas por los tribunales con condenas más livianas. Las circunstancias atenuantes, el aplazamiento, la suspensión de las condenas y la oferta de una 'segunda oportunidad' son medidas aplicadas regularmente en el sistema de justicia penal. Además, un porcentaje significativo de casos no llegan a los tribunales y son procesados informalmente mediante amonestaciones, "no se tomarán otras medidas" y resoluciones por el estilo. La 'tasa de desgaste' del sistema de justicia penal es tal que sólo un muy pequeño porcentaje de los casos que la policía registra llegan a los tribunales y son todavía menos los que concluyen con pena de prisión. En Inglaterra y Gales, por ejemplo, se estima que sólo un 2% de los delitos conocidos terminan con una condena mientras que uno de cada 300 termina con una condena a prisión (Barclay and Tavaras 1999). Es interesante que Braithwaite en su revisión de la tesis del avergonzamiento reintegrador retrate al sistema de justicia penal y al sistema carcelario no tanto como una oposición a superar sino como necesario refuerzo de los programas de justicia retributiva, lo cuales, sugiere, deberían ser usados principalmente para delincuentes de menor cuantía o de primera vez (Braithwaite and Braithwaite 2001).

Observar las tasas de desgaste del sistema penal nos recuerda no sólo que muy pocos de quienes cometen delitos son de hecho condenados y que en su mayoría se los 'procesa' informalmente, sino que nos recuerda también que la relación entre formalismo e informalismo no es generalmente una opción de suma cero sino una cuestión de grado. En gran medida, el papel del sistema de justicia penal es ofrecer un telón de fondo delante del cual se negocian y resuelven los conflictos. Puede sostenerse que la importancia del sistema de justicia penal no está tanto en ser una función de los casos que realmente procesa, sino en su papel de servir como punto de referencia para la resolución informal de disputas. Como indicador de esto, la mayoría de los casos de divorcio y estafa son resueltos fuera de los tribunales y el sistema formal de adjudicación crea una especie de 'justicia en la sombra' (Mnookin and Kornhouser 1979; Harrington 1985). Por eso

comparar la justicia restitutiva solamente con las dimensiones formales del sistema de justicia penal es presentar una imagen sesgada y distorsionada de los procesos implicados.

V | Culpa y vergüenza

Las preocupaciones expresadas respecto al valor del avergonzamiento en relación con las infracciones y los delitos, plantea la pregunta de la relación entre vergüenza y culpa. Los historiadores sociales tienden a hacer una distinción entre las sociedades basadas en la vergüenza como Japón y las sociedades basadas en la culpa como Europa Occidental y Estados Unidos. El debate por lo tanto sobre la culpa y la vergüenza funciona al menos en dos planos. En uno está ligado a nociones de interdependencia y sentido comunitario y, en el otro, a la dinámica emocional de las audiencias. Japón es citado repetidamente en *Crime, Shame and Reintegration (Delito, vergüenza y reintegración)* (1989) como ejemplo de cómo el avergonzamiento puede funcionar en una cultura de sentido comunitario para producir un sistema efectivo de regulación. Es así que:

“Se sostiene que las sociedades que tienen tasas bajas de delitos comunes (como Japón) confían más en este tipo de control social, trabajando duramente en la reforma de la conducta desviada mediante la reconstrucción de los lazos sociales del delincuente. Contrariamente, las sociedades con alta delincuencia (como los Estados Unidos) confían en la estigmatización, haciendo poco, por ende, para prevenir los ciclos de retorno a la delincuencia.”

(Braithwaite and Mugford 1993:140).

Los japoneses, nos informa Braithwaite, conservan rituales de avergonzamiento y los principales mecanismos de control social permanecen en manos de familiares cercanos. Su particular desarrollo histórico ha significado que la regulación es más informal y más omnipresente que en las más individualistas sociedades occidentales (Komiya 1999). El atractivo de Japón para Braithwaite yace en que lo ve como un aval que confirma su creencia en que las sociedades comunitarias con altos niveles de interdependencia tendrán tasas de delincuencia más bajas. Si bien esto era así en la década

de 1980, en los 90, cuando las tasas del delito se desplomaban en muchas sociedades occidentales individualistas, la tasa del delito en Japón ha estado subiendo firmemente (Blumstein and Wallman 2000). En su defensa, Braithwaite sin duda afirmaría que la razón del aumento del delito en Japón es el resultado del quiebre de la familia tradicional y de las estructuras comunitarias y del creciente número de forasteros, en especial en los centros urbanos en expansión. Sin embargo, esto no da cuenta del sorprendente descenso del delito en el Reino Unido y en Estados Unidos. Surgen problemas considerables cuando se hacen comparaciones acríicas entre Japón y otros ámbitos debido a diferencias de clasificación y contabilidad. Cuando se evalúa el papel del sentido comunitario y la interdependencia en Japón, algunos comentaristas han señalado que la mafia japonesa actúa como una especie de agencia alternativa de aplicación de la ley junto con la policía, contribuyendo a la seguridad y a la inseguridad, mientras que algunos actos que serían contabilizados como delitos en otros países son vistos en Japón como expresiones de 'enfermedad mental' (Leonardson 2001). Resulta interesante que Braithwaite, después de ensalzar las virtudes de la sociedad japonesa, admite que: "con todo lo que admiro los logros del Japón en términos de control del delito, no quisiera vivir allí porque sentiría que son opresivas las presiones informales de conformidad" (Braithwaite 1989:158). La mayoría de la población de las sociedades occidentales más avanzadas probablemente compartiría la opinión de Braithwaite. Se afirma que la diferencia entre la vergüenza y la culpa está en que: 'la culpa es sentida como una acción que uno ha realizado u omitido, mientras que la vergüenza es sentida como algo relativo a todo nuestro ser' (Harris et al 2004:193). Si lo que uno está buscando es desarrollar un modo de adjudicación cuyo fin sea responder al acto más que afectar todo el ser, parecería que hacer surgir la culpa sería más apropiado que movilizar la vergüenza. Otros muestran a la vergüenza principalmente como un proceso interno, mientras que la vergüenza sería generada desde el exterior (Harris 2003). Braithwaite ve a la culpa y a la vergüenza como procesos que se superponen pero omite analizar los poderosos mecanismos que operan en la generación de la culpa y cómo esto está vinculado históricamente a las doctrinas religiosas, en especial el cristianismo, y cómo, a su vez, ello se ha incorporado al sistema de justicia penal.

La importancia de la culpa en el sistema de justicia penal está en que tiene dimensiones tanto subjetivas como objetivas. La culpa puede ser proba-

da mientras que la vergüenza sólo puede ser movilizada. Es importante obviamente en los casos en que los delincuentes niegan los cargos en su contra que pueda llegarse a algún acuerdo sobre la culpa y la responsabilidad, mientras que la experiencia subjetiva de la culpa puede funcionar se establezca o no la culpa formal. Los efectos de la culpa pueden ponerse en evidencia esté o no probado el caso, o de hecho si cualquier otra persona sabe si se ha cometido una mala acción y por lo tanto puede sostenerse que es una emoción más presente y poderosa que el avergonzamiento. También se ha sugerido que mientras la culpa está vinculada más frecuentemente a la empatía y la reparación, ambas objetivos principales de los programas de justicia reformativa, la vergüenza puede a menudo provocar sentimientos de actitud a la defensiva, ira y rechazo (van Stokkem 2004). Los psicólogos sociales afirman que cuando la vergüenza no tiene como contrapeso el orgullo, o el apoyo social, la persona que experimenta vergüenza 'se siente débil, falta de atención, defectuosa, carente de control, degradada y expuesta' (van Stokkem 2004; 342). Este no es el estado ideal de alguien que está siendo sancionado, mientras que es improbable que las formas de reintegración que se ofrecen a los delincuentes desarmen estas emociones. El avergonzamiento puede generar también cólera y resentimiento y, más allá de las formalidades de la audiencia de justicia reformativa, es probable que estas emociones continúen algún tiempo después del hecho (Scheff and Retzinger 1991).

No es difícil movilizar sanciones de avergonzamiento en las sociedades modernas tardías y en años recientes hemos visto pruebas de tales desarrollos (Pratt 2000). La pregunta que se plantea, sin embargo, es cuál es el efecto de movilizar una serie de sanciones avergonzadoras en las culturas occidentales basadas en la culpa. El resultado más probable, según Tangney, sería 'una interminable cavilación y autocastigo' (Tangney 1995). Van Stokkem (2004; 348) concluye en su reseña de la literatura sobre la culpa y la vergüenza que: 'mientras que inducir culpa genera responsabilidad, inducir vergüenza es destructivo. Esto sugiere que sería mucho mejor que los delincuentes sintieran culpa y no vergüenza.'

Cuando empezamos a explorar la dinámica emocional tanto de las relaciones interpersonales como de las emociones de los procesos judiciales y los programas de audiencias, vemos que empezamos a toparnos con una serie de términos familiares y cotidianos como culpa, confianza, res-

peto, dignidad y bochorno, que si bien son fundamentales para el análisis siguen careciendo de aparato teórico. Estos metaconceptos ofrecen el armazón conceptual sobre el que se dispone nuestra comprensión de las dinámicas interpersonales y claramente son relevantes para cualquier comprensión de los efectos probables de estas formas de adjudicación, que están diseñadas para ser restitutivas. Si bien ha habido discusiones útiles de la culpa y la vergüenza en la bibliografía de la justicia restitutiva, sigue siendo cierto que muchos de los demás términos clave están mal estudiados y entendidos.

VI | Reincidencia

Vemos crecer el coro de humanistas liberales que creen que la sociedad está volviéndose cada vez más punitiva y que parte de la misión de la justicia restitutiva es promover una respuesta más moderada y más compasiva a la delincuencia (Matthews 2005). En este clima, existe un grave peligro de que las justificaciones de la justicia restitutiva descansen sobre estas preocupaciones humanistas liberales y que esto a su vez desemboque en una especie de lección moral. El propio Braithwaite, si bien a veces se une a los reclamos de condenas más leves evita descender a la pura lección moral al ligar la tesis reintegradora a una estrategia de reducción del delito. Su argumento es que el efecto educativo de los programas de justicia restitutiva con su énfasis en el perdón y la inclusión evita el peligro de impeler a los delincuentes hacia delitos más graves. En consecuencia, una de las fortalezas de la tesis del avergonzamiento reintegrador es su pretensión de reformar a los delincuentes. Una de las mediciones estándar del proceso de reforma es la reincidencia.

Si bien las mediciones de la reincidencia carecen de certeza conceptual o empírica, siguen siendo un importante criterio social ya que apuntan a medir la efectividad de las diferentes sanciones. Varios críticos han notado que en relación con la reincidencia los resultados de los programas de justicia restitutiva, en el mejor de los casos, no son concluyentes y en el peor decepcionantes. Lawrence Sherman (2000), por ejemplo, comparó las tasas de casos en que se vuelve a delinquir para cuatro muestras separadas de delincuentes – jóvenes delincuentes violentos de menos de treinta años, delincuentes que conducían ebrios, delincuentes juveniles

que atentan contra la propiedad en casos donde hubo víctimas personales y delincuentes juveniles que hurtan en comercios. Descubrió que si bien había tasas significativamente más bajas en el caso de los delincuentes menores que en la muestra de los tribunales, las diferencias era pequeñas o insignificantes para los otros tres grupos. Un estudio reciente en Islandia organizado según criterios comunitarios, que confía en gran medida en el avergonzamiento informal como medio de control social, halló que si bien la tasa del delito es relativamente baja, las tasas de reincidencia no son significativamente distintas de las que se ven en otros países. La implicancia de este hallazgo es que las fuerzas sociales que gobiernan las tasas de delincuencia no son las mismas que conducen las tasas de reincidencia (Baumer et al. 2002).

A pesar de las afirmaciones de que la justicia retributiva basada en técnicas de avergonzamiento reintegrador reduciría la vuelta a delinquir, los resultados, a la fecha, están lejos de ser convincentes. Allí donde los programas de justicia retributiva tuvieron como objetivo los delincuentes jóvenes de menor cuantía uno esperaría una tasa relativamente baja de reincidencia, pero la opinión de que delincuentes que cometieron delitos más graves podrán ser reformados en una audiencia de dos o tres horas no es realista. El único aspecto de la delincuencia que se trata en estas sesiones es la empatía con el otro pero es improbable que esto por sí mismo tenga algún efecto sobre delincuentes de menor cuantía. Es por eso que:

“Tal como se los implemente actualmente, la mayoría de los programas de justicia retributiva no incorporan los principios de la intervención efectiva, en especial en su relación con el riesgo, la necesidad y los principios de la capacidad de respuesta. En la justicia retributiva el principal criterio para emparejar las sanciones con los delincuentes es la naturaleza y extensión del daño causado por el delito. La gravedad del delito, sin embargo, no está consistentemente relacionada con el riesgo de reincidencia del delincuente. Por eso los programas de justicia retributiva corren con el riesgo doble de producir un efecto de interacción en delincuentes de riesgo bajo y de dar un servicio insuficiente a los delincuentes de alto riesgo”

(Levrant et al. 1999:19).

La incapacidad de desarrollar programas efectivos que reducirán significativamente los niveles de reincidencia entre distintos grupos de delincuentes, surge en parte de un rechazo de las medidas de rehabilitación, por un lado, y, por otro, de identificar principalmente a los delincuentes en relación con el delito por el cual han sido detenidos. Como objeto del avergonzamiento reintegrador, el impacto y la experiencia de los delincuentes será invariablemente mezclado e incierto. En consecuencia, la conducta cambiará en relativamente pocos casos y los individuos y las comunidades continuarán sufriendo los efectos de la conducta criminal de los delincuentes reincidentes. Por eso es improbable que la justicia retributiva tenga un gran impacto sobre el nivel de delincuencia o las tasas de reincidencia, en particular entre los delincuentes más experimentados y persistentes.

Si bien existen problemas metodológicos significativos a la hora de comparar las poblaciones tratadas por los tribunales y las tratadas por las audiencias retributivas, parecería que el efecto educativo y avergonzador de las audiencias es mucho menos efectivo para cambiar las conductas de lo que Braithwaite predijo. Esto puede deberse a varias razones. Puede ser que las condiciones externas que son propicias a la reincidencia son relativamente inmunes a distintos modos de adjudicación. Otra explicación menos grata puede estar en que los programas de justicia retributiva no poseen los efectos educativos y avergonzadores que Braithwaite delinea. De hecho, pueden no afectar a los delincuentes de la manera esperada. Pueden de hecho dar origen a más cinismo, más alienación, o más compromiso con el delinquir como resultado de lo que podría percibirse como recibir poco más de un 'regañón' por participar de un delito.

VII | Conclusión

Se ha sostenido que los problemas que actualmente enfrentan los programas de justicia retributiva no son tanto una función de los problemas de implementación u organización sino que se originan más o menos directamente de la base teórica en que se basan. El abolicionismo y la criminología de base religiosa están en gran medida ausentes de la Realpolitik y no poseen el tipo de reflexividad y conciencia de la naturaleza cambiante del estado y la gobernabilidad para permitir una apreciación plena del papel y

el significado de la justicia retributiva en la modernidad tardía (Rose 2000). Los enfoques de oposición y antiestadistas que desarrollen una comprensión de la naturaleza cambiante del estado y de los modos de adjudicación están en gran medida más allá de sus competencias. La tesis del avergonzamiento reintegrador al brindar una base ideológica para centrarse en el avergonzamiento y la reintegración, ofreció un marco ideológico importante para el desarrollo de nuevos modos de audiencias reparadoras. Esta nueva generación de justicia informal, no obstante, se ha topado con problemas similares a los que sus predecesores experimentaron durante la década anterior (Matthews 1998). La promesa del desarrollo de un modo alternativo y en competencia de adjudicación está empalideciendo a medida que las prácticas de la justicia retributiva son cada vez más absorbidas dentro de un sistema pluralista de justicia penal cuyo alcance y profundidad se ha expandido (Santos 1987).

Si observamos la evidencia de las diversas evaluaciones de la justicia retributiva en sus diversas formas, la lectura más benigna que podemos hacer es que los resultados no son concluyentes. Dado que gran parte de la investigación anterior sobre la justicia retributiva fue llevada a cabo por personas que en general simpatizaban con este enfoque, la investigación ha sufrido de un sesgo significativo en la selección. Existen también graves problemas metodológicos en la comparación de los tribunales y las audiencias reparadoras dada la naturaleza individualizada del derecho y la justicia en la sociedad contemporánea. Pero incluso si los defensores pueden obtener algún consuelo de algunos de estos estudios sigue habiendo un costado oscuro de los programas de justicia retributiva y es obvio que por debajo del barniz de humanismo benigno están funcionando procesos más siniestros y perturbadores. Además de la erosión de derechos y medidas de asistencia social, el esfumado del proceso penal y civil, la responsabilización de los ciudadanos, la removilización de riesgosas sanciones de avergonzamiento, existen también tendencias a ofrecer una especie de 'justicia barata' que no logra proteger debidamente a las víctimas más débiles y pobres, por un lado, mientras que da algunos de los delincuentes más poderosos y peligrosos poco más que una 'palmadita en la muñeca'. Se permite seguir con la producción de lo que muchos observadores consideran sanciones caóticas y arbitrarias en parte debido al nivel relativamente bajo de participación pública y de obligación de rendir cuentas.

John Braithwaite ofrece un intento imaginativo de colocar a la justicia restitutiva sobre sólidos cimientos teóricos y políticos. No obstante, en lugar de distanciarse del abolicionismo, la criminología de base religiosa y algunas versiones del humanismo liberal, consigue en su intento de incorporar estas posiciones a su gran esquema producir una teoría más bien deshilvanada que, al tiempo que reviste los adornos de estas otras teorías, intenta construir su posición a partir de la noción de avergonzamiento reintegrador. La distinción, sin embargo, entre la estigmatización y el avergonzamiento reintegrador, al estudiarla de cerca, resulta insostenible y en consecuencia deriva hacia un enfoque moralizador que se repliega en alegatos a favor de formas más ostensiblemente benignas y humanitarias de castigo. Sin evidencia convincente de que tales estrategias reducirán el nivel de reincidencia, une sus manos con los enfoques de base religiosa que piden más perdón y compasión. Pero a diferencia de ellos, no parece tomar plena conciencia de que el ejercicio efectivo de la absolución tiene como premisa la movilización de la amenaza o la implementación de las formas más severas, excluyentes y draconianas de castigo en un contexto de poder absoluto.

El matrimonio de la tesis del avergonzamiento reintegrador y las prácticas de la justicia restitutiva ha encallado. Este no es el tiempo ni el lugar, sin embargo, para repartir culpas o hacer juicios sobre si el fracaso del matrimonio ha sido más que nada una función de las inadecuaciones conceptuales de la tesis del avergonzamiento reintegrador o de las deficiencias en la implementación de los programas de justicia restitutiva. Amabas partes deben acarrear algún grado de responsabilidad. No obstante, está claro que no hay cantidad suficiente de mediación y terapia que pueda superar estos problemas. Puede haber llegado el momento de pensar en la negociación de un divorcio.

Bibliografía

ASHWORTH A., "Is Restorative Justice the Way Forward for Criminal Justice?"
Current Legal Problems, 2001, Vol. 54, pp. 347/76.

BARCLAY G. AND TAVARAS C., *Digest: Information on the Criminal Justice System in England and Wales*, 1999, London: Home Office.

- BAUMER E., WRIGHT R, Kristinsdottir and Gunnlaugsson H. "Crime, Shame and Recidivism" *British Journal of Criminology*, 2002, Vol. 41, pp. 40/59.
- BLAGG H., "A Just Measure of Shame? Aboriginal Youth and Conferencing in Australia" *British Journal of Criminology*, 1997, Vol 37 (4), pp. 481/501
- BLAGG H., "Aboriginal Youth and Restorative Justice: Critical Notes From the Australian Frontier" in A. Morris and G. Maxwell (eds.) *Restorative Justice for Juveniles*. Portland: Hart Publishing, 2001.
- BLUMSTEIN A. AND WALLMAN J. *The Crime Drop in America*. New York, Cambridge University Press, 2000.
- BRAITHWAITE J. *Crime, Shame and Reintegration*. New York, Cambridge University Press, 1989.
- BRAITHWAITE J. (1993) "Shame and Modernity". *British Journal of Criminology*, Vol. 33 (1), pp. 1/18.
- BRAITHWAITE J. "Conferencing and Plurality: Reply to Bragg" *British Journal of Criminology*, 1997, Vol. 37 (4) pp. 502/509.
- BRAITHWAITE J. AND BRAITHWAITE V., "Revising the Theory of Reintegrative Shaming" in E. Ahmed, N. Harris, J. Braithwaite and V. Braithwaite (eds) *Shame Management Through Reintegration*. New York, Cambridge University Press, 2001, pp. 39/57.
- BRAITHWAITE J. AND MUGFORD S. "Conditions of Successful Reintegration Ceremonies" *British Journal Criminology*, 1993, Vol. 34 (2), pp. 139/171.
- BRAITHWAITE J. AND PETTIT P., *Not Just Deserts*. Oxford, Clarendon Press, 1990.
- CHRISTIE N., *Limits to Pain*. Oxford: Martin Robertson, 1982.
- COHEN S., *Visions of Social Control*. Cambridge: Cambridge, Polity Press, 1985.
- CRAWFORD A. AND CLEAR T., "Community Justice: Transforming Communities through Restorative Justice?" in G. Bazemore and M. Schiff (eds.) *Restorative Community Justice*. Cincinnati: Anderson Publishing, (2001), pp. 127/149
- DALY K., "Conferencing in Australia and New Zealand: Variations, Research Findings and Prospects" in A. Morris and G. Maxwell (eds.) *Restorative Justice for Juveniles*. Portland. Hart Publishing, 2001.

- DALY K., "Restorative Justice: The Real Story" *Punishment and Society*, 2002, Vol. 4 (1), pp. 55/79.
- HARRINGTON C., *Shadow Justice? The Ideology and Institutionalisation of Alternatives to Court*. Westport and London, Greenwood Press, 1985.
- HARRIS N., "Reassessing the Dimensionality of the Moral Emotions" *British Journal of Psychology*, 2003, Vol. 94, pp. 457/73.
- HARRIS N. WALGRAVE L. AND BRAITHWAITE J., "Emotional Dynamics in Restorative Conferences" *Theoretical Criminology*, 2004, Vol. 8 (2), pp. 191/210.
- HULSMAN L., "Critical Criminology and the Concept of Crime" *Contemporary Crisis*, 1986, Vol. 10 (1), pp. 63/80.
- JOHNSTONE G., "Restorative Justice, Shame and Forgiveness", *Liverpool Law Review*, 21 (2-3), 1999, pp. 197/216.
- JOHNSTONE G. *Restorative Justice: Ideas, Values Debates*. Devon: Willan, 2002.
- KARP D., SWEET M., KIRSHENBAUM A. AND BAZEMORE G. "Reluctant Participants in Restorative Justice? Youthful Offenders and Their Parents" *Contemporary Justice Review*, 2004, Vol. 7 (2), pp. 199/216.
- KATZ J. "The Motivation of Persistent Robbers" in M. Tonry (ed.) *Crime and Justice* 14. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- KOMIYA N., "A Cultural Study of the Low Crime Rate in Japan" *British Journal of Criminology*, 1999, Vol. 39 (3), pp. 369/389.
- LEONARDSON D., "The Impossible Case of Japan" *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2001, Vol. 35 (2), pp. 203/229.
- LEVI M. "Suite justice or Sweet Charity?" *Punishment and Society*, 2002, Vol. 4 (2), pp. 147/163.
- LEVRANT S., CULLEN F., FULTON B. AND WOZNIAK J. "Reconsidering Restorative Justice: The corruption of Benevolence Revisited?" *Crime and Delinquency*, 1999, Vol. 45 (1), pp. 3/27.
- LONDON R. "The Restoration of Trust: Bringing Restorative Justice from the Margins to the Mainstream" *Criminal Justice Studies*, 2003, Vol. 16 (3), pp. 175/95.
- MATTHEWS R. (ed.) *Informal Justice?* London: Sage, 1988.

- MATTHEWS R. *Armed Robbery*. Devon: Willan, 2002.
- MATTHEWS R. "The Myth of Punitiveness", *Theoretical Criminology*, 2005, Vol. 9 (2), pp. 175/202.
- MAUER M., *Race to Incarcerate*. New York: The Sentencing Project, 1999.
- MNOOKIN R. AND KORNHAUSER L. "Bargaining in the Shadow of the Law" *Yale Law Journal*, 1979, Vol. 88, pp. 950/997.
- MORRIS A., "Revisiting Reintegrative Shaming" *Criminology Aotearoa/New Zealand*. No. 16. Institute of Criminology. Victoria University of Wellington: pp. 1/12, 2001.
- MORRIS A., "Critiquing the Critiques: A Brief Response to Critics of Restorative Justice" *British Journal of Criminology*, 2002, Vol. 42, pp. 596/615.
- O'MAHONEY D. AND DOAK J., "Restorative Justice – Is More Better? The Experience of Police-led Restorative Cautioning Pilots in Northern Ireland" *The Howard Journal*, 2004, Vol. 43 (5), pp. 484/505.
- PEPINSKY H. AND QUINNEY R., *Criminology as Peace-Making*. Bloomington: Indiana University Press, 1991.
- PHEONIX J., *Making Sense of Prostitution*. London: Macmillan, 1999.
- POLK K., "Family Conferencing: Theoretical and Evaluative Concerns" in C Adler and J. Wundersitz eds. *Family Conferencing and Juvenile Justice*. Australian Institute of Criminology. Canberra, 1994.
- PRATT J., "Emotive and Ostentatious Punishment; Its Decline and Resurgence in Modern Society". *Punishment and Society*, Vol. 2 (4), pp. 417/39, 2000.
- ROCHE D., *Accountability in Restorative Justice*. Oxford: Clarendon, 2003.
- ROSE N., "Government and Control" *British Journal of Criminology*, 2000, Vol. 40, pp. 321/39.
- SANTOS B., "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law" *Journal of Law and Society*, Vol. 14 (3), pp. 279/302.
- SCHEFF T. AND RETZINGER S., *Emotions and Violence: Shame and Rage in Destructive Conflicts*. Lexington MA: Lexington Books, 1991.

- SHERMAN L., "Two Protestant Ethics and the Spirit of Restoration" in H. Strang and J. Braithwaite eds. *Restorative Justice and Civil Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 35/55.
- SPARKS R., "Multiple Victimization: Evidence, Theory and Future Research" *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1981, 72, pp. 762/778.
- STRANG H., *Repair or Revenge: Victims and Restorative Justice*. Oxford: Clarendon, 2002.
- TANGNEY J., "Recent Advances in the Empirical Study of Shame and Guilt" *American Behavioral Scientist*, 1995, Vol. 38 (8), pp. 1132/1145.
- TONRY M. *Malign Neglect: Race Crime and Punishment in America*. New York: Oxford University Press, 1995.
- YOUNG R., "Just Cops Doing "Shameful" Business? Police-led Restorative Justice and the Lessons of Research" in A. Morris and G. Maxwell eds. *Restorative Justice for Juveniles*. Portland: Hart Publishing, 2001.
- YOUNG R. AND HOYLE C. "Restorative Justice and Punishment" in S. McConville eds. *The Use of Punishment*. Devon: Willan, 2003, pp.199/234.
- VAN STOKKEM B. , "Moral Emotions in Restorative Justice Conferences": Managing Shame, Designing Empathy". *Theoretical Criminology*, 2002, 6 (3), pp. 339/360.
- WHITMAN J. "What is Wrong with Shame Sanctions?". *Yale Law Journal*, 1998, 107, pp. 1055/1092.
-

Mediación penal en la Ciudad de Buenos Aires: debates sobre su constitucionalidad y otros aspectos problemáticos de su regulación

por **MARTÍN G. PEREL**⁽¹⁾

I | Introducción

Es posible sostener —aunque sea como resultado de un análisis superficial— que frente al proceso de expansión del derecho penal corre en paralelo otro fenómeno, opuesto, que promueve evitar la aplicación efectiva de la pena. Por un lado, se impulsa ampliar la penalización de conductas —mediante la creación o endurecimiento de la norma punitiva— y, por otro lado, se estimula la proliferación de vías alternativas a la pena estatal, mediante un catálogo de respuestas que la desplazan del centro de la escena. Parece tratarse de una puja en la que se proclama a la sanción penal como “sanalotodo”⁽²⁾, pero, al mismo tiempo, se pretende excluir su aplicación mediante diversas medidas que poco tienen que ver con las que se incluían en el derecho penal tradicional. La tendencia, entonces, es la de provocar que la mayor parte de los conflictos ingrese al sistema penal, sea procesado mediante sus operadores y que éstos, en definitiva, elijan cuál será la respuesta frente al caso. Esa respuesta no necesariamente incluirá

(1) Abogado y docente UBA, Prosecretario Letrado del Tribunal Superior de Justicia CABA.

(2) MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*. Parte general. Actos procesales, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, Tomo III, p. 375.

la aplicación de una sanción, pero sí contendrá la imposición estatal de cargas al acusado —que deberá cumplir— o la homologación de aquellas a las que se obligó “voluntariamente”⁽³⁾ el imputado.

Ese fenómeno, a su vez, produce una alteración de la perspectiva con la que clásicamente se analizó el conflicto que nace de la comisión de un delito: de considerárselo una desobediencia a la norma estatal, se lo pretende entender como una afectación a los derechos de la víctima, individual o colectiva. Esta modificación del punto de partida, obviamente, impacta en el diseño de un sistema procesal que sea funcional para la aplicación efectiva del derecho penal, ahora redefinido.

Por esa razón, es necesario partir del análisis de la transformación del conflicto penal para luego comprender cuál es el nuevo rol que se le asigna a la víctima en este tipo de procesos judiciales. Este nuevo espacio que ocupa el damnificado dentro del procedimiento no sólo cobra relevancia como elemento de redefinición teórica del conflicto; su importancia fundamental radica en que ella ha provocado una alteración definitiva de las facultades y obligaciones de los órganos estatales que deben tomar intervención en el caso —me refiero principalmente a la fiscalía y al juez o tribunal—, como así también de aquellas con las que cuenta el propio imputado. En este sentido, no resulta intrascendente para las personas acusadas el hecho de incorporar la voz de la víctima al proceso al momento de definir el ejercicio de la acción, su suspensión o la conversión de su carácter; tampoco lo es al momento del debate o su preparación, en tanto el imputado trata de contradecir o resistir una imputación que ahora puede ser sostenida por dos acusadores.

Pero la inclusión de la víctima en la discusión penal —por el peculiar modo en que en la Argentina se reparten las competencias legislativas entre el Congreso Nacional y las legislaturas provinciales— también supone una serie de discusiones técnicas que deben abordarse antes de entrar a analizar específicamente las vías alternativas de resolución del conflicto que se hayan implementado.

(3) Como explicaré más adelante, el problema de la voluntariedad en la aceptación de obligaciones para evadir la aplicación de una pena estatal resulta ineludible al momento de analizar el instituto de la mediación penal.

En este trabajo, el análisis girará en torno al Instituto de la Mediación Penal que estableció la Ciudad de Buenos Aires al dictar su Código Procesal Penal. Y para ello, además de ingresar en los puntos ya adelantados, abordaré cuáles son las reglas locales que la definen, cómo se han modificado y cuál es el sustento de rango constitucional que se les asigna. También resulta importante analizar cuál es el carácter del instituto⁽⁴⁾: esto es, si se trata de un mecanismo de descongestión del Poder Judicial, si es una herramienta de política criminal en manos del titular estatal de la acción o si, en cambio, se trata de un derecho del acusado que —en los casos en los que la imputación lo permita— lo faculta a exigir la apertura de una instancia de mediación para evitar la pena estatal. Estos elementos permitirán trabajar, asimismo, sobre las discusiones que los operadores jurídicos locales han sostenido al momento de aplicar la mediación penal; entre ellas, se destaca el debate sobre la validez o invalidez de su reglamentación por parte de la Ciudad, como así también los requisitos mínimos para su aplicación.

En definitiva, el objeto de este trabajo —que hace foco sobre la implementación por parte de la Ciudad de Buenos Aires de la mediación penal— entrecruza distintos problemas que —aunque exceden aquello que pueda agotarse en estas páginas⁽⁵⁾— deben ser tenidos en cuenta al momento de analizar una (aún) novedosa herramienta de respuesta estatal frente a un conflicto.

II | Rol de la víctima en el proceso penal (repasso histórico)

A los fines de este trabajo, me limitaré a reseñar —en términos clásicos— la evolución histórica de los sistemas procesales que —en mayor o menor medida— influyeron —e influyen— en el diseño del derecho procesal penal en Argentina. Ese repaso resulta imprescindible al momento de analizar el reingreso de la víctima dentro del proceso penal, porque es justa-

(4) Es decir, aquello que algunos llaman “naturaleza jurídica”.

(5) Por ejemplo, aquí no se analizarán aquellos problemas vinculados al incumplimiento del acuerdo al que se arribó en una mediación, aspecto que puede suscitar múltiples discusiones.

mente aquel retorno el que permite, y hasta podría decirse que define, la implementación de la mediación como vía alternativa a la pena⁽⁶⁾.

El rol de la víctima en el derecho penal no ha sido siempre el mismo sino que ha variado con el correr de los tiempos y con los diferentes sistemas de persecución. En sus comienzos, el afectado tenía un papel activo en la forma de solucionar los conflictos sociales y de llevar a cabo la persecución penal, era la composición y el sistema acusatorio privado. Habitualmente se indica al derecho germano como ejemplo de este sistema, en el cual se consideraba que toda infracción —civil o penal— producía un “quebrantamiento de la paz comunitaria”, que autorizaba a la víctima y a su familia a restablecerla mediante una venganza física o declaración de combate al ofensor; esta institución fue conocida como composición. Era en ese marco compositivo que el ofensor podía acordar una enmienda o reparación económica con el ofendido, perfeccionándose entre ellos un acuerdo reparatorio que evitaba la venganza⁽⁷⁾. Este mecanismo, sin embargo, no podía aplicarse en casos de crímenes muy graves, en los que el agresor quedaba sujeto a la persecución y venganza de toda la comunidad.

Algo similar ocurría en el derecho romano, donde también la acción penal tenía función resarcitoria de los daños sufridos por la víctima. Allí se dividía entre delitos públicos y privados y sólo estos últimos eran exclusivamente perseguidos por el ofendido o sus representantes⁽⁸⁾.

Pero el desplazamiento de la víctima del centro del sistema procesal se dio durante la Inquisición, la cual le expropió su facultad de efectuar la persecución penal por sí misma y transformó el sistema punitivo en un instrumento de control directo sobre los súbditos por parte del poder central. La compensación del daño sufrido por la víctima —y su reparación— quedaron, lógicamente, de lado. La pena estatal apareció como elemento

(6) Para un desarrollo más amplio de estas cuestiones, ver: MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed., 3ª reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, Capítulo II, § 5, p. 257 y ss. y, MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal, II. Parte General. Sujetos procesales*, Editores del Puerto, 2003, Capítulo IV, § 13, A, p. 579/638.

(7) Este proceso no buscaba establecer la verdad, ni formar la convicción del tribunal sobre la responsabilidad o inocencia del acusado, sino que representaba un medio de lucha reglada entre los combatientes.

(8) Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en el derecho germánico, en aquel sistema se incorporó la averiguación objetiva de la verdad histórica como fin del proceso.

central del sistema, en tanto resultaba un mecanismo de control en cabeza del poder político, que se ejercía de oficio, independientemente de la queja del ofendido por el delito sufrido. El orden social ocupó el papel central y el Estado, el espacio de la víctima. De eso se trata, entonces, la habitualmente denominada “expropiación del conflicto”.

La vuelta de la víctima —en realidad, la vuelta de la reparación del daño causado al afectado como fin del proceso— se produjo con el positivismo criminológico, que sostuvo como centro la “pena integral”, que comprendía también la reparación de los daños.

Pero, más cerca en el tiempo, específicamente con la serie de reformas procesales penales suscitadas desde que finalizó la última dictadura militar —serie que se extiende hasta nuestros días— surgió con fuerza el problema sobre cuál es el rol del ofendido en el derecho penal⁽⁹⁾. Puede afirmarse, sin dudas, que actualmente la posición mayoritaria de los operadores del sistema es aquella que se preocupa por asignar una mayor protección de los derechos de los afectados directos por el delito del que se trate. Puede mencionarse —y este fenómeno excede obviamente lo que ocurre dentro del país— el surgimiento de la victimología como una rama científica independiente, así como ciertas escuelas que propenden a la despenalización o abolición de la pena, solucionando los conflictos por medio de instrumentos no penales, o reemplazando la pena por otras soluciones más pacíficas, como la reparación, que lo aborda por medio de la composición entre sus protagonistas, para evitar su apropiación por parte del Estado.

En este punto, conviene aclarar que el problema sobre la participación de la víctima en el derecho penal no es específico del derecho procesal pero tampoco lo es del derecho material, sino que es propio del sistema penal en su conjunto: de los fines y tareas que persigue, y de los medios que utiliza para obtenerlos. Paralelamente, se trata también de un problema que desmarca la frontera entre el derecho penal y el derecho privado, al tomar dos elementos característicos de cada uno, como ser: la reparación del daño y la pena. La ideas que retornaron son las de escuchar a la víctima, evitar el dispendio jurisdiccional, enfrentar la imposibilidad de los jueces de conocer todos

(9) Como punto de inicio de este movimiento puede mencionarse, por su importancia, el Proyecto de Código Procesal Penal para la Nación de 1986, cuya redacción encabezó el Prof. Dr. Julio B. J. Maier.

los casos en examen y procurar, en cambio, su intervención en las causas más importantes. El establecimiento de una instancia de mediación penal, claramente, puede encasillarse dentro de las herramientas que permitirían concretar aquellas ideas.

Pero dentro del derecho procesal penal la cuestión de la participación acorada al ofendido, o de su posición durante su desarrollo, resulta fundamental no sólo porque permite analizar la incorporación de vías alternativas, sino porque obliga a repensar las bases sobre las que se desarrolla el sistema: el carácter de la acción y la regulación de su ejercicio. Una vez fijadas estas cuestiones, puede ingresarse en las discusiones específicas sobre el modo en que se reglará la instancia de mediación⁽¹⁰⁾. No podría desconocerse el impacto que tiene la incorporación de esta herramienta en la vigencia del principio de legalidad procesal o en la titularidad de la acción, entre otras cuestiones. Se suele sostener, entre quienes han impulsado la reparación como tercera vía del derecho penal, que es imprescindible mejorar la situación de la víctima cuando informa que un hecho punible la tiene como protagonista y reconocerle la posibilidad de perseguir en el procedimiento penal oficial, es decir, en los delitos de acción pública, conjuntamente con el Ministerio Público Fiscal, o adherir a su persecución. También se ha pretendido ampliar la gama de delitos que el ofendido puede perseguir autónomamente, así como mejorar su posición como actor civil dentro del procedimiento penal. Es desde estas premisas que surgió la idea de la creación de diversos institutos procesales que privilegien la reparación, al menos en delitos más leves (por ejemplo: a través de la suspensión del procedimiento a prueba o de la reparación como una solución jurídica al conflicto).

Se han propuesto diferentes modelos para llevar a cabo esta reincorporación de la víctima al sistema penal y de solucionar el conflicto por medio de la reparación⁽¹¹⁾:

- a. Privatización del derecho penal: para este modelo, la reparación toma el lugar de la pena —sin serlo— y desplaza la aplicación del derecho penal. En otras palabras, la consecuencia ante la comisión de un hecho

(10) O cualquier otra salida alternativa.

(11) TITO, VICTORIA D., La reparación del daño en el proyecto de nuevo CPPN, inédito.

delictivo debería ser la reparación como compensación del daño causado, sin que quepa, además, la imposición de una condena civil. De este modo, la víctima adopta un carácter central en el procedimiento penal. Dentro de este esquema, existe más de una vertiente en cuanto a su grado de aplicación:

- I. para la postura abolicionista —que pretende reemplazar el derecho penal de manera absoluta—, la privatización del conflicto social sería el medio para su solución integral. La reparación, entonces, no es una forma de reacción estatal (sanción);
2. en cambio, quienes no sostienen el proyecto abolicionista, propenden a la despenalización de ciertos comportamientos, por lo que colocan a cierta clase de delitos fuera de la reacción penal cuando se logra la composición entre el autor del ilícito y la víctima por medio de la reparación. Más allá del diferente alcance que le otorgan, ambas posturas ponen a la pena en un lugar secundario, en el que la reparación del daño causado a la víctima está por delante de aquélla⁽¹²⁾.
- b. Oficialización del derecho reparatorio: inversamente, se piensa en una “publicización” de la reparación civil, al convertir a la reparación en una pena o sanción del derecho penal junto a las penas existentes. El Estado es quien reacciona ante el delito pero, esta vez, obligando al imputado a reparar a la víctima (del modo en que se le indica) y, paralelamente, le exige a la víctima que acepte dicha reparación.

En el caso de la mediación penal, tal como fue establecida en el Código Procesal Penal de la CABA, podría concluirse que el establecimiento de esa herramienta responde a los presupuestos de aquellas posiciones que proponen, sólo para cierta clase de delitos, la posibilidad de “privatizar” el De-

(12) Según Roxin, la reparación considerada en el sistema de sanciones no significa reprivatización del derecho penal, promoción de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución, es en lugar de ello, una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla. A su vez, expresa que el carácter jurídico de la reparación debería ser modelado en detalle por el legislador en: ROXIN, CLAUDIUS, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, traducción de Julio B. Maier y Elena Carranza en *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1992, pp. 131/156.

recho penal⁽¹³⁾. Esto es así porque —tal como se explicará más adelante— la intervención decisiva de la víctima en una instancia de conciliación sólo procede frente a algunas imputaciones y, a su vez, sólo excluye la imposición de la pena cuando se perfecciona el acuerdo y se cumple con sus términos.

III | Víctima y Ministerio Público Fiscal en la Ciudad de Buenos Aires

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires —a diferencia de la CN— estableció de manera expresa la vigencia del sistema acusatorio⁽¹⁴⁾. Esa definición tiene diversas consecuencias pero, entre ellas, se destaca la adopción de un Código Procesal Penal⁽¹⁵⁾ que asignó un rol fundamental al Ministerio Público Fiscal.

En cuanto al tema específico que ocupa estas páginas, es oportuno destacar que el capítulo 2 —que regula la promoción y ejercicio de la acción por el Ministerio Público Fiscal— no parece innovar demasiado respecto de la normativa federal; así, los arts. 3, 4 y 5 mencionan los distintos supuestos de ejercicio de la acción —de oficio, dependiendo de la denuncia del ofendido o por querrela, según corresponda— y el establecimiento del deber de objetividad, entre otros aspectos. Las regulaciones que, en cambio, suscitaban distintas discusiones no aparecen en esas normas sino en aquellas que permiten a la fiscalía disponer el archivo del caso, lo que implica necesariamente suspender el ejercicio de la acción o, eventualmente, hacerla cesar por completo⁽¹⁶⁾.

El art. 91 del CPP pone en cabeza del MPF la realización de la investigación preparatoria. Hasta aquí, nada demasiado novedoso. Sin embargo, esa misma regla establece que el acusador “practicará la investigación preparatoria con la finalidad de arribar a la solución del conflicto por cualquiera de las vías legalmente previstas o promover o desechar la realiza-

(13) Sería la categoría a. 2., en la clasificación apuntada más arriba.

(14) Art. 13, inc. 3, CCABA.

(15) Ley n° 2.303.

(16) Ver, principalmente, art. 199, CPP.

ción del juicio" (destacado añadido); y, dentro de las atribuciones de la fiscalía incluye la de "propiciar la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos legalmente previstos"⁽¹⁷⁾. Es evidente la diferencia con la regulación procesal dictada por el legislador nacional; el art. 5, CPPN, indica que la "acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley". Claramente en la normativa local se pretende como salida deseable la aplicación de medios alternativos a la pena estatal y, en cambio, en la regulación federal se trata como excepción a cualquier posibilidad de suspender o hacer cesar el ejercicio de una acción pública.

La atribución al fiscal de facultades para hacer cesar —temporal o definitivamente— la persecución excede a aquellos supuestos previstos en el CP como la suspensión del proceso a prueba (art. 76 bis y ss., CP), o las causales de extinción previstas en el art. 59, CP, o los mecanismos de extinción anticipada previstos en el art. 64 para los delitos reprimidos exclusivamente con pena de multa. La ley local, en su art. 199, incorpora supuestos de suspensión o cese en el ejercicio de la acción que van desde criterios de oportunidad —por resultar innecesaria la investigación del hecho o en casos de bagatela⁽¹⁸⁾—, a la negociación con "arrepentidos"⁽¹⁹⁾, o a supuestos de "pena natural"⁽²⁰⁾.

(17) Art. 91, inc. 4, CPP.

(18) El fiscal podrá archivar cuando "[d]e la objetiva valoración de los elementos acompañados surja claramente que no hay posibilidad de promover la investigación o individualizar a los autores del hecho", inc. d, o cuando "[l]a naturaleza e importancia del hecho no justifiquen la persecución, cuando la decisión no contraríe un criterio general de actuación", inc. e, o cuando "[c]on la conformidad del/la Fiscal de Cámara, respecto algunos de los hechos investigados, cuando contra una o varias personas se investiguen varios hechos y por el concurso real de delitos se hubiera arribado con sólo algunos de ellos a la máxima escala de pena posible y/o resulte innecesaria la persecución por todos para arribar al resultado condenatorio adecuado", inc. g, todos correspondientes al art. 199, CPP.

(19) Art. 199, inc. f: "[c]on la conformidad del/la Fiscal de Cámara, cuando fuera indispensable respecto de algún imputado para asegurar el esclarecimiento del hecho y/o el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores y/o partícipes necesarios que se consideren más relevantes y aquél hubiera dado datos o indicaciones conducentes al efecto. El imputado beneficiado quedará obligado a prestar declaración como testigo en caso de ser convocado y deberá ser informado fehacientemente de esta obligación antes de disponerse el archivo".

(20) Art. 199, inc. i: "[c]on la conformidad del/la Fiscal de Cámara en los delitos culposos, cuando el imputado hubiera sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena".

Pero el punto que trataré en este trabajo es el que está previsto en el art. 199, inc. h, CPP, que prescribe: “[e]l archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando: (...) h) [s]e hubiera arribado y cumplido el acuerdo previsto en el art. 204 inc. 2°. También se podrá archivar si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del imputado pero existió composición del conflicto. Para que proceda el archivo por esta causal en caso de pluralidad de víctimas, deberá existir acuerdo con la totalidad de ellas”⁽²¹⁾. Esta reglamentación, entonces, debe ser leída en conjunto con lo dispuesto en el art. 204, inc. 2, CPP que dispone: “Vías alternativas. En cualquier momento de la investigación preparatoria el/la Fiscal podrá: (...) 2) proponer al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición (...) No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I —Delitos contra la vida—) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las Lesiones establecidas en el art. 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho —art. 8° de la Ley N° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar— (...) No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación (...) En caso de acuerdo el/la Fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite”.

El establecimiento de una instancia de mediación permite el reingreso pleno de la víctima al proceso⁽²²⁾. Pero su retorno también obliga a tomar en cuenta la atenuación de la vigencia de ciertos principios procesales —como el de oficialidad o el de legalidad procesal— que definen la cohe-

(21) El art. 203, última parte, CPP, autoriza al desarchivo del caso “cuando se frustrara por actividad u omisión maliciosa del/la imputado/a el acuerdo de mediación”.

(22) En este punto es importante mencionar que el CPP hasta prevé supuestos de conversión de la acción, aspecto que seguramente dará lugar a discusiones vinculadas con la potestad de la legislatura local para dictar esa regla. Específicamente, el art. 10, último párrafo, CPP, establece: “[e]n los delitos de acción pública, la querrela podrá continuar con el ejercicio de la acción bajo las formalidades de los de acción privada cuando el Ministerio Público Fiscal hubiera desistido por alguna de las causales previstas en este Código”.

rencia interna del sistema procesal. Sobre esas cuestiones y sobre los aspectos problemáticos que presentan las normas que regulan la mediación penal en la Ciudad, me explayaré en los apartados que siguen.

IV | Competencia para regular el ejercicio de la acción

El cese en el ejercicio de la acción penal a raíz de la celebración de un acuerdo entre víctima y acusado dio lugar a uno de los aspectos más discutidos en torno a la aplicación de este mecanismo. La disputa surge por el particular reparto de competencias entre Estado Nacional y Estados provinciales que fija la Constitución Nacional. Los Estados confederados han cedido hacia el Parlamento Nacional —mediante el art. 75, inc. 12, CN— su competencia para dictar la ley penal, pero mantuvieron para sí la potestad de sancionar la ley procesal. Entiendo que la primera cuestión problemática que debe abordarse es la de establecer si las reglas que determinan el ejercicio de la acción deben ser fijadas por el legislador nacional o el provincial o si, en cambio, existen facultades concurrentes al respecto.

El Código Penal establece en el art. 71 una regla general respecto del ejercicio de las acciones penales; reconocidos autores consideraron que esa norma fija los principios de legalidad procesal y oficialidad, según los cuales el Estado —ante la comisión de un delito— hace valer su interés (propio) en la realización del derecho penal (imposición de una pena) y para ello impulsa el ejercicio de la acción a través de un acusador público⁽²³⁾. El mismo Código Penal estableció excepciones a esta regla general en tanto reguló la existencia de delitos de acción pública pero de instancia privada o, directamente, delitos de acción privada (arts. 72 y siguientes, CP). Asimismo, la incorporación del art. 76 bis y siguientes al CP introdujo

(23) MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal*. I. Fundamentos, op. cit., § 8, C. p. 825/834; MARTÍNEZ, SANTIAGO, "Algunas cuestiones en torno a los principios de legalidad y oportunidad" en CDJP, n° 14, año VIII, Buenos Aires, Ad. Hoc, pp. 513/533; CAFERRATA NORES, JOSÉ, "El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas", NDP, 1996/A, p. 3 y ss.; HONISCH, PAULA, POCHAK, ANDREA, "Démosle una oportunidad al principio de oportunidad", CDJP, n° 9/B, p. 303 y ss. Estos trabajos fueron consultados para la elaboración de este punto.

el mecanismo de la suspensión del proceso a prueba, que no es más que un supuesto en el que la propia ley sustantiva autoriza el cese temporal de la persecución penal a cambio del compromiso del imputado de someterse a ciertas reglas que, cumplidas, permitirán la extinción de la acción sin la imposición de una pena; este instituto produjo, en pocas palabras, una fisura a la vigencia indiscutida del principio de legalidad procesal que, al menos en su formulación tradicional, impide al titular de la acción suspender, interrumpir o hacer cesar su ejercicio⁽²⁴⁾. Del mismo modo, entonces, que la ley de fondo fijó principios para el ejercicio de la acción, también estableció las causales de su extinción en su art. 59: prescripción, muerte del imputado o amnistía⁽²⁵⁾.

Uno de los focos de conflicto, entonces, surge al advertirse que fue la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires —y no el Parlamento Nacional— el órgano que creó, mediante el art. 204 del CPP, una instancia de mediación que necesariamente requiere la suspensión del ejercicio de ciertas acciones públicas y permite, eventualmente, su extinción. Y aquí vale repasar las distintas posturas sobre cuál es el carácter de las normas que reglamentan el ejercicio de la acción, para definir —en consecuencia— qué órgano está habilitado para regularla⁽²⁶⁾.

Un grupo de autores sostiene que la acción penal es una cuestión de derecho de fondo. Señalan que mediante ella se pone en funcionamiento a los órganos encargados de la persecución de los delitos, quienes la llevarán a cabo con el objeto de lograr el castigo de la persona que lo cometió y, por ello, deben establecerse ciertos requisitos para su ejercicio. Es por esa razón que, en tanto se trata de normas que contienen limitaciones a

(24) En este sentido, ver el actual art. 5 del CPPN.

(25) Otra causa del cese en el ejercicio de la acción es —claro está— su agotamiento, sea por la imposición de una pena luego de sustanciada la causa penal o por la absolución del imputado. También el mecanismo de extinción anticipada de la acción previsto en el art. 64 del CP debe tomarse en cuenta al referirse al tema.

(26) Los siguientes trabajos fueron consultados para formular la clasificación que se expone: MARTÍNEZ, SANTIAGO, op. cit., pp. 514/518; ANDRÉS, D'ALESSIO (director), MAURO, DI VITO (coordinador), *Código Penal: comentado y anotado*. Parte general, arts. 1 a 78 bis, La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 705/710; MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal*. II. Parte General. Sujetos Procesales, op. cit., p. 710 y ss.; DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal Argentino: parte general*, 2° ed., Buenos Aires, Depalma, 2003, p. 1143 y ss.; ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal*. Parte General, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2000, p. 855 y ss.

la pretensión punitiva, su naturaleza intrínseca es estrictamente material y, por lo tanto, (al igual que los delitos) deben ser reguladas por el Congreso Nacional, en virtud del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Dos de los referentes que sostienen esta postura son: Sebastián Soler y Ricardo Nuñez⁽²⁷⁾.

Un segundo grupo, en cambio, argumenta que la naturaleza del instituto es netamente procesal. Esta afirmación se basa en diferentes fundamentos: uno de ellos consiste en entender a la acción como un poder distinto al punitivo, según la cual lo que se exige es la obtención de una sentencia acerca de si existe o no una infracción a la ley penal. Otra razón —conexa a la anterior— es la verificación del hecho de que se comienza con el ejercicio de la acción, justamente, antes de saber si se cometió o no un delito (para dilucidar esa cuestión). A su vez, dentro de quienes sostienen que se trata de una materia netamente procesal existen dos variantes:

- a. según una de ellas, la lectura estricta de la Constitución Nacional —en la que se dispone que las provincias reservan para sí la facultad de dictar disposiciones procesales y, por tanto, no la han delegado en el poder central— indica que aquellas normas que regulan el ejercicio de las acciones dentro del Código Penal sólo pueden aplicarse a la órbita federal, pero no para las jurisdicciones provinciales. De esta manera, serían las distintas legislaturas provinciales las encargadas de regular el ejercicio de la acción e incorporar, en caso de que lo consideren adecuado, mecanismos de conciliación y/o reparación⁽²⁸⁾.
- b. la segunda vertiente propone que, pese a su naturaleza procesal, sea el Congreso Nacional el que fije los límites al ejercicio de la acción penal, todo ello a fin de garantizar firmemente el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional). Estos autores, entre los que puede mencionarse a Eugenio R. Zaffaroni⁽²⁹⁾, entienden que una regulación diferencial de, por ejemplo, los plazos de prescripción de la acción, según la provincia de que se trate, afectaría irrazonablemente la

(27) Ver, D'ALESSIO, ANDRÉS, op. cit., p. 707 y ss.

(28) Ver, SAID, JOSÉ L., "Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal", La Ley 1997-F, 1040.

(29) Ver, ZAFFARONI, EUGENIO R., op. cit., p. 855 y ss.

expectativa de un trato igualitario ante la comisión de dos hechos idénticos. El Código Penal que se dicta por el Congreso Nacional en función de las atribuciones conferidas por el art. 75 inc. 12 de la CN sería, entonces, el piso normativo común para todo el territorio nacional⁽³⁰⁾.

V | El principio de legalidad procesal y la facultad para regularlo

Entiendo que la regulación de la acción penal pone en evidencia el problema que supone separar el derecho penal sustantivo y el procesal, problema que no contiene consecuencias relevantes allí donde es el mismo legislador el competente para el dictado de esas dos clases de reglas. El principio de “unidad de legislación de fondo” —establecido en el art. 75, inc. 12, CN— sólo garantiza que los actos de la totalidad de personas sometidas a la jurisdicción nacional tengan la misma valoración jurídica; por caso, obliga a que en todo el territorio la misma conducta sea considerada un delito, dispone que rijan las mismas reglas para establecer la autoría y la participación, o que también se apliquen las mismas especies de pena, o que sean iguales, para toda persona, las causales que justifiquen una conducta o la tornen inculpable, entre otras cuestiones.

En esa lógica, es aconsejable que sea el mismo legislador quien determine la existencia de un interés estatal en la persecución de un hecho, o quien

.....

(30) Julio Maier, por su parte, afirmó que —según una de las lecturas del art. 75, inc. 12, CN— las provincias han delegado en el Congreso Nacional el dictado de la ley procesal penal. Textualmente: “quien lea correctamente el inc. 12 del art. 75, CN, observará —quizá con sorpresa— que la doctrina unánime acerca de la reserva de las provincias, antes expuesta, merece, en materia penal, serios reparos. Si esa regla constitucional contiene delegación de poderes legislativos desde las provincias hacia la Nación, según surge a la letra y es admitido por todos, pues entonces las provincias delegaron en el Congreso de la Nación el dictar, a más de los códigos que menciona, ‘especialmente leyes generales para toda la Nación...’, entre ellas, ‘las que requiera el establecimiento del juicio por jurados’. Se observará que esta delegación expresa tiene por contenido no sólo la definición de lo que es un jurado (integración), sino también el procedimiento que se sigue ante él (juicio) y el procedimiento para que el jurado arribe a una decisión (modo de trabajo del tribunal de jurados) [...] Esta afirmación supone, al menos, que el Congreso de la Nación, sin alterar las jurisdicciones locales (CN, 75, inc. 12, y 118) debe dictar una ley marco en materia procesal penal, que contiene tanto reglas de procedimiento como de organización judicial, y que es aplicable por todos los tribunales del país, cualquiera que fuere la organización judicial estatal a la que pertenece. Se advierte, entonces, que, frente a esta afirmación, ya no se puede seguir sosteniendo que el derecho procesal penal es, íntegramente, derecho local”, ver MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal penal*, I. Fundamentos, op. cit., p. 105 y ss.

.....

establezca que sólo el afectado puede autorizar la investigación o, directamente, quien ponga en su cabeza la totalidad del impulso del proceso. Esas cuestiones no suponen que los distintos Estados provinciales o la Ciudad de Buenos Aires estén obligados a seguir determinada forma procesal una vez iniciada la acción⁽³¹⁾. De allí que lo dispuesto en los arts. 71 y ss., CP, no obliga al órgano provincial que resulte titular de la acción pública a impulsar la aplicación de la pena como respuesta al conflicto o, a lo sumo, a propiciar como salida alternativa únicamente la suspensión del proceso a prueba.

La obligación de cada Estado provincial de dar inicio a toda acción penal pública⁽³²⁾, fijada en el art. 71 del CP, no se traduce necesariamente en la irrevocabilidad de su ejercicio. Lo que aquí está en juego —regulación del ejercicio de las acciones— abarca aspectos procesales que, al menos como regla general, están reservados a las provincias. El sistema federal adoptado en el país obliga a ser cuidadosos con las autonomías provinciales al momento analizar el reparto de competencias entre los Estados federados y el Estado Nacional establecido en el art. 75, inc. 12, de la CN. Por esa razón, es fundamental procurar cierto equilibrio entre la vigencia del principio de unidad de legislación para todo el territorio con el principio federal de gobierno. Son, entonces, los distintos Estados provinciales —y el Estado Nacional para la jurisdicción federal— quienes deben regular cuáles son las formas procesales que adoptarán una vez iniciada la acción. Y esa forma procesal, puede —o no— contener supuestos de cese de su ejercicio disímiles, siempre que esas herramientas impliquen la reglamentación de una garantía constitucional⁽³³⁾. En el caso de la mediación penal, esa herramienta debe ser leída como la reglamentación del principio de razonabilidad republicana y, si se quiere, como una forma válida de materializar el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva, previsto en el art. 25 de la CADH.

Si se considerara que ya el art. 71 del CP obliga a quien resulte titular de la acción pública a impulsarla, siempre, en búsqueda de una condena, no

(31) La propia CSJN, en Fallos: 328:1146, señaló que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr el mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley.

(32) Siempre que no se trate de un delito dependiente de instancia privada.

(33) Algo así sucede con las reglas procesales provinciales que imponen plazos perentorios para la culminación de alguna etapa procesal (por ej., art. 104 y 105, CPPCABA).

se explicaría la necesidad de que el mismo Congreso Nacional que dictó el CP haya tenido que fijar en el artículo 5 del CPPN que la “acción penal pública se ejercerá por el Ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley”. En otras palabras, si la vigencia indudable del principio de legalidad procesal surgiera de lo dispuesto en el art. 71, CP, —y la irretractabilidad en su ejercicio fuera una característica esencial de aquel principio— resultaría sobreabundante la inclusión de una norma en el Código Procesal Penal de la Nación que imponga al titular de la acción pública en la órbita nacional —como regla general— el deber de impulsarla hasta su agotamiento mediante la imposición de una pena estatal⁽³⁴⁾. Ese motivo resulta suficiente para descartar las posiciones que indican que la vigencia del art. 71 del CP funciona como obstáculo para que el legislador local dicte normas procesales que, una vez iniciada la acción pública, permita la suspensión o el cese en su ejercicio⁽³⁵⁾. El establecimiento de principios de oportunidad reglados, o la instrumentación de vías de resolución del conflicto o, asimismo, la creación de pautas que obliguen a los órganos estatales a culminar con su labor en determinados plazos —que, incumplidos, conllevan a archivar el caso— resultan herramientas válidas en cabeza de los Estados confederados para reglamentar garantías constitucionales como son el principio de razonabilidad republicano o la garantía de duración razonable del proceso, entre otros.

VI | Implementación en el ámbito local

I | Reglas de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que entraron en juego:

La Constitución de La Ciudad Autónoma de Buenos Aires contiene reglas que sirven de soporte a las disposiciones contenidas en el art. 204, CPP,

(34) Cuando me refiero a agotamiento de la acción por la imposición de pena, aludo a que el objeto de la investigación es lograr esclarecer el hecho y fijar la responsabilidad penal de los autores; de otro modo, el mismo inicio del proceso penal carece de sentido. Sin embargo, ello no supone, obviamente, que una absolución no resulte un “modo normal de culminación del proceso”.

(35) Ver, en este sentido, Suprema Corte de Justicia de Mendoza, caso “Fiscal v. Sosa Morán, Juan y otros”, decisión del 19/09/05.

y normas concordantes. Ya mencioné que el art. 13.3 de la CCABA obliga a la adopción de un sistema acusatorio al regular el Procesal Penal. Obviamente que esa simple referencia a “sistema acusatorio” suscita una inabordable cantidad de lecturas y argumentaciones que, basadas en esa norma genérica, pretenden justificar soluciones que incluso pueden llegar a perjudicar la pretensión de las personas acusadas, a favor de quienes — en definitiva— debería dirigirse invariablemente esa norma⁽³⁶⁾. Pero, a los fines de este trabajo, la adopción expresa de un sistema acusatorio en el ámbito de la CABA ha sido tomada como una puerta de entrada del “principio dispositivo” al proceso penal. Según esta visión, la fiscalía constituye una parte más en un proceso adversarial —que resulta propio del derecho privado— y, por ello, puede ofrecer la apertura de una negociación sobre el caso y, finalmente, hacer cesar la pretensión punitiva por encontrarse satisfecho su interés: la resolución del conflicto⁽³⁷⁾. Pero adoptar esa visión del proceso penal obliga a repensar —en los términos mencionados en el apartado anterior— la vigencia del principio de legalidad procesal y, sobre todo, impone dejar en un plano secundario el interés estatal en la punición de ciertas conductas⁽³⁸⁾.

Sin embargo, la instrumentación del sistema acusatorio al que alude el art. 13.3 de la CCABA no es la única referencia normativa de rango constitucional, que se vincula con la mediación penal regulada por el CPP. Al regular las atribuciones de la Legislatura local, el art. 81, inc. 2, de la CCABA establece que ese órgano —con la mayoría absoluta del total de sus miembros— “[s]anciona (...) las leyes (...) de la mediación voluntaria”. De igual modo, el art. 106, CCABA, que fija las disposiciones generales relativas a la composición y funcionamiento del Poder Judicial local indica que

(36) Ver, al respecto, Tribunal Superior de Justicia de la CABA, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Fabre, Walter Atilio s/ infr. art. 111 CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—’”, expte. n° 6247/08, resolución del 29/04/09, voto del juez Julio B. J. Maier.

(37) Cf. art. 91, CPP, ya mencionado.

(38) A los fines de la descripción de las características principales del denominado “sistema acusatorio”, puede consultarse, entre múltiples trabajos, a LANGER, MÁXIMO, “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en AA.VV, El procedimiento abreviado, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2001, p. 118, y sus citas.

“[c]orresponde al Poder Judicial de la Ciudad (...) organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente”.

En consecuencia, el mandato constitucional local impone al Poder Legislativo la adopción de medios de conciliación —cierto que no necesariamente en el caso de procesos penales— y al Poder Judicial su aplicación efectiva. Ese mandato, sumado a la adopción de una lectura del sistema acusatorio que lo asocia a la vigencia del principio dispositivo⁽³⁹⁾, sirven de base constitucional —local— al momento de emplear el mecanismo previsto en el art. 204, inc. 2, CPP.

2 | Jurisprudencia local vinculada a la validez constitucional de la adopción de la mediación penal por parte de la Legislatura de la CABA

Dentro del ámbito judicial local, se han presentado resistencias a la aplicación del instituto. Aunque los informes estadísticos anuales elaborados por la Oficina de Acceso a la Justicia y Medios Alternativos de Solución de Conflictos⁽⁴⁰⁾ —dependiente del Consejo de la Magistratura de la CABA— permiten advertir un crecimiento constante de los casos en los que se propicia la mediación, lo cierto es que esta herramienta ha sido cuestionada desde el punto de vista de su validez constitucional. Algunas de las discusiones fueron trabajadas en los puntos anteriores de este trabajo; sin embargo, vale la pena hacer una reseña de la cuestión.

Voy a detenerme en un grupo de casos que resulta paradigmático. Durante el año 2009 tramitaron en la Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA una serie de recursos de apelación —interpuestos por la defensa— en los cuales se cuestionaban decisiones judiciales que —por diversos motivos— impedían el acceso a la instancia de mediación regula-

.....

(39) A los fines de sostener una interpretación que autorice a la Ciudad a regular el instituto en cuestión, también fue aludido —por caso, en el dictamen fiscal emitido en el expediente TSJ n° 6784/09 “Del Tronco”— el art. 6 de la Constitución local en cuanto allí se indica que “[l]as autoridades constituidas tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los arts. 129 y concordantes de la Constitución Nacional”.

.....

(40) Ver www.cmca.gov.ar/cmca/estadisticas/mediacion

da en el art. 204, inc. 2, CPP⁽⁴¹⁾; las decisiones adoptadas por las tres Salas de la Cámara, en los distintos legajos, motivó la interposición de recursos de inconstitucionalidad que llegaron a conocimiento del TSJ local.

A los fines de este trabajo, tomaré el caso “Del Tronco”⁽⁴²⁾ para resumir cuáles eran los términos de la discusión planteada en el fuero local: una vez que la fiscalía había requerido la realización del juicio, la defensa solicitó la apertura de una instancia de mediación. Ante la negativa fiscal, el juez rechazó el pedido. La defensoría interviniente apeló esa decisión. En su presentación puso en conocimiento de la Cámara —en el caso, de la Sala I— dos cuestiones: a) por un lado, los integrantes de la Sala debían evaluar si la mediación del conflicto podía decidirla el fiscal o si se trataba, en cambio, de una facultad de la víctima; y b) por otro, los magistrados tenían que decidir si, estando la víctima de acuerdo con esta solución del conflicto, el fiscal tenía la capacidad para oponerse a la aplicación del instituto. Frente a esos planteos, la Cámara resolvió, de oficio, declarar la inconstitucionalidad del art. 204, inc. 2, del CPP al considerar que esa norma invadía atribuciones que resultan exclusivas del Poder Legislativo de la Nación, como son aquellas que regulan el ejercicio de la acción, según algunas de las posturas ya reseñadas en este trabajo⁽⁴³⁾. Frente a ello, tanto la fiscalía como la defensa acudieron al Tribunal Superior de Justicia. Ese órgano, en definitiva, revocó la decisión cuestionada porque —según fundamentos incluidos en todos los votos emitidos— los camaristas ha-

(41) Se indican aquí los números de expediente que, finalmente, fueron asignados por el TSJ CABA al tratar recursos de su competencia: exptes. n° 6764, 6772 y 6779 “Domínguez, Luis Emilio” exptes. n° 6763 y 6780 “Nuñez, Eduardo Irineo y otros s/ infr. art(s). 181 inc. 1 CP” exptes. n° 6777 y 6789 “Leguizamón, Gustavo” exptes. n° 6776 y 6781 “González, Pedro” exptes. n° 6784 y 6785 “Del Tronco, Nicolás” exptes. n° 6799 y 6805 “Junco, Luis Antonio” exptes. n° 6810 y 6817 “Acosta Vera, Ángel Ramón” exptes. n° 6811 y 6818 “Batista, Ramón Andrés” exptes. n° 6943 y 6944 “Acevedo, Roberto Miguel y Furchini, Norma Alejandra” expte. n° 6870 “Suárez, Roberto Manuel y Garay, Claudio Héctor” y exptes. n° 7158 y 7159 “Valdez, Víctor Gustavo”, entre otros.

(42) Exptes. TSJ n° 6784 y 6785 “Del Tronco, Nicolás”.

(43) Estos argumentos fueron sostenidos, en distintos casos, por las tres Salas que conforman la Cámara en lo PCyF. Por caso, vale mencionar que la Sala II de la Cámara de Apelaciones mencionó, asimismo, que la norma local en cuestión no sólo se contraponía con lo dispuesto en los arts. 71 y concordantes del CP, sino que también resultaba contrario al art. 842 del Código Civil que dispone: “La acción civil sobre indemnización del daño causado por un delito puede ser objeto de las transacciones; pero no la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos, sea por la parte ofendida, sea por el ministerio público”. Para una argumentación contraria, ver CEVASCO, LUIS J., “Resabios unitarios e inquisitivos en fallos judiciales”, www.eldial.com.

bían declarado la inconstitucionalidad de oficio en un supuesto donde no resultaba válido emplear esa excepcional facultad jurisdiccional⁽⁴⁴⁾.

3 | Pautas de política criminal fijadas por el legislador local

Pero este punto —atribución local para regular el instituto— no resultó el único que motivó (y motiva) discusiones en el Poder Judicial de la CABA. El texto del art. 204, inc. 2, CPP, inicialmente permitía la aplicación de la mediación a cualquier caso. Fue con el dictado de la ley 2452⁽⁴⁵⁾ que se redujo el ámbito de aplicación del instituto, dejando fuera de su alcance a todos los procesos donde se investigue la comisión dolosa de delitos contra la vida o la integridad sexual, al igual que los casos de lesiones dolosas (art. 91, CP), cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho (art. 8, ley nacional 24.417). Al mismo tiempo se fijó que no es “admisibles una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación”.

La reforma al artículo en cuestión fue debatida en la sesión del 03/10/07. La versión taquigráfica de la sesión mencionada⁽⁴⁶⁾ da cuenta del debate suscitado en torno a esta herramienta procesal. Dos fueron las posturas expuestas en el recinto: una de ellas bregaba por la eliminación total del instituto⁽⁴⁷⁾ y la otra, en cambio, impulsaba excluir una cierta cantidad de

(44) Esta discusión se replicó en los distintos casos que llegaron a conocimiento de la última instancia judicial. Remito, a fin de quien desee profundizar sobre las razones dadas por los miembros del Tribunal sobre el caso, a la lectura de la resolución dictada el 27/09/10 en autos “Del Tronco”, exptes. n° 6784 y 6785. Asimismo, resulta de interés también la lectura del dictamen del Fiscal General en el caso.

(45) BO 06/11/2007.

(46) Este documento puede ser fácilmente consultado en <http://www.legislatura.gov.ar/vt.php>

(47) Sostenida, entre otros, por el diputado (MC) Miguel Talento, quien apoyaba la aprobación del proyecto que tramitó en el expediente n° 2082/2007 en el que se suprimía directamente el instituto.

delitos —la mayor parte de ellos, vale aclarar, aún juzgados por el Poder Judicial de la Nación— de los alcances de la mediación⁽⁴⁸⁾. Finalmente esta última fue la posición que triunfó al momento de reformar la norma.

Vale la pena mencionar cuáles eran los argumentos sostenidos en la sesión mencionada. Por el lado de quienes pretendían la eliminación del instituto, si bien acompañaron la inclusión en el Código de vías alternativas de resolución del conflicto —principalmente porque agilizan el funcionamiento del Poder Judicial— opusieron reparos específicamente sobre la mediación penal en tanto, según se argumentó, ese mecanismo generaría peligro de que se produjeran violaciones a las garantías constitucionales. El cuestionamiento central fue la falta de intervención del juez durante el proceso de mediación, que podría derivar en la lesión del principio de inocencia, igualdad de armas y el derecho de defensa en juicio. En el debate se mencionó que, aunque la fiscalía también es un órgano estatal, su función específica no es la de custodiar la vigencia de garantías constitucionales, aspecto que sí compete de manera central a los jueces. Por último, también fue advertido que la tradición del derecho penal occidental se organizó sobre el principio de la persecución y el juzgamiento públicos y la introducción de un mecanismo compositivo se aparta de aquéllos, lo cual puede derivar en una alteración sustancial del proceso penal, el que terminaría convertido en un procedimiento de carácter patrimonial, aspecto que impacta sobre los principios de igualdad y equidad⁽⁴⁹⁾.

Por su parte, entre aquellos que impulsaban sólo una limitación a la procedencia del instituto —postura, como ya se indicó, finalmente triunfante— la idea principal fue la de considerar que no todo caso resulta “mediable”. En este sentido, se hizo hincapié en las características de los

(48) Proyecto 2083/2007, presentado por los diputados (MC) Ivana Centanaro y Santiago De Estrada.

(49) Tal como se advierte en la intervención del Diputado (MC) Miguel Talento, se propone acudir al avenimiento como vía alternativa de resolución del conflicto. Si bien, vale aclarar, ese instituto efectivamente está previsto como una “vía alternativa” en el art. 204, CP, lo cierto es que necesariamente supone la imposición de una condena, previo reconocimiento del acusado de su responsabilidad en el hecho, elemento que resulta claramente diferenciador de aquello que se pretende al momento de impulsar una mediación. En este mecanismo nada hay de reparación a la víctima, por lo que no parece atinada la asimilación, que sí podría realizarse —en todo caso— con la suspensión del proceso a prueba, regulada en el art. 76 bis y ss. del CP.

conflictos que, posteriormente, son encuadrados en alguna figura del CP y no en el monto de pena previsto en abstracto para esa clase de delito. Se dejó de lado, entonces, la aplicación del instituto a todos los casos en que, por sus características habituales, no podría garantizarse una real composición del conflicto. Aquí cobra importancia fundamental la idea de igualdad de posiciones entre los sujetos que asisten a la mediación y, por ello, se tomó en cuenta la entidad de los bienes jurídicos en juego —vida o integridad sexual— como así también las circunstancias en las que habría ocurrido el hecho denunciado —lesiones dentro de un grupo familiar conviviente—⁽⁵⁰⁾. Al mismo tiempo que se excluyó un conjunto de figuras en abstracto, también se colocó en cabeza del Ministerio Público Fiscal la competencia para ponderar el interés público que puede estar en juego en aquellos otros casos que, en principio, podrían discutirse en una audiencia de mediación. Esa decisión —siempre según surge de los registros del debate, ya citados— toma en cuenta la existencia de un “sistema acusatorio” que asigna amplias facultades a la fiscalía, en tanto titular de la acción pública y encargado de su impulso.

4 | Atribuciones para determinar su procedencia

En definitiva, la redacción actual del inc. 2 del art. 204, CPP, fijó ciertas pautas de política criminal. Algo similar ocurre con la suspensión del proceso a prueba para casos cuya pena máxima en abstracto no supere los tres años de prisión, según una de las múltiples interpretaciones posibles de las nor-

(50) Esta distinción fue criticada por el diputado (MC) Enrique Olivera, quien cuestionó que se conformaran grupos de delitos excluidos por el sólo hecho de que su regulación en el CP se incluye bajo el mismo título. Asimismo, observó que se estaba dejando de lado a los delitos contra la integridad sexual que, en su enorme mayoría, resultan de instancia privada; además, hizo mención a que el propio CP, art. 132, ya regula el avenimiento como modo especial de extinción del proceso.

Por su parte, la diputada (MC) Ana María Suppa defendió la exclusión de los casos de violencia doméstica de aquellos que podrían ser “mediados”. Sus razones giraron en torno a una correcta lectura del principio de igualdad y su impacto en lo que puede ser considerado “grupo vulnerable”. Así, resaltó que en un contexto de violencia doméstica o familiar la voluntad de la víctima está viciada de antemano por la relación de sometimiento, subordinación y temor, que no se agota en el momento de la perpetración del delito sino que continúa en el tiempo e impide que la víctima pueda participar junto a su agresor en un proceso de mediación en paridad de condiciones. Por último, destacó que el principio de “neutralidad del mediador” no podría aplicarse a esos supuestos, ya que al mantenerse neutral necesariamente, al obviar la situación de desigualdad, podría terminar debilitando a la parte más vulnerable, esto es, a la víctima.

mas que la regulan⁽⁵¹⁾ o con aquellas reglas que permiten el cierre anticipado de una causa por el pago del mínimo o del máximo del monto de la multa con la que se reprime el delito en cuestión (art. 64, CP). Es razonable entender que fue el propio legislador —en este caso el local— quien realizó el juicio de política criminal correspondiente de manera general y abstracta: según su criterio, entonces, toda acción (o acciones) que encuadre penalmente dentro de cualquier capítulo del CP —excepto aquellos que se refieren a los delitos contra la vida o contra la integridad sexual, o los casos de lesiones efectuadas dentro de un grupo familiar conviviente— puede habilitar la apertura de una instancia de mediación.

Sin embargo, al momento de analizar la mediación penal reglada en el CPPCABA —tal como sucede con el supuesto de suspensión del proceso a prueba para aquellos casos cuya pena en concreto no supera los tres años de prisión (art. 76 bis, 4º párr., CP)⁽⁵²⁾— pareciera que el juicio general del legislador —nacional o local, según se trate de la SPP o de la mediación— sobre la posibilidad de cerrar anticipadamente un universo de casos penales debe complementarse con una valoración en concreto de la procedencia de estos institutos. Específicamente en cuanto a la mediación penal, el análisis de la norma permite concluir que el juicio político criminal fijado por el legislador debe complementarse con la valoración respecto de la conflictividad del caso que deberá realizar la fiscalía al analizarlo.

Entiendo que más allá de que la redacción del CPP pone en cabeza del Ministerio Público Fiscal la potestad de impulsar la instancia de mediación (arts. 91, 204 inc. 2 y 206, CPP) esa reglamentación no puede servir de obstáculo para que sea la persona acusada quien solicite ante la fiscalía, o incluso directamente ante el órgano jurisdiccional, el inicio del procedimiento; la víctima, claro está, también está facultada a petitionarlo. Sin embargo, aunque el pedido fuera formulado por el acusado ante el juez, esa circunstancia no permite obviar que el CPP puso en cabeza exclusiva del MPF la competencia de realizar el juicio político criminal en concreto sobre las posibilidades de que el caso sea o no sometido a una mediación.

(51) cf., por todos, BOVINO, ALBERTO, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2001.

(52) Vale mencionar que el TSJ local, en la causa "Estigarribia", expte. n° 6821/09, resolución del 13/10/10, por mayoría, indicó que ante un pedido de suspensión del proceso a prueba el acuerdo fiscal resulta obligatorio también en causas donde se investiguen delitos cuya pena en abstracto no supere los 3 años.

Por esa razón sólo podrá darse inicio a ese mecanismo en tanto y en cuanto el órgano sobre el cual recae la responsabilidad de iniciar el ejercicio de la acción pública (por su propio impulso, o por la denuncia del afectado si la ley exige esa condición) —fiscalía— concluye que es posible hacer cesar su ejercicio porque el interés público que representa se verá satisfecho si denunciante y denunciado logran dar por superado/reparado el hecho que dio origen al proceso penal.

Obviamente que una eventual oposición de la fiscalía a la aplicación del art. 204, inc. 2, CPP, no puede apoyarse en argumentos caprichosos o que impliquen una discriminación lesiva de principios como el de inocencia —por ej., ante una negativa basada en la existencia de otros procesos penales en trámite o cerrados sin condena— o el de igualdad ante la ley —por caso, frente a una negativa basada en condiciones económicas, sociales, raciales, políticas, entre otras—. En supuestos en los que la defensa denuncie que la negativa del Ministerio Público se sustenta en razones como las indicadas, siempre deberá poder acudir a la instancia jurisdiccional a fin de que un magistrado anule la decisión fiscal que rechaza la aplicación de la norma; parece razonable —tomando en cuenta el diseño del proceso penal en la Ciudad— que el caso, una vez anulada la negativa, sea puesto en conocimiento de la Fiscalía de Cámara a fin de que el órgano acusador —MPF— designe otro representante para tomar intervención en el proceso, y que sea este nuevo representante quien reexamine el caso sobre el cual la defensa ha solicitado la mediación. La posibilidad de acudir ante un magistrado a fin de que analice un planteo de nulidad de la negativa fiscal a propiciar la mediación no resulta problemática ni desde el punto de vista constitucional, ni desde la regulación legal contenida en el CPPCABA. La adopción del sistema acusatorio que menciona el art. 13.3, CCABA, de ninguna manera supone que esté vedado el control jurisdiccional sobre los actos de la fiscalía. El sistema procesal penal que se aplica en casos de delitos de acción pública, a lo sumo, puede exhibir algunas de las características del procedimiento adversarial; pero nunca puede asimilarse claramente a un proceso de partes⁽⁵³⁾. Existen sobrados ejemplos que permiten diferenciar un proceso penal de uno propio del

(53) Cf. DIAZ, ERNESTO M. Y PEREL, MARTÍN, “El principio de ‘igualdad de armas’ y su vinculación con el derecho al recurso como garantía constitucional del imputado”, publicado en Eldial.com, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, Año XIV, N° 3255, Miércoles, 27 de Abril de 2011, www.eldial.com.

derecho privado. Simplemente mencionaré que en el procedimiento penal, al menos en el ámbito local, la fiscalía cuenta con la atribución de decidir ciertas cuestiones que producen la restricción de derechos de su contraparte⁽⁵⁴⁾. Esas atribuciones, entre otras, jamás podrían ser aplicadas en un verdadero proceso de partes; justamente por ello, resulta necesario que el juez pueda —frente a la denuncia del agraviado o, incluso de oficio, en algún caso— revisar la validez de una decisión adoptada por la fiscalía. No me refiero a que sea quien decida, en definitiva, que el proceso debe ser sometido a mediación, pero sí debe poder revisar el contenido de una oposición que se ataca porque la defensa la entiende inválida. Para dar inicio a esa revisión judicial, no habría más que emplear las reglas que regulan las nulidades procesales en el CPPCABA, arts. 71 y ss.

Pese a que resulta innegable la facultad del imputado de cuestionar la negativa fiscal a la procedencia de la mediación, la reglamentación del instituto no permite concluir que la apertura de la instancia compositiva sea un derecho del imputado. El CPPCABA sólo contiene una norma de carácter amplio donde se dispone cuáles son los supuestos y mecanismos de procedencia de la mediación (art. 204, inc. 2, CPP, múltiplemente citado). Esa regla, en rigor, describe una atribución del fiscal que —sin dudas— debe ser ejercida siguiendo los límites que impone al CN y la CCABA, entre otras normas. Si se quiere, contiene una autorización legal para que aquél pueda disponer la suspensión o el cese en el ejercicio de la acción. Ese permiso impediría considerar antinormativa la conducta de un fiscal que propició la apertura de una etapa de mediación, en lugar de impulsar la realización del juicio; en este sentido, excluiría la posibilidad de acusar a ese integrante del Ministerio Público local por la comisión del delito previsto en el art. 274, CP, que sanciona al “funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes”. De allí que no pueda sostenerse que la apertura de la mediación —ante un pedido de la defensa— resulta automática en caso de que el acusado haya sido imputado de algún delito

(54) Como, por ejemplo, la posibilidad de dictar una orden de comparendo del acusado por la fuerza pública (arts. 148, 150, CPP) o la facultad de disponer el desalojo y reintegro provisional de un inmueble (art. 335, último párr., CPP). Vale aclarar, respecto de este último caso, que el propio Ministerio Público Fiscal, al dictar el protocolo de actuación para causas donde se investigue el delito de usurpación ha limitado —acertadamente— la amplitud de la autorización legal, al someter el desalojo a la existencia de una orden judicial (resoluciones FG n° 121/08 y 382/10).

que no esté excluido por el párr. 2 del art. 204, inc. 2, CPP. Como indiqué más arriba, la ley procesal estableció un lineamiento de política criminal general —universo de caso que podrían ser “mediables”— pero sujetó la aplicación del instituto al análisis concreto que debe realizar el MPF, como titular del interés público afectado por el delito —de acción pública, claro— del que se trate. En consecuencia, si este análisis en concreto es respetuoso de las normas constitucionales que impiden la actuación arbitraria o discriminatoria de los órganos estatales, y de ese análisis surge —por ejemplo— una situación de desigualdad tal que aconseje no iniciar la instancia de mediación, entonces nada podrá hacer el acusado que pretenda la aplicación de ese mecanismo, más que pedir la revisión judicial de la validez del dictamen. Pero aquella denuncia de invalidez del dictamen sólo puede triunfar si se demuestra su nulidad por lesión de reglas constitucionales y ese estándar de procedencia exige necesariamente algo más que la demostración de un yerro menor en la ponderación del caso, o de una discrepancia con el criterio del fiscal, o un cuestionamiento sobre aspectos de política criminal que puedan resultar simplemente opinables. El triunfo de una impugnación de la defensa sobre la aplicación de un criterio restrictivo de procedencia del instituto, entonces, sólo puede suscitarse en caso de que ese criterio restrictivo esconda o suponga un apartamiento de la normas constitucional, tal como ya indiqué párrafos atrás. Y, por otro lado, aunque el planteo de nulidad triunfe, esa decisión sólo puede provocar que otro integrante del Ministerio Público analice nuevamente el pedido de mediación formulado, pero no el reemplazo del criterio de política criminal de la fiscalía por aquel que sostenga el juez interviniente⁽⁵⁵⁾.

(55) Es interesante la posición que expone el Dr. Lozano en el punto 4 de su voto en la causa TSJ n° 7909/11, “Porro Rey”, resolución del 07/12/2011, en el cual señala que: “[c]uando esa discrecionalidad [se refiere a la que indica cuándo procede la suspensión del ejercicio de la acción] es ejercida por el fiscal, queda depositada en un órgano que integra una organización jerárquica en cuya cima se encuentra un órgano elegido por el Jefe de Gobierno con dos tercios de votos de la Legislatura y por un período de siete años, es decir, un órgano que será reevaluado al cabo de ese lapso. Ese órgano expide instrucciones generales, es decir, no resuelve para el caso, y las pone en conocimiento de la Legislatura, que podría llegar a separarlo de su función (v. en lo pertinente arts. 5 y 18 de la ley 1903). Cuando un juez decide desestimar el requerimiento de juicio deducido por el fiscal, que en esto consiste acordar la suspensión pese a la oposición fiscal, viene a subrogarlo en el ejercicio de la acción, sin ninguna de las garantías mencionadas más arriba (...)”. Esta afirmación —aunque luego en ese mismo voto se opta por otra conclusión— serviría de refuerzo para argumentar a favor de que el legislador —así como formula juicios de política criminal general para afirmar qué casos son en abstracto mediables— deje en cabeza del MPF la ponderación en concreto de cuándo procederá el instituto, toda vez que la legitimidad de origen del Ministerio Público

5 | Desde y hasta cuándo procede la mediación

Otra de las cuestiones que presenta aspectos discutibles es la que fija desde y hasta cuándo procede la mediación.

Por razones expositivas, empezaré por reseñar cuáles son los problemas vinculados al momento hasta el cual la ley autoriza a acudir a una instancia de mediación. La norma parece clara en cuanto a que la atribución de la fiscalía de emplear esa vía alternativa de abordaje del conflicto cesa al momento en que finaliza la investigación preliminar⁽⁵⁶⁾. El art. 204, inc. 2, CPP, faculta al MPF a proponer la utilización del mecanismo en “cualquier momento de la investigación penal preparatoria”; y, por su parte, el art. 206 del CPP indica que el requerimiento de juicio debe ser emitido cuando “el fiscal considere que se encuentra agotada la investigación preparatoria y que no va a proponer otra forma de resolución del conflicto o ésta hubiera fracasado”.

Una primera lectura permitiría concluir que la fiscalía sólo puede impulsar la mediación antes de solicitar la realización del juicio. Esa atribución parece razonable si se toman en cuenta las dificultades y dilaciones que puede provocar un cambio repentino en el trámite del proceso; no es otra cosa que aquello que suele llamarse celeridad y economía procesal, dos aspectos que —entre otros— componen la garantía de debido proceso. El mandato legislativo, entonces, exige al titular de la acción penal un análisis completo del caso —y no meramente superficial o parcial— antes de requerir la realización del juicio. En el mismo sentido, el art. 91 fija como objeto de la investigación preliminar —y no del proceso— “propiciar la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos legalmente previstos” (art. 91, inc. 4, CPP). De este modo, la decisión fiscal que indica la necesidad de realización del debate parece ser irrevocable, al menos sin impulso de alguna de las partes.

.....
Fiscal —órgano que funciona bajo el principio de unidad de actuación— surge de su designación por los representantes del pueblo, por un período acotado de tiempo.

(56) Tanto la Sala I como la Sala II de la CAPCyF han indicado que no es posible la apertura de una instancia de mediación, en ningún caso, cuando ya ha finalizado la investigación preparatoria. Ver, entre otros, CAPCyF, Sala I, causa n° 36983-00-CC/08: “Del Tronco, Nicolás infr. art. 184 inc. 5 —CP— Apelación”, resolución del 06/12/10.

El problema surge si, requerido el juicio, la defensa o la víctima solicitan la apertura de una instancia de mediación penal⁽⁵⁷⁾. En ese supuesto la solicitud —para que triunfe— debería ser acompañada de elementos novedosos y suficientes que acrediten la viabilidad de una composición del conflicto. Sin el aporte de nuevos argumentos o la acreditación de una circunstancia que no había podido ser evaluada por el fiscal del caso antes del requerimiento de juicio, la solicitud de mediación debe ser considerada extemporánea porque —de otro modo— el límite temporal mencionado en la ley procesal carecería de todo sentido. La excepcional posibilidad de lograr que la fiscalía vuelva a analizar —ya superada la investigación preparatoria— si el caso puede ser resuelto en una mediación se sustenta en una interpretación extensiva de la procedencia del instituto —principio *pro homine* mediante— que hace pie en una visión del proceso penal en la cual el interés público presuntamente afectado por el hecho que se investiga queda en un segundo plano. Entiendo que ese tipo de casos sólo se encuentra cuando la afectación al bien jurídico lesionado ha sido leve y cuando el cambio de las circunstancias que denuncia la defensa o la víctima resulta verosímil y evidencia la irracionalidad de someter el caso a juicio⁽⁵⁸⁾. Asimismo, esta posición sólo puede sostenerse si se interpreta que el límite temporal impuesto por el art. 204, inc. 2, CPP, rige únicamente para la atribución de la fiscalía de proponer el empleo de la mediación, pero que no abarca la procedencia del instituto en sí misma.

Con relación al otro punto señalado en este apartado —esto es, desde cuándo se puede propiciar la mediación— parece claro que una interpretación literal del CPPCABA indicaría que este instituto puede ser empleado desde el momento en el cual existe una investigación preparatoria en curso. En otras palabras, desde el momento en que el MPF fija —a través del decreto de determinación de los hechos— cuál es el objeto del proceso, la ley permite la apertura de la instancia de composición del conflicto.

(57) Ver, entre otros, CAPCyF, Sala III, causa n° 0010571-00-00/10: "Padra, Iván s/infr. art(s). 183, Daños - CP (p/L 2303)", resolución del 24/08/10 donde se concluye en que la mediación —solicitada por la defensa— puede proceder incluso una vez finalizada la investigación preparatoria.

(58) Un caso habitual puede ser el de dos personas que, luego de iniciada una causa por amenazas en el marco de una disputa, terminan reconciliados poco antes de la realización del debate.

Sin embargo, la adopción de un criterio tan amplio puede generar serias lesiones a reglas constitucionales.

La apertura de una instancia de mediación pretende lograr un acercamiento entre la persona presuntamente ofendida con aquella que — también presuntamente— fue su ofensora. Un correcto análisis político criminal —en cabeza de la fiscalía— debería considerar para impulsar el empleo de este mecanismo, en primer lugar, que el caso exhibe una lesión del interés público que aparece como secundaria frente al interés particular de quienes intervinieron en el suceso. A su vez, la fiscalía debe tomar especial consideración respecto de si existe o no paridad de condiciones entre víctima y ofensor, a fin de evaluar que aquéllos pueden acercar sus posiciones y lograr la superación del conflicto. Pero, además de esas dos cuestiones, el MPF debe dar cuenta de que el solo inicio de un procedimiento compositivo da lugar a que la persona que es convocada a participar como supuesto ofensor será requerida a satisfacer un interés ajeno y, justamente la satisfacción de ese interés, implica la asunción de ciertas cargas —patrimoniales o no— a las que se obligará el acusado. De esta manera, no cualquier caso puede ser sometido a mediación. Quiero decir, no cualquier caso en cualquier etapa de la investigación preliminar podría ser discutido en una mediación. El objeto del procedimiento, fijado en el decreto de determinación de los hechos, sólo indica una conjetura sobre el acaecimiento de un suceso y, asimismo, sobre quiénes intervinieron en él. Sin embargo, es necesario —para garantizar la correcta defensa de los intereses de quien es indicado como autor o partícipe de un hecho— que la persona requerida conozca, antes del inicio de la mediación, de qué se lo acusa y cuáles son los elementos que la fiscalía ha considerado para concluir que el hecho investigado podría haberlo tenido como protagonista. Este obstáculo es fácilmente superable si la instancia de mediación sucede una vez que la persona imputada concurrió a la audiencia de intimación del hecho regulada en el art. 161, CPP; pero muy distinta es la situación en aquellos casos en los que aún no se cumplió con ese acto procesal. En estos últimos supuestos parece necesario que antes de citar a una persona a que comparezca a una audiencia de mediación se la notifique fehacientemente sobre la existencia de una causa en la que se lo investiga, se le indique someramente de qué trata la investigación, se le enumeren las pruebas que se han ponderado hasta el momento para concluir que el hecho —al menos de manera preliminar— sucedió y lo

tuvo como protagonista y, por último, se le ofrezca la posibilidad de consultar con un abogado defensor⁽⁵⁹⁾ que lo asesore sobre si la asistencia a esa audiencia o, en cambio, el rechazo de esa posibilidad, asegurará de manera más sólida sus intereses⁽⁶⁰⁾. No es posible que la primera noticia que un sujeto reciba sobre la causa sea la citación a comparecer a una audiencia de mediación⁽⁶¹⁾. El empleo irreflexivo de un mecanismo que no exige la participación previa de un asistente letrado⁽⁶²⁾ puede derivar en la asunción por parte del acusado de ciertos compromisos que —de haber sido conocida la imputación y comprendida con el auxilio de una defensa eficaz— no habrían sido aceptados. Ese solo riesgo impone extremar los recaudos a fin de evitar posibles lesiones al derecho de defensa.

6 | Archivo provisorio y definitivo del caso. Necesidad de control judicial de los términos del acuerdo

El art. 204, inc. 2, CPP, presenta una redacción vaga que exige su lectura cuidadosa, sobre todo si ya desde el debate parlamentario se advirtió sobre los inconvenientes que presenta la falta de intervención de un magistrado antes, durante o después de haberse iniciado una instancia de mediación⁽⁶³⁾.

.....

(59) Actualmente, en razón de los acuerdos realizados entre las distintas ramas del Ministerio Público local, al momento de fijar una audiencia de mediación penal se envía una notificación electrónica a la defensoría oficial a la que toca intervenir en el proceso, cuando aún el imputado —por el momento en que se encuentra el proceso— no ha designado a su asistente letrado. Ver resolución DG n° 83/10, en la que se aprueba el acta-acuerdo celebrada en el marco de la “Mesa de diálogo sobre mediación” del 18/03/2010.

(60) Este mecanismo permitirá asegurar que en los casos donde aún no pueda considerarse ni siquiera mínimamente fundada una sospecha sobre la persona citada a mediar, ésta cuente con una asistencia letrada que le permita —por caso— decidir no participar de esa instancia y, en cambio, solicitar el cierre definitivo del proceso.

(61) Y menos aún que esa citación luego sea empleada a los fines de fundar pedidos de comparendo por la fuerza pública o declaraciones de rebeldía.

(62) Según el modo en que fue regulada en la Ciudad, aunque —según lo indicado en la nota n° 58— esta situación parece haberse remediado.

(63) Cf. proyecto que tramitó en el expediente n° 2082/2007 en el que se disponía la supresión del instituto.

La aplicación del instituto —tomando en cuenta lo dispuesto tanto en el art. 204, inc. 2, CPP, como en el art. 199, inc. h, CPP— indica que una vez que la fiscalía ha decidido dar impulso a la mediación, el curso del proceso continúa y sólo se suspende de manera provisoria una vez arribado a un acuerdo. Textualmente, la regla indica que en “caso de acuerdo el/la Fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite” (art. 204, inc. 2, in fine, CPP, énfasis añadido). Este archivo, como señalé, resulta provisorio y se convertirá en definitivo, impidiendo la reapertura del caso según obliga la garantía de *ne bis in idem*, sólo si se hubiera “cumplido el acuerdo (...) [o] si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del imputado pero existió composición del conflicto” (art. 199, inc. h, CPP). Este archivo, en caso de existir pluralidad de víctimas, sólo procede cuando existió acuerdo con todas ellas, aspecto que resulta razonable si se considera que el interés público en la persecución del hecho puede ser excepcionalmente dejado de lado sólo en casos en los que la satisfacción del interés particular de los protagonistas del conflicto torne irrazonable la imposición de una pena estatal. Por ello, ante la falta de acuerdo con alguna de las víctimas, no podría considerarse que se ha superado el conflicto⁽⁶⁴⁾.

El punto discutible surge claramente cuando se piensa un ejemplo como este: ante la denuncia de comisión de un delito, la fiscalía dicta el decreto de determinación de los hechos y, a continuación, decide proponer la apertura de una instancia de mediación; practica las citaciones y el caso es efectivamente discutido en la oficina correspondiente, con la sola presencia del mediador y las personas citadas. Se arriba a un acuerdo, la fiscalía archiva provisionalmente el caso y, cumplido, dispone el archivo definitivo.

En todo este recorrido, el imputado se ha enterado de que se le sigue un proceso mediante la recepción de una cédula de notificación en la que se lo invitaba a mediar sobre alguna cuestión de la que —justamente— tomó conocimiento en ese acto o, peor aún, al llegar —sin asistencia letrada obligatoria⁽⁶⁵⁾— a la propia audiencia; asimismo, este acusado ha dispues-

(64) En todo caso, si no hubiera acuerdo, pero la lesión del interés público resulta leve, la solución del caso la brindan categorías ya clásicas de la teoría del delito, como la bagatela o insignificancia, que derivarán en el cierre del procedimiento por absolución o sobreseimiento.

(65) Resulta positivo, para remediar este problema, el compromiso asumido por las distintas ramas del Ministerio Público de hacer saber a la defensa oficial la existencia de las audiencias

to someterse, en esa misma audiencia, a hacer, no hacer o dar algo, a fin de satisfacer el interés del denunciante. Por último, ha cumplido su obligación y el proceso se ha cerrado. Durante todas las etapas de este procedimiento, este acusado imaginario no ha tenido oportunidad de ser asistido legalmente⁽⁶⁶⁾ y tampoco la ley ha fijado que el acuerdo al que arribó sea homologado o controlado por ninguna autoridad estatal. Esto es, nadie —ni un juez, ni siquiera el propio fiscal— se expidió sobre la validez de ese acuerdo.

Reitero, la ley dispone que el caso se archiva —provisionalmente— sin más trámite ante la mera celebración de un acuerdo ante el mediador. Resulta cuestionable una regulación con estas características, porque se deja librada a la “libre voluntad” de las partes la asunción de cargas que podrían resultar abusivas o degradantes⁽⁶⁷⁾. Y es, además, llamativo que se haya adoptado este mecanismo en el Código Procesal Penal de la Ciudad, cuando esa misma Legislatura —al dictar la ley 1472— reguló de forma mucho más cuidadosa la mediación en materia contravencional⁽⁶⁸⁾. En esta última norma se establece expresamente la necesidad de ponderar el choque entre el interés del imputado y la víctima y el interés público en juego, se indica que los protagonistas deberán manifestar ante el fiscal cuáles son

de mediación en las que participen, como requeridos, personas que aún no han designado un letrado defensor. Cf. Resolución DG n° 83/10.

(66) Ver nota anterior.

(67) ¿Sería válido un acuerdo, realizado en el marco de un proceso por la presunta comisión de amenazas, donde el acusado se comprometiera a vestir durante 30 días una camiseta que dijera “Perdón, nunca más voy a decirte ‘te voy a matar’”? ¿Quién controlaría la validez de un acuerdo de esa clase? El ejemplo puede resultar risueño, pero lo menciono como para dar cuenta, sin entrar en hipótesis dramáticas o claramente inconstitucionales, de la necesidad de una homologación estatal del acuerdo.

(68) Ley 1472, art. 41 - Conciliación o autocomposición. Existe conciliación o autocomposición cuando el imputado/a y la víctima llegan a un acuerdo sobre la reparación del daño o resuelven el conflicto que generó la contravención y siempre que no resulte afectado el interés público o de terceros (...) La conciliación o autocomposición puede concretarse en cualquier estado del proceso. El fiscal debe procurar que las partes manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptarían conciliarse o llegar a la autocomposición (...) Cuando se produzca la conciliación o autocomposición el juez debe homologar los acuerdos y declarar extinguida la acción contravencional (...) El juez puede no aprobar la conciliación o autocomposición cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza (...) Mediación. El fiscal puede solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar el acuerdo de las partes en conflicto o instar a los interesados para que designen un mediador (...) El juez y/o el fiscal deben poner en conocimiento de la víctima la existencia de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

las condiciones en las que aceptarían conciliar, se somete el acuerdo a homologación del juez y, asimismo, se le fija a éste último el deber de verificar que los intervinientes han actuado en condiciones de igualdad para negociar, sin que haya mediado ninguna clase de coacción o amenaza. Asimismo, queda en un lugar secundario, de mera asistencia, el asesoramiento o auxilio que puedan dar entidades especializadas en mediación.

Es fundamental impulsar un cambio de la regulación actual de la mediación en estos aspectos o la creación pretoriana —o, incluso, mediante reglas de trabajo internas del Ministerio Público— de mecanismos que aseguren eficazmente la protección de las garantías constitucionales que entran en juego cuando se decide que el “conflicto será devuelto a las partes”⁽⁶⁹⁾.

VII | Resumen final

El proceso de expansión del derecho penal ha permitido incluir, ante la imposibilidad material de abocarse a la totalidad de los casos atrapados por el CP y sus normas complementarias, una multiplicidad de vías alternativas de solución del conflicto. Entre ellas, se encuentra la mediación penal; este mecanismo —adoptado por parte de algunas Legislaturas provinciales— ha renovado las discusiones sobre cuál es el órgano que debe fijar los principios que rigen la persecución penal pública. Esta disputa sobre el alcance del art. 71 del CP frente a las competencias provinciales para el dictado de la ley procesal, impone —a su vez— reflexionar nuevamente sobre cuáles son las características que definen el principio de legalidad procesal. Entiendo que una interpretación que concilie los dos aspectos en juego —principio de unidad de legislación de fondo, art. 75, inc. 12, de la CN con las autonomía provinciales que resultan la esencia del sistema federal— autoriza a considerar que el art. 71 del CP sólo obliga a dar inicio a toda acción penal pública, pero allí termina su imposición. Aquello que

(69) Puede parecer una digresión, pero vale mencionar que contra la prédica actual que desde algún punto aboga por la supresión del principio de legalidad (art. 71, CP), pueden traerse a colación las ideas de Ferrajoli (cf. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 321 y ss.), que hace ver cómo el principio de estricta legalidad, elemento central de un sistema procesal garantista, debe —y puede— ser netamente funcional a un programa de derecho penal mínimo, justificable por razones de utilidad, que no sean las de un utilitarismo a medias. Es decir, un modelo de intervención penal eficazmente orientado a reducir la violencia de los delitos, de las penas y la del propio instrumento procesal, esto mediante el respeto de las garantías.

suceda luego, en particular la suspensión o cese del ejercicio de la acción según normas provinciales que reglamenten garantías constitucionales —duración razonable del proceso, principio de racionalidad republicano, etc.— no podría ser tachado de inconstitucional por resultar invasivas de atribuciones del Congreso Nacional.

En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, la adopción de mecanismos de mediación penal tiene su origen en normas de rango constitucional local. Asimismo, la adopción expresa de un sistema acusatorio —aunque sea imposible considerar la implementación de un modelo adversarial puro, en razón de la existencia de una sanción estatal y de la participación obligatoria del persecutor público para iniciar el proceso en la amplísima mayoría de los casos— resulta adecuada al momento de poner en cabeza de la fiscalía el deber de intentar lograr un acuerdo entre la víctima y el acusado de la comisión de un delito, antes que la imposición de una pena.

Sin embargo, en el ejercicio de ese deber, el MPF debe seguir las pautas generales de política criminal impuestas por el legislador, en tanto allí se describen qué casos son en abstracto pasibles de ser discutidos ante un mediador. De igual modo, antes de requerir la realización del debate, debe realizar un análisis completo del caso y —siempre que considere mínimamente acreditada su existencia— hacerle saber al acusado la imputación que pesa sobre él, poner a su alcance una asistencia letrada efectiva, evaluar que los sujetos involucrados en el proceso se encuentran en paridad de condiciones para negociar, verificar que el interés público no requiere de la imposición de una pena para su satisfacción y, recién al cumplir con esos recaudos, podrá ofrecer la apertura de la instancia compositiva. Como contrapartida, las personas imputadas —y las que participan del proceso en tanto víctimas— pueden manifestar ante la autoridad estatal su interés en que el caso sea mediado; en esa tarea, están facultados para aportar los elementos que consideren pertinentes para acreditar la razonabilidad de esa salida. Esta facultad puede ser ejercida incluso luego de que el MPF haya requerido el juicio aunque, obviamente, los requisitos para lograr un nuevo examen del caso que modifique tal criterio serán más altos que la mera manifestación de la voluntad de mediar. En otras palabras, si el fiscal ya analizó el caso y requirió la realización del juicio, entonces será exigible el aporte de nuevos argumentos o la acreditación de un cambio en la situación fáctica en la que transcurre el proceso que demuestre la irracionalidad de realizar el debate.

La función del juez al momento de analizar un pedido de mediación no puede exceder del control sobre el apego constitucional de los argumentos que dio la fiscalía para oponerse a esa vía alternativa. No podrá, por eso, hacer prevalecer su criterio político criminal frente al caso pero sí, obviamente, podrá anular un dictamen fiscal en el que la negativa se asiente en argumentos que lesionan los principios constitucionales de inocencia, igualdad, etcétera. Las normas generales del CPPCABA sobre nulidades resultan suficientes para que la defensa solicite que se revise una oposición fiscal de esa clase; al mismo tiempo, también fundan que la solución frente a una declaración de nulidad como la apuntada sólo derive en el reenvío del caso a otro representante del MPF para que vuelva a evaluar la solicitud de mediación formulada y se expida sobre ella sin acudir a las razones que contenía el dictamen anterior, declarado inválido.

Por último, en cuanto a los acuerdos a los que se arriba luego de realizada la mediación, resulta fundamental garantizar la existencia de un mecanismo de homologación estatal. Esta verificación servirá para evitar la imposición —o “autoimposición”— de cargas abusivas en cabeza de la persona acusada, como así también para controlar que las partes involucradas hayan discutido sus pretensiones en un marco de igualdad. En ese sentido, resulta deseable una reforma procesal que —al menos de modo similar al que ya rige en la CABA para la materia contravencional— dé cuenta de estas cuestiones.

Bibliografía

BOVINO, ALBERTO, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2001.

CAFFERATA NORES, JOSÉ, “El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas”, NDP, 1996/A, p. 3 y ss.

CEVASCO, LUIS J., “Resabios unitarios e inquisitivos en fallos judiciales”, www.eldial.com.

D’ALESSIO, ANDRÉS (dir.), DI VITO, MAURO (coord.), *Código Penal: comentado y anotado. Parte general*, arts. 1 a 78 bis, Buenos Aires, La Ley, 2005.

DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal Argentino: parte general*, 2º ed., Buenos Aires, Depalma, 2003.

DÍAZ, ERNESTO M. Y PEREL, MARTÍN, "El principio de 'igualdad de armas' y su vinculación con el derecho al recurso como garantía constitucional del imputado", publicado en Eldial.com, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, Año XIV, N° 3255, Miércoles 27/04/2011, www.eldial.com.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, trad. Perfecto A. Ibañez, Madrid, Editorial Trotta, 2006.

HONISCH, PAULA, POCHAK, ANDREA, "Démosle una oportunidad al principio de oportunidad", CDJP, n° 9/B, p. 303 y ss.

LANGER, MÁXIMO, "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en AA.VV, *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2001, p. 118 y ss.

MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed., 3ª reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal, II. Parte General. Sujetos procesales*, Editores del Puerto, 2003.

MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal. Tomo III. Parte general. Actos procesales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

MARTÍNEZ, SANTIAGO, "Algunas cuestiones en torno a los principios de legalidad y oportunidad" en CDJP, n° 14, año VIII, Buenos Aires, Ad. Hoc.

ROXIN, CLAUDIUS, "La reparación en el sistema de los fines de la pena", traducción de Julio B. Maier y Elena Carranza en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, ed. Ad Hoc, 1992, pp. 131/156.

SAID, JOSÉ L., "Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal", *La Ley* 1997-F, 1040.

TITO, VICTORIA D., *La reparación del daño en el proyecto de nuevo CPPN*, inédito.

ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2000.

¿Trocar verdad por justicia?⁽¹⁾

por **CLAUDIO TAMBURRINI**⁽²⁾

Resumen

En este artículo persigo dos objetivos. Primero, presento una crítica interna de la concepción retributiva radical, tal como es usualmente propuesta por las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos durante el terrorismo de Estado.

El énfasis que pone esta teoría penal en someter a todo personal militar culpable de violaciones a los Derechos Humanos a duro castigo tiende a frustrar la demanda (claramente retributiva) de castigar a todos los involucrados en esos crímenes. Particularmente después de haber transcurrido largo tiempo desde la comisión de los delitos, la política penal más racional parece ser un modelo de negociación que ofrezca a los criminales reducciones en las penas a cambio de información valiosa sobre los hechos. La defensa de tal modelo de negociación penal constituye el segundo objetivo de este artículo. Concluyo que, para satisfacer la demanda del retributivismo radical de castigar a todos los responsables de delitos de lesa humanidad —tanto civiles como militares— se requiere no someter a todos los militares inculcados a penas retributivas.

Palabras clave: retribución clásica, violaciones a los Derechos Humanos, el paso del tiempo, trocando verdad por justicia

(1) Título original "Trading Truth for Justice?" Fecha de publicación original 27 de Abril de 2010 en Res. Pública 16:153, Traducido al español por César Guragna.

(2) El autor, militante perseguido y víctima del terrorismo de Estado, fue secuestrado por las FF.AA. Cautivo en Mansión Seré logró escaparse y exiliarse en el Reino de Suecia. Allí se doctoró en Filosofía en la Universidad de Estocolmo, actualmente trabaja en el Departamento de Filosofía Práctica en la Universidad de Gotemburgo. Es investigador, escritor, traductor y tiene veinticinco años de experiencia en el sistema judicial sueco como intérprete externo.

I | Introducción

Una vez destituidos los regímenes dictatoriales, generalmente se demanda el castigo de ex-funcionarios estatales acusados de graves violaciones a los Derechos Humanos.

A diferencia del enfoque más pragmático que caracteriza a las políticas penales históricamente implementadas por los gobiernos de transición, la mayoría de las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos y sus asociaciones tienden a presentar esta demanda exclusivamente en términos retributivos clásicos.

Aunque no hay un acuerdo total entre los teóricos penales con respecto a cuáles son los principios básicos del retribucionismo clásico, existen por lo menos tres dimensiones diferentes que permiten caracterizar este tipo de teoría penal. Éstas son: (1) el tipo de razones que justifican el castigo estatal: sólo el mérito negativo basado en la previa comisión de un delito, nunca una ventaja prospectiva que pudiera ser obtenida mediante la sanción, puede justificar el castigo penal⁽³⁾; (2) el requisito de que la gravedad de la pena sea, de alguna manera, equivalente (preferentemente de igual naturaleza) a la gravedad del delito⁽⁴⁾; (3) el carácter y la fuerza de la demanda punitiva: se afirma que las autoridades estatales están sometidas a un deber absoluto, no factible de ser superado por otras obligaciones paralelas, de infligir la sanción. En términos concretos, este último requisito implica que, una vez que un delincuente ha sido condenado, la pena tiene que llevarse a cabo sin excepción y en toda su extensión.

El representante más famoso de la retribución clásica es Immanuel Kant. En un pasaje frecuentemente citado de la *Rechtslehre*, dice que:

(3) Según Kant: "El castigo jurídico no puede ser administrado sólo como un medio para la promoción de otro bien, ya sea en relación con el mismo criminal o con la sociedad civil, pero en todo caso debe ser impuesto sólo porque la persona a quien se le inflige ha cometido un crimen." KANT, IMMANUEL, *Rechtslehre*, trad. de E. Hastie, 32 (cita obtenida de PINCOFFS, EDMUND L., *The Rationale of Legal Punishment*, págs. 2–3).

(4) Nuevamente según Kant: "si difamas a otro, te calumnias a tí mismo; si robas a otro, te robas a tí mismo; si le pegas a otro, te golpeas a tí mismo; si matas a otro, te matas tú mismo." (op. cit. p. 196. En PINCOFFS, EDMUND L.).

Incluso si una sociedad civil resolviera disolverse con el consentimiento de todos sus miembros —como podría suponerse en el caso de un pueblo que habitara en una isla y decidiera separarse y dispersarse a lo largo de todo el mundo— el último asesino recluso en la cárcel debería ser ejecutado antes de que la resolución se llevara a cabo. Ésto debe hacerse así para que cada uno pueda comprender el mérito que conllevan sus acciones, y para que la culpa por delitos de sangre no siga afectando a la gente; porque de lo contrario, todos serán considerados como partícipes en el asesinato como una violación pública de la justicia⁽⁵⁾.

Quizás no sea sorprendente que las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos y sus asociaciones postulen la necesidad de castigar a los responsables en la misma línea. Exigen que los culpables sean castigados simplemente porque han cometido un delito. No importa qué dudas se abriguen sobre la responsabilidad penal individual en otros contextos, se afirma que al menos estos criminales, obviamente, merecen ser castigados. Además, esta exigencia de castigo se presenta como una obligación absoluta de las autoridades estatales a cumplir mediante la imposición de un castigo lo suficientemente severo como para corresponder al carácter horrendo de los delitos.

Pero las víctimas de violaciones a los derechos humanos —y las agrupaciones que las representan— van, por lo general, más allá de la clásica retribución (kantiana) en sus demandas de castigo, ya que también afirman que (4) el brazo de la ley debe alcanzar a todos los responsables de violaciones a los Derechos Humanos⁽⁶⁾. Por lo tanto, a su juicio, las sanciones

(5) Op. cit. p. 198. En Pincoffs, Edmund L., op. cit. p. 4.

(6) La afirmación de que las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos defienden las demandas comprendidas en (1) a (4) no es fácil de corroborar. En ese sentido, lo mejor que podemos hacer es confiar en datos puntuales sobre la posición política generalmente sostenida por estas organizaciones y sus miembros individuales. Llevar a cabo una investigación sobre los objetivos programáticos de las diferentes organizaciones de víctimas a escala mundial es aún más difícil de cumplir, debido principalmente al elevado número de estas organizaciones. A pesar de estas dificultades, en mi opinión debería haber pocas dudas sobre el hecho de que la mayoría de las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos ven cualquier desviación de los requisitos (1) a (4) anteriormente nombrados como una violación de la justicia y, por lo tanto, se oponen categóricamente a ello.

penales deben incluir no sólo a quiénes han emitido las órdenes y a los militares que las implementaron, sino incluso a otros cómplices que podrían también ser penalmente responsables por apoyar el plan de represión⁽⁷⁾. Esto podría incluir al personal militar que simplemente actuó como guardia o realizó otras tareas de logística en los centros de detención, o incluso a los civiles que apoyaron la represión de alguna manera⁽⁸⁾.

En su conjunto, estas demandas de la política de persecución penal planteadas por las víctimas de violaciones de Derechos Humanos no sólo excluyen todo tipo de amnistía y reducción de penas, sino que también descalifican cualquier tipo de negociación penal con los delincuentes, sin importar los objetivos que las autoridades estatales pudieran perseguir en ese proceso.

En este artículo trataré de demostrar la insuficiencia de este enfoque — que yo llamo “retributivismo radical”— para hacer frente a los crímenes de lesa humanidad. Por lo general, los enfoques retributivos son cuestionados mediante la enumeración de ciertos efectos positivos que podrían perderse si una sociedad castigara consecuentemente a todos los criminales con severidad. En lugar de hacer esto, atacaré al retributivismo radical (tal como es frecuentemente sostenido por las organizaciones de víctimas de violaciones a los Derechos Humanos) en virtud de una tensión interna entre las diferentes demandas punitivas de la teoría. Especialmente en una situación histórica en la cual un extenso período de tiempo ha transcurrido entre los crímenes contra la humanidad y las acusaciones penales, las demandas punitivas (1) a (4) formuladas anteriormente podrían ser imposibles de cumplir. Aunque no son conceptualmente excluyentes, muy a menudo se tornan en contextualmente incompatibles entre sí. Esta incompatibilidad, argumentaré, constituye un poderoso obstáculo a la revelación de los hechos relacionados con las graves violaciones a los Derechos Humanos. Más específicamente, el requisito de que los crímenes contra

(7) En este contexto, la noción de “responsable” debe entenderse como penalmente imputable por los abusos cometidos de conformidad con las normas legales anteriormente vigentes. Esto excluye a los agentes responsables de acciones moralmente reprobables que no estaban proscritas en el momento de ser cometidas.

(8) En Argentina, por ejemplo, Christian von Wernich, un sacerdote católico que se desempeñó como Capellán de la Policía de la provincia de Buenos Aires en varios campos de concentración durante el régimen militar en los años setenta y fue condenado a prisión perpetua el 9 de octubre 2007.

la humanidad sean castigados severamente de acuerdo a la gravedad del delito (demanda 2) puede dificultar el cumplimiento de la demanda de sancionar a todos los responsables de graves violaciones de los derechos humanos (demanda 4). En consecuencia, defenderé un modelo de negociación, cuyo objetivo principal sea conocer la verdad sobre los crímenes contra la humanidad. Esta política es no sólo la más racional a seguir en un régimen post-dictatorial cuando ha pasado mucho tiempo después de los crímenes; es, además, la política que más nos permite aproximarnos al cumplimiento de las demandas de la teoría retributiva radical, tal cual son formuladas por las asociaciones de Derechos Humanos y de víctimas del terrorismo de Estado. Durante mi exposición, también haré referencia a una variante más razonable de la retribución clásica —a la que denomino “retributivismo moderado clásico”— que parecería ser más adecuada que la concepción radical para hacer frente a graves violaciones de los derechos humanos en un escenario histórico en el que ha transcurrido largo tiempo después de los abusos.

A modo de ejemplo, referiré con frecuencia a las experiencias de la transición democrática argentina después del régimen dictatorial que gobernó el país entre 1976 y 1983. Aunque estos ejemplos son, obviamente, relativos a esta realidad histórica particular, creo que ellos ilustran plenamente las cuestiones punitivas confrontadas por otros gobiernos de transición que actúan en contextos políticos y socio-históricos diferentes.

II | La paradoja de la concepción retributiva radical

¿Cómo debemos exactamente entender “la condición del paso del tiempo” mencionada anteriormente? En el caso argentino, por ejemplo, las violaciones a los Derechos Humanos referidas se cometieron hace más de 30 años atrás. Muchas de las víctimas, así como los criminales, ya no están vivos; documentar los hechos y recolectar la evidencia material se hace cada vez más difícil por el paso del tiempo o por la destrucción u ocultamiento intencional de las pruebas. Todos estos factores yuxtapuestos hacen que el planteamiento de la teoría retributiva radical anteriormente descrito sea particularmente inapropiado como principio rector de una política de persecución. Los retribucionistas radicales quieren que los cri-

minales sean castigados, sin excepción, y en términos muy severos. Los organismos de Derechos Humanos en Argentina, por ejemplo, demandan de las autoridades del Estado que los oficiales de las fuerzas armadas culpables de violaciones a los Derechos Humanos sean condenados a largas penas de prisión en cárceles comunes, a pesar del hecho de que muchos de ellos hoy tienen más de 80 años de edad⁽⁹⁾. Sin embargo, este duro programa penal se ve afectado por la paradoja de que, de aplicarse consecuentemente, se conseguirá castigar probablemente a algunos, pero no a todos los culpables de violaciones a los Derechos Humanos.

¿Cómo es esto posible? A primera vista, no parece haber ninguna contradicción (fáctica) entre la severidad de las sanciones y el número de criminales que serán castigados. Esto tal vez podría ser cierto en relación con la delincuencia común, donde la prueba disponible cuando se resuelve un crimen a menudo conlleva a que prácticamente todos los delincuentes involucrados sean inculcados. Sin embargo, en relación a los crímenes de lesa humanidad nos encontramos con una realidad diferente. A diferencia de los delincuentes comunes, este tipo de criminales necesita apoyo considerable de cómplices situados en posiciones centrales de la sociedad civil para poder llevar a cabo sus planes represivos. Los empresarios proporcionan apoyo logístico o entregan listas de trabajadores "problemáticos" a ser "neutralizados" por los militares; periodistas y diplomáticos realizan propaganda en favor del régimen; el clero (o al menos su más alta jerarquía) y otros representantes religiosos dan su bendición a la causa supuestamente noble perseguida por los militares, etc⁽¹⁰⁾. Algunas de

(9) Véase, por ejemplo, la página web de las Madres de Plaza de Mayo (<http://www.madres.org/index.asp>). Demandas similares son propuestas por la organización original (Madres de Plaza de Mayo-Línea fundadora), de la cual la agrupación anterior se escindiera (<http://www.madresfundadoras.org.ar/index.shtml>). Abuelas de Plaza de Mayo exige el castigo para todos los responsables del secuestro de niños por los militares. (<http://www.abuelas.org.ar/historia.htm>). Las diferentes organizaciones que responden al nombre genérico de 'HIJOS' (constituida por hijos de activistas políticos argentinos secuestrados y asesinados durante el régimen militar) también son muy inflexibles con respecto a esta cuestión (véase el <http://www.agrupacionhijos.tk/>). En la página principal de la asociación holandesa (HIJOS tiene ramificaciones en toda Europa, incluidas Estocolmo y Uppsala), la organización demanda "juicio y castigo para todos los asesinos y sus cómplices" (la cursiva es mía). Por lo tanto, parecen reconocer la necesidad de inculcar tanto a militares como civiles, pero no perciben la incompatibilidad contextual de ambas demandas cuando son presentadas en términos absolutos (ver <http://www.hijos.ul/>).

(10) Muchas veces, este apoyo es efectivizado no activa sino pasivamente, como cuando, por ejemplo, periodistas o diplomáticos simplemente omiten informar a la opinión pública

estas acciones, moralmente condenables, no entran en la categoría de conducta punible. Pero incluso limitando nuestro análisis a las conductas proscritas por la ley, es evidente que el enfoque penal favorecido por la mayoría de las organizaciones de las víctimas es problemático. La teoría retributiva radical no tiene en cuenta elementos psicológicos elementales relacionados con la forma en que generalmente se espera reaccionen los imputados. Ser amenazado con duros castigos constituye un poderoso incentivo a negarse a revelar los hechos. Muy probablemente, los militares acusados de crímenes contra la humanidad guardarán silencio, no sólo sobre su propia conducta, sino también en relación a las acciones cometidas por sus camaradas de armas y los cómplices civiles. Este fenómeno se torna aun más probable considerando que los abusos contra los Derechos Humanos se caracterizan por un fuerte componente ideológico. Por lo tanto, al insistir en infligir severos castigos a todos los condenados por graves violaciones a los Derechos Humanos, la teoría retributiva radical no logra identificar y, por lo tanto, castigar a todos los responsables por esas violaciones. Ésta es la consecuencia natural de la reticencia de los retribucionistas radicales a negociar reducciones de penas a cambio de información ulterior sobre, entre otras cosas, otros militares que han estado involucrados en los abusos y quiénes han sido los civiles que apoyaron el plan de los militares. A este respecto, la teoría retributiva radical solidifica una cadena negativa de silencio entre los responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos.

Esta consecuencia (no deseada pero sin embargo previsible) de la posición retributiva radical es en realidad una grave deficiencia de la teoría, ya que implica que la misma es deficiente aún juzgada en sus propios términos. Obligar a los criminales de lesa humanidad a decir todo lo que saben acerca de los abusos debe ser de importancia máxima para la teoría retributiva radical. Si lo que realmente importa a un retributivista de esta escuela es lograr justicia absoluta, entonces ¿por qué detenerse en castigar solamente a aquellas personas que ordenaron o realizaron los crímenes? ¿No requiere la justicia que todos los involucrados en los abusos

interna e internacional sobre lo que sucede en el país. Para un retribucionista (no importa de qué tipo), la cuestión de si estos delitos de omisión deben ser castigados o no dependerá del tipo de legislación vigente. Por lo tanto, se percibe aquí nuevamente que la teoría retributiva radical al parecer conlleva demandas punitivas más abarcoras que la simple y llana retribución.

sean castigados? Sin embargo, la aplicación consecuente de una política retributiva radical fracasa justamente en este respecto.

III | El modelo de negociación penal

Si realmente nos importa castigar a todos (o, por lo menos, a tantos como sea posible) los responsables de las graves violaciones a los Derechos Humanos, entonces podría ser expeditivo aplicar un modelo de negociación que ofrezca reducciones de penas a cambio de confesiones completas de los criminales. Según este modelo, el culpable debería recibir una sanción más leve, o incluso su completa suspensión, siempre y cuando las dos condiciones siguientes se cumplan:

(a) El acusado revela toda la información que posea y (b) que esa información sea valiosa para la investigación.

La primera condición establece que no se le permitirá al presunto criminal omitir ninguna información relevante para que se le conceda el beneficio de una reducción de pena. Si más tarde se supiera —por ejemplo, a través de otros testimonios— que el acusado ha ocultado información acerca de su propia participación o la de otras personas en los delitos, entonces el castigo suspendido será aplicado en todo su rigor. En otras palabras, cuanto más revele, más seguro podrá sentirse el imputado de no ir a la cárcel o, al menos, de no cumplir una larga condena en prisión. Tal procedimiento penal tiene por objeto establecer una estructura racional de incentivos destinada a hacer confesar todo lo que se sabe acerca de los crímenes, bajo riesgo de ser condenado a una dura sanción penal por ocultar los hechos.

La segunda condición tiene por fin asegurar que la información revelada sea útil para la acusación. Concretamente esto significa que no se tendrán en cuenta declaraciones generales acerca de cómo se llevó a cabo el exterminio de los opositores políticos. Más bien lo que se requiere es la entrega de datos específicos y precisos (tanto judiciales como políticos) sobre las cuestiones pertinentes, como por ejemplo: quién más estuvo implicado en los crímenes y qué ocurrió con las víctimas.

La justificación del modelo de negociación penal es bastante directa. En primer lugar, una sociedad que ha sido sacudida en sus fundamentos por

graves violaciones a los Derechos Humanos necesita ir hasta el fondo de lo que ocurrió para poder reinstalar el imperio de la ley. La mejor forma de lograr este objetivo es a través de una política que consiga llevar a todos los responsables ante la justicia, en lugar de implementar una política de persecución selectiva en la que sólo algunos de los criminales sean juzgados.

En segundo lugar, es altamente factible que el modelo de negociación penal arroje luz sobre el destino final de las víctimas. En la mayoría de los escenarios post-dictatoriales, el nuevo gobierno tiene que lidiar con una situación de incertidumbre respecto a lo sucedido con las víctimas y al destino final de sus restos. Algunos acusados, por razones ideológicas o de otro tipo, se negarán a negociar con la Fiscalía. Pero otros, muy probablemente, se rendirán ante la amenaza de duras condenas y proporcionarán la información requerida.

Tercero, el modelo de negociación penal es más apto que la alternativa retributiva radical para poner fin a la situación traumática (social e individualmente) provocada por los crímenes de lesa humanidad. La revelación de todos los hechos y el procesamiento de todos los involucrados es sin duda más efectivo para superar las consecuencias dejadas por un período oscuro de la historia del país, que sólo castigar a los autores más notorios dejando que el resto de los responsables permanezca impune.

Todas estas razones, en conjunto, sugieren que el conocimiento de la verdad podría tener un considerable valor instrumental en la reconstrucción de la estructura ética y política de la sociedad, sobre todo cuando ha pasado mucho tiempo después de los crímenes. De lo contrario, se podría correr el riesgo de consolidar una sociedad dividida, incapaz de curar las heridas causadas por un oscuro historial de violaciones a los Derechos Humanos.

Al negociar verdad por justicia, el modelo de negociación penal contribuye a la revelación de información que podría conducir al procesamiento y eventual sanción de todos aquellos —tanto militares como civiles— que en grado diferente y en una variedad de maneras, contribuyeron a la comisión de los crímenes de lesa humanidad⁽¹¹⁾. Por lo tanto, teniendo en cuen-

(11) Aunque debe quedar claro que esto no es visto como un fin en sí mismo. A diferencia de los retribucionistas radicales, los partidarios del modelo de negociación penal otorgan prioridad a conocer la verdad sobre la imposición de severas sanciones penales.

ta ciertos supuestos psicológicos acerca de cómo reaccionan las personas ante la amenaza de una pena severa, pareciera que no debemos proponer condenas retributivas rigurosas a los militares acusados si también aspiramos a satisfacer la demanda retributiva (radical) de castigar a todos aquellos (tanto militares como civiles) culpables de graves violaciones a los Derechos Humanos.

Sin embargo, es justamente esta afirmación la que es negada por ciertos miembros de las organizaciones de víctimas. Aparentemente creen que no es necesario negociar con los delincuentes para saber la verdad. A pesar del tiempo transcurrido, afirman, el procedimiento penal tradicional puede esclarecer los hechos de igual manera, o aun más eficazmente. En la próxima sección discutiré entonces ese argumento.

IV | ¿Es necesario el modelo de negociación penal?

Una objeción común al modelo de negociación penal es, simplemente, que no es necesario para conocer los hechos sobre las graves violaciones a los Derechos Humanos. El procedimiento penal estándar también pueden cumplir ese objetivo. ¿Es esto realmente así?

Encuentro este argumento un poco sorprendente. De la manera en que está formulado descalifica de lleno a la institución de la negociación penal (*plea bargaining*), tal como se la implementa en la tradición jurídica anglosajona. A pesar de las objeciones fundadas en razones de justicia que se puedan argüir contra este instrumento legal, la eficiencia de la negociación de los cargos para proporcionar evidencia en un tribunal penal difícilmente se pueda poner en tela de juicio. Por lo tanto, si la presente objeción pretende establecer que la negociación en general no es (desde el punto de vista práctico) necesaria, la objeción es simplemente errónea. Tal vez podríamos hacer más justicia a esta crítica si la limitáramos a una determinada situación socio-política. Así, aunque en general inadecuada, la objeción podría al menos todavía aplicarse a un país en particular. Examinemos como ejemplo el escenario de la Argentina post-dictatorial. A pesar de sus particularidades, podría, después de todo, muy bien no diferenciarse esencialmente de otros procesos post-dictatoriales en otras

partes del mundo. Por lo tanto, así delimitada, la presente objeción diría que en la actualidad, a más de 30 años de la instalación de la última dictadura militar, el procedimiento penal estándar puede arrojar luz sobre lo sucedido con las víctimas del terrorismo de Estado e identificar a todos los responsables de los abusos, incluidos los cómplices de los militares.

En mi opinión, esta afirmación carece de fundamento por varios motivos. En primer lugar, el número de víctimas cuyos secuestros y destino final aún se desconoce en la Argentina se puede contar en cinco dígitos. Sólo los bebés desaparecidos (la mayoría de ellos apropiados por los militares después de que sus padres fueran asesinados) son aproximadamente 480. En segundo lugar, esta falta de conocimiento es aun más pronunciada en relación a los civiles que ayudaron a los militares. Llegar a saber qué fenómenos y mecanismos de la sociedad argentina en ese particular momento histórico hicieron posible la exterminación de miles de personas es, sin embargo, de vital importancia. En ese sentido, aun los sobrevivientes de los años del terror pueden sólo tener una visión fragmentaria de los hechos. Afirmar que todas estas cuestiones podrán con certeza ser respondidas exclusivamente por el trabajo continuado de las organizaciones de Derechos Humanos (en combinación con los procedimientos penales tradicionales) más de tres décadas después es, en el mejor de los casos, una manifestación de deseos con poca probabilidad de realizarse o una expresión de ceguera ideológica, en el peor de los casos.

V | Retribucionismo moderado clásico

Al principio de este artículo, resumí los rasgos centrales de la concepción retributiva clásica (kantiana), como un primer paso hacia la caracterización de su corriente más intransigente, a la que he denominado retributivismo radical. La razón de mi enfoque sobre esta última posición es que ésta es la concepción punitiva claramente más favorecida por las víctimas del terrorismo de Estado y sus organizaciones.

Sin embargo, antes de terminar mi discusión sobre la teoría retributiva radical, quisiera discutir una versión diferente de la retribución clásica que podría hacer frente a mis críticas. Según ésta, el castigo se justifica moralmente por la comisión de un delito, no en el sentido de ser obligatorio,

sino en el sentido de ser moralmente permisible. La comisión intencional de un crimen es, entonces, una condición suficiente y necesaria para que las autoridades del Estado tengan el derecho (diferente de la obligación) a castigar a los infractores. K.G. Armstrong ha presentado este punto de vista en su clásico artículo "*The Retributivist Hits Back*". Allí dice que una razón por la cual se rechaza la retribución es la falsa creencia de que la teoría establece la obligación ineludible de actualizar la amenaza de castigo, cuando en realidad sólo sanciona el derecho a hacerlo. En sus palabras:

"... La justicia le da el derecho a la autoridad competente de castigar a los delincuentes hasta un límite, pero uno no está necesaria e invariablemente obligado a castigar hasta el límite judicial"⁽¹²⁾.

Desde esta perspectiva, debe recordarse, el derecho de las autoridades estatales para imponer penas no es una prerrogativa opcional, sino que sigue siendo un derecho absoluto, definitivo. Es esto justamente lo que hace que la posición de Armstrong sea considerada retributiva. La facultad que poseen las autoridades para llevar a cabo las sanciones establecidas en la legislación no puede, por lo tanto, ser anulada por otras consideraciones morales. Las autoridades pueden decidir no aplicar el castigo cuando, por ejemplo, las consecuencias serían socialmente negativas. Pero si, no obstante, optaran por infligir la pena, las autoridades no estarían actuando erróneamente, a pesar del hecho de que el castigo tendría consecuencias nocivas para la sociedad.

Al menos a primera vista, esta versión sofisticada de la retribución clásica puede hacer frente a algunas de las dificultades que afectan a la teoría retributiva radical. Si, por ejemplo, se previera que la aplicación de duros castigos retributivos impediría a la sociedad conocer a fondo las graves violaciones a los Derechos Humanos, entonces ¿tal vez los partidarios del retribucionismo moderado clásico podrían aceptar la reducción de la pena, o incluso apoyar un modelo de negociación similar al que he presentado anteriormente? Podrían justificar su posición argumentando que aspiran a castigar a todos los delincuentes tan severamente como

(12) ARMSTRONG, K. G., "*The retributivist hits back*", en ACTON H. B., *The philosophy of punishment*, New York, Mac Millian, St. Martin's Press, 1969, p.155 (Destacado por Armstrong).

los límites impuestos por la realidad social y política lo permitan. ¿Sería un error que las víctimas del terrorismo de Estado y sus organizaciones adopten este enfoque retributivo clásico en lugar de la versión kantiana más militante?

Para empezar, incluso para un retribucionista moderado, el tipo de razones requeridas para reducir las sanciones penales debe, de hecho, ser más bien de carácter extraordinario. Para ellos ciertamente no bastará con señalar que, si no negociamos, podría resultar más difícil reunir las pruebas, o que otras personas indirectamente involucradas en los delitos podrían no ser procesadas. A este respecto, la versión de Armstrong de la retribución clásica requiere casi una situación de emergencia social para suspender el castigo. La reconstrucción moral y jurídica de la sociedad, siendo un estado de cosas bastante difuso y vago, probablemente no sería suficiente para anular el imperativo punitivo que caracteriza al retributivismo.

Además, como se sugiere en la cita de Armstrong, aunque la retribución clásica moderada al parecer permite algún tipo de reducción de pena (que se diferencia de la suspensión de la pena), no es de ninguna manera evidente que la teoría condone las leves sanciones que, por lo general, están asociadas a los modelos de negociación para graves violaciones a los Derechos Humanos. Esto es particularmente problemático, ya que esta reducción de penas, deberá recordarse, es una condición necesaria para conseguir que los criminales hablen y poder quebrar así su pacto de silencio.

Pero, aun suponiendo que los retribucionistas moderados clásicos podrían estar de acuerdo en no castigar a los responsables del terrorismo de Estado según su mérito penal, queda aún un problema práctico que afecta a esta teoría más complicado de resolver. Nuevamente, este problema está relacionado con el paso del tiempo. Cuando ha transcurrido mucho tiempo después de los crímenes, y con el nuevo régimen político ya consolidado, la demanda por castigar severamente a todos los violadores de Derechos Humanos no es percibida como igualmente necesaria por toda la población. Una vez que decrece el efervescente clima punitivo de los primeros años después del derrocamiento de la dictadura, en un escenario político en que las nuevas generaciones se hacen cargo de las

posiciones centrales, tanto en la sociedad como en los aparatos del Estado, la renuencia (inherente a todo tipo de teorías retributivas) a argüir razones prospectivas para justificar las sanciones exigidas podría contribuir al aislamiento político de los movimientos de Derechos Humanos y, por lo tanto, poner en peligro la consolidación del nuevo régimen.

Así pues, aunque no teóricamente impedidos de dejar de lado las demandas punitivas, las organizaciones de víctimas y los actores políticos que puedan optar por este enfoque retributivo clásico moderado probablemente serían percibidos por la opinión pública como igual de vengativos que quienes profesan la concepción retributiva radical, debido principalmente al tipo de discurso que los partidarios de esta posición tienden a utilizar en el debate público y a su negativa a supeditar el castigo a los efectos beneficiosos que éste pueda conllevar para la sociedad.

Ahora, a pesar de mis argumentos anteriores, hay algunas otras objeciones que podrían plantearse en contra de este tipo particular de negociación de penas para los delitos de lesa humanidad. Una primera objeción subraya la dificultad de decidir quiénes deben ser llevados ante la justicia por los crímenes cometidos. ¿Dónde fijarán las nuevas autoridades el límite para la condonación de penas?; ¿También se beneficiarán de estas disposiciones quienes emitieran las órdenes? o ¿sólo aquellos militares que llevaron a cabo actos ilegales, cumpliendo simplemente órdenes superiores?; ¿O son ambas categorías los candidatos razonables para el modelo de negociación? Ésta es la cuestión de los límites de la responsabilidad penal por las graves violaciones a los Derechos Humanos.

Otra objeción tiene que ver con las preferencias y, en última instancia, con el rol que se les permita jugar a las víctimas a la hora de juzgar en los juicios por delitos de lesa humanidad. La mayoría de las víctimas del terrorismo de Estado quiere ver a sus torturadores sancionados con severidad. ¿Debería dejarse simplemente ese deseo de lado? Los objetores también podrían preguntar qué pasaría con la disuasión general a nivel internacional, si los responsables de graves violaciones a los derechos humanos en un país particular se vieran librados de la sanción. ¿Conseguirá este modelo disuadir a criminales potenciales en otros países? Esta es la cuestión de la disuasión general global (es decir, a escala mundial) en relación a los delitos de lesa humanidad. Por último, una crítica recurrente del modelo

de negociación penal para violaciones de Derechos Humanos afirma que la omisión de castigar a representantes notorios del régimen derrocado —muchos de ellos, de alta graduación militar— probablemente conduzca al descrédito de las nuevas autoridades y de todo el sistema de justicia. Esta objeción se refiere, entonces, a los costos pedagógico-morales, de una política de incriminación penal mayormente dedicada a conocer la verdad a costa de la aplicación de penas severas.

En las siguientes secciones discutiré estas objeciones en el orden arriba presentado.

VI | Los límites de la responsabilidad penal por violaciones a los Derechos Humanos

¿Dónde vamos a fijar los límites para los procesamientos por graves violaciones a los Derechos Humanos? Este problema no afecta solamente al modelo de negociación. Cada política criminal que tiene por objeto tratar este tipo de delitos tiene que enfrentarse a la espinosa cuestión de dónde trazar la línea al incriminar a los responsables. ¿Deberán ser castigados sólo los comandantes que dieron las órdenes, o son los oficiales militares que formaron parte de la planificación y ejecución del plan de represión también candidatos adecuados para las acusaciones penales? La mayoría de las víctimas y las personas que participan en movimientos de Derechos Humanos considerarán incluso esta última alternativa insuficiente. También desearían castigar a todos los militares que llevaron a cabo los actos ilegales aun si se pudiera comprobar que simplemente estaban cumpliendo órdenes superiores. En ese sentido, el modelo de negociación no es peor que las otras políticas alternativas. De hecho, trocar severidad penal por verdad podría ser más efectivo en alcanzar el balance apropiado sobre la cuestión de a quién castigar. Permítanme explicar por qué.

En el modelo de negociación no se da peso a las consideraciones de justicia (retributiva), siempre y cuando esto no tenga un impacto negativo en la prevención del delito, entendida ampliamente. En pocas palabras, esto significa que el grado de participación o el nivel de dominio que un

determinado agente de hecho haya tenido sobre el acto ilegal, sólo tiene relevancia subordinada a la hora de decidir si castigarlo o no, y con qué severidad. Un general que gobernara un país durante los años oscuros de persecución política y que fuera autor ideológico de los asesinatos podría, por ejemplo, obtener una pena más leve que un suboficial que sólo cometió algunas acciones ilegales aisladas, siempre y cuando el primero aceptara colaborar con la investigación y el segundo no. El hecho de que ese general podría ser merecedor de una pena mayor simplemente no es relevante para la cuestión del castigo. En su lugar, lo que importa para la determinación de las sanciones es la disposición a contribuir a la búsqueda de la verdad sobre las violaciones a los Derechos Humanos.

Sin embargo, esto no quiere decir que todos los que tengan una clara disposición para contar todo lo que sepan deben ser beneficiados por el proceso de negociación penal. Como hemos visto antes, se requiere además que la información que entreguen a los investigadores valga la pena. Si un individuo no tiene nada relevante que decir acerca de los crímenes en términos concretos y personalizados (es decir, no como afirmaciones de carácter general sobre el tratamiento usual propinado a los opositores políticos), entonces ese individuo no tiene ningún bien valioso para negociar. En el ejemplo anterior, es probable que el suboficial posea más información valiosa sobre ciertos detalles particulares que el general (que habrá seguramente actuado en un macro-nivel socio-político). En ese caso, el primero conseguiría reducciones considerables en su castigo, mientras que el segundo sería condenado severamente (lo cual, para aquellos espíritus inclinados a la retribución que realmente se preocupen por esto, podría estar más en consonancia con la noción de mérito penal).

A partir de las dos condiciones planteadas por el modelo de negociación penal (la presentación de información completa y valiosa), podríamos entonces determinar los límites de la responsabilidad penal en la búsqueda de la verdad. Reiteramos que la cuestión de quién merece ser castigado más duramente es irrelevante, ya que el objetivo principal es provocar una "carrera para llegar a hablar" antes de que algún otro imputado lo haga primero. Por lo tanto, se tendrá que decidir de manera individual quiénes serán procesados y eventualmente castigados,

dependiendo del grado en que los dos requisitos anteriores sean satisfechos por cada acusado.

VII | El papel de las víctimas de los crímenes de lesa humanidad

Otra objeción clásica al modelo de negociación se origina a partir del hecho evidente de que las víctimas del terrorismo de Estado quieren ver a sus torturadores castigados. Esta crítica afecta específicamente el modelo de negociación, ya que otros enfoques teóricos penales (por ejemplo, la retribución o la disuasión) probablemente recomendarían sanciones de severidad suficiente para aplacar esta sed de justicia. ¿Es esto un defecto fatal del modelo de negociación?

Para empezar, hay que preguntarse quiénes han de ser consideradas como víctimas en un contexto de graves violaciones de los Derechos Humanos, ¿Sólo aquéllos que fueron torturados o asesinados por los militares, así como las personas que aún están desaparecidas? Obviamente no: sus familiares tienen también el derecho a ser considerados como víctimas. Pero en ese caso, ¿cuál de esas diferentes categorías de víctimas deberá hacer prevalecer su juicio a la hora de decidir qué política penal adoptar? ¿Deberán decidir los sobrevivientes del terrorismo de Estado? ¿O deberíamos conceder a los familiares de personas muertas o desaparecidas el beneficio de vetar todas las decisiones sobre este asunto? Una solución sencilla a este dilema sería dejar que los dos grupos decidan en razón a un acuerdo común. Pero esta salida del problema presupone que las víctimas realmente tengan, o puedan desarrollar, una visión común sobre qué se debe hacer con los criminales de lesa humanidad y, aun más importante, sobre los objetivos del derecho penal que la sociedad debe priorizar. Aquí nos encontramos con una dificultad radical. En la actualidad no sabemos, ya sea en Argentina o en general, qué piensan las víctimas del terrorismo de Estado sobre estos temas. Lo que sí sabemos a ciencia cierta es la posición adoptada por las asociaciones de víctimas y organismos de Derechos Humanos en estos asuntos. Pero debemos tener mucho cuidado en no tomar estas opiniones como representativas de todo el colectivo de víctimas de violaciones de los Derechos Humanos. Dentro de este grupo más numeroso, sería razonable esperar encontrarnos con una amplia variedad de puntos de vista sobre la cuestión de cuál es el objetivo penal a

perseguir, dependiendo esa variación de factores no fácilmente comensurables, como la historia personal y familiar, la tendencia de los individuos a aceptar los hechos y seguir adelante con sus vidas o, alternativamente, a no resignarse y bregar por el castigo de los autores de los hechos, etc. Esta galería de actitudes posibles frente a estos eventos traumáticos no puede ser lo suficientemente específica. No es propio desestimar ninguna de estas conductas por motivos ideológicos, ya que se trata de estrategias psicológicas diferentes para lidiar con el sufrimiento humano, todas ellas dignas de respeto. Y es igualmente importante no tomar la opinión formulada por las víctimas y organizaciones de Derechos Humanos (que, por la propia dinámica de la agitación política, es la más escuchada en el debate) por el punto de vista de todo el colectivo en esa materia.

Una vez que la postura, aparentemente monolítica, de todo el colectivo de víctimas del terrorismo de Estado es puesta en tela de juicio, podríamos encontrar que los diferentes sub-grupos dentro de ese colectivo adoptan diferentes enfoques ante el modelo de negociación. Los que lograron sobrevivir el terrorismo de Estado, por ejemplo, podrían sentirse menos propensos a negociar castigos severos por verdad, ya que tienen mayor conocimiento de lo ocurrido que un familiar de una víctima muerta. Para ponerlo en términos más simples, no debería sorprendernos constatar que, cuanto menor es la necesidad (psicológica) de conocer, más fuerte se vuelve la demanda de castigo.

A este respecto, la falta de datos sociológicos sobre la postura de las víctimas del terrorismo de Estado es harto problemática. Estos datos son condición indispensable para la discusión abierta de los objetivos a perseguir a través de la política de persecución de los delitos de lesa humanidad.

Además, incluso si esa diagramación sociológica del colectivo de víctimas mostrara que, efectivamente, apoyan una política de castigos severos, esto no quiere decir que ha sido dicha la última palabra sobre esta cuestión. Como se reconoce en todos los sistemas penales seculares modernos, no se debe conceder a las víctimas de delitos el derecho a decidir qué hacer con los culpables. El sufrimiento humano no es una carta blanca que permite imponer la propia voluntad a los demás. A menudo hay otros objetivos socialmente deseables que deberán ponderarse junto con la razonable demanda de las víctimas de obtener justicia penal. Esto sería mucho

más así en el caso de que las víctimas no fueran un grupo monolítico, en muchos aspectos relevantes.

VIII | La disuasión general global

Supongamos resultara ser tanto racional como correcto negociar con los militares argentinos de acuerdo a los términos del modelo descrito anteriormente. ¿Qué pasaría entonces con la disuasión general a nivel internacional? ¿Cómo reaccionarían los futuros criminales de lesa humanidad en todo el mundo al ver que sus pares argentinos se salen con la suya a pesar de sus crímenes? De acuerdo con otra objeción que podría plantearse contra el modelo de negociación, una política nacional de persecución penal que otorgara reducciones de pena a cambio de información podría ocasionar pérdidas sustanciales en efectos disuasorios generales a nivel internacional.

Esta objeción se basa en la suposición de que los dictadores de todo tipo y nacionalidad son agentes racionales en condiciones de calcular riesgos y beneficios y propensos a ser disuadidos de una manera bastante directa por los castigos aplicados a otros dictadores. Pero ésta, se podría argumentar, no es una imagen veraz de la realidad. En los escenarios del mundo real, los dictadores no son fácilmente disuadidos. A menudo tienen una visión particularmente optimista (y, por desgracia, bastante realista), sobre la posibilidad de ser llevados ante la justicia por sus crímenes. Es, por lo tanto, cuestionable que se pudiera lograr un nivel aceptable de disuasión global, aun si los militares argentinos fueron castigados severamente. Siendo así, entonces no hay pérdidas en los efectos disuasorios generales que se deriven de la negociación con los militares, ya que tampoco se hubiera obtenido ninguna ganancia disuasora sentenciándolos a castigos severos. O por lo menos así se podría argumentar.

Sólida como parece ser, esta defensa del modelo de negociación no es, sin embargo, totalmente inmune a ataques. En los términos en que ha sido formulada, es afectada por todos los problemas relacionados con la determinación empírica de los efectos disuasorios de la pena. Por lo general, no podemos tener conocimiento sobre el éxito de un programa de disuasión en particular, sino solamente de sus fracasos. Cuando vemos a alguien infringiendo la ley, podemos a ciencia cierta

inducir que ese individuo no fue disuadido, al menos en esta ocasión particular. Pero este incidente no revela nada acerca de en cuántas otras ocasiones éste u otros infractores pueden haber sido disuadidos por la amenaza de castigo.

A pesar de ello, sigo pensando que las penas negociadas que he estado defendiendo en este artículo podrían ser lo suficientemente disuadoras para responder a la presente objeción. Después de todo, el modelo de negociación penal no implica que los responsables queden exentos de todo tipo de medida penal. Todavía serán detenidos, llevados ante la justicia, se los exhortará a entregar información pertinente como condición para obtener una reducción de la sanción y, si se niegan, serán severamente castigados. Por otra parte, si deciden colaborar con la fiscalía, se enfrentarán al descrédito social que se desprende de una confesión completa y pública de los delitos.

¿No podrían constituir todos estos factores elementos suficientes de disuasión? Yo opino que sí, y apoyo esta creencia en las pruebas certeras (aunque muy limitadas) que tenemos sobre el efecto de reducción de la delincuencia mediante las sanciones penales. A pesar de que no sabemos cómo las sanciones afectan la "sintonía fina" de los índices de criminalidad, sabemos con certeza que, sin ninguna sanción, el número de delitos muy probablemente aumente. Y también sabemos que la prevención de la delincuencia trabaja mediante otros mecanismos que el simple temor a ser sometido a un tratamiento penal duro. Como sugeriera anteriormente, la vergonzosa experiencia de confesar los propios crímenes también podría satisfacer la función disuasoria. En ese sentido, las particularidades de la realidad política y nacional en la que actúa cada perpetrador de crímenes contra la humanidad podrían ser factores disuasores más poderosos que la decisión de no condonar las penas a delincuentes similares en otros países. Si aspiramos a asegurar un nivel suficiente de disuasión, ya sea global o local, en relación a este tipo de criminalidad, deberíamos más bien observar otros factores en las sociedades en las que se aplica la negociación de castigos.

Uno de esos factores es la distribución de las sanciones penales, haciendo que todos los responsables de violaciones graves a los Derechos Humanos —cómplices civiles incluidos— sean inculpatos y castigados. Tal política de sanciones penales generalizadas sería probablemente más eficaz

desde el punto de vista preventivo, e incluso disuasor. En la eventualidad de que un gobierno dictatorial sea restaurado en el futuro, la población civil reflexionará sin duda varias veces antes de decidirse a colaborar con los militares, ya sea por acción u omisión.

IX | Los costos pedagógicos

Por último, otra objeción que pudiera plantearse en contra del modelo de negociación penal destaca los efectos pedagógicos que se derivan tanto de la criminalización como del castigo de conductas socialmente nocivas. Según esta crítica, la concesión de sustanciales reducciones en las sanciones impuestas por las graves violaciones a los Derechos Humanos corre el riesgo de desacreditar el sistema jurídico y todo el proceso post-dictatorial ¿Puede esta objeción ser neutralizada?

En mi opinión, se puede. En primer lugar, no se debe subestimar el efecto pedagógico originado por el descrédito, final e irreversible, de los criminales de lesa humanidad y de la dictadura. Las graves violaciones a los Derechos Humanos se cometen en un escenario de luchas políticas que se reflejan más adelante en las diferentes versiones, por lo general, opuestas a los hechos presentadas por los adversarios de la controversia. El modelo de negociación penal, si es aplicado con éxito, podría de una vez por todas zanjar esa disputa histórica.

En segundo lugar, el modelo de negociación penal, contrariamente a las apariencias, no es en absoluto generoso. El ofrecimiento de reducción —o incluso de suspensión— de la pena es condicional y está sujeto a la utilidad de la información proporcionada por el reo. Podemos comparar el modelo de negociación defendido en este artículo con el de la Comisión Sudafricana para la Verdad y la Reconciliación. Después de la caída del régimen del *apartheid* en Sudáfrica, quien hubiera violado los Derechos Humanos podía evitar el castigo penal simplemente relatando todo lo que sabía sobre los abusos, incluidos sus propios crímenes. Pero esto no será suficiente en caso de aplicarse el modelo de negociación penal aquí presentado. Además de su disposición a colaborar con la fiscalía, se requiere además que uno proporcione información nueva y valiosa. Deberá entonces el reo ser uno de los primeros imputados en decir la ver-

dad, al menos si no desea correr el riesgo de perderse una rebaja penal substancial, con el argumento de que su información ya se conoce. En términos concretos, esto significa que muchos de los responsables por graves violaciones a los derechos humanos probablemente obtendrán reducciones menores en la severidad de la pena, ya que la información que proporcionan podría ya haber sido revelada por sus cómplices. Esta circunstancia, sin duda, neutraliza el efecto negativo pedagógico enfatizado por la presente objeción.

En tercer lugar, y en particular en relación al caso argentino, una política de negociación penal podría permitir conocer la verdad sobre los desaparecidos, incluidos los bebés apropiados ¿Qué efecto pedagógicamente más edificante que comprobar que una sociedad, a través de un amplio acuerdo político, logra finalmente localizar a sus ciudadanos desaparecidos y —como en el caso de los bebés— consigue también devolverlos al lugar donde pertenecen?⁽¹³⁾

Por todas las razones anteriores, concluyo que la objeción que indica que la negociación con los criminales de lesa humanidad podría desacreditar el sistema legal y el proceso post-dictatorial simplemente no da en el blanco.

X | Conclusiones

En este capítulo, se ha descrito una tensión interna entre las diferentes demandas punitivas que caracterizan la retribución radical clásica, cómo es comúnmente aplicada a la cuestión de los crímenes contra la humanidad. He argumentado que el énfasis puesto por las víctimas de violaciones a los derechos humanos en castigar duramente a todos los militares culpables del terrorismo de Estado es muy probablemente incapaz de satisfacer la demanda (retributivista radical) de castigar a todos los involucrados en los

(13) Escribo “también” en cursiva porque, en mi opinión, las familias que, sin saberlo, adoptaron niños secuestrados por los militares podrían tener legítimas reclamaciones legales y morales sobre sus hijos adoptivos. Del mismo modo, hay argumentos en favor de tomar en cuenta la falta de voluntad de los hijos adoptivos por saber sobre su familia biológica, incluso cuando los padres adoptivos sabían del carácter ilegal de la adopción. A pesar de ello, no tengo intención de discutir esos temas aquí, ya que van más allá del ámbito del presente artículo.

abusos. La política más racional en ese sentido parece ser un modelo de negociación que ofrezca a los criminales sustanciales reducciones de penas a cambio de información valiosa sobre el destino final de las víctimas, así como sobre las identidades de todos aquellos —tanto civiles como militares— que participaron en los delitos de lesa humanidad. En consecuencia, también he defendido este modelo de las objeciones principales que pudieran suscitarse en su contra. En cuanto a la opinión de que el modelo de negociación no puede establecer los límites de las acusaciones penales por violaciones graves a los Derechos Humanos, he presentado una propuesta según la cual tanto la voluntad de colaborar con la fiscalía como la utilidad de la información proporcionada son utilizadas para identificar aquellos, entre los inculpatos, que puedan ser beneficiados por las reducciones de pena.

En relación a la objeción de que el modelo de negociación penal no reconoce el papel a jugar en los procesamientos por las víctimas de delitos, argumenté que éstas no constituyen un grupo homogéneo y que, en su interior, podríamos encontrar una amplia aceptación para el tipo de negociación con los responsables de las violaciones a los Derechos Humanos defendido en este artículo.

Con referencia a la crítica que dice que el modelo de negociación penal pone en peligro la disuasión global general, repliqué que la negociación de verdad por justicia puede tener un efecto preventivo (y también disuasivo) suficiente como para no verse afectada por esta objeción. Además, también defendí el modelo de negociación penal refiriéndome a lo que denominé la distribución de las sanciones penales: lograr que todos los responsables de violaciones de Derechos Humanos —incluidos los cómplices civiles— sean procesados y castigados es probablemente un mecanismo preventivo y disuasivo más eficaz que simplemente seleccionar a aquellos miembros del personal militar que estuvieron directamente involucrados en los crímenes, o a quienes los ordenaran.

Por último, en relación a las supuestas pérdidas pedagógicas que el modelo de negociación penal podría provocar, argumenté que este temor puede ser exagerado, ya que también se deben tener en cuenta los beneficios pedagógicos que se derivan de una política penal que esclarezca —de una vez por todas— lo actuado por los criminales, incluyendo el

conocimiento sobre el destino final de las víctimas y (en el caso argentino) el paradero de los niños desaparecidos.

En conjunto, todos estos argumentos hablan a favor de implementar el modelo de negociación penal, de la manera que ha sido bosquejado en este artículo, en una situación en la que ha transcurrido largo tiempo luego de la transición post-dictatorial.

Para apoyar aun más esta conclusión, quiero por último poner de relieve el hecho de que ni siquiera los que sobreviven a los crímenes cometidos por regímenes opresivos tienen pleno conocimiento de lo sucedido. En este respecto, la verdad permanece con los ojos vendados, como muchos de los cautivos en sus celdas clandestinas al momento de cometerse los crímenes. Una vez que ha transcurrido un tiempo prolongado desde los delitos, sólo el modelo de negociación penal es capaz de desplegar la verdad y quitar el velo de ignorancia que ciega a todas las partes involucradas.

Agradecimientos: Quiero agradecer al crítico anónimo de la primera versión de este artículo por sus valiosos comentarios.

Bibliografía

ACTON, H.B. 1969. *The philosophy of punishment*. New York, MacMillan, St. Martin's Press.

ARMSTRONG, K.G. "The retributivist hits back" (en Acton, H.B., *The philosophy of punishment*. New York, MacMillan, St. Martin's Press, 1969).

KANT, I. 1887. *Rechtstehre*, trad. E. Hastie. Edinburgh, Clark.

PINCOFFS, EDMUND L. 1966. *The rationale of legal punishment*. New York, Humanities Press.

Malos tiempos para las alternativas a la cárcel (a propósito de las últimas reformas penales en España)

por JUAN M. TERRADILLOS BASOCO⁽¹⁾

I | Introducción

“No, Cojo, las gentes son distintas. A unos las cadenas les paralizan las piernas y les libertan el alma; para otros es el alma la que resulta encadenada... Esto hay que saberlo comprender”
(M. Gorki, *Karpe Bonkoiemof*)

El espacio carcelario es receptáculo y horma de gentes distintas y produce, sobre ellas, efectos diferentes. A unos sólo les paraliza las piernas; a los otros, les encadena el alma.

Para el pícaro, paradigma tradicional de marginalidad, apenas le supone algo más que la reducción del ámbito físico de sus andanzas. En el polo opuesto, Fray Luis de León encuentra en el sosiego carcelario al que le sometió la Santa Inquisición un marco de reflexión serena: recortadas sus posibilidades de movimiento, pero liberada el alma, el penado “con sólo Dios se compasa y, a solas su vida pasa, ni envidiado ni envidioso”.

Para Miguel Hernández, por el contrario, la prisión es, sobre todo, destrucción del hombre. Dentro de los muros carcelarios, sólo algún privilegiado,

.....

(1) Catedrático de Derecho Penal Universidad de Cádiz (España).

como el gorrion Pío-Pa, protagonista de un inconcluso cuento del poeta y “experimentado sorteador de las ballestas, pedradas, trampas y artimañas humanas conjuradas contra su leve ser”, sigue siendo, en su fragilidad, un ser vivo. Pero la excepción no puede ocultar la regla: sólo la vida exterior (“Tu risa me hace libre, me pone alas. Soledades me quita, cárcel me arranca”) es lenitiva a lo que la cárcel le aporta: dolor.

La cárcel gestiona todos los aspectos de la vida del interno y no sólo le priva de la libertad de movimientos: le encadena el alma. El poder carcelario, tal como enseñó el Foucault de *Surveiller et punir*, no se ocupa, se ejerce; y se ejerce como disciplina difusa que penetra en toda su dimensión la porosidad personal.

El rasgo es, por cierto, común a todas las llamadas “instituciones totales”. La prisión, como la clausura conventual o la disciplina del barracón, delimita un espacio físico que no sólo encierra al individuo y organiza su trabajo; disciplina, además, sus tiempos y sus espacios, sus relaciones y sus posibilidades, sus pasiones y sus frustraciones.

También es cierto que la cárcel constituye un universo complejo en el que conviven, sobre el innegable sustrato de la privación de libertad de movimientos, realidades y proyectos personales y colectivos de muy diverso orden. También, sobre la abyección de la siberiana casa de los muertos, Dostoievski entreteje las biografías de sus heterogéneos moradores, tan criminales como víctimas, de modo que a lo sórdido se yuxtapone lo utópico y hasta lo solidario. Y, cuando el Charlot de los Tiempos modernos prefiere la vida carcelaria a la “libertad”, no lo hace en razón de las excelencias de aquélla, sino por las limitaciones y contradicciones de ésta. La dureza de la vida cotidiana, ampliada en la prisión, nos conduce a la evidencia de que ésta no es un islote aislado en el tiempo y el espacio. Cada sociedad tiene sus prisiones y cada ciudadano tiene su celda.

Sin embargo, insistir en el lado brutal de la prisión no es constreñirse a una visión sesgada de la realidad, sino mantener viva la sana desazón que a la sociedad de los libres ha de plantearle siempre la de los cautivos. Al menos mientras la libertad siga siendo un valor; al menos mientras tenga sentido el grito flamenco de la vieja “soleá” que cantara Juan Talega:

“Ya perdí mi libertad
la prenda que más quería,
ya no puedo perder más
aunque perdiera la vida”.

II | El modelo español

La evolución sufrida por el ordenamiento español, desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 (CP) —el “Código Penal de la democracia”— no refleja la misma preocupación por el valor “libertad”.

Por el contrario, el legislador, en materia de penas, ha estado más atento a la alarma social generada por los simplificadores titulares de la “opinión publicada” que a implementar una respuesta sancionadora eficaz, razonada y científica. De este modo, la pena carcelaria —con una duración que va de tres meses a cuarenta años— sigue ocupando el centro del arsenal punitivo.

La última gran reforma del Código español, fruto de la Ley Orgánica 5/2010, en la senda abierta por la Ley Orgánica 15/2003⁽²⁾, sigue anclada en el prejuicio de creer que en la ley penal, y no en la sociedad a la que se dirige, está el germen del delito. En contra de lo que enseñan todos los estudios criminológicos, se acepta que éste es fruto de la liviandad de los castigos⁽³⁾; lo que obliga a concluir que incrementar su afflictividad constituye la *conditio sine qua non* de una política criminal eficaz. Y, convencido el legislador de que la pena privativa de libertad es expresión máxima de la contundencia del sistema, sigue considerándola su espina dorsal⁽⁴⁾.

.....
(2) A observar que ambas leyes responden a mayorías parlamentarias distintas (Partido Popular en 2003; Partido Socialista en 2010), hecho que no se ha reflejado en la implementación de políticas penales sustancialmente diferentes en esta materia.

(3) CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., “Origen y evolución histórica de la prisión”, en A.I., Cerezo Domínguez, y E., García España, (coord.), *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Ed. Comares, 2007, p. 20.

(4) TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Las reformas penales españolas de 2003: valoración político-criminal*: Nuevo Foro Penal, 2005 (67), pp.138/140.

Las alternativas a la prisión, en consecuencia, reflejan en su parquedad una ideología securitaria que tiene como fruto una población carcelaria desmedida —71.565 reclusos en octubre de 2011; de ellos, 12.765 en prisión preventiva⁽⁵⁾— sin que, según parece, a nadie le haya preocupado relacionar esta magnitud con la cantidad y calidad de la delincuencia en España⁽⁶⁾.

II.1 | Suspensión de la ejecución

La primera gran alternativa a la pena carcelaria es la suspensión de su ejecución. No suspensión de la pena con sometimiento a prueba, como es práctica extendida tanto en la legislación europea como en la anglosajona (*probation*), sino simplemente de la ejecución condicional de la pena ya impuesta (*sursis*)⁽⁷⁾.

A tenor de los arts. 80 a 87 CP, se podrá acordar la suspensión de las penas privativas de libertad no superiores a dos años, atendiendo a la duración de la pena y las características del hecho, a la peligrosidad criminal y demás circunstancias del sujeto así como a la existencia de otros procedimientos penales dirigidos contra él, siempre que hubiere delinquirido por primera vez y que hubiera satisfecho, salvo casos de imposibilidad, las responsabilidades civiles derivadas del delito. Exigencia ésta que poca relación tiene con los fines de la pena y mucha con condiciones del reo ajenas al delito, lo que debería aconsejar su supresión o su conversión en un elemento más a la hora de tomar la decisión de suspender la ejecución y no en su presupuesto condicionante⁽⁸⁾. De otro modo, simplemente se estarán supeditando los objetivos constitucionales de resocialización a la satisfacción de intereses de la víctima⁽⁹⁾, desconociendo que lo relevan-

.....
(5) www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html

(6) ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Ed. Aranzadi, 2010, pp. 227/237.

(7) FERRÉ OLIVÉ, J.C.; NUÑEZ PAZ, M.A., Y RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *Derecho Penal Colombiano. Parte General*, Ed. Ibañez, 2010, pp. 639/640.

(8) SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Madrid, Ed. Colex, 2000, p. 298.

(9) LARRAURI PIJOÁN, E., "La reparación", en J., Cid Moliné, y E., Larrauri Pijoán, (coord.), *Penas alternativas a la prisión*, Ed. Bosch, 1997, p. 193.

te, desde la perspectiva preventivo-especial propia de la institución, es el intento de reparación, con independencia de que ésta se logre, ya que este resultado depende objetivamente de la capacidad económica del victimario⁽¹⁰⁾.

Se podrá acordar igualmente la suspensión, aun en ausencia de estos requisitos, si el penado estuviere aquejado de enfermedad muy grave con padecimientos incurables, "salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo".

El plazo de suspensión de la ejecución —que no será extensiva a la responsabilidad civil— es de dos a cinco años⁽¹¹⁾.

La suspensión queda siempre condicionada a que el reo no delinca durante ese plazo. En ese caso, transcurrido éste, se acordará la remisión de la pena. Si, por el contrario, delinquire, se revocará la suspensión, que dará paso a la ejecución de la pena sustituida (art. 84 CP).

La suspensión puede condicionarse también, aunque potestativamente, al cumplimiento de ciertas obligaciones específicas: "1ª) Prohibición de acudir a determinados lugares. 2ª) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos. 3ª) Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida. 4ª) Comparecer personalmente ante el juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas. 5ª) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares. 6ª) Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona" (art. 83 CP).

(10) SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., "El sistema penal: su legitimidad axiológica, contextual y teológica" en *Jueces para la Democracia*, 2011 (72), pp. 51/52, n. 62.

(11) De tres meses a un año si la pena suspendida fuere leve.

La infracción de alguna de las obligaciones impuestas puede dar lugar a su sustitución por otras, a la prórroga del plazo de suspensión —sin exceder de cinco años— o a su revocación.

En las condenas por delitos “relacionados con la violencia de género”, la suspensión se condicionará, en todo caso, al cumplimiento de las obligaciones 1ª, 2ª y 5ª de las mencionadas. De modo que la infracción de alguna de ellas determinará la revocación de la suspensión (art. 84 CP).

En los casos en que el sujeto hubiere cometido el delito a causa de la dependencia del alcohol u otras drogas tóxicas, de psicotrópicos o estupefacientes o de sustancias análogas, se le podrá conceder la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad no superiores a cinco años, aun cuando no fuere delincuente primario, siempre que un centro público o privado, debidamente homologado, certifique que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento deshabitador.

La suspensión, que en estos casos tendrá una duración de tres a cinco años, queda condicionada, además de a la no comisión de delitos, a que no se abandone el tratamiento hasta su terminación, en el entendimiento de que alguna recaída esporádica no debe considerarse abandono⁽¹²⁾. De no cumplirse la condición, se revocará la suspensión de la pena.

Transcurrido el plazo fijado y acreditada la deshabitación, procede la remisión de la pena. Si no se hubiere logrado la deshabitación, se ordenará el cumplimiento de la pena sustituida, salvo que se estime necesaria la prosecución del tratamiento, en cuyo caso se podrá prorrogar el plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años (art. 87 CP).

En las condenas por delitos perseguibles sólo a instancia de parte —mediante denuncia o querrela— los jueces deben oír al ofendido antes de decidir la suspensión de la ejecución. En el entendimiento de que “oír” no significa supeditar la decisión a la voluntad de la víctima, pervirtiendo el carácter público de las decisiones judiciales en materia penal.

(12) MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2010, p. 574.

II.2 | Sustitución

Junto a la suspensión, sometida a condiciones, de la pena de prisión, el CP español conoce también la posibilidad de su sustitución.

II.2.1 | REGLAS GENERALES

El CP (art. 88) permite la sustitución de las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad y, si no excediesen de seis meses, también por localización permanente, siempre que no se trate de reos habituales, cuando así lo aconsejen la naturaleza del hecho y las circunstancias personales del reo, especialmente su esfuerzo para reparar el daño causado. “En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código”⁽¹³⁾.

Podrán incluso ser sustituidas, aunque excepcionalmente, las penas de prisión no superiores a dos años “cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social”.

Las penas de prisión impuestas por delito relacionado con la violencia de género sólo podrán ser sustituidas por las de trabajos en beneficio de la comunidad o de localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos casos, se impondrán, además, la obligación de seguir programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la prohibición de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima o a las personas que el juez designe.

Cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa, por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente.

El incumplimiento, total o parcial, de la pena sustitutiva comporta la ejecución de la inicialmente impuesta, descontando la parte de tiempo ya cumplida, que se determinará de acuerdo con la misma regla de conversión.

.....
(13) Ver supra II.1.

La exclusión legal de los habituales ha sido doctrinalmente considerada como un apriorismo que, de espaldas a los fines de la institución, hurta al juzgador sus competencias y obligaciones individualizadoras⁽¹⁴⁾.

II.2.2 | PENAS SUSTITUTIVAS

El heterogéneo elenco de penas sustitutivas de la prisión de corta duración lo integran una pena pecuniaria —la multa—, otra privativa de libertad —la localización permanente— y otra privativa de derechos —trabajos en beneficio de la comunidad—.

II.2.2.1 | Multa

La posibilidad de recurrir a la multa como alternativa a la privación de libertad es bien conocida tanto en derecho comparado como en el sistema penal español.

Sin embargo, la práctica forense revela un dato que empuja a recurrir preferentemente a la prisión —cuando la ley permite la opción— en detrimento de la multa. Ésta aparece, en efecto, como sanción insuficiente, sobre todo, porque en un amplísimo porcentaje de casos, quizá por la inexistencia de un servicio *ad hoc*⁽¹⁵⁾, no se investiga la capacidad económica del culpable y, consiguientemente, se imponen multas de cuantía mínima. Si, de hecho, una de las posibilidades con que cuenta el juzgador es una pena pecuniaria irrisoria, queda expedito el camino para justificar el recurso, en su lugar, a la privación de libertad.

Supone una importante excepción a este modelo la exigencia de responsabilidad penal por impago de multa: si el condenado “no satisficiera voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas” (art. 53 CP).

(14) ABEL SOUTO, M., “Alternativas necesarias frente al punitivismo: *probation*, suspensión y sustitución de la pena de prisión en el Código Penal español, reformado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”: *Gaceta penal & procesal penal*, 2001 (23), p. 372.

(15) CID MOLINÉ, J. Y LARRAURI PIJOÁN, E. (coord.), *Jueces penales y penas en España (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pp. 115/116.

Dado que “responsabilidad personal subsidiaria” es tanto como privación de libertad, es claro que se ha optado —y de manera imperativa en el caso de los sujetos económicamente más débiles— por el camino contrario a la sustitución de la prisión, ya que lo que materialmente ocurre es la transformación de la pena pecuniaria en pena carcelaria. Con el riesgo añadido de entrar en contradicción con los principios de proporcionalidad y de igualdad; riesgo que no fue entendido así por el Tribunal Constitucional que, en sentencia de 18 de febrero de 1988, declaró conforme a la Constitución —al contrario, por cierto, de lo que hiciera el Tribunal Constitucional italiano en sentencia núm. 131/79— el denominado entonces arresto sustitutorio.

No procede entrar aquí en el re-examen de la constitucionalidad de anómala sustitución de la multa por una pena privativa de libertad. Pero, lo cierto es que la legitimidad de tal sustitución tiene una base excesivamente endeble. La distribución desigual de las penas carcelarias a que necesariamente conduce no se le oculta a nadie. No queda mejor parado el principio de proporcionalidad: la pena proporcional es, en la valoración legal, la que se vincula a cada delito y, si en atención a circunstancias personales del reo, absolutamente ajenas al comportamiento culpable, se sustituye aquella pena por otra de mayor afflictividad, la proporcionalidad desaparece⁽¹⁶⁾.

Cuando se argumenta que tales consecuencias negativas son consecuencias no queridas pero necesarias del principio de inderogabilidad de la pena⁽¹⁷⁾, se está manejando un principio que no tiene un valor absoluto en derecho, tanto que es desmentido en múltiples ocasiones por la propia norma penal⁽¹⁸⁾.

Cierto que cabe la posibilidad, previa conformidad del penado, de acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad o, en el caso de condena por falta, mediante localización permanente (art. 53 CP). Lo que no significa, sin embargo,

(16) JAREÑO LEAL, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Ed. Civitas, 1994, p. 243.

(17) Si no se produce la sustitución, se generan zonas de impunidad.

(18) JAREÑO LEAL, A., Op. cit., p. 233.

devolver a la multa sus posibilidades de constituirse en alternativa a la prisión. Tal como se analizará a continuación, el recurso a trabajos en beneficio de la comunidad está lastrado por graves deficiencias aplicativas y la localización permanente, más allá de lo que su nombre puede sugerir, no es sino una forma más de privación de la libertad ambulatoria que, en ciertos supuestos, revista la forma de encierro carcelario.

Por otra parte, debe ser considerado relevante el dato de que la regla seguida en nuestra práctica forense sea el uso “masivo” de la prisión, en su forma de responsabilidad personal subsidiaria, en los supuestos de impago por insolvencia, hasta niveles excepcionalmente altos comparados con los países de nuestro entorno⁽¹⁹⁾.

II.2.2.2 | Localización permanente

La localización permanente es, en el CP español, una pena privativa de libertad (art. 35 CP) que puede remplazar, en las condiciones analizadas, a la prisión, sustituyendo cada día de cárcel por otro de localización.

A pesar de su denominación, no se limita a asegurar que el penado esté localizado en todo momento, sin verse privado de su libertad ambulatoria. Por el contrario, es ésta la afectada, ya que se obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez, durante un plazo máximo de seis meses, de manera continuada o, cuando el reo lo solicitare y así lo aconsejaren las circunstancias del caso, los sábados y domingos o de otra forma no continuada (art. 37 CP).

Más que una pena de localización alternativa a la prisión, el legislador ha optado por un confinamiento en el propio domicilio que hereda las desventajas de las desaparecidas penas de arresto domiciliario y de arresto de fin de semana, cuyas limitaciones ya fueron denunciadas doctrinalmente desde el momento mismo de su incorporación al CP⁽²⁰⁾.

(19) CID MOLINÉ, J., Y LARRAURI PUJÓAN, E., (coord.), Op. cit., p. 110.

(20) REBOLLO VARGAS, R., “Algunos problemas de la pena de arresto de fin de semana” en *Actualidad Penal*, 1998 (5), pp. 102/104.

Cuando la localización permanente se imponga como pena principal “y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable”, se podrá cumplir los sábados, domingos y festivos “en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado...”. Esta posibilidad, que traiciona la inicial vocación de la pena como alternativa a la prisión, ya que se ejecuta en condiciones muy similares, responde al objetivo de dar una respuesta contundente a las faltas reiteradas de hurto, único supuesto en el que está legalmente prevista (art. 623.1). Tal como ha denunciado la doctrina, se renuncia en estos casos a proteger al condenado de las consecuencias desocializadoras de la prisión, en aras de objetivos distintos: preventivo-especiales, relacionados con el efecto *shock* que produce el ingreso efectivo en centro carcelario y preventivo-generales, por la presunta inhibición que en la colectividad puede generar la certeza de que toda infracción criminal tiene el castigo carcelario adecuado⁽²¹⁾. No puede olvidarse al respecto que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 justificaba la reforma del CP, en clave ciertamente punitivista apelando a la necesidad de garantizar una mejor prevención, pero concebida ésta no como más eficaz tutela de bienes jurídicos esenciales, sino como forma de garantizar el “derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas”, otorgando con ello “mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica”⁽²²⁾.

Cierto que el efecto desocializador de la cárcel puede verse atenuado por el carácter discontinuo de la ejecución —generalmente compatible con el trabajo del reo— y por la proximidad del centro penitenciario al domicilio, aunque también se ha denunciado doctrinalmente que la decisión de que la pena, ya no alternativa a la privación de libertad sino puramente carcelaria, pueda cumplirse en los fines de semana y días feriados responde a la voluntad de “aprovechamiento de las plazas que quedan libres en los centros penitenciarios durante el disfrute de los permisos de salida y de fin de semana de algunos penados”⁽²³⁾.

(21) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “La pena de localización permanente”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, p. 96.

(22) Ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., op. cit. p. 137.

(23) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “La pena de localización permanente”, op. cit., p. 96.

Cuando la localización permanente sea pena sustitutoria de la prisión, el art. 88 CP prevé la imposición al reo de ciertas obligaciones, algunas de las cuales son abiertamente incompatibles con la permanencia en el propio domicilio. El legislador no ha estado atento a esta contradicción.

Para garantizar el cumplimiento efectivo de la pena, se podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del condenado (art. 37 CP), lo que obliga a una cuidadosa delimitación legal y judicial de los ámbitos público —tradicional espacio de cumplimiento de una pena— y privado —espacio de intimidad personal y familiar—. Por otra parte, los medios de control han de ser idóneos para la localización del condenado en su domicilio y en los lugares en los que, fuera de él, haya de cumplir alguna de las obligaciones impuestas⁽²⁴⁾.

II.2.2.3 | Trabajos en beneficio de la comunidad

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, introductora en el derecho español de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la presenta como instrumento de resocialización.

A tal efecto, el art. 49 CP, dispone que “Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares”. La duración de la jornada de trabajo diaria no excederá de ocho horas y la de la pena puede ir de un día a un año (art. 40.4 CP).

Dado el carácter de pena que tienen estos trabajos, no se supeditarán al logro de intereses económicos.

El trabajo será facilitado por la Administración, mediante los oportunos convenios. Y aquí radica el talón de Aquiles de la pena; dado que, en la

(24) Ver OTERO GONZÁLEZ, P., *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Ed. Tirant lo Blanch, 2008, pp. 24/28.

práctica, las posibilidades de sustitución quedan condicionadas por una oferta de trabajos de interés social que no siempre resulta satisfactoria⁽²⁵⁾. A lo que se suman las limitaciones de una oficina judicial no adecuada a la ejecución de las penas alternativas y a una desconfianza constatable entre los aplicadores del derecho respecto a su idoneidad⁽²⁶⁾, lo que recorta considerablemente los efectos que podrían esperarse de los trabajos en beneficio de la comunidad como alternativa no marginalizante y resocializadora a la prisión⁽²⁷⁾. Finalmente, la tradicional carencia de previsiones presupuestarias que acompaña, en España, a las reformas penales hace difícilmente viable cualquier opción que suponga necesidad de medios técnicos o humanos⁽²⁸⁾.

Los trabajos en beneficio de la comunidad constituyen, sin embargo, una práctica consolidada en los países de nuestro entorno, en donde han logrado una normalización que aún falta en el sistema español, normalización sólo posible con las necesarias dosis, recomendadas por la doctrina, de voluntad política —traducida en la aportación de recursos— y de imaginación —para poder plasmar en estrategias aplicativas la idoneidad que, como alternativa a la prisión, tiene innegablemente el trabajo comunitario⁽²⁹⁾—.

II.2.3 | UN SUPUESTO ESPECÍFICO: LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Como sustitutivo de la pena privativa de libertad, el art. 89.1 del CP, reformado por la Ley Orgánica 5/2010, prevé la expulsión del extranjero no residente legalmente en España condenado a penas de esa naturaleza inferiores a seis años.

(25) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *La sanción de trabajo en provecho de la comunidad*, La Ley, 1985 (1194), p. 1075; GARCÍA ARÁN, M., "Valoración y consideraciones generales sobre las distintas opciones" en DE SOLA DUEÑAS, A.; GARCÍA ARÁN, M. Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Alternativas a la prisión*, Ed. Instituto de Criminología de Barcelona, 1986, p. 64.

(26) CID MOLINÉ, J., y LARRAURI PIJOÁN, E., (coord.), op. cit., pp. 111/112.

(27) DOLCINI, E., y PALIERO, C.E., *Il carcere ha alternative?*, Ed. Giuffrè, 1989, pp. 166/167.

(28) BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Ed. Tirant lo Blanch, 2009, pp. 451/452.

(29) BRANDARIZ GARCÍA, J.A., op. cit., p. 459.

Frente al criterio mantenido en los sucesivos proyectos de reforma, que se decantaban por una expulsión de carácter potestativo, el precepto finalmente aprobado, lamentablemente, la impone como regla general, salvo que excepcionalmente, el juez apreciare razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español.

Por otra parte, la modificación de 2010 amplió el campo de la expulsión, que en el precepto reformado sustituía a la prisión y ahora puede sustituir a cualquier pena privativa de libertad, es decir, prisión, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, ex art. 35 CP⁽³⁰⁾.

En el haber de la reforma hay que apuntar, sobre todo, la posibilidad de adaptar la duración de la medida de expulsión (entre cinco y diez años) a la de la pena sustituida y a las circunstancias del penado, con lo que se supera la rigidez anterior, que al prever una duración de diez años, hacía imposible la individualización judicial y el respeto al principio de proporcionalidad.

El quebrantamiento de la condena, materializado en el regreso del extranjero a España antes de transcurrir el tiempo establecido judicialmente, determina o su expulsión —“empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”— si fuere sorprendido en la frontera, o el cumplimiento de las penas sustituidas (art. 89.4 CP). Esta opción viola la prohibición *non bis in idem*, ya que no tiene en cuenta el tiempo de expulsión ya sufrido y establece un automatismo que veta al juez el examen concreto de las circunstancias concurrentes.

El art. 89.5 prevé la expulsión del extranjero no residente legalmente en España “que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España”.

No es necesario recurrir a mayores argumentos para entender que se trata de un precepto inconciliable con el principio de igualdad —en la medida

(30) TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Reflexiones y propuestas sobre inmigración”: InDret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, 2010 (1) p. 9.

en que establece una disciplina diferenciada en razón de criterios ajenos a los que inspiran la naturaleza, requisitos y efectos de la libertad condicional—, escasamente respetuoso con los requerimientos del *non bis in idem*—por cuanto sigue imponiendo sanciones allí donde ya se ha cumplido la condena en los términos legalmente exigidos para recuperar la libertad⁽³¹⁾— e incompatible con los objetivos reinsertadores⁽³²⁾, ya que se niega la posibilidad de acceder a la libertad condicional a quienes acreditan contar con el requisito básico para concederla, esto es, en los términos del art. 90.1.c) CP, a quienes cuentan “con un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

No serán susceptibles de sustitución las penas impuestas al extranjero responsable de los delitos contra los derechos de los trabajadores o contra derechos de los ciudadanos extranjeros a que se refieren los arts. 312, 313 y 318 bis (art. 89.7). Es difícil entender la razón en cuya virtud no se incluyen, junto a estos delitos, el de trata de seres humanos del art. 177 bis⁽³³⁾, tan próximo en su estructura a los del art. 318 bis.

Pero no es la única duda no resuelta que plantea la expulsión como sustitutivo de la pena carcelaria. No se trata de una alternativa que responda al objetivo de evitar la desocialización inherente a la ejecución penitenciaria, tal como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, sino de dar respuesta a requerimientos utilitarios —evitar problemas de masificación gravosa, además de económicos en las prisiones— y defensas —en la medida en que el inmigrante irregular menesteroso representa una amenaza potencial a la seguridad⁽³⁴⁾—.

.....

(31) TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Inmigración, ‘mafias’ y sistema penal. La estructura y la pátina”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Cuestiones actuales de Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Ara, 2010, p. 133.

(32) GUIASOLA LERMA, C., “La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art. 89)”, en F.J., Álvarez García, y J.L., González Cussac, (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, p. 135.

(33) GUIASOLA LERMA, C., op. cit., p. 136.

(34) Son los manidos argumentos que se emplearon, en el tránsito del siglo XIX al XX, para justificar las leyes de represión de la peligrosidad predelictual: ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*, Ed. Akal, 1981, pp. 55/56 y 74/80.

Las palmarias reservas que, desde el punto de vista de su conciliabilidad con la Constitución, plantean la expulsión penal del extranjero⁽³⁵⁾, se incrementan en la fase de ejecución. Si el extranjero, al acordarse la expulsión, no estuviera privado de libertad, el juez, para asegurar la expulsión, podrá ordenar el ingreso en un centro de internamiento.

A observar que la sustitución de la pena privativa de libertad se traduce, así, en una nueva privación de libertad. No en una pena; en una privación de libertad que ni siquiera tiene naturaleza sancionatoria, puesto que no nace de la conducta, delictiva o no, del condenado, sino de la tardanza de la Administración en la tramitación del expediente de expulsión.

La detención en centro de internamiento, que podría alcanzar una duración de seis meses ampliable a dieciocho, tal como autoriza la Directiva 2008/115/CEE, del 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal⁽³⁶⁾, ha quedado fijada, en el caso español, en sesenta días por el art. 62.2 de la Ley de Derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social, reformada por la Ley Orgánica 2/2009, del 11 de diciembre.

La privación de libertad, subsiguiente a una medida de expulsión que pretendía sustituir a la pena privativa de libertad es, pues, una posibilidad real⁽³⁷⁾. Difícilmente compatible con lo exigido por el principio *non bis in idem*, con la presunción de inocencia y con el derecho al debido proceso, lo que coloca al sistema de internamientos de extranjeros en un vidrioso

.....

(35) "Si la expulsión penal es, en sí misma, una institución que puede alcanzar algún efecto político-criminal saludable es, desde luego, sometida a los márgenes que autoriza cualquier sustitución genérica de penas y medidas de seguridad. Ahí terminan, a mi entender, las posibilidades de su lectura constitucional": MAQUEDA ABREU, M.L., "¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?", en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., y ROCA ROCA, E., (coord.), *Los derechos humanos*. Libro homenaje al Excmo. Sr. Luis Portero García, Ed. Universidad de Granada, 2001, p. 518.

(36) Coloquialmente conocida en España como "Directiva de la vergüenza".

(37) Aunque la Administración interesada siga siendo remisa a facilitar las cifras de internos. Ver MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., "¿Qué son los CIE? Un acercamiento a los Centros de Internamiento para extranjeros en nuestro país", en www.inmigrapenal.com/Areas/Cies/Documentos/QSlosCIES.pdf.

terreno limítrofe con la inconstitucionalidad y más si se tiene en cuenta que se trata de internamientos de aflictividad idéntica a la de las penas privativas de libertad, pero ajenos al sistema de garantías que acompaña, al menos, teóricamente a éstas⁽³⁸⁾.

II.3 | Libertad condicional

La libertad condicional constituye, en el sistema español, no propiamente una alternativa a la pena privativa de libertad —cuyo objetivo primero es evitar el ingreso en la cárcel— sino la última fase de su cumplimiento⁽³⁹⁾. Es, así, una alternativa a la ejecución de parte de la pena de prisión dentro de los muros carcelarios.

Los requisitos para acceder a la libertad condicional son, ex art. 90 CP, que el condenado haya extinguido las tres cuartas partes de la condena, que se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario⁽⁴⁰⁾, que haya observado buena conducta y que cuente con pronóstico individualizado y favorable de reinserción.

Con carácter general, hay que tener presente que el acceso al tercer grado se ve obstaculizado por la denominada “cláusula de seguridad” introducida en el art. 36 CP por la Ley Orgánica 7/2003, en cuya virtud el Juez podrá ordenar y, en ciertos delitos, ordenará que ese acceso no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, si esta fuere superior a cinco años. Se trata de una cláusula difícilmente

(38) Más información en la web del Grupo de investigación Inmigración y Sistema Penal, <http://www.inmigrapenal.com>.

(39) MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., p. 578.

(40) Ley Orgánica General Penitenciaria, art. 72: “1. Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal. 2. Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado...”.

coherente con el principio de individualización propio de nuestro sistema penitenciario⁽⁴¹⁾.

Excepcionalmente, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, se podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, "siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales" (art. 91.1 CP).

Incluso, cuando el penado hubiese "desarrollado continuamente las actividades indicadas y acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso", una vez extinguida la mitad de la condena, se podrá adelantar la concesión de la libertad condicional partiendo de las dos terceras partes de aquélla, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo, siempre que no se tratase de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. No se entenderá cumplida la condición de buena conducta si el condenado no hubiera satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. Tal como se ha señalado doctrinalmente, este requisito responde al objetivo de compeler a los condenados enriquecidos con los frutos del delito a resarcir a los perjudicados, pero al precio de negar el acceso a la libertad condicional a los condenados insolventes, que son la mayoría. Esta inconstitucional, por discriminatoria, consecuencia debe evitarse en sede interpretativa, entendiéndose satisfecha la condición cuando, aunque no se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, se hayan constatado esfuerzos serios del delincuente por hacerlo⁽⁴²⁾.

Además, en el caso de penados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, sólo "se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para im-

(41) Ver GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., "El período de seguridad", en F.J.,Álvarez García y J.L., González Cussac (dir.), Comentarios a la reforma penal de 2010, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 93/94. La redacción actual del precepto se debe a la Ley Orgánica 5/2010.

(42) MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., p. 579.

pedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

Los penados que hubieren cumplido la edad de setenta años y los enfermos muy graves con padecimientos incurables podrán acceder a la libertad condicional, aunque no hayan cumplido los tres cuartos o, en su caso, los dos tercios de su condena (art. 92 CP).

Concedida la libertad condicional, ésta durará todo el tiempo que le falte al penado para cumplir su condena. Si en este período el reo delinquire o infringiere las reglas de conducta impuestas, se revocará la concesión y el reo reingresará en prisión, “sin perjuicio del tiempo pasado en libertad condicional” (art. 93.1 CP). Excepto si la condena fue por delitos de terrorismo, en cuyo caso “el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”, lo que no puede considerarse sino vulneración del principio *non bis in idem*⁽⁴³⁾.

III | Las posibilidades perdidas

Las sucesivas reformas del CP de 1995 han terminado por desfigurar su estructura de “Código Penal de la democracia” para convertirlo en el “Código Penal de la seguridad”⁽⁴⁴⁾. La tendencia punitivista es el santo y seña

(43) “Si la libertad condicional es una forma de cumplimiento de la pena, el juez que la revoca nunca puede negar que se haya cumplido lo que se cumplió y, por ende, en alguna medida prudente y equitativa el tiempo de libertad condicional con efectivo cumplimiento de las condiciones debe ser computado como cumplimiento de la pena, cualquiera que sea la razón por la que se imponga la revocación”: ZAFFARONI, E.R.; ALAGIA, A., Y SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª e., Ed. Ediar, 2006, p. 719.

(44) Sobre este proceso, ver ACALE SÁNCHEZ, M., op. cit., pp. 85/91.

de todas ellas y, en consecuencia, el incremento de las posibilidades de aplicación de la pena carcelaria es una constante evidente.

Una de las manifestaciones de esta tendencia viene identificada en la reforma operada por la LO 15/2003 que, con el discutible objetivo de combatir con penas carcelarias la delincuencia de bagatela y, en adopción de propuestas de la "criminología de la intolerancia"⁽⁴⁵⁾, rebajó a tres meses el límite mínimo de la pena de prisión que el CP de 1995 había fijado en seis. Simultáneamente, se elevó la reiteración de faltas de lesiones (art. 147.1), hurto (art. 234) y robo o hurto de vehículo de motor (art.244) a la categoría de delito, con la consiguiente expansión de la "solución carcelaria" a espacios en los que, con toda evidencia, ni es proporcionada ni necesaria ni útil⁽⁴⁶⁾.

III.1 | Libertad vigilada

El 24 de octubre de 2010, el Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC)⁽⁴⁷⁾ hacía público su Manifiesto sobre nuevas penas y medidas restrictivas de derechos⁽⁴⁸⁾.

El documento llamaba la atención sobre los debates parlamentarios que, en aquel momento, precedieron a la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, en cuya virtud quedaron modificados dos centenares de artículos del CP.

Apelando a la europea Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas

(45) Ver, al respecto, YOUNG, J., *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, Ed. Marcial Pons, 2003, p. 121.

(46) Ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Inmigración, mafias y sistema penal", op. cit., pp. 130/131.

(47) <http://www.gepc.es/>

(48) GEPC, Manifiesto sobre nuevas penas y medidas restrictivas de derechos, http://www.gepc.es/index.php?mod=galeria&accion=ver_noticia&cat=2&id=205

(DOUE de 16 de diciembre de 2008), el legislador español optó, en efecto, por introducir en el CP, art. 106, la medida de libertad vigilada.

En términos bien distintos a los que finalmente pasaron a convertirse en derecho positivo, el GEPC proponía la introducción de la pena de libertad vigilada como alternativa a la prisión, considerando que este tipo de penas, que "pertenece al elenco de las 'penas de cumplimiento en comunidad' de gran arraigo en el ámbito anglosajón en el marco de las '*community orders*'", constituye un instrumento flexible de adaptación de la pena al caso concreto cuando, habida cuenta de la menor gravedad del delito y de las circunstancias del sujeto, aparezca como restricción de derechos suficiente desde el punto de vista preventivo y más idónea que la pena carcelaria para el logro de los objetivos resocializadores.

Con este punto político-criminal de partida, se postulaba la incorporación al CP de la pena de libertad vigilada, con una duración no inferior a tres meses ni superior a dos años, cuyo contenido aflictivo consistiría en "someterse a supervisión y ayuda por un agente de ejecución de penas, de acuerdo a sus necesidades de reeducación y reinserción", con la simultánea obligación de observar ciertas reglas de conducta.

Pena, por tanto, restrictiva de derechos, suficiente para hacer frente a la delincuencia de menor gravedad que, según los casos, tendría la naturaleza de pena principal o de pena sustitutiva de la privación de libertad.

Debería ser, en la apreciación del GEPC, pena principal para los delitos hasta hoy castigados con pena de prisión de hasta un año y para los delitos contra el patrimonio individual de escasa gravedad cometidos sin violencia castigados actualmente con pena de prisión.

Sería pena imperativamente sustitutiva de la prisión cuando, en el caso concreto y a la vista de las circunstancias concurrentes, proceda imponer prisión de entre tres meses y un año de duración. Por debajo de los tres meses, la pena sustitutiva sería la de multa.

La libertad vigilada podría sustituir a penas de prisión de hasta dos años, en el caso de reos no habituales, cuando las circunstancias del hecho y del culpable, especialmente sus esfuerzos reparadores del daño, así lo aconsejasen. Incluso sería posible sustituir la prisión de hasta tres años cuando

hubiere razones para temer que el cumplimiento de ésta terminaría por frustrar los objetivos de prevención y reinserción social.

Cada día de prisión debería ser sustituido, en la propuesta del GEPC, por un día de libertad vigilada.

El Manifiesto pretendía, pues, ofrecer una alternativa a la prisión basada en un sólido programa político-criminal y no en la alarma social que en la opinión pública provoca el tratamiento mediático sesgado de determinados casos criminales.

Las posibilidades que así se abrirían son dobles: por un lado, la libertad vigilada, como auténtica alternativa a las penas cortas privativas de libertad, lleva a la eliminación práctica de las penas de prisión de hasta un año de duración. Por otro, al reducir la cantidad de delitos castigados con pena de prisión, se lograría reducir el número de personas privadas de libertad en las *per se* masificadas prisiones españolas, con lo cual, se despejaría el trabajo de los equipos de tratamiento y se coadyuvaría a lograr los objetivos que al sistema penitenciario asignan tanto la Constitución como la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El derecho positivo ha seguido, sin embargo, caminos bien distintos. La Ley Orgánica 5/2010 ha introducido en el CP español la libertad vigilada, pero no como pena, sino como medida de seguridad y no como alternativa a la privación de libertad, sino como un *plus* de afflictividad para quien ya ha cumplido la pena. Tal como explica el Preámbulo de la Ley, "la novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido".

El CP prevé así la imposición de la medida, con una duración de hasta diez años, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y en los de terrorismo.

La reforma legal se asienta en conocidos, y denunciados doctrinalmente, sofismas, como el de justificar el recurso a una medida añadida a la pena

apelando a la necesidad de neutralizar la peligrosidad criminal del delincuente. Lo que supone, como mínimo, incurrir en la ingenuidad de entender eficaz una medida allí donde la prisión de larga duración no lo ha sido.

No otra cosa que sofisma es, también, basar la opción político-criminal tomada en una peligrosidad que, en el marco de un proceso penal diseñado para la prueba y valoración jurídica de delitos, no es objeto de examen personal pormenorizado ni se asienta en pronósticos de reincidencia confirmados por la estadística. De hecho, lo que confesadamente se hace es deducir mecánicamente la peligrosidad del delincuente a partir de la naturaleza del delito. Decidiendo, además, la imposición de la medida con años y años de anterioridad al momento en que debería ser ejecutada.

Es cierto que el art. 106 prevé posibilidades de revisión de la sentencia que impuso la medida inmediatamente antes de que ésta se cumpla, lo que permitirá la adaptación de la resolución originaria a las características del sujeto tras el cumplimiento de la pena. Pero ello no enerva el dato de que la medida de libertad vigilada se impone en atención a la naturaleza del delito en el momento en que se juzga la responsabilidad penal que de él se deriva.

El carácter ejemplarizante e inocuidador de la medida queda, además, puesto en evidencia por la acumulación de sucesivos períodos de libertad vigilada, dependiendo del número de delitos cometidos. La idea de re-socialización, que es objetivo constitucionalmente impuesto, ha quedado definitivamente olvidada.

Por otra parte, la imposición de una medida de seguridad a sujetos imputables que ya han cumplido su pena supone una ruptura drástica con nuestro tradicional sistema de doble vía, en cuya virtud la medida de seguridad se reserva para el inimputable peligroso, confiando la intervención preventivo-especial para con el imputable a la pena⁽⁴⁹⁾.

Acepta así el CP que la legislación penal-penitenciaria viene siendo inidónea, cuando no obstaculizadora, para la reinserción social del condenado, tal como muestra el hecho de que presume que la peligrosidad criminal del condenado no desaparece a pesar de los años pasados privados de li-

.....

(49) ACALE SÁNCHEZ, M., op. cit., pp.190/191.

bertad. “Un modelo así concebido carece de legitimación para intentar buscarla *a posteriori* por otras vías. El recurso a los fines de reinserción social, en este marco, se convierte en un mero pretexto para endurecer —por su contenido más aflictivo y por su mayor duración— la respuesta punitiva”⁽⁵⁰⁾.

De hecho, la opción del CP supone una manifestación más de encarnizamiento punitivo con el objetivo de profundizar en la inocuización del penado, mediante una condena perpetua “para sujetos que, en su mayor parte, saldrán de prisión después de haber estado privados de libertad muchos años, cumplidos, como regla general, en primer y segundo grado de tratamiento penitenciario”, dadas las dificultades que encontrarán para acceder al tercer grado o a la libertad condicional⁽⁵¹⁾.

Todo ello sin argumento alguno basado en estudios científicos. Es indudable que el cumplimiento de la pena carcelaria no es siempre garantía de no reiteración de conductas delictivas, fundamentalmente cuando se trata de condenados por delitos contra la libertad sexual. Pero los datos muestran que esa reiteración ni constituye, en lo cuantitativo, un problema penal-penitenciario de primer orden ni, sobre todo, libera a la institución penitenciaria de su obligación de aplicar programas rehabilitadores cuya eficacia está empíricamente constatada. “Para estos casos el Grupo de Estudios de Política Criminal considera preferible apostar por la mejora del tratamiento penitenciario específico con las víctimas, así como por la asistencia social post-penitenciaria, sin olvidar que... muchos de estos condenados una vez cumplida la pena de prisión todavía tendrán que terminar de hacerlo con las prohibiciones accesorias de acercamiento, comunicación y residencia”⁽⁵²⁾.

III.2 | Otras opciones

El recurso al control telemático de los movimientos de los condenados en libertad puede, también, constituir una alternativa válida a las penas

(50) GEPC, Manifiesto sobre nuevas penas y medidas restrictivas de derechos, op. cit.

(51) ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en F.J., Álvarez García, y J.L., González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, p. 151.

(52) GEPC, Manifiesto sobre nuevas penas y medidas restrictivas de derechos, op. cit.

carcelarias por delitos menos graves, “dotándolas de un componente más humano y menos desocializador. Se trata de sustituir la barrera física que implica el internamiento en un centro penitenciario por la imposición de ‘barreras electrónicas’⁽⁵³⁾.

La vigilancia electrónica no será, así, un instrumento aflictivo que agrave el cumplimiento de sanciones alternativas a la prisión, sino un medio para ejecutar ésta de un modo menos riguroso⁽⁵⁴⁾. La vigilancia electrónica puede también colaborar a reducir la población penitenciaria, que hoy alcanza cifras desmesuradas, no proporcionales a las tasas de delincuencia grave que, además de generar un elevado coste económico, condicionan gravemente el logro de los objetivos resocializadores. Éstos, a su vez, requieren que al contenido puramente inocular de los medios electrónicos de vigilancia, se añadan actividades de apoyo o tratamiento, sin los que la reinserción sería, *ab initio*, imposible.

Resulta obvio que la utilización de medios electrónicos para reducir el ámbito de aplicabilidad de la pena de prisión —bien directamente, bien acompañando y potenciando a otros sustitutivos de la cárcel— queda al abrigo de críticas; éstas surgen cuando se trata de determinar hasta dónde de la alternativa puede resultar útil sin rebasar, en su ejecución, el límite impuesto por los derechos fundamentales del condenado y por el principio de intervención mínima. Pero esa cuestión llevaría a otro nivel de consideraciones, que no deben empañar el juicio primero sobre su admisibilidad y conveniencia⁽⁵⁵⁾.

Por otra parte, la utilización de inhibidores sexuales, dentro de programas de tratamiento de condenados por delitos contra la libertad sexual, puede acortar significativamente la duración de la prisión, aminorando sus

(53) GEPC, Manifiesto sobre nuevas penas y medidas restrictivas de derechos, op. cit.

(54) ESCOBAR MARULANDA, G., “Los monitores electrónicos”, en Cid Moliné, J., y Larrauri Piñón, E., (coord.), *Penas alternativas a la prisión*, Ed. Bosch, 1997, pp. 221/222.

(55) LUZÓN PEÑA, D.M., “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, en AA.VV., *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión. VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Ed. Junta de Andalucía, 1994, pp. 61/64; GONZÁLEZ RUS, J.J., “La custodia domiciliaria bajo control electrónico como eventual sustitutivo o complemento de medidas preventivas, penas y beneficios penales”, en AA.VV., *I Congreso Andaluz de Ciencias Penales*, Ed. Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, 1993, p. 349.

negativos efectos y reforzando las posibilidades de prevención especial sin desmedro de la prevención general. Siempre que el tratamiento farmacológico con inhibidores hormonales sea un coadyuvante más del tratamiento psicosocial, que se base en un diagnóstico específico con pronóstico de reincidencia y que cuente con el consentimiento —pleno, informado y no condicionado por incentivos intrapenitenciarios— del afectado⁽⁵⁶⁾.

Las penas de inhabilitación profesional, acompañadas en su caso por la de multa, podrían también ser una alternativa a la pena carcelaria. Los objetivos preventivos especiales se pueden conseguir separando al delincuente del ámbito específico en el que encuentra medios, incentivos y cobertura para la comisión de determinados delitos vinculados al ejercicio de una actividad profesional determinada. Y los de prevención general también son alcanzables no sólo por el carácter intimidante de la multa, sobre todo si es proporcional a los beneficios del delito, sino también por el de la propia inhabilitación: en delincuencia, ordinariamente de cuello blanco, en la que juega un papel relevante el reconocimiento del status inherente al ejercicio de la profesión, la amenaza de pérdida de ese status puede desplegar importantes efectos inhibidores. No es esta vía, sin embargo, la más transitada ni por el legislador español, ni por la práctica forense⁽⁵⁷⁾.

Tampoco ha explorado el legislador español las posibilidades de considerar a la reparación como pena. Quizá el intento no sea acreedor de argumentación jurídica incontestable⁽⁵⁸⁾. Pero es que tampoco se han explorado las posibilidades de que la reparación pueda funcionar como alternativa a la pena de prisión, lo que resultaría una opción menos discutible y podría, incluso, suponer un primer paso en la construcción de un sistema que, en la práctica, no fuera exclusiva y excluyentemente punitivo⁽⁵⁹⁾.

(56) GEPC,, Manifiesto sobre nuevas penas y medidas restrictivas de derechos, op. cit.

(57) TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La siniestralidad laboral como delito*, Ed. Bomarzo, 2006, pp. 110/114.

(58) Ver HIRSCH, H.J., "Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht", en BOCKELAMN, P.; KAUFMANN, A. y KLUG, U., *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Ed. Vittorio Klostermann, 1969, pp. 317/318.

(59) LARRAURI PIJOÁN, E., "La reparación", op. cit., p. 180.

IV | Epílogo

Se ha dicho que el modelo político-criminal español no mira hacia los países del norte de Europa, sino al oeste norteamericano⁽⁶⁰⁾. En efecto, los países centroeuropeos y escandinavos parecen haber traducido a políticas concretas lo que al legislador español se le resiste: dar respuesta a la obviedad de que la prisión produce demoledores efectos abrasivos en lo personal y en lo social que, en la medida de lo posible, deben ser evitados. Analizar, entonces, las alternativas a la pena privativa de libertad no supone instalarse en un utópico —que no estéril— debate sobre la definitiva erradicación de la cárcel. Pero sí, al menos, abandonar el plano de la complicidad con modelos punitivistas y vindicativos (propios del *far west*) para, modestamente, reivindicar lo posible.

Malos tiempos, sin embargo, para las alternativas cuando la política criminal de nuestros días viene regida por principios —tolerancia cero, retribución, ley y orden, eficacia versus garantías, razón de Estado, guerra, incluso preventiva al delincuente/enemigo, etc.— a los que tan bien sirve la cárcel.

Cuando ésta se yergue en símbolo de vigencia del Derecho negado por el delito, en visualización de la imprescindible inocuización del peligroso y de la igualmente imprescindible exclusión del previamente excluido, en didáctica del dolor de la pena para contrarrestar el dolor del delito, se puede intuir que apenas queda lugar para un discurso científico sobre las alternativas a la privación de libertad.

Pero, si se rechazan las propuestas del punitivismo expansionista —que político-criminalmente buscan más la tutela de limitados intereses que la de valores y se sustentan más en símbolos que en datos— urge recuperar el anclaje constitucional y devolver al sistema punitivo sus primeras funciones: tutela de bienes jurídicos a través de la prevención.

La privación de libertad, con ese punto de partida, no se hurta a la vigencia del primer principio identificador de un modelo penal democrático:

.....

(60) ABEL SOUTO, M., op. cit. 387.

el de intervención mínima. Lo que lleva a la conclusión obvia: la calidad democrática, que es calidad de los derechos fundamentales, se mide por la capacidad de responder al conflicto representado por el delito con el menor coste para esos derechos⁽⁶¹⁾.

A partir de aquí, el debate no queda cerrado sino, por el contrario, apenas iniciado. Pero iniciado sobre bases razonables. Iniciado sobre la premisa de que, siempre que sea posible, la opción debe ser evitar la prisión.

Se ha dicho, y muy fundamentadamente, que la pena carcelaria consiste en la privación máxima de las posibilidades del sujeto que la sufre. No en su negación, ya que "no se puede privar de toda posibilidad sin que eso suponga la muerte del sujeto". La prisión no comporta la negación total del sujeto, pero sí "entraña la reducción máxima de esas posibilidades. Desde esa perspectiva, en este sentido, está mucho más cerca de la pena de muerte de lo que solemos pensar"⁽⁶²⁾.

Es la destrucción del sujeto lo que debe evitarse porque está en las antípodas de la resocialización constitucionalmente exigida. Y, dado que estamos vacunados contra las utopías, dado que sabemos que la cárcel no resocializa o, por eludir polémicas, no resocializa satisfactoriamente, el objetivo del sistema punitivo debe ser el de desocializar lo menos posible⁽⁶³⁾.

El panorama real está muy alejado de estas propuestas. El legislador español sigue apostando por la prisión como pena paradigmática y las reformas del CP del siglo XXI han llevado a rebajar el mínimo de su duración —hasta tres meses— y a aumentar el máximo —hasta cuarenta años—. Si la primera decisión desconoce los efectos marginalizantes y criminógenos de la cárcel, la segunda comporta, además, conocidas consecuencias destructoras del condenado.

Mas no se trata sólo de duración del marco legal: en la práctica, el legislador se ha asegurado, a través de mecanismos espurios como es el

(61) TONRY, M., "Controlling prison population size": *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1996 (4), p. 27.

(62) MESUTTI A., *La justicia deconstruida*, Ed. Bellaterra, 2008, p. 240.

(63) ABEL SOUTO, M., op. cit., pp. 344/346.

llamado “período de seguridad” o ciertas restricciones a la sustitución o a la suspensión de la pena privativa de libertad, de que ésta se cumpla dentro de los muros carcelarios. Item más, opciones originariamente alternativas a la prisión, como la multa o la localización permanente, pueden aplicarse mediante el encarcelamiento del condenado, lo que, al menos, hace ver que el principio de resocialización cede ante consideraciones retributivo-simbólicas que no pueden tener el mismo rango que aquél.

Sería pues, necesario, inicialmente, afrontar la delincuencia de bagatela —fundamentalmente la delincuencia patrimonial sin violencia— mediante la mejor y mayor utilización de la multa, ya como pena alternativa, ya como pena principal, sola o en combinación con otras no carcelarias.

Sería igualmente necesario, con el mismo fin de recortar legalmente el ámbito de la pena carcelaria, un diseño más flexible de las posibles alternativas, hoy demasiado encorsetadas por haber sido diseñadas desde la convicción de que constituyen más un premio que una estrategia preventiva. De ahí el cúmulo de requisitos, la rigidez del sistema, la contradicción con principios garantistas fundamentales como puede ser el *non bis in idem*, etc.

Habría, además, que aumentar las posibilidades de concesión de suspensión y sustitución de la prisión. No hay razones, o la doctrina no las ha encontrado, para excluir automáticamente de la suspensión a los sujetos reincidentes, ya que la reincidencia, tal como por otra parte acepta el derecho comparado, no comporta necesariamente peligrosidad ni invulnerabilidad a la prisonización, que son los dos efectos que se pretende evitar al suspender la pena⁽⁶⁴⁾.

En la misma línea, se puede ampliar el ámbito de penas susceptibles de suspensión y sustitución: la regla general en el CP es la de sustituir penas de hasta un año (art. 88 CP) y suspender hasta dos años (art. 80 CP), cuando en otros sistemas el límite, incluso para casos de probation⁽⁶⁵⁾, se sitúa

(64) ABEL SOUTO, M., op. cit., p. 361.

(65) Ver ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., Y SLOKAR, A., op. cit., pp. 727/728.

en los tres años⁽⁶⁶⁾ sin que por ello se resienta la prevención general⁽⁶⁷⁾. Ciertamente que en los ordenamientos europeos se manejan criterios próximos al español⁽⁶⁸⁾, pero también es verdad que, previamente, se ha producido una reducción de los supuestos castigados con pena carcelaria en favor de la multa.

Se trata de opciones, en línea con la progresiva reducción de los espacios carcelarios, por las que podría decantarse el legislador. Pero sería necesario que también los aplicadores del derecho asumiesen un posicionamiento semejante, que se vería facilitado por la inclusión expresa en el CP de fórmulas legales que positivizaran, en esta materia, el principio de *ultima ratio*. Ciertamente, la prevalencia, en su caso, de las penas no privativas de libertad sobre la prisión se puede deducir del modelo constitucional, pero una indicación expresa en el CP habría potenciado el recurso a respuestas jurisdiccionales menos disfuncionales⁽⁶⁹⁾. Hubiera bastado con establecer el deber del juez de descartar motivadamente la aplicación de la pena alternativa antes de decidirse por la carcelaria, lo que, como se ha resaltado doctrinalmente, constituye “la reforma más fácil”⁽⁷⁰⁾.

Pero los jueces no pueden ser inmunes a la representación socialmente extendida de la prisión como paradigma de pena, con la consiguiente depreciación valorativa de las penas sustitutivas. Cuando, ante la posibilidad de opción que les brinda la ley, deciden imponer una pena privativa de libertad, no hacen sino reflejar un sentimiento colectivo. El mecanismo en que se asienta la motivación del juez es el propio del círculo vicioso: emociones sociales, primitivas, no reflexivas, atizadas por políticos —más atentos a la captación inmediata del voto que a implementar políticas criminales de amplio espectro que actúan a largo plazo—, y por medios de comunicación que hacen de la alarma social su mejor fuente de ingresos,

(66) SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad*, op. cit., p. 296.

(67) VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, F., *Derecho Penal. Parte general*, 3ª edic., Ed. Temis, 1997, p. 749.

(68) ABEL SOUTO, M., op. cit., p. 349.

(69) SANZ MULAS, N., op. cit., p. 401.

(70) CID MOLINÉ, J., “Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)”: *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2004 (12), p. 224.

llevan a la conclusión de que la única pena real es la de prisión; lo demás es complicidad con la delincuencia⁽⁷¹⁾. En ese contexto ideológico, lo esperable es que el juez se decida en favor de la prisión, aunque tenga posibilidades legales de evitarla y, al hacerlo, reafirma aquellas emociones, cerrando el círculo.

Las pocas facilidades que la Administración ofrece para la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, cuya idoneidad resocializadora y reparadora no se discute⁽⁷²⁾, son buena muestra del desdén —artificialmente creado, pero real— hacia las alternativas a la prisión; lo que no deja de resultar paradójico cuando la reparación es considerada objetivo de relevancia en un sistema punitivo progresivamente escorado hacia la mercantilización que impone el proceso globalizador.

Sin embargo, y quizá no contradictoriamente, el acuerdo de suspensión se viene adoptando en España con un constatado automatismo al que acompaña el abandono por los contenidos de la ejecución. Lo que lejos de reflejar una decidida apuesta judicial por las posibilidades alternativas a la prisión, manifiesta el mecanicismo del proceso penal y el apoyo de la decisión más en la intuición que en el análisis del condenado y de su entorno desde la criminología⁽⁷³⁾.

Tampoco debe, en este terreno, eludir sus responsabilidades la “Academia”. Cuando se asigna a la pena la tarea de acallar la alarma social, que no otra cosa es la propuesta de que el fin de la pena sea asegurar, mediante un castigo visualizado, la vigencia de la norma o cuando se propone la transformación del sistema penal en un instrumento bélico de neutralización de enemigos, se colabora eficazmente a la consolidación de estrategias político-criminales asentadas sobre la prisión como elemento nuclear, a pesar de tener constancia de sus magros frutos y de sus devastadores efectos.

(71) GARCÍA ARÁN, M., “Medidas alternativas a la prisión. Francia”, en DE SOLA DUEÑAS, A., GARCÍA ARÁN, M., Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Alternativas a la prisión*, Ed. Instituto de Criminología de Barcelona, 1986, p. 32.

(72) YOUNG, W., *Community Service Orders*, Ed. Heinemann, 1979, pp. 36/37.

(73) SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., op. cit., p. 54.

Bibliografía

ABEL SOUTO, M., "Alternativas necesarias frente al punitivismo: *probation*, suspensión y sustitución de la pena de prisión en el Código Penal español, reformado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio": *Gaceta penal & procesal penal*, 2001 (23), pp. 339/387.

ACALE SANCHEZ, M., "Libertad vigilada", en F.J., Álvarez García, y J.L., González Cussac, (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp.147/158.

ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Ed. Aranzadi, 2010.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Ed. Tirant lo Blanch, 2009.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., "Origen y evolución histórica de la prisión", en A.I., Cerezo Domínguez, y E., García España, (coord.), *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Ed. Comares, 2007, pp. 1/22.

CID MOLINÉ, J., "Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)": *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2004 (12), pp. 215/232.

CID MOLINÉ, J. y E., LARRAURI PIJOÁN, (coord.), *Jueces penales y penas en España (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2002.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *La sanción de trabajo en provecho de la comunidad*, Ed. La Ley, 1985 (1194), pp. 1067/1076.

DOLCINI, E., y PALIERO, C.E., *Il carcere ha alternative?*, Ed. Giuffrè, 1989.

ESCOBAR MARULANDA, G., "Los monitores electrónicos", en J., Cid Moliné, y E., Larrauri Pijoán, (coord.), *Penas alternativas a la prisión*, Ed. Bosch, 1997, pp. 195/224.

FERRÉ OLIVÉ, J.C.; NUÑEZ PAZ, M.A., Y RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *Derecho Penal Colombiano. Parte General*, Ed. Ibañez, 2010.

FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, ed. 33, trad. de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, 2004.

GARCÍA ARÁN, M., "Medidas alternativas a la prisión. Francia", en A., De Sola Dueñas, M. García Arán, y H. Hormazábal Malarée, *Alternativas a la prisión*, Ed. Instituto de Criminología de Barcelona, 1986, pp. 30/35.

GARCÍA ARÁN, M., "Valoración y consideraciones generales sobre las distintas opciones", A., De Sola Dueñas, M. García Arán, y H. Hormazábal Malarée, *Alternativas a la prisión*, Ed. Instituto de Criminología de Barcelona, 1986, pp. 60/68.

GONZÁLEZ RUS, J.J., "La custodia domiciliaria bajo control electrónico como eventual sustitutivo o complemento de medidas preventivas, penas y beneficios penales", en AA.VV., *I Congreso Andaluz de Ciencias Penales*, Ed. Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, 1993, pp.331/349.

GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., "El período de seguridad", en F.J., Álvarez García, y J.L., González Cussac, (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp.91/94.

GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., "La pena de localización permanente", en F.J., Álvarez García, y J.L., González Cussac, (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 95/99.

GUISASOLA LERMA, C., "La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art. 89)", en F.J., Álvarez García, y J.L., González Cussac, (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 131/137.

GEPC (Grupo de Estudios de Política Criminal), Manifiesto sobre nuevas penas y medidas restrictivas de derechos en: http://www.gepc.es/index.php?mod=galeria&accion=ver_noticia&cat=2&id=205.

HIRSCH, H.J., "Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht", en P., Bockelmann, A., Kaufmann, y U., Klug, *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Ed. Vittorio Klostermann, 1969, pp. 304/327.

JAREÑO LEAL, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Ed. Civitas, 1994.

LARRAURI PIJOÁN, E., "La reparación", en CID MOLINÉ, J., y LARRAURI PIJOÁN, E., (coord.), *Penas alternativas a la prisión*, Ed. Bosch, 1997, pp.169/195.

LUZÓN PEÑA, D.M., "Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión", en AA.VV., *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión. VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Ed. Junta de Andalucía, 1994, pp. 53/67.

MAQUEDA ABREU, M.L., "¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?", en J.M., Zugaldía Espinar y E., Roca Roca, (coord.), *Los derechos humanos. Libro homenaje al Excmo. Sr. Luis Portero García*, Ed. Universidad de Granada, 2001, pp. 509/518.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., "¿Qué son los CIE? Un acercamiento a los Centros de Internamiento para extranjeros en nuestro país", en www.inmigrapenal.com/Areas/Cies/Documentos/QSlosCIES.pdf.

MESUTTI, A., *La justicia deconstruida*, Ed. Bellaterra, 2008.

MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

OTERO GONZÁLEZ, P., *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Ed. Tirant lo Blanch, 2008.

REBOLLO VARGAS, R., "Algunos problemas de la pena de arresto de fin de semana", en *Actualidad Penal*, 1998 (5), pp. 89/104.

SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., "El sistema penal: su legitimidad axiológica, contextual y teleológica" en *Jueces para la Democracia*, 2011 (72), pp. 33/60.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*, Ed. Akal, 1981.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Las reformas penales españolas de 2003: valoración político-criminal" en *Nuevo Foro Penal*, 2005 (67), pp. 124/144.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La siniestralidad laboral como delito*, Ed. Bomarzo, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Reflexiones y propuestas sobre inmigración" en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2010 (1) pp. 2/25, www.indret.com.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina", en TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Cuestiones actuales de Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Ara, 2010, pp. 115/142.

TONRY, M., "Controlling prison population size": *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1996 (4), pp. 27/45.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal. Parte general*, 3ª edic., Ed. Temis, 1997.

YOUNG, J., *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, Ed. Marcial Pons, 2003.

YOUNG, W., *Community Service Orders*, ed. Heinemann, 1979.

ZAFFARONI, E.R.; ALAGIA, A., Y SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Ediar, 2006.

Revirtiendo el giro punitivo⁽¹⁾

por **RENÉ VAN SWAANINGEN**⁽²⁾

I | Introducción

Este artículo es una búsqueda de respuestas a un fenómeno que aún no hemos logrado entender acabadamente. En la literatura penológica internacional de los '80 y '90, generalmente se ofrecía a Holanda como el arquetipo de país no punitivo ya que demostraba cómo un Estado altamente industrializado y densamente poblado podía arreglárselas con muy pocas cárceles. Sin embargo, en esa época ya había comenzado un proceso de reversión, con un crecimiento del sistema carcelario sin precedentes. Cuando David Downes y yo analizamos ese periodo de expansionismo penal y renovado punitivismo, no fuimos optimistas sobre el futuro; hasta titulamos nuestro artículo "¿El camino hacia la distopía?"⁽³⁾ —aunque moderando el tono un tanto apocalíptico con los signos de interrogación—. En uno de nuestros diálogos, David Downes sostuvo que "una vez que se toma un giro punitivo, casi nunca hay retorno". Pero de repente, en 2005, la población carcelaria comenzó a disminuir nuevamente y, lo que resulta aún más sorprendente, es que no hay indicadores claros de los motivos por los que esto ocurrió. De hecho, los desarrollos políticos de los primeros años del nuevo milenio, con un marcado ascenso de la derecha neo-nacionalista y populista —para quienes la "mano dura" con el delito

.....
(1) Traducido del inglés por Silvia Susana Fernández.

(2) Profesor de Criminología Internacional y Comparada de la Universidad Erasmus, Rotterdam (Holanda); Director académico del Departamento de Postgrado de la Facultad de Derecho Erasmus y Presidente de la Sociedad Holandesa de Criminología (NVK).

(3) DOWNES, DAVID & RENÉ VAN SWAANINGEN "The Road to Dystopia? Changes in the Penal Climate of the Netherlands", en Michael Tonry & Catrien Bijleveld (red.) *Crime and Justice in the Netherlands*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007.

constituyó la clave de sus campañas electorales— como dato sobresaliente, no hacía presuponer este rumbo.

En mi búsqueda de explicaciones para esta disminución de la tasa de encarcelamiento, decidí rastrear las razones que con anterioridad habían sido señaladas como las principales causas del expansionismo penal y el punitivismo para luego analizar la evolución de esos factores después de 2005. Las tasas de prisionalización juegan un rol importante en el debate sobre el punitivismo. En esta contribución sostendré que si pretendemos contestar si es posible revertir los giros punitivos en curso, se torna necesario un abordaje más socio-cultural del punitivismo, y desde luego del no-punitivismo, sus características y sus factores explicativos. El papel del conocimiento experto en los debates sobre las políticas a implementar y la clase de pericia profesional utilizada resulta de especial interés en este sentido. Si bien se tomará como ejemplo el caso holandés, se lo analizará desde una perspectiva internacional comparada.

En primer lugar, nos abocaremos a la pregunta sobre qué es el punitivismo. Luego, abordaremos otras preguntas de naturaleza más empírica sobre el “giro punitivo” de 1975-2005 y sobre la disminución de la población carcelaria después de 2005. Analizaremos tanto los factores internos dentro del sistema penal como los externos, de naturaleza social. Finalmente, reflexionaremos en términos más normativos sobre el punitivismo, tratando de contestar qué tiene de malo —después de todo— y por qué deberíamos intentar revertirlo.

II | ¿Qué es el punitivismo?

El indicador de punitivismo más comúnmente utilizado es la tasa de prisionalización. Desde esta perspectiva, EE. UU. es —por lejos— el país más punitivo del mundo, con 739 detenidos cada 100.000 habitantes en la actualidad, a pesar de registrar una pequeña disminución durante los dos últimos años. Excluidos algunos pequeños países del Caribe y otros africanos con cifras muy poco confiables, le siguen la Federación Rusa (con 534 detenidos cada 100.000 habitantes)⁽⁴⁾. Europa, Rusia y los otros Estados de

(4) Las tasas de prisionalización mencionadas en este artículo surgen del *World Prison Brief* – <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief>. Fueron tomadas en diciembre de 2011. Se da cuenta de cifras más detalladas del sistema carcelario holandés por separado.

la ex Unión Soviética registran la mayor población carcelaria cada 100.000 habitantes (oscilando entre 439 y 220), seguidos por un número de países que integraban del Pacto de Varsovia (entre 230 y 150). En Europa Occidental sobresalen Inglaterra y Gales (154), España (152) y Escocia (151). Particularmente, los estudios sobre la “pesadilla penal” de los EE. UU. brindan un apoyo bastante convincente a la idea de que las altas tasas de prisionalización son un indicador bastante bueno de punitivismo⁽⁵⁾.

Ahora bien, ¿cómo debe interpretarse lo contrario? ¿Las bajas tasas de prisionalización son un indicador de no-punitivismo? Las tasas más bajas del mundo corresponden a países tan diferentes como Liechtenstein (19), Comoros (19), Timor Leste (20) las Islas Faeroe (23) y Congo Brazzaville (26). Se trata de países muy pequeños, islas remotas o Estados fallidos que son demasiado pobres y desorganizados como para construir cárceles. Por lo tanto, las tasas bajas no son realmente el mejor indicador de no-punitivismo. En Europa, las tasas más bajas también se encuentran en países pequeños y remotos. Sin tenerlos en cuenta (por ej. Andorra, Islandia, Liechtenstein o Mónaco) ni tampoco a aquéllos cuyas bajas tasas probablemente no reflejan una sociedad pacífica (como Bosnia o Kosovo que sufrieron guerras civiles recientes), las tasas más bajas se registran en Finlandia (59), Eslovenia (64) y Noruega (73).

Japón —con sus 58 detenidos cada 100.000 habitantes— también es presentado como un país no-punitivo. Resulta llamativo que los análisis de algunos países grandes con tasas aún más bajas —como India (31)— estén mayormente ausentes en la literatura penológica internacional. Japón es traído como ejemplo porque, como alguna vez lo fue Holanda, es un país altamente industrializado y densamente poblado que, sin embargo, mantiene tasas de prisionalización relativamente bajas. No obstante ello, el “score punitivo” de Japón es bastante alto: similar al de Gran Bretaña, que tiene una tasa de prisionalización mucho más alta⁽⁶⁾. Más aún, el sistema penal japonés es caracterizado como un “puño de hierro en un guante de terciopelo” porque las bajas tasas coinciden con condiciones carcela-

(5) GARLAND, DAVID (ed.), Special Issue Mass Imprisonment in the USA, *Punishment & Society* 3 (1), 2011.

(6) CAVADINO, MICHAEL & DIGNAN, JAMES, *Penal Systems: A Comparative Approach*. London: Sage, 2006.

rias rigurosas y un control social intensivo y firme, bastante punitivo, fuera de la prisión⁽⁷⁾.

Estos extraños datos estadísticos llevaron a Roger Matthews⁽⁸⁾ a concluir que toda la noción de punitivismo es un mito. En primer lugar, porque según su opinión, el concepto está tan mal definido que prácticamente no logra entenderse su contenido. En segundo lugar, brinda una imagen demasiado plana de los desarrollos penales; en realidad, siempre existen dos corrientes opuestas: simultáneamente, se producen reacciones no – punitivas al delito y “mejoras” dentro del sistema penal. En tercer lugar, Matthews afirma que, en la literatura sobre punitivismo, la preocupación pública por el delito y las “sentencias blandas” es rápidamente descartada como “populismo penal”, mientras que las *elites* profesionales se consideran casi siempre acertadas en sus valoraciones. Estos argumentos son correctos en cierto sentido, pero la conclusión de Matthews de que por eso las tasas de prisionalización no son un buen indicador de punitivismo, parece un tanto aventurada.

Con respecto a la primera objeción, este autor descarta la literatura sobre la operacionalización empírica del punitivismo, por ej. la Encuesta Internacional de Víctimas de Delitos (ICVS) o los trabajos del criminólogo finlandés Tapio Lappi Seppälä. En relación a su segunda observación, también podemos afirmar que las excepciones confirman la regla. Obviamente los desarrollos penales nunca van sólo en una dirección pero, en retrospectiva, siempre es posible distinguir las corrientes principales de las excepciones. Aunque Matthews pueda tener razón en cuanto a que en penología la opinión pública punitiva es casi siempre descartada, su tercera observación deja fuera del análisis el hecho de que existe bastante soporte empírico para apoyar la idea de que las emociones, efectivamente, tienen un rol más importante en la arena política. Es más: existe amplia evidencia de que estos actores políticos conceptualizan la opinión pública de forma demasiado vaga y creativa y piensan que “el público” demanda sentencias más severas, cuando en realidad opina

(7) MIYAZAWA, SETSUO, “*The politics of increasing punitiveness and the rising populism in Japanese criminal justice policy*”, *Punishment & Society* 10: 47-77, 2008.

(8) MATTHEWS, ROGER, “*The myth of punitiveness*”, *Theoretical Criminology* 9: 175-201, 2005.

con matices diversos⁽⁹⁾; pero por sobre todo, la teoría de Matthews ignora la conclusión de criminólogos cuantitativos como Lappi Seppälä⁽¹⁰⁾ de que las tasas de prisionalización se correlacionan bastante bien con otros indicadores de punitivismo, como la confianza en los conciudadanos y en el gobierno, el gasto en bienestar social, el hecho de que el país tenga un sistema político multipartidista o bipartidista polarizado; que exista o no un sistema legal independiente o una judicatura electiva; que el sistema de justicia penal esté o no operado por profesionales bien entrenados y, *last but not least*, que haya medios masivos equilibrados o prensa sensacionalista.

Si hablamos de “punitivismo” evidentemente hay mucho más en juego que sólo cifras. Los países que aplican la tortura o la pena de muerte pueden tener tasas bajas de prisionalización pero no pueden considerarse “no punitivos”. Por lo tanto, es necesario que abordemos al “punitivismo” como un fenómeno socio-cultural. El punitivismo implica tanto elementos cuantitativos como cualitativos⁽¹¹⁾. En un sentido socio-cultural, podemos hablar de sistema penal punitivo si, por ejemplo, se ve a la cárcel como la reacción obvia, adecuada frente al delito; se enfatiza el valor expresivo del castigo (“mano dura”); no se ve a la privación de la libertad en sí misma como suficiente castigo y se exige que la vida en la cárcel implique mayores padecimientos (“sin concesiones”) y los ideales de resocialización son reemplazados por la incapacitación (selectiva).

Revertir estos aspectos del punitivismo implicaría que el no-punitivismo incluyera intentos de reducir las tasas de prisionalización, de mejorar la calidad del sistema penal, de reafirmar la idea de la detención como “último recurso” y la adopción de medidas alternativas a la prisión como primera opción, de llamar la atención sobre los efectos colaterales no deseados

(9) Ver ROBERTS, JULIAN V., LORETTA J. STALANS, INDERMAUER, DAVID & HOUGH, MIKE, *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*, Oxford: Oxford University Press, 2003 y RUITER, STIJN, TOLSMA, JOCHEM, MARLOES DE HOON, ELFFERS, HENK & LAAN, PETER VAN DER, *De burger als rechter. Een onderzoek naar geprefereerde sancties voor misdrijven in Nederland*. The Hague: Boom Lemma, 2011.

(10) LAPPI-SEPPÄLÄ, TAPIO, “Trust, Welfare, and Political Culture: Explaining Differences in National Penal Policies”, in: Michael Tonry (ed.) *Crime and Justice: A Review of Research*, Chicago, The University of Chicago Press, 2008, vol.37.

(11) PRATT, JOHN, BROWN, DAVID, BROWN, MARK, HALLSWORTH, SIMON & MORRISON, WAYNE (eds.), *The New Punitiveness: Trends, theories, perspectives*. Cullompton, Willan, 2005.

del encarcelamiento, de insistir en que la privación de la libertad en sí misma es el castigo y no es necesario infligir mayores padecimientos y de mantener el ideal de “rehabilitación para todos”. Esto se acerca al “modelo holandés” del periodo de reducción sostenida de las tasas de prisionalización entre 1947-1974. Las tasas, que bajaron hasta 18 por cada 100.000 habitantes en 1973, se mantuvieron bastante bajas hasta mediados de los ‘80. Las cárceles holandesas, enfocadas en la rehabilitación y los derechos de los detenidos, con sus relaciones “relajadas” entre internos y personal penitenciario y sus escasos motines, eran consideradas las “menos malas” del mundo⁽¹²⁾.

III | El giro punitivo

En el periodo siguiente, entre 1975 y 2005, Holanda se transformó en un caso típico de expansionismo penal. De pronto, tras haber tenido una de las tasas de prisionalización más bajas de Europa Occidental pasó a registrar una de las más altas (después de Gran Bretaña y España). Si comparamos los 18 detenidos cada 100.000 de la población en 1973 con los 134 en 2005, podemos concluir en que Holanda multiplicó siete veces la cantidad de personas encerradas durante los treinta años anteriores, lo que constituye uno de los crecimientos más pronunciados en el mundo. Más aún: hubo, simultáneamente, una expansión igualmente impresionante de sentencias no privativas de la libertad, remisiones fuera del proceso penal y medidas “preventivas” sumamente invasivas⁽¹³⁾. Este análisis me hizo poner en duda la tesis de que las tasas de prisionalización habían caído después de 2005 por la gran cantidad de medidas alternativas a la prisión adoptadas. El aumento más marcado de sentencias no-privativas de la libertad coincidió con el expansionismo penal y no existe evidencia de que éstas hayan reemplazado sentencias de prisión, de allí la conclusión

(12) Ver DOWNES, DAVID *Contrasts in Tolerance; post-war penal policy in The Netherlands and England and Wales*. Oxford: Clarendon, 1988 y VAGG, JON, *Prison Systems; a comparative study on accountability in England, France, Germany and the Netherlands*. Oxford University Press, 1994.

(13) BEIJERSE, JOLANDE UIT & SWAANINGEN, RENÉ VAN, “Non-Custodial Sanctions”, en Miranda Boone & Martin Moerings (eds.) *Dutch Prisons*. The Hague: BoomJu, 2007 pp. 77/98 y SWAANINGEN, RENÉ VAN “Sweeping the street: civil society and community safety in Rotterdam”, in: Joanna Shapland (ed.) *Justice, Community and Civil Society: a contested terrain across Europe*, Cullompton, Willan, 2008, pp.87/106.

de Jolande uit Beijerse y mía⁽¹⁴⁾ de que todo desarrollo de “alternativas a la prisión” debería ser precedido de una moratoria en la construcción de cárceles y, antes de decidir sobre la imposición de toda sentencia de prisión, debería darse una búsqueda activa de alternativas.

El nuevo punitivismo holandés puede apreciarse en la incapacitación selectiva de ciertos “grupos problemáticos” (en su mayoría, delincuentes habituales); en las celdas austeras, de construcción económica, alejadas de las grandes ciudades de procedencia grandes de la mayor parte de los detenidos y sus familias; en un cambio de enfoque en la política criminal, de la resocialización a la protección de la sociedad y un giro hacia “sentencias expresivas”; en la reiterada violación de los principios penales; y en crisis penales por peligros de incendio y por el silenciamiento del personal penitenciario tras haber criticado la política oficial del Ministro de Justicia⁽¹⁵⁾. El cambio radical en la política criminal holandesa se veía claramente desde principio de los ´80, pero fue recogido por la literatura penológica internacional mucho más tarde.

En su libro *Penal Systems: A comparative approach*, Michael Cavadino y James Dignan “finalmente” concluyeron en su capítulo sobre Holanda que “una señal de tolerancia desapareció”⁽¹⁶⁾.

En nuestro estudio *¿El camino a la distopía?*⁽¹⁷⁾, David Downes y yo concluimos que, en Holanda, el desarrollo de las cifras delictivas y las cifras de prisionalización generalmente van en direcciones opuestas. Cuando el delito registrado aumentaba, disminuían las tasas de prisionalización; cuando las tasas de delitos registrados aumentaban aún más, sólo se producía un pequeño aumento en las tasas de prisionalización y, lo sorprendente, es que la enorme expansión del sistema carcelario sólo comenzó cuando las tasas delictivas se estabilizaron. Evidentemente, hay un intervalo entre la decisión de construir más cárceles y el momento en el que las nuevas cárceles están listas, ¡pero no entre 15 y 20 años! La tesis de que “encarce-

(14) BEIJERSE, JOLANDE UIT & SWAANINGEN, RENÉ VAN, “Non-Custodial Sanctions”, en Miranda Boone & Martin Moerings (eds.) *Dutch Prisons*. The Hague: BoomJu, 2007, pp. 77/98.

(15) op. cit., ver nota (3).

(16) op. cit., ver nota (6).

(17) op. cit., ver nota.(3).

lamos más gente porque aumentó el delito” es una explicación muy atractiva para el sentido común, pero ya es difícil decir qué miden realmente estas cifras: los efectos del registro, las prioridades policiales, las nuevas criminalizaciones o un número real de transgresiones. Por otra parte, la escasa evidencia de una correlación directa entre los delitos registrados y las tasas de prisionalización, hace que estos dos desarrollos requieran explicaciones diferentes. Eso también me hizo dudar sobre el acierto de la explicación principal de que las tasas de prisionalización bajaron después del 2005 porque estaban disminuyendo las tasas delictivas.

En nuestro estudio también analizamos algunas otras explicaciones habituales del expansionsismo del sistema carcelario holandés. Los delitos vinculados a las drogas fueron uno de los argumentos centrales: En el White Paper (documento gubernamental sobre política criminal) de 1985 —Sociedad y Delito (*Samenleving en Criminaliteit*)— se afirmó explícitamente que Holanda se había transformado en uno de los principales “narco-Estados” europeos, con una “mafia” que controlaba el sector inmobiliario y la industria del sexo en diversas ciudades y que —entre otras cosas— se necesitaban penas más duras para contrarrestar esta nueva tendencia del crimen organizado. Ese mismo documento de 1985 sostenía que la declinación en el control social ocurrida desde 1960 en adelante debía compensarse con el aumento del control penal y el control local del delito y la inseguridad. A esto se le llama “teoría de la defragmentación social” (*ontzuijing*): con la desaparición casi total de los denominados pilares tradicionales de la sociedad después del proceso de secularización de la década del ‘60, el control policial y el castigo penal fueron vistos como uno de los pocos mecanismos de control social. También existe una versión más económica, social, de esta teoría: con los grandes recortes presupuestarios en las prestaciones de bienestar social a principio de los ‘80, se llegó a una situación en la que los problemas sociales ya no podían resolverse mediante políticas sociales y se trasladaron al sistema policial y penal. Esta última variante encuentra mayor apoyo en la literatura penológica: los países que gastan menos en bienestar social generalmente tienen tasas más altas de prisionalización que aquéllos que son más generosos en este tipo de gastos⁽¹⁸⁾.

(18) Ver BECKETT, KATHERINE & WESTERN, BRUCE, “Governing social marginality: welfare, incarceration and the transformation of state policy”, *Punishment & Society*, 2001, 3: 43/59 y DOWNES, DAVID & HANSEN, KIRSTINE *Welfare and punishment. The relationship between welfare*

En aquel trabajo, aceptamos el argumento de que las tasas de prisionalización habían subido porque los delitos se habían vuelto más graves pero mostramos nuestras dudas acerca de si esto constituye la parte más importante de la explicación. Finalmente, examinamos la creciente importancia de la víctima en el proceso y el "temor al delito" en las políticas de seguridad locales. La introducción de encuestas a víctimas a principios de los '80 marcó definitivamente un cambio en la atención política y de los medios, que giró del agresor al daño causado. Esto también produjo algunos cambios en la actividad judicial: además de la visión tradicional en la administración de justicia, de que la culpa del acusado es la cuestión principal dentro del proceso penal, ahora los jueces también deben tener en cuenta los intereses de la víctima. Es cierto que la necesidad de reconocimiento social y la desaprobación del acto cometido en su contra pueden implicar una reafirmación de la función durkheimiana del castigo⁽¹⁹⁾ pero eso no conduce necesariamente a un mayor punitivismo. La mayor atención prestada a la justicia restaurativa o a la mediación, constituye una reacción muy diferente al mismo fenómeno.

En relación al papel de las drogas en los desarrollos penológicos holandeses, en primer lugar debemos señalar que el abordaje tradicional de "reducción del daño" enfocado en la salud pública fue cediendo lugar a un abordaje meramente penal en los '90, aunque todavía es excepcional la persecución penal de los consumidores de drogas que no causen problemas. Alrededor del 20% de los detenidos están condenados por delitos de drogas y un número desconocido de delitos conexos. La legalización de estas sustancias o su distribución regulada (por ejemplo, a través de las farmacias) probablemente hubiera hecho innecesaria la expansión del sistema carcelario.

Mientras que con David Downes⁽²⁰⁾ nos concentramos en los desarrollos sociológicos que condujeron a una ampliación del sistema carcelario, Mi-

.....
spending and imprisonment. London: Crime and Society Foundation, ver texto completo en: http://www.crimeandjustice.org.uk/opus303/Welfare_and_Punishment_webversion.pdf.

(19) BOUTELLIER, HANS, *Crime and Morality: The significance of criminal justice in post-modern culture*. Dordrecht: Kluwer, 2000.

(20) op. cit., ver nota (3)

randa Boone y Martin Moerings⁽²¹⁾ analizaron las razones de la expansión penal atribuibles a factores internos del sistema penal. Así, concluyeron ,por ejemplo, que se recurrió a la prisión preventiva con mayor frecuencia que antes y que la lógica principal para aplicarla fue la protección de la sociedad frente a los drogadictos, los mendigos y los agresores que desplegaran un mínimo de violencia. También notaron que los acusados con problemas mentales que esperaban vacante en una institución psiquiátrica penal (clínica TBS) sumaban una presión extra al sistema carcelario. Otra razón importante para la expansión fue que los infractores menores de edad —cada vez más frecuentemente juzgados como adultos— fueron privados de su libertad en mayor proporción. Por otra parte, debe considerarse —aunque con menor incidencia— el aumento en la utilización de la detención en el caso de extranjeros sin documentación migratoria válida que no pueden ser deportados, lo que también agregó mayor presión al sistema penal. La conclusión de Boone y Moerings fue que la sociedad holandesa ya no era capaz de resolver los problemas sociales por medios sociales y que, por lo tanto, la penalización era el taparrabo de una sociedad supuestamente civilizada.

IV | El rol de la voluntad política, los expertos y los activistas penales

Si existe la voluntad política y moral de reducir las tasas de encarcelamiento, generalmente es posible realizarlo. Pero ¿por qué deberíamos no querer encerrar a todos esos “malhechores”? John Braithwaite y Philip Petit sostienen en su libro *Not Just Deserts*: “... Es bueno cuando las sociedades se sienten incómodas con el castigo. Del mismo modo que resulta saludable para los ciudadanos estar incómodos más que moralmente orgullosos de lo correcto que pueda considerarse matar a otros en guerra y también de castigar delincuentes... Una sociedad que se sienta moralmente cómoda al enviar a miles de jóvenes aterrorizados a instituciones en las que son golpeados, violados y brutalizados, despojados de su dignidad humana, privados de su libertad de expresión y de movimiento, tie-

(21) Ver BOONE, MIRANDA & MOERINGS, MARTIN “*Growing prison rates*”, en: Miranda Boone & Martin Moerings (eds.) *Dutch Prisons*. The Hague: BoomJu, 2007, 51/76.

ne un dudoso compromiso con la libertad...”⁽²²⁾. En otras palabras, poner “límites al dolor” en las cárceles es un signo de civilización. Las sociedades civilizadas simplemente no torturan ni infligen otros tratos inhumanos y degradantes a las personas.

El periodo de “decarcerización” en Holanda surgió tras la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, cuando las *elites* —que generalmente no llegaban a las cárceles pero fueron encerradas durante el régimen nazi— se avergonzaron tanto de las terribles condiciones carcelarias que sintieron la necesidad de cambiarlas radicalmente si es que iban a superar la barbarie de la época nazi y conformar una sociedad civilizada. En España, la humanización del sistema carcelario se consideró un paso necesario en la transición hacia la democracia después de la muerte del dictador Franco en 1975⁽²³⁾. En Finlandia, la política de decarcerización comenzó con el reconocimiento, en 1976, de que las altas tasas de prisionalización (comparadas con las de los países escandinavos vecinos) eran una desgracia⁽²⁴⁾. Nils Christie⁽²⁵⁾ atribuye las bajas tasas de encarcelamiento de Escandinavia a la unidad moral de la comunidad que da forma a la política de justicia penal en esos países. Por su parte, Jeffrey Meyer y Pat O’Malley (2005:205) sostienen que la decisión de Canadá, en 2001, de adoptar una política más orientada al reduccionismo penal comenzó con la pregunta retórica aunque central: “ O adoptamos el modo americano (...) o desarrollamos alternativas significativas y duraderas⁽²⁶⁾. ”

En los ’80, el Procurador General Jan Remmelink de la Corte Suprema holandesa describió al dictado de sentencias como un proceso preocupante

(22) Ver BRAITHWAITE, JOHN & PETIT, PHILIP, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Clarendon, 1990.

(23) Ver SWAANINGEN, RENÉ VAN, *Perspectivas europeas para una criminología crítica*. Montevideo-Buenos Aires, Ed. BdeF, 2011.

(24) op. cit., ver nota (10)

(25) Ver CHRISTIE, NILS, *La industria del control del delito: ¿La nueva forma de Holocausto?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.

(26) Ver JEFFREY, MEYER, & O’MALLEY, PAT, “Missing the punitive turn? Canadian criminal justice, ‘balance’, and penal modernism”, en Pratt et al. 2005, 201/217.

y a la política criminal como la política de la mala conciencia⁽²⁷⁾. De hecho, tener una alta tasa de prisionalización era considerado muy problemático hasta fines de los '90, tanto por razones económicas como por nuestro nivel de civilización. Todavía en 1997, un informe del centro de investigaciones WODC del Ministerio de Justicia holandés que buscaba analizar y explicar las crecientes tasas de prisionalización entre 1985 y 1995, comenzaba sosteniendo que debería buscarse detener "la expansión incontrolable" del sistema carcelario durante el periodo investigado⁽²⁸⁾. Los investigadores reclamaron explícitamente estrategias de reduccionismo que contrarrestaran las causas más importantes de este aumento. En su opinión, ni los cambios legales ni una mayor disposición a denunciar delitos, ni la ampliación de la capacidad de la policía y las fiscalías podían justificar el aumento de las sentencias privativas de libertad. Básicamente, culpaban al Ministerio Público Fiscal, a la judicatura, la legislatura, la policía y el servicio penitenciario de haber adoptado una actitud más punitiva.

En retrospectiva, esta parece haber sido la última manifestación fervorosa de una creencia genuina por parte de los políticos y los diseñadores de políticas en la necesidad y posibilidad de reducir las tasas de prisionalización. La mayoría de los políticos actuales adopta la postura populista de que "el ciudadano siempre tiene la razón", presupone que el público quiere penas más duras e ignora cualquier cuestionamiento a esta conjetura. Veo con preocupación la avidez con la que los diseñadores de políticas públicas holandeses tratan de copiar las políticas de Gran Bretaña y EE. UU., desde la "tolerancia cero" hasta las ASBOs⁽²⁹⁾. Peor aún: este giro punitivo cuenta con escasos contrapesos. A nivel político, prácticamente todos los partidos —desde el Laborista hasta la extrema derecha— pare-

(27) Ver HAAN, WILLEM DE, *The Politics of Redress: crime, punishment and penal abolition*. London: Unwin Hyman, 1990 y op. cit. (Ver nota (3)).

(28) Ver GRAPENDAAL, MARTIN, GROEN, PETER & VAN DER HEIDE, WILLEM, *Duur en volume. Ontwikkeling van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf tussen 1985 en 1995: feiten en verklaringen*. The Hague: WODC Series Onderzoek en beleid, 1997, no.163.

(29) ASBO es la sigla en inglés para referirse a las *anti-social behaviour orders*, en castellano: "órdenes de restricción por conductas antisociales". Se trata de medidas judiciales civiles contra quienes incurrir en conductas calificadas como "antisociales" con el propósito de corregir incidentes menores que comúnmente no justificarían una acción penal, imponiendo algún tipo de restricción sobre el comportamiento de su destinatario. Fueron introducidas en Gran Bretaña en 1998.

Ver KOEMANS, MONIQUE, *The war on antisocial behaviour: Rationales underlying antisocial behaviour policies. Comparing British and Dutch discourse analyses*. Leiden, 2011.

cen estar de acuerdo en que todavía somos demasiado “blandos” y necesitamos sanciones más expresivas.

Hasta la otrora influyente Liga Holandesa para la Reforma Penal, la *Coornhert Liga*, dejó de existir. En este momento, se evidencia la notable ausencia de una filosofía penal coherente. Cuando se estudian los documentos sobre políticas criminales de los últimos veinte años con el propósito de hallar las razones “oficiales” de la continua expansión del sistema penal, la carencia de argumentos realmente impacta. Básicamente sólo se perciben dos líneas oficiales: una es el pretendido “clamor público” por la escasa rigurosidad penal (que funciona como un mantra que no requiere serio estudio) y la otra es la de “el aumento en las tasas delictivas” (que en realidad están bastante estables desde los '90 y en disminución desde 2002).

La influencia ejercida por los diseñadores de políticas y los legisladores en el desarrollo de las tasas de prisionalización no ha sido siempre clara. En su estudio de la sobrepoblación carcelaria en Bélgica, Kristel Beyens, Sonja Snacken y Christian Eliaerts afirman: “La disminución de las poblaciones carcelarias es muchas veces el resultado de reformas legislativas (...), a veces de un creciente escepticismo respecto a la privación de la libertad sin ninguna reforma legislativa (...) y también vemos muchas iniciativas dirigidas a reducir las poblaciones carcelarias (...) sin resultados⁽³⁰⁾”.

Michael Tonry⁽³¹⁾ advierte lo importante que es, sin embargo, estudiar junto a los desarrollos socio-culturales y políticos, el nivel más concreto de legislación y políticas. Al preguntarse por las razones de las tasas excepcionalmente altas de los estadounidenses, Tonry señala como respuesta las reformas legislativas y las políticas públicas como la guerra a las drogas, la introducción de sentencias con penas cuyos montos se encuentran fijados por ley (*mandatory*) e indeterminadas, leyes del tipo “tres golpes y afuera” y una fuerte penalización del quebrantamiento de las condiciones

(30) Ver BEYENS, KRISTEL, SONJA SNACKEN AND CHRISTIAN ELIAERTS BARSTENDE MUREN. *Overbevolkte gevangenissen: omvang, oorzaken en mogelijke oplossingen*. Antwerp: Kluwer, 1993.

(31) Ver TONRY, MICHAEL, “Why are U.S. incarceration rates so high?”, en Michael Tonry (ed.) *Penal reform in overcrowded times*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 52/64

de la libertad condicional⁽³²⁾. En su libro, *Downsizing Prisons*⁽³³⁾, Michael Jacobson (2005) propone un giro en sentido contrario respecto de estas reformas. Así, ofrece soluciones de implementación práctica mediante políticas y estrategias para despertar de la “pesadilla penal” norteamericana, tales como la modificación de la forma en la que operan las agencias de libertad condicional y de probation; la reducción significativa de las sentencias y las violaciones “técnicas” a las condiciones de la libertad condicional y la implementación de programas de tratamiento para la adicción a las drogas. Como ex Comisionado del Departamento Correccional y de Probation de la ciudad de Nueva York, Jacobson se presenta a sí mismo como un operador que “afirmaría que las estrategias pragmáticas hasta pueden ayudar y quizás contribuir a dar forma y expandir la fuerza de los movimientos sociales anti-carcelarios haciendo que los objetivos de estos movimientos sean más alcanzables.” Sin embargo, Jacobson es, al mismo tiempo, muy normativo al finalizar su libro con el siguiente llamado: “Las políticas actuales han producido más daño que bienestar y es hora de ponerles freno. Es hora de parar⁽³⁴⁾.”

Del trabajo de Tapio Lappi-Seppälä también podemos concluir que la legislación y las políticas son necesariamente factores importantes para la reducción de las tasas de prisionalización —y también para su aumento— en un país que durante la última década ha sido considerado como un ejemplo de sociedad no-punitiva: Finlandia. En este caso, los efectos reduccionistas de mayor alcance se lograron: 1- Reduciendo las penas para los delitos comunes contra la propiedad en 1972 y nuevamente en 1991; 2- Restringiendo el uso de la prisión preventiva en 1973; 3- Introduciendo las multas diarias y las sentencias condicionales en 1977; 4- Reduciendo el término de la libertad condicional en 1989 e, 5- Introduciendo las órdenes de servicio comunitario como alternativa a la prisión en 1992 y 1995. El incremento en las tasas de prisionalización finlandesas después de 2000 halla sus causas principales en: 1- El aumento de las penas para los delitos que implican ejercicio, intento o amenaza de violencia contra las personas;

(32) Vale la pena mencionar que la derecha política (y particularmente la extrema derecha) en Holanda ha propuesto la introducción de estas mismas reformas legales.

(33) JACOBSON, MICHAEL, *Downsizing Prisons: How to Reduce Crime and End Mass Incarceration*, New York, New York University Press, 2005.

(34) op. cit., ver nota (33), p. 223

2- una mayor penalización del consumo y tráfico de drogas y 3- de los delitos sexuales y la violencia doméstica.

Michael Cavadino y James Dignan describen Finlandia como “El país que más recurre al conocimiento experto de entre los escandinavos⁽³⁵⁾.” Si bien no puede probarse que esto tenga correlación directa con la escasa población carcelaria de ese país, existen buenas razones para analizar el rol de los expertos en cuestiones penales. En el plano internacional, estos expertos y los movimientos para la reforma penal tienen un rol fundamental como vanguardia política para la confección de agendas reduccionistas⁽³⁶⁾. El periodo de decarcerización en Holanda confirma esta tesis: Se inició con el Comité Fick, que estableció las pautas para un nuevo sistema carcelario humanitario en 1947; la Escuela de Utrecht de los ‘50, que constituyó un apoyo fundamental a la rehabilitación y, en los ‘70, de los derechos de los detenidos; luego, los abolicionistas que se comprometieron en grupos de presión penal y de reforma legislativa en los ‘70 y ‘80 y el establecimiento de políticas diseñadas por expertos. Sin embargo, Nils Christie sostuvo que “la proverbial ‘tolerancia holandesa’ ha sido siempre una ‘tolerancia desde arriba’, conducida por las elites profesionales que eran mucho más ‘tolerantes’ que el público en general⁽³⁷⁾.” En su opinión, esto tornaría vulnerable al clima penal moderado holandés. Desafortunadamente, si miramos en retrospectiva, debemos coincidir con Christie en este punto.

Con David Downes⁽³⁸⁾ también demostramos cómo el tono fuertemente moralista, anti-delito y anti-benevolencia penal del *White Paper* “La ley en movimiento” (*Recht in beweging*) se fusionó con un discurso gerencialista que pregonaba el aumento de la “eficacia de la cadena penal”. Un populismo punitivo comenzó a dominar las políticas del control del delito desde la última parte de los ‘90, cuando la Derecha populista (o extrema) se puso a la vanguardia, concentrándose en la amenaza que los “extranjeros” en general y los terroristas islámicos, en particular, constituían para

(35) Ver op. cit., ver nota (6).

(36) Ver BONDESON, ULLA, “Levels of punitiveness in Scandinavia: description and explanation”, en Pratt et al. 2005, pp. 189/200 y op. cit., nota (23), cap 7.

(37) op. cit., ver (25), p. 49.

(38) op. cit., ver nota (3).

sociedad holandesa⁽³⁹⁾. A nivel más directo de políticas implementadas, vemos cómo el enfoque de “lo que da resultado”- con su discurso de “eficiencia” y “buenas prácticas”- sustituye el compromiso social de la generación previa de abogados y criminólogos. La desacreditación de la filosofía penal reduccionista coincidió con el surgimiento de una clase diferente de “expertos en cuestiones penales”: el estadístico, el analista de riesgos, el gerente, el psiquiatra y el psicólogo. Estos nuevos expertos no cuestionan el giro punitivo; no tienen la agenda intelectual amplia de la generación precedente; son contratados para brindar consejos concretos en casos concretos y apegarse a esta función. Más aún: deben obedecer la nueva cultura gerencialista en la que “blancos”, “financiamiento de los resultados” y “planificación y control” son las palabras de moda.

En una línea similar, David Downes se pregunta: “¿Tendrían hoy los operadores la misma libertad de maniobra y el mismo respaldo de los funcionarios que David Faulker (un alto funcionario de la administración penal británica con una agenda reduccionista, RvS) y su equipo consiguieron en los ‘80? Me temo que no⁽⁴⁰⁾.” Si consideramos que las tasas de prisionalización británicas siguen subiendo a pesar de los comentarios críticos del Secretario de Justicia británico, Kenneth Clark, sobre el “pasmoso número” de detenidos en Inglaterra y Gales, los altísimos costos del sistema carcelario y el hecho de que muchos detenidos se hacen adictos a las drogas durante su encierro, lamentamos coincidir con Downes. Los estudios sobre el sistema carcelario español (con la segunda cifra más alta de Europa Occidental pese a la ausencia de tasas de victimización o niveles de punitivismo particularmente altos) señalan como razón del aumento de las tasas de encarcelamiento de 138 en 2004 a 155 en 2010⁽⁴¹⁾ el incremen-

(39) Ver ZAITCH, DAMIÁN; RENÉ VAN SWAANINGEN Y FIORE GEELHOED, “La metáfora del ‘9/11’ como marco conceptual de los cambios políticos en Holanda”, en María Laura Böhm & Mariano Hernán Gutiérrez (ed.), *Políticas de seguridad: peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007, pp.187/218.

(40) Ver DOWNES, DAVID, “*Commission on English Prisons Today: Response to Ian Loader: The Political Art of Penal Moderation*”. ver texto completo en : http://www.howardleague.org/fileadmin/howard_league/user/pdf/Commission/Penal_moderation_-_David_Downes.pdf.

(41) Ver CID, JOSÉ & LARRAURI ELENA, “*Development of crime, social change, mass media, crime policy, sanctioning practice and their impact on prison population rates*”, en Sistema penal & violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito PUCRS 1: 1-21. ver texto completo en: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia>.

to en las penas y las nuevas criminalizaciones como así también la pérdida de influencia de las *elites* profesionales sobre quienes diseñan las políticas públicas.

V | ¿Un giro punitivo revertido?

Con 134 detenidos por cada 100.000 habitantes en 2005, Holanda se acercó a los países de Europa Occidental con las tasas más altas, después de Gran Bretaña y España. Pero, mientras en estos dos países aquéllas continuaron aumentando, en Holanda bajaron —¡después de treinta años de continuo crecimiento!— Con una tasa de 94 en 2010, vuelve al nivel de 2001. Un análisis reciente de las tendencias realizado por el Departamento de investigaciones WODC del Ministerio de Justicia holandés pronostica que las tasas bajarán aún más, aunque no al mismo ritmo que entre 2005 y 2010⁽⁴²⁾. Se van a cerrar ocho cárceles y una ya ha sido alquilada a Bélgica —país vecino que sufre de sobrepoblación estructural—. Asimismo, se ha propuesto el cierre de otras seis instituciones juveniles. Ningún experto en cuestiones penales había pronosticado esto. No acontecieron cambios notables en el entramado socio-cultural del país que pudiera explicarlo; definitivamente, no hubo un resurgimiento de políticas reduccionistas y tampoco decriminalizaciones u otras iniciativas políticas que pudieran haber tenido efectos despenalizadores. Lo único que podemos decir es que los giros punitivos pueden revertirse, al menos si tomamos las tasas de prisionalización como indicador de punitivismo.

Pasaron algunos años hasta que surgieron los primeros análisis de la disminución del número de detenidos. La explicación intentada con mayor frecuencia era la aparentemente obvia de que las tasas de prisionalización bajaron porque los delitos registrados estaban disminuyendo. Parecía demasiado simple. Si concluimos que las tasas delictivas casi nunca tienen correlación con la expansión del sistema carcelario, ¿por qué determinarían una disminución? Más aún: las tasas de delitos registrados habían caí-

(42) SONNENSCHNEIN, ANNE, VAN DEN BRAAK, SUSAN; MOOLENAAR, DEBORA Y SMIT PAUL, *Trendwatch: Introductie en eerste resultaten van een instrument ter verbetering van justitiële capaciteitsramingen*, The Hague: WODC ver texto completo en: http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/1895b-trendwatching-pmj-2009.aspx?nav=ra&l=detentie_en_reclassering&l=gevangenis capaciteit.

do en la mayor parte de los países de Europa Occidental, mientras que las tasas de prisionalización no disminuyeron en estos otros países.

Miremos más de cerca las tasas delictivas en baja en Holanda: En 2009, el economista jurídico Ben Vollaard, el oficial de policía Peter Versteegh y el estadístico Jan van den Brakel publicaron un informe sobre lo que llamaron las explicaciones más prometedoras de la caída del delito desde 2002⁽⁴³⁾. En primer lugar, observaron una disminución espectacular de los delitos violentos más graves, lo que se tradujo en penas más cortas.

En segundo lugar, concluyeron que el número de adictos a drogas duras disminuyó en dos tercios. Dado que este grupo es considerado responsable de una gran proporción de delitos callejeros comunes, su disminución contribuye significativamente a la disminución promedio del delito. Es más, la introducción de una nueva medida destinada a mantener a los delincuentes habituales (cerca del 90% adictos a las drogas) fuera de las calles por dos años, independientemente del delito que hayan cometido (conocida como "medida LSD"), parece haber tenido un importante efecto en la disminución del delito callejero. Otras razones para la disminución de las tasas delictivas que señalan estos investigadores (2009) son la disminución de gente joven en la población, un control policial más efectivo y con blancos más precisos, mejores medidas de prevención y menores precios para los artículos robados.

Como vimos al analizar el aumento de las tasas de prisionalización, el efecto de la, en este caso, menor, gravedad de los delitos cometidos parece haber tenido el mayor impacto. Pero, para entender su relación con la disminución de las tasas referidas, es necesario analizar las cifras con mayor profundidad. En realidad, los delitos registrados como "violentos" han aumentado de 91.738 en 2000 a 111.888 en 2007. Sin embargo, como los delitos violentos que llegan a los tribunales son menos graves, las penas son menores. Lo mismo puede decirse respecto a los delitos relacionados con las drogas. Las infracciones a la Ley del Opio (*Opiumwet*) aumentaron de 7.474 en 2000 a 15.675 en 2007, pero este incremento se debe principalmente a una mayor penalización de las drogas blandas (por ej., los

(43) Ver VOLLAARD, BEN; VERSTEEGH, PETER Y VAN BRAKEL, JAN, *Veel belovende verklaringen voor de daling van de criminaliteit na 2002*. Apeldoorn, Politie & Wetenschap, 2009.

derivados del cannabis), con penas menores⁽⁴⁴⁾. Es cierto que la medida ISD produce un efecto incapacitante en los delincuentes habituales, pero tampoco debe sobreestimarse. Sólo hay 700 transgresores en las instituciones ISD —lo que no es un número considerable si tiene en cuenta la capacidad carcelaria de 12.000 internos— y esta incapacitación sólo tiene un efecto temporario. Además, aunque la rehabilitación también constituye un objetivo oficial de la medida ISD, al centrarse en la incapacitación, se transforma en una medida punitiva⁽⁴⁵⁾.

Una segunda razón para la disminución de las tasas de prisionalización invocada a menudo es la mayor aplicación de sanciones no-privativas de la libertad y del monitoreo electrónico. Es cierto que el número de sanciones no-privativas para adultos continuaba subiendo mientras las tasas de prisionalización bajaban: en 2002, se aplicaron 20.949 sanciones no-privativas de la libertad para adultos y 37.663 en 2007, lo que prácticamente equivale al número de detenidos por año⁽⁴⁶⁾. Sin embargo, cuando más aumentó el número de sanciones no-privativas fue durante el periodo de expansionismo penal y a partir de 2008 sufrió una escasa disminución. Por lo tanto, si tenemos en cuenta que éstas contienen una creciente cantidad de condiciones que cada vez se aplican más estrictamente (incluyendo la utilización de un chaleco fluorescente —claramente estigmatizante— con la inscripción “trabajo para la sociedad”) podemos poner en duda si la aplicación más amplia de sanciones no-privativas de la libertad constituye un símbolo de un clima penal menos punitivo.

Las explicaciones más recurrentes no resultan del todo convincentes. Debemos profundizar aun más. Por ello, analizamos hasta qué extremo los

(44) Estas cifras surgen de *Statline* del Departamento Central de Estadística CBS <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheid-recht/nieuws/default.htm> y de la coproducción de *Criminaliteit en rechtshandhaving* de CBS y WODC (Kaladien & de Heer-de Lange 2011) <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheid-recht/publicaties/publicaties/archief/2011/2011-criminaliteit-rechtshandhaving-pub.htm>. Dado que las cifras suministradas en este artículo pretenden ilustrar una determinada tendencia, sólo se utilizarán globalmente para no “distracer” con complejos detalles estadísticos que puedan apartarnos de la línea general de argumentación.

(45) STRUIJK, SANNE, *De ISD in perspectief: Een studie naar de ISD-maatregel in het licht van het Nederlands strafrechtelijk sanctiestelsel ter bestrijding van recidive en criminele overlast*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011.

(46) En el caso de delincuentes menores de edad, el número de sanciones no privativas de la libertad (23.583) quintuplica a las penas de prisión.

mecanismos internos de las políticas implementadas y del sistema que condujeron al aumento de la capacidad carcelaria, ahora contribuyen a su reducción. Debo advertir que la mayoría de estas explicaciones son tentativas; hasta cierto punto, hipotéticas y aún se requiere mayor investigación para ver cuánto sentido tienen. Empecemos por algunos de los cambios dentro del sistema penal.

El reporte estadístico bianual “Delito y Coerción Penal” (*Criminaliteit en Rechtshandhaving*) muestra que se ha reducido notablemente la aplicación de sentencias privativas de la libertad de cumplimiento efectivo para los delitos contra la propiedad, que constituyen la mayor parte de los casos judiciales. También puede observarse que son mucho menos los acusados que cumplen prisión preventiva en comparación con las cifras de principios de los 2000 y que el temor al delito —que se correlaciona más directamente con las tasas de prisionalización que con las de delitos cometidos— es tradicionalmente poco significativo en Holanda, aunque no existe una clara tendencia reduccionista⁽⁴⁷⁾.

Además, vale la pena analizar en mayor detalle algunos cambios en las políticas implementadas. En 2005 se introdujo el llamado “arreglo con el Ministerio Público Fiscal” (OM afdoening) por el cual el Fiscal actuante puede concluir un caso sin llevarlo a juicio. Para no violar el derecho a la jurisdicción del acusado, esta decisión política puramente pragmática de reducir la demora judicial se limita a arreglos que no impliquen privación de la libertad. Para convertirse en una pena de prisión debe intervenir un juez. Es probable que esto tenga alguna incidencia sobre la cantidad de sentencias privativas de la libertad, pero también es cierto que —comparada con otros países de Europa Occidental— la posibilidad de recibir una sanción de este tipo por delitos muy leves es muy alta en Holanda⁽⁴⁸⁾. Aunque cuantitativamente menos importantes, existen otras dos medidas de política penal que pueden haber tenido un efecto descarcerizante. En primer lugar, debemos señalar la implementada para reducir las listas de espera de los sentenciados a prisión y tratamiento psiquiátrico que espe-

(47) KALADIEN, SANDRA Y DE HEER-DE LANGE, NYNKE (eds.), *Criminaliteit en rechtshandhaving 2010: Ontwikkelingen en samenhangen*. The Hague: BoomJu, 2011. ver texto completo en: <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheid-recht/publicaties/publicaties/archief/2011/2011-criminaliteit-rechtshandhaving-pub.htm>.

(48) op. cit., ver nota (46).

ran en detención una vacante en una institución psiquiátrica penal (Clínica TBS), conocida como "Regulación Fokkens". Esta medida posibilitó la transferencia de estos detenidos a una clínica TBS después de haber cumplido un tercio de su condena. Habíamos visto con anterioridad que la lista de espera para los pacientes de estas instituciones era uno de los factores que ejercían presión sobre el sistema carcelario⁽⁴⁹⁾. En segundo lugar, cabe hacer referencia a una amnistía general que benefició a unos 27.000 inmigrantes sin documentos oficiales en Holanda en 2007, de los cuales un número importante esperaba la deportación en centros de detención provisional⁽⁵⁰⁾.

También a nivel sociológico existen otras hipótesis que vale la pena investigar: primero, debemos admitir que hemos construido demasiadas cárceles. Los pronósticos se basaron en análisis de las tendencias que partieron de las premisas de que el delito continuaría aumentando, mientras los delitos registrados se habían estabilizado hace tiempo⁽⁵¹⁾. Si bien esto explica por qué las tasas de prisionalización bajaron, resulta revelador de la (¡costosa!) creencia en las "soluciones" punitivas y, obviamente, del hecho de que muchas cárceles estén cerradas o semi vacías. Segundo, la judicatura parece más permeable que los políticos o los fiscales a la crítica del punitivismo efectuada por los expertos. Varios jueces, incluso de la Corte Suprema, han criticado los delitos menores que muchas veces llegan a los tribunales. Es necesario analizar si esto ha tenido algún efecto concreto en las sentencias. También debemos reconocer que, a pesar de las críticas sobre la disminución de la calidad de los regímenes penitenciarios, todavía la mayor parte de los internos prefiere las cárceles holandesas a otras, como las británicas⁽⁵²⁾. Aun bajo los regímenes más estrictos, en Holanda

(49) La "Regulación Fokkens" fue abolida nuevamente por el nuevo gobierno en 2010.

(50) Es posible que esto también cambie rápidamente: El nuevo gobierno de la minoría de la derecha, con la anuencia del partido PVV de derecha populista, anti-inmigración y anti-islam, propone penalizar la residencia en Holanda sin documentación válida, lo que bien puede llevar a un aumento de las cifras de prisionalización.

(51) Esto parece estar implícitamente reconocido en análisis de tendencias del Ministerio de Justicia de 2011, en el que se propone un nuevo modo de pronosticar la demanda de capacidad carcelaria.

(52) KRUTTSCHNITT, CANDACE Y DIRKZWAGER, ANJA, "Are there still Contrasts in Tolerance? Imprisonment in the Netherlands and England 20 years later", *Punishment & Society* 13, 2011, pp. 283/306.

el personal penitenciario intenta brindar las condiciones más humanas posibles, por lo que también vale la pena analizar el rol mitigante de estos agentes involucrados de manera directa en la implementación de las políticas públicas.

Otro factor a analizar es si la idea generalizada de que el castigo es una solución para el delito ha logrado ser conmovida por una cobertura más crítica por parte de los medios masivos de los errores judiciales; por los guardia-cárceles que denuncian públicamente el empeoramiento de las condiciones de la prisiones; por los informes sobre los peligros de incendio en las instalaciones penitenciarias y otras actividades por el estilo. Hemos visto que, a nivel macro, una atención mediática con mayores matices respecto al delito y a la inseguridad halla correlato con bajas tasas de prisionalización. Tapio Lappi-Seppälä⁽⁵³⁾ ha explicado parcialmente las bajas tasas finlandesas señalando, entre otros factores, la escasa existencia de prensa sensacionalista en ese país como así también el hecho de que el diario con mayor tirada es de calidad y el 90% de las ventas todavía funciona a través de suscripciones, por lo que no sería necesario apelar al sensacionalismo para captar lectores. Hasta finales de los '80, en Holanda la situación era muy parecida. La mediatización del delito y la inseguridad, que hemos dado en llamar "*crime infotainment*" (juego de palabras que integra "delito", "información" y "entretenimiento" para denotar el enfoque ambivalente, comercial y poco riguroso que los medios masivos adoptan respecto a las cuestiones penales), recién surgió tras el ingreso de la televisión comercial al escenario mediático en los '90. En especial, a principios de los 2000, durante el periodo de revuelo político tras el asesinato de Pim Fortuyn y del director de cine Theo van Gogh, los columnistas superficiales comenzaron a ejercer mayor influencia que los periodistas serios y se puso de moda una franca incorrección política, también en la prensa seria. Durante los últimos años, parece que esto ha cambiado nuevamente: el periodismo crítico parece estar recuperando protagonismo. Se puede observar un desarrollo similar en el campo político: a principios de los 2000, las cuestiones de ley y orden constituían el punto principal en la agenda electoral, pero en las últimas campañas el delito y la inseguridad han ocupado un puesto menos prominente, ubicándose detrás de la economía y la salud. Es más, los principales sostenedores políticos del pu-

(53) op. cit., ver nota (10).

nitivismo, los neo-nacionalistas de la derecha populista, están perdiendo terreno por primera vez desde 2001. Si las noticias sobre los delitos pierden protagonismo, también cede la presión para que los políticos midan su fuerza apelando al punitivismo.

¿Podemos afirmar, entonces, que Holanda se ha vuelto menos punitiva porque las tasas de prisionalización bajaron desde 2005? Existen muchos otros factores a tener en cuenta para contestar esta pregunta afirmativamente. En primer lugar, el porcentaje de los acusados que son sentenciados a pena de prisión es bastante alto en comparación con otros países europeos⁽⁵⁴⁾. Dentro de la política de derecha se ejerce una presión continua para hacer uso de la excesiva capacidad carcelaria y al fin comenzar a castigar adecuadamente”. Los sucesivos gobiernos han propuesto medidas muy punitivas, como las ASBOs, el aumento de los máximos en las escalas penales, la detención como consecuencia de la violación de las pautas impuestas para el otorgamiento de la libertad condicional, la sustitución de las sanciones no-privativas de libertad por pena de prisión cuando no se cumplen los compromisos asumidos. Además, se han incorporado algunas otras medidas punitivas, como la puesta en funcionamiento de la prisión de máxima seguridad EBI, la medida ISD al estilo “tres golpes y afuera” en versión morigerada, o el régimen de “estadía prolongada” (léase: de por vida) en las instituciones psiquiátricas penales (clínicas TBS). Para peor, las tasas de prisionalización siguen mostrando una notable discriminación étnica. En la actualidad, el 28% de la población carcelaria está compuesta por extranjeros (principalmente europeos del Este y africanos). Además la abrumadora mayoría de los presos no es de raza blanca, dado que la mayor parte de la segunda generación de inmigrantes y habitantes de las que fueron colonias, tiene nacionalidad holandesa. Si sumamos las sentencias privativas y las no-privativas de la libertad, el castigo es aun mayor. Finalmente pero no por ello menos importante, bajo la bandera de la prevención del delito se han introducido medidas altamente invasivas, lo que llevó al sociólogo Willem Schinkel⁽⁵⁵⁾ a concluir que en la actualidad estamos experimentando “prepresión”: las supuestas medidas preventivas tienen a veces un costado extrema-

(54) op. cit., ver nota (46).

(55) SCHINKEL, WILLEM, “Prepression: The actuarial archive and new technologies of security”, *Theoretical criminology*, 2011, 15, pp. 365/380.

damente represivo. El extraño dicho que reza que un modo de abolir la cárcel es convertir a la sociedad en una prisión podría estar haciéndose realidad en Holanda.

Más que nada, el caso holandés parece reafirmar la idea foucaultiana de un “complejo penal-asistencial” en el que las prestaciones sociales sirven para disciplinar a la población. También rememora la noción de Stanley Cohen de una “ciudad punitiva⁽⁵⁶⁾”. Quizás la población carcelaria disminuyó simplemente porque hemos transformado creativamente el control policial y las políticas de seguridad comunitaria en las principales estrategias de control del delito. El auge de las “ventanas rotas” y la “tolerancia cero” sin duda ha rediseñado la noción de la prevención social del delito dándole una orientación excluyente y represiva⁽⁵⁷⁾. La fusión de prevención y represión que Willem Schinkel⁽⁵⁸⁾ identificó en la política local de seguridad apunta a las conductas pre-delictivas de los “desclasados” (inmigrantes, personas “sin techo”, adictos a las drogas, prostitutas) lo que torna plausible la tesis de un revanchismo urbano que se apropió de las políticas⁽⁵⁹⁾. La política general de “persuadir” a los “forasteros” de adoptar un estilo de vida “decente” que los sociólogos Godfried Engbersen, Erik Snel y Afke Weltevrede⁽⁶⁰⁾ han acuñado como “reconquista social” (*sociale herovering*) y el cambio de enfoque en la política —que pasó de centrarse en el “delito” a las “conductas antisociales” o “pre-delictivas”— hace que no podamos mostrar al caso holandés como ejemplo de que el giro punitivo ha sido revertido, sino más vale como un caso en el que las prestaciones sociales han sido activamente utilizadas en la lucha contra la inseguridad y las faltas al orden público.

(56) Ver COHEN, STANLEY, “*The punitive city; notes on the dispersal of social control*”, *Contemporary Crises*, 1979, pp. 339/363.

(57) op. cit., ver nota (29).

(58) op. cit., ver nota (54).

(59) op. cit., ver nota (13), texto de Van Swaaningen.

(60) Ver ENGBERSEN, GODFRIED, SNEL, ERIK & WELTEVREDE, AFKE, *Sociale Herovering in Amsterdam en Rotterdam: één verhaal over twee wijken*. Amsterdam: Amsterdam University Press/WRR, 2005, ver texto completo en: <http://www.wrr.nl/content.jsp?objectid=2814>

VI | Contrarrestando el punitivismo

El departamento de investigación WODC del Ministerio de Justicia holandés pronostica que las tasas de prisionalización bajarán todavía más⁽⁶¹⁾. Sin embargo, existen pocas razones para dormirse en los laureles: dado que la disminución de estas tasas simplemente “sucedió” sin un plan ni una decisión política, también podría revertirse del mismo modo. Más aún: hemos visto que los elementos punitivos han penetrado profusamente en la sociedad. Para brindar argumentos en contra del punitivismo, es posible que debamos enfocarnos en el “complejo penal- asistencial” y en sus medidas y proyectos “prepresivos” en la sociedad en general, en lugar de concentrarnos en las cárceles. Utilizando nuevamente las palabras de Braithwaite y Petit⁽⁶²⁾ es socialmente saludable sentirse incómodo con las respuestas punitivas a las cuestiones sociales no sólo en las cárceles sino también en la sociedad. El llamamiento de Ian Loader⁽⁶³⁾ en pos de una “moderación penal” puede también ser trasladado a la “ciudad punitiva”. De igual modo aquí el exceso de punitivismo debe responderse con contención, moderación y dignidad. Esperamos demasiado del castigo y no reconocemos debidamente los efectos colaterales negativos, sea en las cárceles o en la sociedad.

Uno de los problemas antes mencionados es la falta de una contra-corriente crítica en el debate holandés sobre el delito y la inseguridad, aunque se han observado algunos cambios durante estos últimos años. Ya hemos insinuado la idea de que el periodismo parece haber recuperado cierta seriedad y actitud crítica⁽⁶⁴⁾ pero existen otros indicios de que los efectos contraproducentes del punitivismo vuelven a ser tomados en cuenta. Veamos algunos ejemplos: El *obudsman* holandés advirtió en su informe anual que la tendencia actual a tratar a todos los ciudadanos como potenciales

(61) op. cit., ver nota (42).

(62) op. cit., ver nota (22).

(63) LOADER, IAN, “For penal moderation: Notes towards a public philosophy of punishment”, *Theoretical Criminology*, 2010, 14: pp. 349/367.

(64) Una anécdota personal al respecto: hace diez años la prensa era renuente a publicar contribuciones críticas de criminólogos mientras que hoy esos críticos son invitados a contribuir en el debate público.

transgresores de la ley aleja del Estado al 98% de la gente de buena voluntad⁽⁶⁵⁾. Los argumentos que brindó para sostener esta declaración fueron ampliamente recogidos por los medios y causaron cierto estremecimiento público debido a que vastos sectores de la sociedad simplemente no advertían el grado de crueldad e indiferencia con el que muchos funcionarios estatales tratan a los ciudadanos.

Ya sostuvimos antes que la afirmación del gobierno de que el punitivismo es simplemente la respuesta a la exigencia pública de ley y orden sigue siendo injustificada. Las investigaciones serias sobre este tema demuestran, en su mayoría, que si a la “gente común” se le brindan todos los detalles sobre un caso determinado, su juicio será apenas más punitivo que el de los jueces considerados demasiado liberales⁽⁶⁶⁾ y, por otra parte, existe mucho mayor apoyo a la tesis de que la gente no es tan punitiva. Así, cada dos años el Buró de Planificación Social y Cultural Holandés realiza una extensa encuesta entre 2000 entrevistados en las que se les pregunta por sus deseos y sus expectativas reales para el futuro de la sociedad. El informe 2004 mostró una gran disparidad entre ambas categorías: a la gente le gustaría una sociedad más comunitaria, con mayor solidaridad, pero temía que ésta se volviera aun más competitiva y que el clima social siguiera radicalizándose. La mayoría de los entrevistados señaló la creciente competitividad en la sociedad, la disminución del control social informal y la globalización como las causas más importantes del delito y la inseguridad, pero —y aquí está el eje central— justamente porque reducir la competitividad, reforzar el control social informal y hacer retroceder a la globalización se veía como imposible, se consideraba indispensable admitir mayores violaciones a los derechos civiles, mayor vigilancia y seguridad y, por supuesto, penas más duras. Esto no puede interpretarse como un deseo de punitivismo, aunque el pesimismo sobre las posibilidades de cambio pueda tener consecuencias punitivas.

(65) NATIONALE OMBUDSMAN, *De burger in de ketens: Verslag van de Nationale ombudsman over 2008*. The Hague: De Nationale Ombudsman, 2008 ver texto completo en: <http://www.nationaleombudsmannieuws.nl/sites/default/files/no-jvs-2008.pdf>

(66) RUITER, STIJN; TOLSMA, JOCHEM; DE HOON, MARLOES, ELFFERS, HENK & DER LAAN, PETER VAN; *De burger als rechter. Een onderzoek naar geprefereerde sancties voor misdrijven in Nederland*. The Hague: Boom Lemma, 2011.

El Buró de Planificación Social y Cultural también confeccionó un listado de buenas prácticas en la prevención del delito y la imposición de sanciones⁽⁶⁷⁾. A pesar de todas las connotaciones positivistas relacionadas con la noción de “lo que da resultado”, este difundido informe podría utilizarse como elemento de una posible agenda reduccionista, ya que prueba que las sanciones expresivas “no dan resultado” y que la simple vigilancia policial y las intervenciones sociales como el apoyo educacional y el entrenamiento en habilidades sociales tienen efectos mucho más positivos sobre las tasas de reincidencia. No quiero adentrarme aquí en todas las dificultades metodológicas que encierra el abordaje de “lo que da resultado”, pero usémoslo como ejemplo de cómo a la tendencia al *acting out* con castigos sumamente expresivos se responde con argumentos que alientan políticas racionales y eficaces. Asimismo, vale la pena simplemente señalar los efectos negativos del punitivismo, como la sobrecarga del sistema de justicia penal; el alto costo de un sistema penal ineficiente; el hecho de que las sanciones no-privativas de la libertad y la prevención del delito han variado su propósito original de reducir las tasas de prisionalización; los efectos no deseados de la resistencia y de la desviación secundaria y la radicalización del clima social. Para muchos periodistas, esto integra las “noticias”. Algunas “noticias positivas” sobre la reducción de las tasas delictivas, la mayor seguridad en las ciudades y las reacciones no-punitivas frente al delito y a la inseguridad —como los *straat coaches*⁽⁶⁸⁾ y las *safety houses*⁽⁶⁹⁾ (*veiligheidshuizen*)— también suelen ser recogidas por los medios. Debemos tener presente que lo que puede resultar evidente para los criminólogos, puede no resultar tan obvio para el ciudadano, periodista o político promedio, por lo que “seguir afirmando lo obvio” es una buena estrategia para la criminología pública⁽⁷⁰⁾.

(67) NOIJE, LONNEKE VAN Y KARIN, WITTEBROOD, *Sociale veiligheid ontsleuteld: Veronderstelde en werkelijke effecten van veiligheidsbeleid*. The Hague: Sociaal en Cultureel Planbureau, 2008, ver texto completo en: <http://www.scp.nl/content.jsp?objectid=default:19308>.

(68) Programa preventivo dirigido a los jóvenes que complementa tácticas de vigilancia con intervenciones socio-culturales con el objetivo combinado de controlar posibles conductas antisociales en las calles, brindar asistencia frente a problemáticas específicas y potencializar los recursos de los participantes para el diseño y desarrollo de sus proyectos vitales.

(69) Programa cogestionado por ciertas comunidades y la policía local que nuclea casas que reúnen determinadas condiciones y cuyos ocupantes —previo control policial de sus antecedentes y sus perfiles— se comprometen a brindar un lugar seguro para aquellos que se sienten inseguros en la comunidad y que generalmente se identifican con el logo del programa.

(70) LOADER, IAN Y SPARKS, RICHARD, *Public Criminology?* London: Routledge, 2011.

Sin embargo, formado como estoy dentro de la tradición criminológica abolicionista, siento que es preciso elaborar un discurso sustitutivo "utópico" para demostrar que es posible brindar otras respuestas no-punitivas al delito⁽⁷¹⁾. En su ausencia, se considera al punitivismo como la única respuesta obvia. Los abolicionistas penales han enfatizado tanto el componente crítico como el utópico y en los '70 y '80 fueron capaces de obtener suficiente apoyo público como para lograr algunos de sus objetivos⁽⁷²⁾. Quizás el término "abolicionismo" no sea el más adecuado para la criminología pública de hoy día dado que se concentra más en lo negativo (abolición) que en lo positivo (soluciones sociales a problemas sociales) y está rodeado de demasiadas afirmaciones absolutistas. Sin embargo, no puede negarse que el abolicionismo brinda algunas lecciones útiles: en primer lugar, sus sostenedores han insistido en la necesidad de utopías y han enfatizado que las realidades posibles comienzan con la deconstrucción del "delito" como categoría significativa y de la punibilidad como solución seria. Con su estilo normativo de argumentación han demostrado que el discurso penal suele ser demasiado técnico para ganarse "las mentes y los corazones". En lugar de ello, han intentado responder al populismo penal con una contra-moralidad. Nils Christie comenzó su libro *Los límites del dolor* con esta famosa aseveración: "El moralismo en nuestras áreas ha sido por algunos años una actitud y hasta un término asociado con los protagonistas de campañas de ley y orden y de severas sanciones penales, mientras que sus oponentes flotaban en una suerte de vacío libre de valoraciones. Seamos, por lo tanto, completamente claros: yo también soy un moralista. Peor que eso: soy un imperialista moral⁽⁷³⁾". También vale la pena recordar la hermosa frase de Christie: "el sufrimiento es inevitable pero el infierno creado por el hombre, no lo es". Herman Bianchi⁽⁷⁴⁾, el colega abolicionista holandés de Christie nunca se cansó de mostrar, en nombre de la Justicia con mayúscula, la naturaleza bárbara del acto de encerrar personas en jaulas como reminiscencia de la época de la esclavitud y del castigo corporal. También existen otros buenos ejemplos de cómo los "radicales" ejercieron

(71) BIANCHI, HERMAN & VAN SWAANINGEN RENÉ (eds.), *Abolitionism; towards a non-repressive approach to crime*, Amsterdam, Free University Press, 1986.

(72) RUGGIERO, VINCENZO, *Penal Abolitionism*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

(73) CHRISTIE, NILS, *Los límites del dolor*. México, Fondo de Cultura Económico, 1984, p. 10.

(74) BIANCHI, HERMAN, *Justice as Sanctuary; toward a new system of crime control*. Bloomington, Indiana University Press, 1994.

directa influencia sobre las políticas implementadas, por ejemplo, la participación de Louk Hulsman en distintos comités gubernamentales, tanto en Holanda como en el Consejo de Europa⁽⁷⁵⁾. Confieso que extraño esas voces. Siempre me cautivó el modo en que Stanley Cohen nos recordaba, con su agudo estilo, que “tiene más sentido reafirmar cautelosamente nuestros valores y creencias que transformarnos en críticos distantes⁽⁷⁶⁾” y ese es, en mi opinión, el valor actual del abolicionismo.

Cabe preguntarnos si una criminología pública de estas características tendrá algún efecto; si podrá despertar a la gente de su sueño o, mejor dicho, de su pesadilla punitiva. Decididamente, no tenemos la respuesta, pero eso no parece ser lo más importante. La cuestión principal aquí es que la democracia simplemente exige oposición y que nuestras ideas sobre la punibilidad están estrechamente ligadas a nuestro compromiso con el bienestar social, la democracia y los derechos humanos⁽⁷⁷⁾. El rol de los intelectuales es demostrar que el cambio comienza cuando se lo imagina. Es hora de transmitir nuevamente el viejo mensaje. No creo que alguien haya esperado seriamente encontrar una “respuesta” al punitivismo en estas páginas, pero sí espero haber señalado algunos elementos útiles en la determinación de los giros punitivos como del reduccionismo penal. Sería de desear que esta contribución también ayude a combatir el desalentador pesimismo que caracteriza a la mayor parte de la literatura sobre punitivismo. Hemos cometido el error de rendirnos a la idea de que “nada da resultado”; no lo repitamos, porque eso vuelve —como ya hemos experimentado— impotente toda crítica. Aún vale la pena remarcar que, si queremos, podemos producir cambios; las políticas pueden orientarse nuevamente a la reducción penal. No existen soluciones sencillas, pero el punitivismo no es una “plaga divina” que debemos padecer resignadamente.

(75) Ver SWAANINGEN, RENÉ VAN Y BLAD, JOHN R. (eds.), *De ontmaskering van het strafrechtelijk discours: een bloemlezing uit het werk van Louk Hulsman*. The Hague: BoomJu, 2011.

(76) COHEN, STANLEY, *Visiones del Control social: Delitos, castigos y clasificaciones*, Barcelona: PPU, 1988.

(77) Ver SNACKEN, SONJA Y DUMORTIER, ELS (eds.), *Resisting Punitiveness in Europe?: Welfare, Human Rights and Democracy*. London: Routledge, 2011.

Bibliografía

- BECKETT, KATHERINE Y WESTERN, BRUCE, *Governing social marginality: welfare, incarceration and the transformation of state policy*, *Punishment & Society*, 3, 2001, pp. 43/59, .
- BEIJERSE, JOLANDE UIT Y VAN SWAANINGEN, RENÉ, "Non-Custodial Sanctions", en, Miranda Boone & Martin Moerings (eds.) *Dutch Prisons*. The Hague, BoomJu, 2007, pp. 77/98, .
- BEYENS, KRISTEL, SNACKEN, SONJA AND ELIAERTS, CHRISTIAN, *Barstende muren. Overbevolkte gevangenissen, omvang, oorzaken en mogelijke oplossingen*. Antwerp, Kluwer, 1993.
- BIANCHI, HERMAN, *Justice as Sanctuary; toward a new system of crime control*. Bloomington, Indiana University Press, 1994.
- BIANCHI, HERMAN Y VAN SWAANINGEN RENÉ (eds.), *Abolitionism; towards a non-repressive approach to crime*. Amsterdam, Free University Press, 1986.
- BONDESON, ULLA, "Levels of punitiveness in Scandinavia, description and explanations", in Pratt et al, 2005, pp. 189/200.
- BOONE, MIRANDA Y MOERINGS, MARTIN, "Growing prison rates", in, Miranda Boone & Martin Moerings (eds.) *Dutch Prisons*. The Hague, BoomJu, 2007, pp. 51/76, .
- BOUTELLIER, HANS, *Crime and Morality: The significance of criminal justice in post-modern culture*. Dordrecht, Kluwer, 2000.
- BRAITHWAITE, JOHN Y PETIT, PHILIP, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Clarendon, 1990.
- CAVADINO, MICHAEL Y DIGNAN, JAMES, *Penal Systems: A Comparative Approach*. London: Sage, 2006.
- CHRISTIE, NILS, *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económico, 1984.
- CHRISTIE, NILS, *La industria del control del delito: ¿La nueva forma de Holocausto?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.
- CID, JOSÉ Y LARRAURI ELENA, "Development of crime, social change, mass media, crime policy, sanctioning practice and their impact on prison popula-

tion rates', en *Sistema penal & violência*, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito PUCRS 1: 1-21. ver texto completo en: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia>, 2009.

COHEN, STANLEY, "The punitive city; notes on the dispersal of social control", en *Contemporary Crises*, 1979, pp. 339/363.

COHEN, STANLEY, *Visiones del Control social: Delitos, castigos y clasificaciones*, Barcelona, PPU, 1988.

DOWNES, DAVID, *Contrasts in Tolerance; post-war penal policy in The Netherlands and England and Wales*, Oxford, Clarendon, 1988.

DOWNES, DAVID, "Commission on English Prisons Today: Response to Ian Loader: The Political Art of Penal Moderation", 2008, ver texto completo en: http://www.howardleague.org/fileadmin/howard_league/user/pdf/Commission/Penal_moderation_-_David_Downes.pdf

DOWNES, DAVID Y HANSEN KIRSTINE, *Welfare and punishment. The relationship between welfare spending and imprisonment*. London: Crime and Society Foundation, 2006, ver texto completo en: http://www.crimeandjustice.org.uk/opus303/Welfare_and_Punishment_webversion.pdf

DOWNES, DAVID Y VAN SWAANINGEN, RENÉ, "The Road to Dystopia? Changes in the Penal Climate of the Netherlands", en: Michael Tonry & Catrien Bijleveld (red.) *Crime and Justice in the Netherlands*. Chicago, The University of Chicago Press, 2007, pp.31/72.

ENGBERSEN, GODFRIED SNEL, ERIK Y WELTEVREDE, AFKE, *Sociale Herovering in Amsterdam en Rotterdam: één verhaal over twee wijken*. Amsterdam: Amsterdam University Press/WRR, 2005, ver texto completo en: <http://www.wrr.nl/content.jsp?objectid=2814>

GARLAND, DAVID (ed.), *Special Issue Mass Imprisonment in the USA, Punishment & Society 3 (1)*, 2001.

GRAPENDAAL, MARTIN; GROEN, PETER Y WILLEM VAN DER HEIDE, *Duur en volume. Ontwikkeling van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf tussen 1985 en 1995: feiten en verklaringen*. The Hague: WODC Series Onderzoek en beleid N° 163, 1997.

HAAN, WILLEM DE, *The Politics of Redress: crime, punishment and penal abolition*, London, Unwin Hyman, 1990.

JACOBSON, MICHAEL, *Downsizing Prisons: How to Reduce Crime and End Mass Incarceration*. New York: New York University Press, 2005.

KALADIEN, SANDRA Y DE HEER-DE LANGE NYNKE (eds.), *Criminaliteit en rechtshandhaving 2010: Ontwikkelingen en samenhangen*. The Hague: BoomJu, 2011, ver texto completo en: <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheid-recht/publicaties/publicaties/archief/2011/2011-criminaliteit-rechtshandhaving-pub.htm>

KOEMANS, MONIQUE, *The war on antisocial behaviour: Rationales underlying antisocial behaviour policies. Comparing British and Dutch discourse analyses*, Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School, Leiden, 2011.

KRUTTSCHNITT, CANDACE & DIRKZWAGER, ANJA, 'Are there still Contrasts in Tolerance? Imprisonment in the Netherlands and England 20 years later', *Punishment & Society* 13, 2011, pp. 283/306.

LAPPI-SEPPÄLÄ, TAPIO, "Trust, Welfare, and Political Culture: Explaining Differences in National Penal Policies", en: Michael Tonry (ed.) *Crime and Justice: A Review of Research - vol.37*. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

LOADER, IAN, 'For penal moderation: Notes towards a public philosophy of punishment', *Theoretical Criminology*, 14, 2010, pp. 349/367.

LOADER, IAN & SPARKS, RICHARD, *Public Criminology?*, London, Routledge, 2011.

MATTHEWS, ROGER, "The myth of punitiveness", *Theoretical Criminology*, 9, pp. 175/201, 2005.

MEYER, JEFFREY Y O'MALLEY PAT, "Missing the punitive turn? Canadian criminal justice, 'balance', and penal modernism", en: Pratt et al, 2005, pp. 201/217, 2005.

MIZAWA, SETSUO, 'The politics of increasing punitiveness and the rising populism in Japanese criminal justice policy', *Punishment & Society*, 10, 2008, pp. 47/77.

NATIONALE OMBUDSMAN, *De burger in de ketens: Verslag van de Nationale ombudsman over 2008*. The Hague: De Nationale Ombudsman, 2008, ver texto completo en: <http://www.nationaleombudsmannieuws.nl/sites/default/files/no-jvs-2008.pdf>

- NOIJE, LONNEKE VAN Y WITTEBROOD, KARIN, *Sociale veiligheid ontsleuteld: Veronderstelde en werkelijke effecten van veiligheidsbeleid*. The Hague: Sociaal en Cultureel Planbureau, 2008, ver texto completo en: <http://www.scp.nl/content.jsp?objectid=default:19308>
- PRATT, JOHN; DAVID BROWN; MARK BROWN; SIMON HALLSWORTH Y WAYNE MORRISON (eds.), *The New Punitiveness: Trends, theories, perspectives*. Cullompton: Willan, 2005.
- ROBERTS, JULIAN V.; STALANS, LORETTA J.; INDERMAUER, DAVID Y MIKE HOUGH, *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- RUGGIERO, VINCENZO, *Penal Abolitionism*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- RUITER, STIJN; TOLSMA, JOCHEM; DE HOON MARLOES; HENK ELFFERS Y VAN DER LAAN, PETER, *De burger als rechter. Een onderzoek naar geprefereerde sancties voor misdrijven in Nederland*. The Hague: Boom Lemma, 2011.
- SCHINKEL, WILLEM 'Prepression: The actuarial archive and new technologies of security', *Theoretical criminology*, 15, 2011, pp. 365/380.
- SNACKEN, SONJA & ELS DUMORTIER (eds.), *Resisting Punitiveness in Europe?: Welfare, Human Rights and Democracy*. London: Routledge, 2011.
- SONNENSCHNEIN, ANNE; SUSAN, VAN DEN BRAAK; MOOLENAAR DEBORA Y SMIT, PAUL, *Trendwatch: Introductie en eerste resultaten van een instrument ter verbetering van justitiële capaciteitsramingen*. The Hague: WODC., 2011, ver texto completo en: http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/1895b-trendwatching-pmj-2009.aspx?nav=ra&l=detentie_en_reclassering&l=gevangenis capaciteit
- STRIJK, SANNE, *De ISD in perspectief: Een studie naar de ISD-maatregel in het licht van het Nederlands strafrechtelijk sanctiestelsel ter bestrijding van recidive en criminele overlast*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011.
- SWAANINGEN, RENÉ VAN "Sweeping the street: civil society and community safety in Rotterdam", en: Joanna Shapland (ed.) *Justice, Community and Civil Society: a contested terrain across Europe*. Cullompton: Willan, 2008, pp.87/106.

SWAANINGEN, RENÉ VAN, *Perspectivas europeas para una criminología crítica*. Montevideo-Buenos Aires, Editorial BdeF, 2011.

SWAANINGEN, RENÉ VAN Y BEIJERSE, JOLANDE UIT, "Bars in your head: electronic monitoring in the Netherlands", en: Mike Nellis, Ralph Bas, Kristel Beyens & Dan Kaminski (eds.) *Electronically Monitored Punishment; international and critical perspectives*, London, Routledge, 2012.

SWAANINGEN, RENÉ VAN Y BLAD, JOHN R. (eds.) *De ontmaskering van het strafrechtelijk discours: een bloemlezing uit het werk van Louk Hulsman*. The Hague: BoomJu, 2011.

TONRY, MICHAEL 'Why are U.S. incarceration rates so high?', en: Michael Tonry (ed.) *Penal reform in overcrowded times*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 52/64

VAGG, JON, *Prison Systems; a comparative study on accountability in England, France, Germany and the Netherlands*, Oxford University Press, 1994.

VOLLAARD, BEN, PETER VERSTEEGH & JAN VAN BRAKEL, *Veel belovende verklaringen voor de daling van de criminaliteit na 2002*. Apeldoorn: Politie & Wetenschap, 2009.

ZAITCH, DAMIÁN; SWAANINGEN RENÉ VAN Y FIORE GEELHOED "La metáfora del '9/11' como marco conceptual de los cambios políticos en Holanda", en: María Laura Böhm & Mariano Hernán Gutiérrez (ed.), *Políticas de seguridad: peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007, pp.187/218.

Suspensión del juicio a prueba

Percepción de su funcionamiento y del rol de los psicólogos desde los juzgados penales, contravencionales y de faltas de la Ciudad de Buenos Aires

por **IRENE CORACH**⁽¹⁾, **LUIS D'ANGELO**⁽²⁾ y **VALERIA VEGH WEIS**⁽³⁾

(1) Lic. en Psicología. Especialista en Psicología Forense. Coordinadora del Programa de Extensión Derechos Humanos y Medidas Alternativas a la Privación de la Libertad: intervención y seguimiento. Facultad de Psicología, UBA.

(2) Lic. en Psicología. Master en Metodología de la Investigación Social Università di Bologna – Universidad Nacional de Tres de Febrero. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

(3) Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal. Becaria CONICET.

Realización de entrevistas y desgrabación:

Natalia AMARAL

Mónica CEJAS

Luisa CENDOYA

Jesúan CONCEPCIÓN

Silvina COSTA

Guadalupe FERNÁNDEZ VALIN

Carolina LATORRE

Miguel LAULETTA

Marisa LESCANO

Paulina MARTÍNEZ

Sandra MERLO

Eleonora NOVOGRUDSKY

Carla OLIVA

Laura RODRÍGUEZ

Mauro RODRÍGUEZ

Brenda ROIG

Valeria SALVÁTICO

Matías SCHNEIDER

Ivana SOMOZA BARON

Denise THERY

Agustina VERA

Alicia WULFSOHN

Un agradecimiento especial para cada uno de los jueces y juezas que dedicaron su tiempo y pusieron su total predisposición para la realización de las entrevistas, con el mayor respeto y compromiso con la propuesta.

Y especialmente al Dr. Sergio Delgado, quien desde siempre apoya e impulsa todas las investigaciones que tiendan a producir mejoras en la Ejecución de la Pena.

I | Introducción

La presente investigación surgió en el marco del desarrollo de las tareas que lleva adelante el Programa de Extensión de Derechos Humanos y Medidas Alternativas a la Privación de la Libertad: intervención y seguimiento, de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires.

El contacto con expedientes que tramitan Suspensiones del Juicio a Prueba, producto de las tareas que el Programa desarrolla en la Secretaría de Ejecución de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad, hizo surgir la necesidad de conocer las opiniones de los Jueces y Juezas penales de la Ciudad en relación a dos cuestiones principales, cuyos desarrollos dieron lugar a los lineamientos generales del presente trabajo:

- Conocer la percepción de los jueces en torno a los principales aspectos del Instituto de la Suspensión del Juicio a Prueba.
- Conocer la percepción de los jueces en relación a la participación de equipos interdisciplinarios —de los psicólogos en particular— en el ámbito penal y respecto del Instituto de la Suspensión del Juicio a prueba específicamente.

El trabajo apunta a conocer la opinión en relación a las principales ventajas y desventajas que presenta la medida; la opinión de los jueces en torno a la aplicación del instituto según la interpretación amplia o restrictiva. Se propone también indagar acerca de los delitos que comprende la aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba. Indagar en relación al seguimiento de las reglas de conducta. Aspectos que requieren modificaciones a fin de mejorar el Instituto. Principales situaciones previstas y no previstas jurídicamente para la intervención del psicólogo y percepción de las modificaciones requeridas para el mejor desarrollo de las tareas que el instituto comprende.

La elaboración del instrumento de recolección de datos se realizó entre los meses de julio y agosto de 2010. En primer lugar se delimitaron los temas de interés a relevar y, en segundo lugar, se definió la cantidad de pre-

guntas a disponer para cada uno de los temas del cuestionario. En total se diseñaron 10 preguntas abiertas, 5 referidas al accionar de los psicólogos en el ámbito penal y otras 5 respecto de la opinión acerca de las diversas aristas de la Suspensión del Juicio a Prueba.

Entre los meses de septiembre y diciembre se realizaron las entrevistas a 21 jueces de los 31 juzgados de 1° Instancia, del Fuero Penal, Contravenacional y de Faltas de la Ciudad. Se contactó a todos los jueces en funciones para esa fecha, resultando ser 28 y 3 vacantes. En 7 casos no se pudo concretar la entrevista, por razones horarias, de exceso de trabajo o de falta de interés en la temática. En el resto de los casos (21) se pautó fecha y hora de entrevista y concurrieron a cada cita entre 2 y 3 integrantes del Programa. Todas las entrevistas fueron enteramente grabadas en forma digital.

La totalidad de las entrevistas fueron desgrabadas concluyendo dicha tarea en febrero de 2011. A partir de ese momento, y en adelante, comenzó un período de análisis del material relevado. Para ello se trabajó en forma separada con cada pregunta y con cada entrevista.

Inicialmente, se realizó una primera categorización de las respuestas obtenidas, determinando los temas a los que cada entrevistado aludió en sus respuestas. A medida que se fue avanzando en este sentido, se fueron abriendo nuevas categorías y subcategorías, que desagregaban los temas en diversos niveles de complejidad. Es de hacer notar que la diferenciación de las categorías -y subcategorías- responde a un criterio elaborado por los autores, pudiendo ser completamente distinto si la lectura fuera realizada por un investigador o grupo de investigadores diversos. Sin embargo ello, la tarea se desarrolló con la mayor rigurosidad y respeto por los dichos de los entrevistados, procurando fidelidad a las palabras y expresiones de los magistrados.

La totalidad de esta etapa se desarrolló con el auxilio del programa Ez-text. Una vez finalizado este primer nivel de análisis, se exportó la base de datos al programa SPSS desde donde se realizaron las tablas que dieron lugar a los diversos gráficos (Excel), que permitieron esta primera lectura descriptiva que posibilita la producción del presente informe.

Síntesis de los principales resultados

1. PRINCIPALES SITUACIONES PREVISTAS JURÍDICAMENTE (SUPUESTOS NORMATIVOS) QUE REQUIEREN DE LA INTERVENCIÓN DEL PSICÓLOGO EN EL ÁMBITO PENAL.

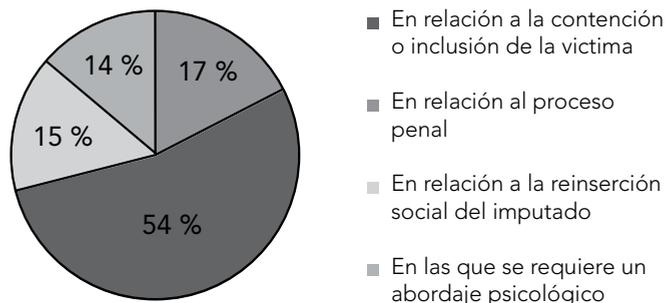


Gráfico 1

Descripción del gráfico

Si consideramos la totalidad de las respuestas enunciadas por los jueces para esta pregunta, encontramos que las mismas pueden ser agrupadas en cuatro grandes categorías. Un 54% tuvieron que ver con las fases o actos específicos del proceso penal, un 17% de las mismas se orientaron hacia la temática de la contención o inclusión de la víctima, un 15% de las respuestas se relacionaron con la reinserción social del imputado y, finalmente, un 14% se refirieron a tipos penales específicos.

Observaciones

La observación del Gráfico 1 nos muestra que las respuestas que ofrecen los jueces describen el rol del psicólogo en el ámbito penal en cuestiones relativas al proceso penal mismo (más de la mitad de las respuestas), pero también se lo percibe respondiendo a situaciones de contención o inclusión de las víctimas y en la reinserción social del imputado y en tipos penales específicos. Seguidamente se analizará qué significa en la perspectiva de los jueces cada una de estas respuestas:

Principales situaciones previstas jurídicamente en relación a las fases o actos específicos del proceso penal

Cuando las respuestas hacen referencia a la cuestión procesal (54%) se expresan en una variedad de temas que sólo a los fines expositivos las enumeraremos de mayor a menor:

En primer lugar aparece informar al juez en cuestiones de culpabilidad e imputabilidad con un 22% de las respuestas, un 20% en materia de mediación, un 15% en la suspensión del juicio a prueba (en adelante SJP), en la función pericial y la existencia de grupos interdisciplinarios del Ministerio Público Fiscal (en ambos casos con 11%), participación de los psicólogos en el equipo médico forense (9%). Luego, en todos los casos con un 2% de las respuestas encontramos las siguientes categorías: Infracciones Art. 1º, ley 13944, "desde la defensoría", "plenario", en relación a la "credibilidad de los testimonios", en los "juicios abreviados" y, finalmente, "cuando la regla de conducta implica evaluar la necesidad de tratamiento" (como aspecto específico de las SJP).

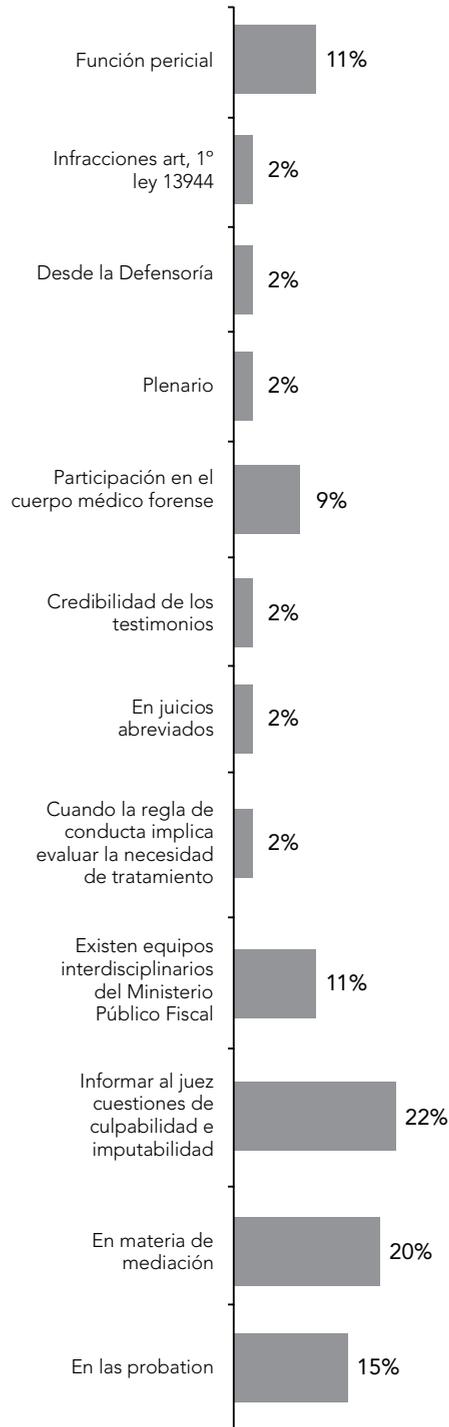


Gráfico 1.1

Conforme el desagregado que plasma el Gráfico 1.1 (54%), la interdisciplina, por tanto, no aparece sólo a los efectos de la realización de las tradicionales actuaciones de los psicólogos en la justicia —función pericial (11%) y participación en el Cuerpo Médico Forense (9%)—, sino que la demanda empapa otros actos en los que el conocimiento normativo requiere del aporte de otras ciencias para un adecuado abordaje de la situación. Entre estas se destacan la Suspensión del Juicio a Prueba (15%) (SJP en adelante) y la Mediación (20%), como Medidas Alternativas a la Pena por excelencia. Se debe llamar la atención respecto de que la figura de Mediación ha sido incorporada como novedad al Código Procesal Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA no contando con la experiencia de la Nación, considerando que es la competencia de donde provienen mayoritariamente los magistrados de la Ciudad.

En relación a la medida que nos ocupa en el presente trabajo, la SJP, los porcentajes asignados a las respuestas vinculadas al instituto suman en total un 30%, tomando en consideración las categorías "equipo interdisciplinario del MPF" (11%), "equipo interdisciplinario del MPD"⁽⁴⁾ (2%) y "la evaluación del tratamiento psicológico como regla de conducta" (2%).

Otra de las situaciones priorizadas es la que se refiere al asesoramiento al juez en cuestiones de culpabilidad e imputabilidad (22%), de donde podemos interpretar que dicha necesidad surge por cuanto se trata de conceptos complejos que provienen del campo de la salud mental y que por tanto requieren de la interpretación de profesionales del ámbito de la salud que puedan determinar la incidencia de factores sanitarios y socio ambientales en la conducta de los sujetos, y así asesorar respecto de su capacidad de comprensión del hecho y el consecuente reproche jurídico correspondiente.

(4) Denominados oficialmente como Oficina de Control de la Suspensión del Juicio a Prueba y Equipo Interdisciplinario, respectivamente.

En cuanto a la contención o inclusión de la víctima

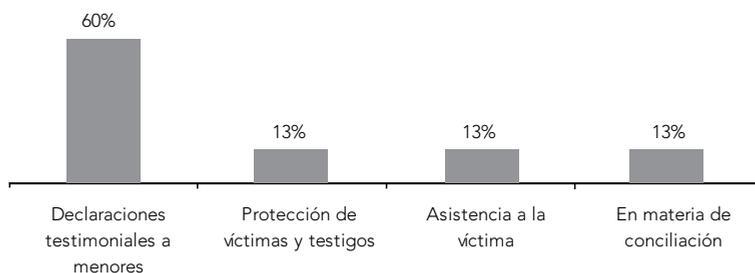


Gráfico 1.2

Si consideramos ahora como totalidad las respuestas que hacen referencia a la contención o inclusión de la víctima (17% de las respuestas), podemos observar que en su mayor parte lo hacen en referencia a la toma de declaración testimonial a los menores de edad (60% de las respuestas).

Seguidamente, y en la misma medida, las respuestas se orientan a la asistencia a la víctima, a la protección de víctimas y testigos y en materia de conciliación (13% en todos los casos).

De la lectura del Gráfico 1.2 surge una evidente diferencia en la adjudicación de respuestas, que nos hace reflexionar sobre las dificultades de abordaje de los niños, niñas y adolescentes (60%) por parte de un fuero no especializado. Es de notar, por ende, la imperiosa necesidad de la creación de dispositivos de abordaje interdisciplinarios para estas situaciones. La regulación de la Cámara Gesell representa un paso en este sentido.

Principales situaciones previstas jurídicamente relativas a la reinserción social del imputado

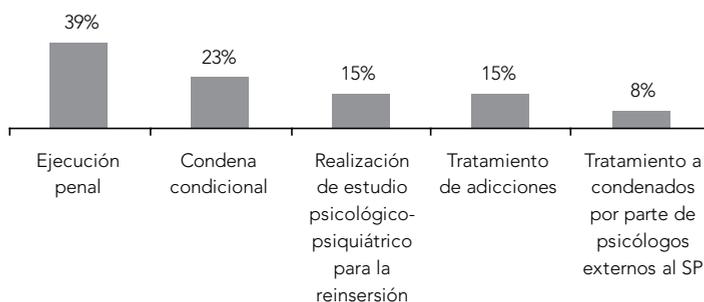


Gráfico 1.3

El 15% de las respuestas se manifestaron en relación a la dimensión de la reinserción social del imputado. Tal como venimos analizando si tomamos ese 15% como totalidad, entonces un 39% de ellas se refirieron a la ejecución penal, un 23% a que el psicólogo debe intervenir en los casos de una condena condicional, un 15% en la realización de estudios psicológico-psiquiátricos, y un 8% mencionan la necesidad de ofrecer tratamiento a los condenados por parte de psicólogos.

Del Gráfico 1.3 puede desprenderse que las respuestas se orientan a la necesidad de volcar los máximos esfuerzos a los efectos de dar cumplimiento a la directriz que debe regir la totalidad de la ejecución de la pena (conforme el Art. 1, Ley Nac. 24660) en lo que atañe a la resocialización del imputado. Ello abarca las reglas de conducta que habrán de imponerse en la condena condicional (23%), todo lo que atañe a la etapa de la ejecución penal (39%), los tratamientos por adicciones que puedan disponerse como reglas de conducta o en el marco de la pena privativa de la libertad (15%) y los tratamientos a condenados por parte de psicólogos (8%), en términos generales como integrantes de la ejecución de la pena. Se advierte en este sentido la necesidad de afrontar la resocialización del imputado desde un abordaje jurídico con el imprescindible aporte de los profesionales de la salud y de las ciencias sociales.

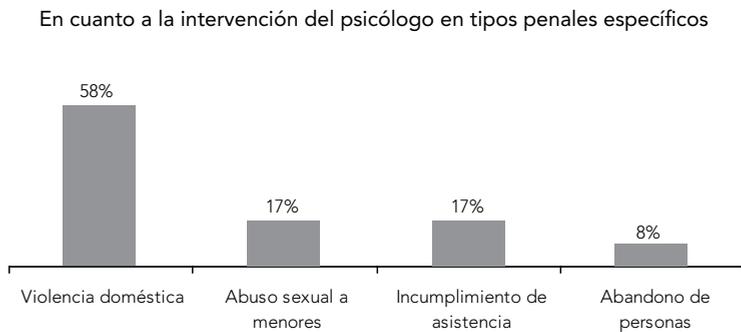


Gráfico 1.4

En relación a la totalidad de las respuestas que hablan del requerimiento de un abordaje psicológico en tipos penales específicos, la mayor parte de las respuestas refieren a la violencia doméstica (58%), un 17% al incum-

plimiento de los deberes de asistencia familiar, un 17% a delitos relativos al abuso sexual a menores de edad, y un 8% al abandono de personas.

Al observar el Gráfico 1.4 notamos a primera vista la enorme diferencia que marca la problemática de la Violencia Doméstica (58%) sobre las demás subcategorías. Asimismo se observa que este delito, conjuntamente con el de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (17%), son propios del ámbito privado de las personas y que la falta de abordaje temprano por parte de políticas públicas concretas, es, entre otros determinantes, lo que los arrastra hacia la esfera del derecho penal. Por tanto, es preciso que la participación del psicólogo contribuya a desalojarlos del campo penal y alentar la solución de estas problemáticas en el ámbito social y privado de los involucrados.

En el caso del abuso sexual a menores (17%) se reiteran las dificultades de abordaje de este grupo etareo por parte de profesionales no especializados, tal y como se exployó en 1.2.

2. EN SU OPINIÓN, ¿QUÉ INTERVENCIONES NO PREVISTAS EN LA NORMATIVA VIGENTE (DEL ÁMBITO PENAL) SERÍA NECESARIO QUE EL PSICÓLOGO DESARROLLARA?

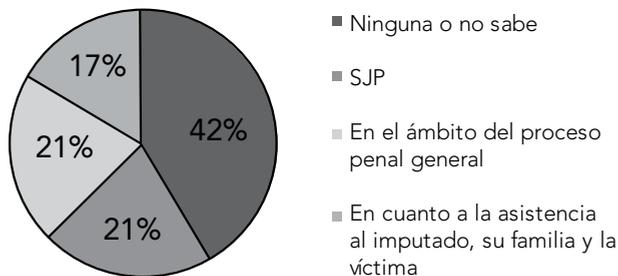


Gráfico 2

Descripción del gráfico

En cuanto a la opinión de los jueces respecto de las intervenciones no previstas en la normativa vigente que sería necesario que los psicólogos desarrollaran, las respuestas se dividieron, en un primer nivel de categorización, en 4 grandes grupos. El 42% no señaló ninguna nueva intervención

de los psicólogos o no supo qué responder, el 21% indicó SJP, otro 21% de las respuestas de los jueces aludió a que los psicólogos deberían intervenir en el ámbito del proceso penal, y, finalmente, el 17% indicó que los psicólogos deberían intervenir en la asistencia al imputado y a la víctima.

Observaciones

De la lectura del Gráfico 2, en primer lugar llama la atención la cantidad de respuestas que concuerdan en la imposibilidad de responder cuáles son las intervenciones no previstas que el psicólogo podría llevar adelante en el ámbito penal (42%). Posiblemente ello responda a un Poder Judicial que se ha estructurado con una base monolítica de abogados y estudiantes de abogacía sin abrirse a otras categorías disciplinarias. Nótese que profesionales ajenos al Derecho intervienen en actos muy puntuales del proceso y como consultores externos a la estructura judicial propiamente dicha, ya sea desde el Cuerpo Médico Forense, desde el Patronato de Liberados, o mediante la elaboración de informes socio-ambientales.

No podemos dejar de destacar que disciplinas como la psicología realizan intervenciones concretas y poseen incumbencias que otras, como es el caso del derecho, desconocen absolutamente. Ello no puede ni debe ser endilgado a ninguna de las dos materias que, por su naturaleza de permanente especialización, ven en muchos casos obstaculizado el conocimiento pormenorizado de las otras.

Creemos que estos resultados evidencian la necesidad de formar a los profesionales en un grado de conocimiento mayor respecto de las incumbencias y posibilidades de participación de disciplinas conexas, encontrando en ello la oportunidad de auxilio, tantas veces requerida.

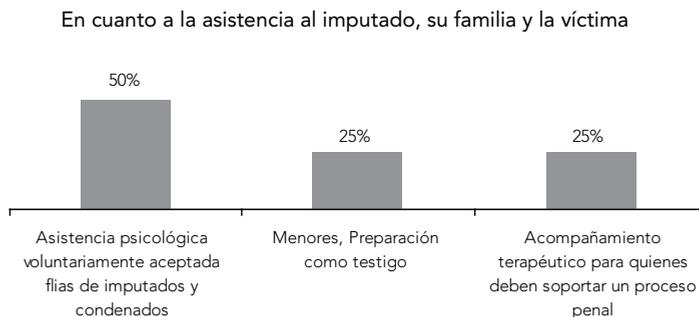


Gráfico 2.1

La segunda categoría que surgió del análisis de la segunda pregunta se refiere a las Intervenciones no previstas en la normativa vigente que sería necesario que el psicólogo desarrollara en cuanto a la asistencia al imputado, su familia y la víctima. En este caso surgieron tres subcategorías organizadas del siguiente modo: 50% para asistencia psicológica voluntariamente aceptada para las familias de los imputados y condenados, 25% para preparación de menores de edad como testigos y un 25% en el acompañamiento terapéutico para quienes deben soportar un proceso penal.

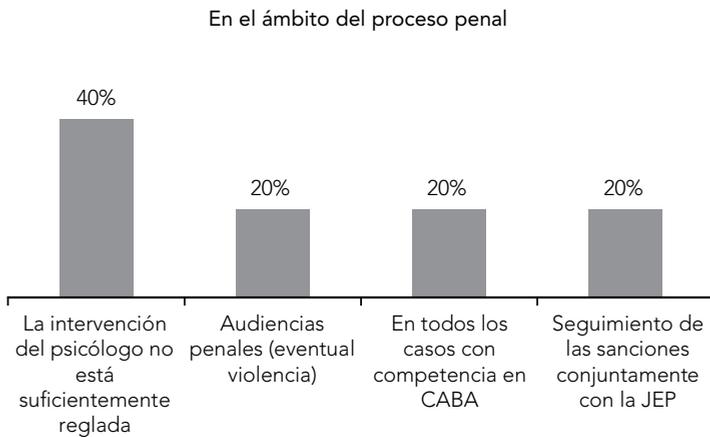


Gráfico 2.2

Del análisis de la categoría Intervenciones de los psicólogos en el ámbito del proceso penal, surgen 4 subcategorías. Tres de ellas reunieron el 20% de las respuestas, cada una: En todos los casos con competencia en CABA, audiencias penales (eventual violencia) y seguimiento de las sanciones conjuntamente con el JEP, mientras que la subcategoría la intervención del psicólogo no está suficientemente reglada recogió el 40% de las respuestas. Evidentemente en este orden de cosas las respuestas que ofrecen los jueces consideran que la intervención del psicólogo requiere un esfuerzo en pos de una mayor regulación.

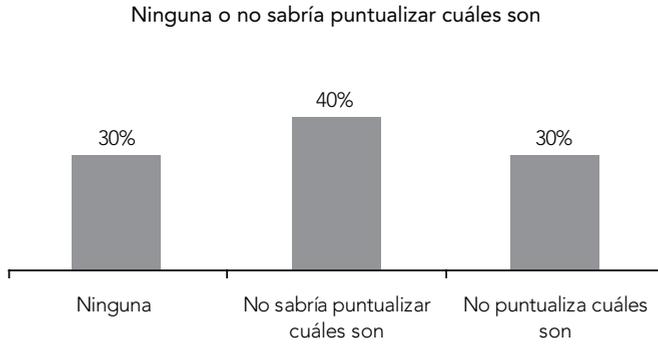


Gráfico 2.3

En cuanto a la tercera categoría surgida del análisis de la segunda pregunta del cuestionario, han surgido tres subcategorías referidas a los jueces que no han respondido acerca de cuáles son las intervenciones no previstas en la normativa vigente que sería necesario que el psicólogo desarrollara: mientras que el 30% ha respondido ninguna, el 40% dijo no saber puntualizar cuáles son y otro 30% en el marco de su respuesta no puntualiza cuáles son.

Vale aclarar que se diferencia el grupo de respuestas de quienes dicen “no sabría puntualizar cuáles son” de quienes, “no puntualizan cuáles son”, ya que en el primer caso se trata de entrevistados que refieren explícitamente no poder responder a la consigna, mientras que en el segundo se trata de una lectura e interpretación de los autores acerca de que en la respuesta no se da cuenta del contenido de la pregunta.

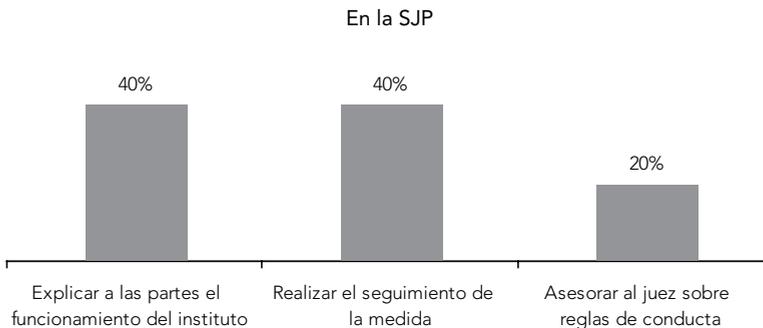


Gráfico 2.4

La función del psicólogo se puede ver tanto en la actividad de asesoramiento pedagógico, como un actor extraprocesal (40%), pero también como actor prioritario y central en el control de la medida (40%). Por último reaparece su función como asesor del funcionario judicial al momento de decidir la regla de conducta ajustada al caso (20%). Por tanto, podemos verificar que en las respuestas de los jueces surge la necesidad de inclusión de los psicólogos en todo el abordaje del instituto. En particular, la función relativa a explicar a las partes el funcionamiento del instituto, muestra una dificultad comunicacional entre los actores judiciales tradicionales y los protagonistas del conflicto al momento de plantearse como alternativa al proceso tradicional la aplicación de la SJP. El rol del psicólogo vendría aquí a dar respuesta a este conflicto.

3.¿CÓMO VALORA USTED LAS INTERVENCIONES DE LOS PSICÓLOGOS EN LA JUSTICIA PENAL? ¿POR QUÉ?

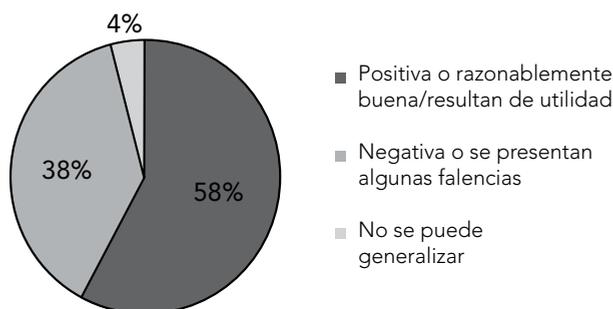


Gráfico 3

Descripción del gráfico

El Gráfico 3 muestra que, de la totalidad de las respuestas de los jueces respecto de la valoración de las intervenciones de los psicólogos en la justicia penal, un 58% las considera positivas, razonablemente buenas o de utilidad. Un 38% de las respuestas señala que las intervenciones de los psicólogos en la justicia penal resultan negativas o presentan algunas falencias. Para un 4% de las respuestas no es posible generalizar.

Al interior de las respuestas positivas, más de 9 de cada 10 manifiestan que los psicólogos realizan un buen trabajo (93%). Un 7% de las respuestas

señalan que las intervenciones de los psicólogos resultan razonablemente buenas.

Negativa o se presentan algunas falencias

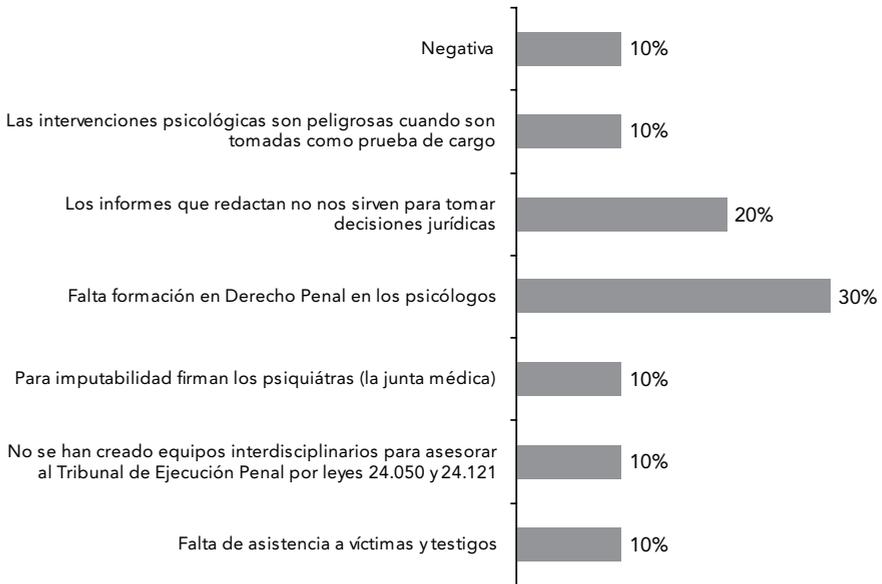


Gráfico 3.1

En cuanto al Gráfico 3.1, considerando las respuestas negativas o que señalan algunas falencias (38%), éstas encuentran una mayor dispersión que las positivas: en primer lugar aparece con un 30% la falta en los psicólogos de formación en derecho penal. Un 20% de las respuestas fue agrupado en la categoría los informes que redactan los psicólogos no sirven para tomar decisiones jurídicas.

Finalmente, con un 10% en todos los casos encontramos las siguientes categorías: negativa, las intervenciones psicológicas son peligrosas cuando son tomadas como prueba de cargo, para imputabilidad firman los psiquiatras, no se han creado los equipos interdisciplinarios para asesorar al Tribunal de Ejecución Penal de acuerdo a las leyes 24.050 y 24.121, y falta de asistencia a víctimas y testigos.

Observaciones

Si bien el mayor porcentaje de opiniones se volcó hacia una valoración positiva del accionar de los psicólogos en la Justicia (58%), es de consi-

derar, conforme lo expone el Gráfico 3.1, cómo es que se distribuyen las críticas a las intervenciones de los psicólogos: en primer lugar se posiciona la falta de conocimientos por parte de los psicólogos en materia jurídica y, particularmente, en Derecho Penal (30%). Probablemente ello conlleva desavenencias en el trabajo conjunto entre profesionales abogados, acostumbrados a una lógica de trabajo asentada e introyectada por todos los operadores, con la que los profesionales psicólogos encuentran dificultades en la práctica. Consecuentemente, esa falta de coordinación en la modalidad y la sistematización del trabajo, junto a la carencia de conocimiento interdisciplinario, por unos y otros, repercute en las dificultades de comunicación entre lo petitionado por los magistrados y lo volcado en los informes por los profesionales psicólogos (20%). Ello probablemente responde a que se trabaja en compartimentos estancos, con lenguajes propios e internos a las disciplinas, y no desde una perspectiva genuinamente interdisciplinaria.

En las restantes respuestas se puede advertir que las críticas se dirigen a falencias institucionales e insuficiencia de dispositivos de contención: “las intervenciones psicológicas son peligrosas cuando son tomadas como prueba de cargo” (10%), “para imputabilidad firman los psiquiatras” (10%), “no se han creado equipos interdisciplinarios para asesorar al Tribunal de Ejecución Penal por leyes 24050 y 24121” (10%) y “falta de atención a víctimas y testigos” (10%).

4. ¿DE QUÉ MODO MODIFICARÍA USTED EL ACCIONAR DE LOS PSICÓLOGOS EN LA JUSTICIA PENAL PARA QUE RESULTE MÁS EFICIENTE?

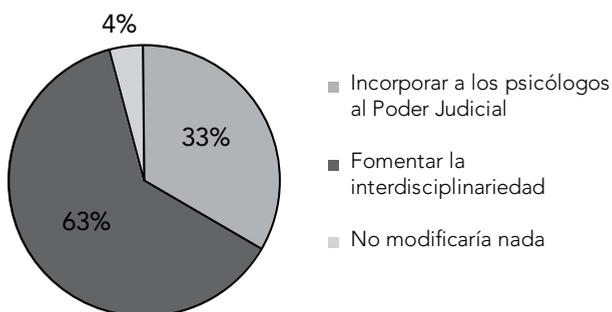


Gráfico 4

Descripción del gráfico

Del análisis de la cuarta pregunta han surgido tres categorías. El 63% de las respuestas refieren a la necesidad de "fomentar la interdisciplinariedad"; el 33% refiere la necesidad de "incorporar a los psicólogos al poder judicial" y el 4% No modificaría nada.



Gráfico 4.1

En cuanto a las modificaciones referidas a la segunda categoría "fomento de la interdisciplinariedad" hemos encontrado cuatro subcategorías: los psicólogos deben actuar en la prevención sobre el personal de los juzgados reunió el 7% de las respuestas para esta categoría, mientras que la segunda "no sabría técnicamente qué responder" obtuvo el 33% de las respuestas, al igual que los psicólogos requieren mayor formación jurídica. finalmente, la subcategoría los jueces necesitan conocer más sobre el lenguaje de de los psicólogos reunió el 27% de las respuestas asignadas a esta categoría.

Observaciones

En primer término vale destacar que, en una pregunta orientada a conocer la opinión de los jueces en relación al accionar de los psicólogos (inter-

disciplina), solo el 40% de las respuestas apunta a requerimientos hacia los psicólogos, ya sea en cuanto a falencias en su formación jurídica (33%) como, en modo contrario, en cuanto a una tarea orientada a la contención de recursos humanos, particularizada en la demanda de atención a personal de los juzgados (7%).

Llama la atención que en una pregunta dirigida a conocer cuáles son los cambios que, según la opinión de los magistrados sería necesario realizar en el accionar de los psicólogos para que resulte más eficiente, el 27% de las respuestas se ubique en relación a una modificación de conducta (mayor capacitación en cuanto al lenguaje de los psicólogos) que deberían realizar los jueces; es decir, en una demanda orientada al accionar de los psicólogos, la mejora se encuentra en cabeza de otro actor: los jueces.

Incorporar a los psicólogos a las estructuras permanentes del Poder Judicial

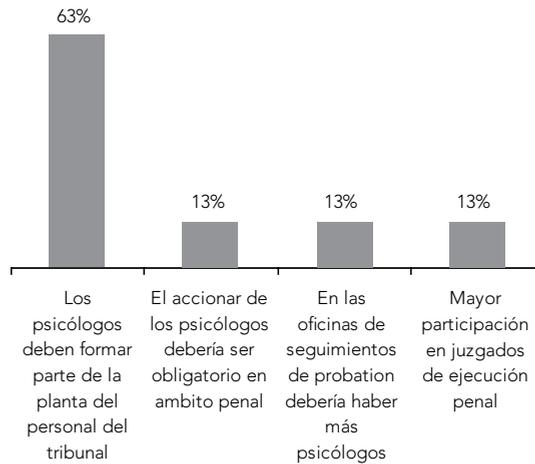


Gráfico 4.2

Al interior de la categoría "incorporar a los psicólogos a las estructuras permanentes del Poder Judicial" (33%), encontramos que el 63% de este total opinó que "los psicólogos deben formar parte de la planta del personal de los tribunales", mientras que las subcategorías el accionar de los psicólogos debería ser obligatorio en el ámbito penal, "en las oficinas de seguimiento de SJP debería haber más psicólogos" y "mayor participa-

ción en juzgados de ejecución penal”, reunieron el 13% de las respuestas cada una.

Si nos permitimos dejar de lado por un momento los porcentajes de respuestas asignadas a cada categoría, podemos observar que del Gráfico 4.2 surge una variada gama de espacios de intervención de los psicólogos en diversas funciones de la SJP, de la ejecución penal y del proceso penal en general. Asimismo, resultan llamativas las diversas funciones que los magistrados asignan a los profesionales psicólogos dentro de la esfera de competencias judicial en materia penal.

Al interior de esta categoría observamos una importante unidad de criterios respecto de la necesidad, descripta por los magistrados, de incorporar psicólogos a la planta permanente de cada tribunal (63%), es decir, como personal permanente y no como meros auxiliares consultivos y de intervención eventual en el cuerpo de la justicia, como es habitual.

Remarcamos, asimismo, que las afirmaciones manifestadas por los magistrados respecto de la necesidad de contar con la participación de psicólogos, ya sea en SJP, en ejecución penal o en el ámbito penal en general (13% respectivamente) muestran a todas luces la creciente visualización de los aportes que la disciplina puede brindar al campo del Derecho.

5. ¿QUÉ MODIFICARÍA EN EL CUERPO DE LA JUSTICIA PENAL CON EL OBJETO DE OPTIMIZAR EL ACCIONAR DE LOS PSICÓLOGOS EN EL ÁMBITO PENAL?

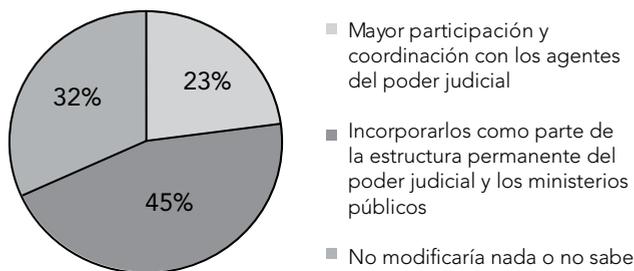


Gráfico 5

Descripción del gráfico

Respecto de la pregunta acerca de la modificación de aspectos de la justicia penal con el objeto de optimizar el accionar de los psicólogos en el

ámbito penal encontramos que la mayor parte de las respuestas (68%) se plantean modificaciones, un 45% de ellas plantean la incorporación de los psicólogos como parte de la estructura permanente del poder judicial y los ministerios públicos, y un 23% apunta a una mayor participación y coordinación de la figura del psicólogo con los agentes del Poder Judicial. Un 32% de las respuestas señaló que no es necesario realizar modificaciones en la justicia penal o no saben qué modificaciones podrían optimizar la respuesta de los psicólogos en el ámbito penal.

Observaciones

En primer lugar se observa un alto porcentaje de respuestas (45%) que insiste en la necesidad de incorporar a los profesionales psicólogos a la estructura permanente del Poder Judicial y los Ministerios Públicos. Cabe en este sentido remarcar que, de prosperar alguna propuesta en este sentido, debería reconfigurarse el escalafón y los requisitos de ingreso y ascenso a los efectos de no hacer distinciones peyorativas entre profesionales abogados y otros, como ocurre en la actualidad.

En cuanto a los agentes (Incorporación de los psicólogos a las estructuras permanentes)

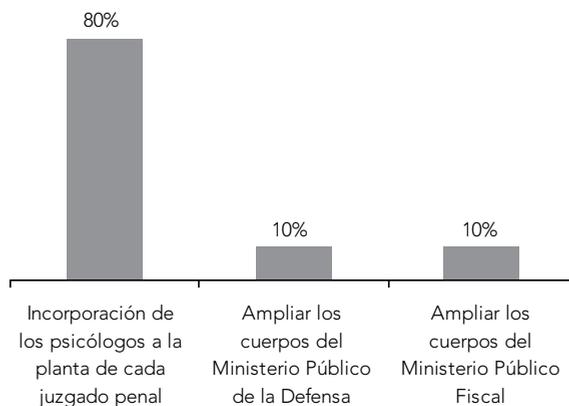


Gráfico 5.1

Quando la respuesta se refirió a incorporar a los psicólogos como parte de la estructura permanente del Poder Judicial y los Ministerios Públicos (45%) ocho de cada diez (80%) manifestó la necesidad de la incorporación de los psicólogos en la planta de cada juzgado penal, mientras que el

20% restante se dividió (en partes iguales) entre ampliar los cuerpos del Ministerio Público de la Defensa y ampliar los cuerpos del Ministerio Público Fiscal.

Se advierte en el Gráfico 5.1 que la necesidad de incorporación de los psicólogos no es exclusiva del Poder Judicial, sino que los jueces la reproducen para los ámbitos de los Ministerios, pudiendo ello referirse a la demanda de diálogo entre los diversos organismos judiciales y, consecuentemente, de incorporar a ese intercambio a todos los actores.



Gráfico 5.2

Entre las respuestas que señalaron la necesidad de una mayor participación y coordinación con los agentes del Poder Judicial, las respuestas se repartieron en partes iguales entre las siguientes categorías: el psicólogo coordina las intervenciones y el seguimiento de los casos, los psicólogos actúan de modo autónomo respecto de la estructura penitenciaria, debería intervenir más en el proceso penal para que el acusado tenga oportunidad de responsabilizarse, que haya una especialización forense y, finalmente, agilizar las intervenciones.

La lectura del Gráfico 5.2 nos permite afirmar que en todos los casos se hace hincapié en una aproximación entre los actores del proceso y una visualización de la necesidad de contar en forma permanente con la participación del profesional psicólogo. No se trata de convocarlo al mo-

mento del surgimiento de la situación específica que demanda su arte, sino de una presencia constante que enriquezca el abordaje en toda su complejidad, provocando ello probablemente una mayor familiaridad entre las partes y etapas del proceso. Se busca el abordaje holístico de la situación y no la concatenación de análisis por sectores desvinculados entre sí.

Podemos asimismo destacar los resultados de que la presencia del psicólogo podría favorecer la responsabilización (jurídica y subjetiva) de la persona imputada.

6. RESPECTO DE LA SJP A) ¿QUÉ VENTAJAS, EN SU OPINIÓN, PRESENTA LA MEDIDA?

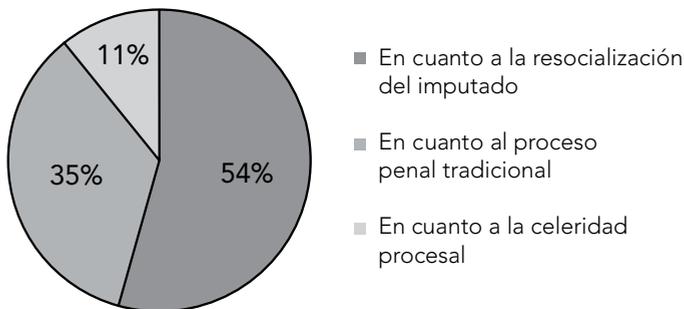


Gráfico 6a

Descripción del gráfico

El caso de la pregunta 6 agrupa dos cuestiones principales. Analizaremos, en primer término, las respuestas relativas a las ventajas que los jueces encuentran en relación a la SJP para luego hacer lo propio con las desventajas.

En cuanto a las ventajas que presenta la medida (SJP), las respuestas de los jueces fueron agrupadas en tres categorías. La primera de ellas consiguió el 54% de las respuestas vinculadas a la promoción de la resocialización del imputado, en segundo lugar presenta mejoras respecto del proceso penal tradicional obtuvo el 35% de las mismas y, finalmente, la opción facilita la celeridad procesal obtuvo el 11%.

Observaciones

De la observación del Gráfico 6 surge que la ventaja que presenta mayor frecuencia en las respuestas de los jueces es la resocialización del imputado (54%), lo cual ubicaría a la SJP como la antítesis de la pena privativa de la libertad, según la mayoría de las concepciones criminológicas vigentes. El 35% de las respuestas se volcó a ubicar la ventaja del instituto como contrapartida del proceso penal tradicional. Esto debe ser atendido, tanto porque supone la comprensión de la SJP como alternativa al juicio, con los gastos financieros y subjetivos que ello implica, como porque en el caso supuesto de que el juicio se hubiese desarrollado. Este análisis coincide con el más frecuente, que ubica a la SJP como una medida alternativa a la privación de la libertad, siendo ello, aunque deseable, en verdad inexacto.

Por último, el 11% de las respuestas, ubicó la celeridad procesal como una de las ventajas de la SJP. Ello implica dos vertientes de análisis, por un lado la que se centra en el imputado, y por tanto entiende la ventaja de verlo eximido de un juicio; por otro lado, aquella que se centra en la labor del juez que, por medio de la SJP, ve liberada su tarea en comparación con el congestionamiento que produce el proceso penal tradicional.

En cuanto a la resocialización del imputado

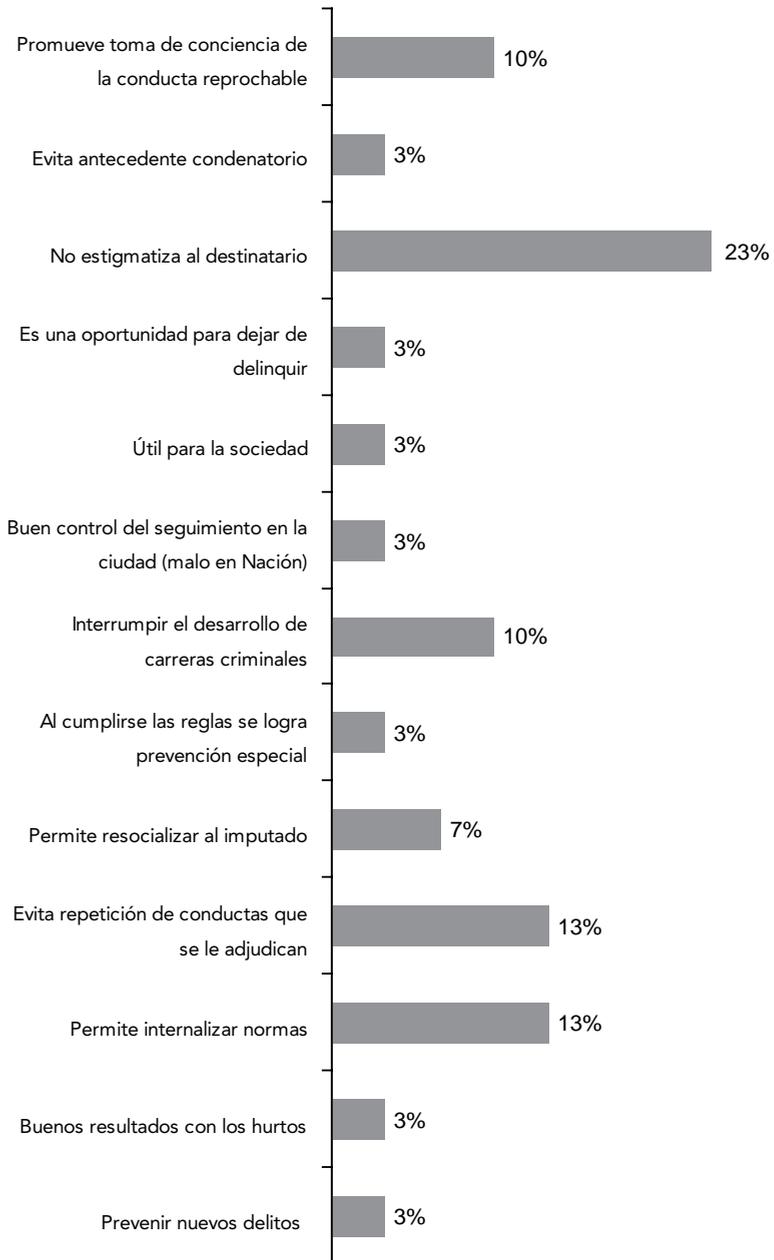


Gráfico 6a.1

En primer lugar, al interior de la categoría con mayor proporción de respuestas en relación a las ventajas que presenta la medida (Gráfico 6a.1), referido a la resocialización del imputado (54%), encontramos una importante dispersión en las respuestas, que puede ser observada en el Gráfico presentado precedentemente.

No estigmatiza al destinatario fue la subcategoría que presentó mayor proporción de respuestas (23%). Con un 13% de las respuestas encontramos que "evita la repetición de conductas que se le adjudican" y "permite internalizar normas". Luego con un 10% hallamos las siguientes subcategorías: Promueve toma de conciencia de la conducta reprochable e "interrumpir el desarrollo de carreras criminales".

Finalmente, con porcentajes muy pequeños de 3%, en todos los casos, encontramos las siguientes: "evita antecedente condenatorio", "es una oportunidad para dejar de delinquir", "es útil para la sociedad", "buen control de seguimiento en Ciudad (malo en Nación)", "al cumplirse las reglas se logra prevención especial", "buenos resultados con los hurtos" y "prevenir nuevos delitos".

El Gráfico 6a.1 muestra al interior de la categoría referida a la resocialización del imputado que las respuestas que más prevalecieron fueron aquellas que ubicaron la cualidad de evitar la estigmatización del destinatario (23%), interpretamos, en contraposición con el efecto que produce el atravesamiento de las personas por las instituciones carcelarias. Sin embargo, nos permitimos observar que muchas veces esta característica en la práctica cotidiana de la SJP no se cumple como sería lo esperable.

En segundo lugar, se ubican las respuestas "evita repetición de conductas que se le adjudican" y "permite internalizar normas", con un 13% de las respuestas de la categoría para cada una. Resulta llamativo en ambos casos la ubicación de efectos subjetivos en relación al instituto de la SJP por parte de los jueces. Esto nos invita una vez más a analizar la relación entre psicología y derecho, desde la especificidad de la ejecución penal.

Las categorías de respuestas que se detallan a continuación, acumulando un 10% del total de la categoría cada una, se refieren a "promover toma de conciencia de la conducta reprochable" y "evitar el desarrollo de carreras criminales". Ambas refieren ventajas de la SJP en relación a las conductas futuras de quienes acceden al instituto. Pero se destaca la diferencia entre ellas en que, mientras que la primera se refiere a una noción

eminentemente subjetiva (al igual que en las dos anteriores), la segunda hace referencia a una cuestión de índole criminológica.

La opción "permite la resocialización del imputado" obtiene el 7% de las respuestas. Es de notar que se introduzca el concepto resocialización como característica de un instituto que supone entre sus principales requisitos que el imputado nunca vea disminuido su contacto con la comunidad (nunca ha sido marginado de ella).

Por último, aparecen 7 respuestas que reúnen el 3% de la categoría cada una, y que podrían ser reagrupadas en 2 subconjuntos: el primero referido al destinatario del instituto, el probando: "útil para la sociedad" y buen control del seguimiento en Ciudad (malo en Nación) y, el segundo, que se vuelca al análisis de cuestiones de índole criminológica: "al cumplirse las reglas se logra prevención especial", "buenos resultados con los hurtos", "prevenir nuevos delitos".

En conclusión, el 72% de las respuestas de la categoría toma como centro del análisis las ventajas de la SJP hacia los destinatarios, los probandos y el 19% se refiere a las cuestiones criminológicas que atraviesan el instituto.

En cuanto al proceso penal tradicional

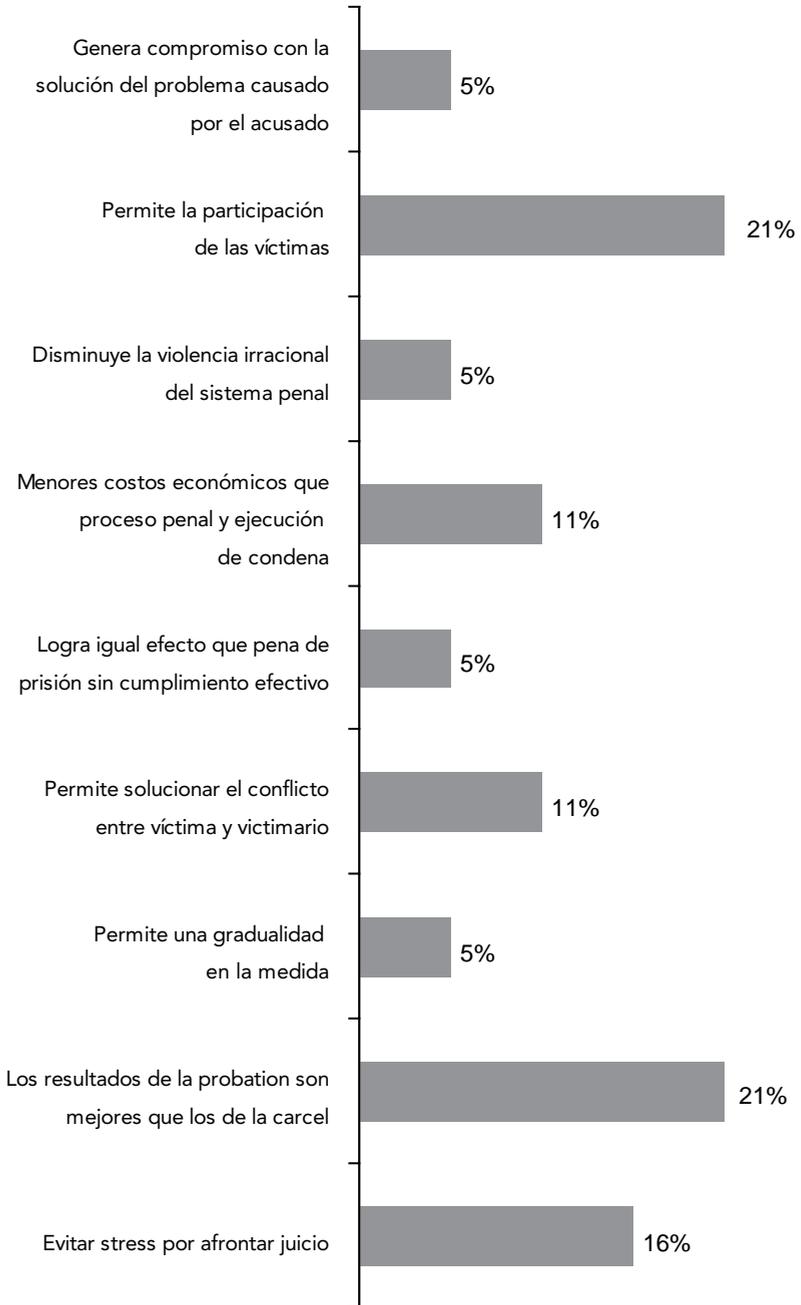


Gráfico 6a.2

La segunda categoría (Gráfico 6a.2), referida a las mejoras respecto del proceso penal tradicional (35% de las respuestas), presenta una importante dispersión en las respuestas. Las ordenaremos de mayor a menor a fin de ilustrar la proporción en que se manifiestan. Con un 21% de las respuestas encontramos las subcategorías con mayor porcentaje: Permite la participación de las víctimas, y los resultados de la SJP son mejores que los de la cárcel.

Siguen en importancia las respuestas agrupadas en la subcategoría Evitar el stress por afrontar un juicio con 16%, Menores costos económicos que el proceso penal y la ejecución de la pena y "permite solucionar el conflicto entre víctima y victimario" con un 11%. Finalmente todas con un 5% de las respuestas encontramos las siguientes: "genera compromiso con la solución del problema causado por el acusado", "disminuye la violencia irracional del sistema penal", "logra igual efecto que la pena de prisión sin cumplimiento efectivo", y "permite una gradualidad en la medida.

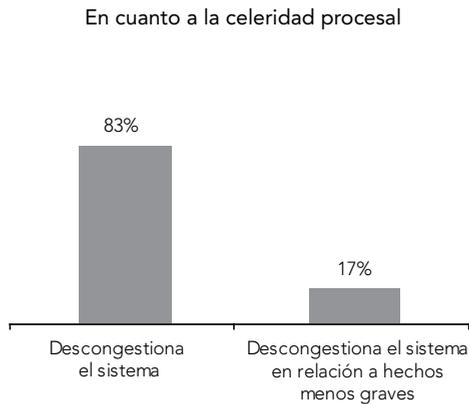


Gráfico 6a.3

En el caso de la categoría facilita la celeridad procesal (11%) las respuestas se dividieron en dos subcategorías: descongestiona el sistema (83%) y descongestiona el sistema en relación a hechos más graves (17%).

6B. ¿Y QUÉ DESVENTAJAS?

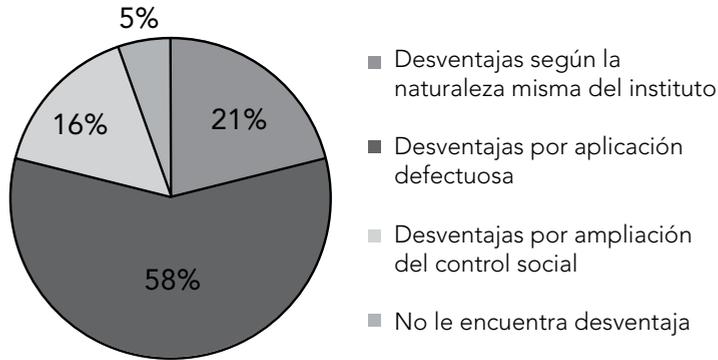


Gráfico 6b

Descripción de los gráficos

En cuanto a las desventajas que los jueces le adjudicaron a la SJP encontramos, en su análisis 4 categorías (Gráfico 6b.1): aquellas desventajas según la naturaleza misma del instituto (21%), las desventajas por la aplicación defectuosa (58%), las desventajas por la ampliación del control social (16%) y aquellas respuestas de entrevistados que no encontraron desventajas a la medida (5%).

Observaciones

Del Gráfico 6b surge a todas luces que el 79% de las respuestas, en relación a las desventajas del instituto, se centraron en cuestiones procesales: a saber, 58% por problemas en la aplicación del instituto y 21 % cuestionaron el instituto en sí mismo. Por lo demás, sólo el 16% se centró en ubicar las desventajas del lado de razones de índole criminológica: aumento del control social. El restante 5% no pudo ubicar desventajas.

Desventajas por aplicación defectuosa

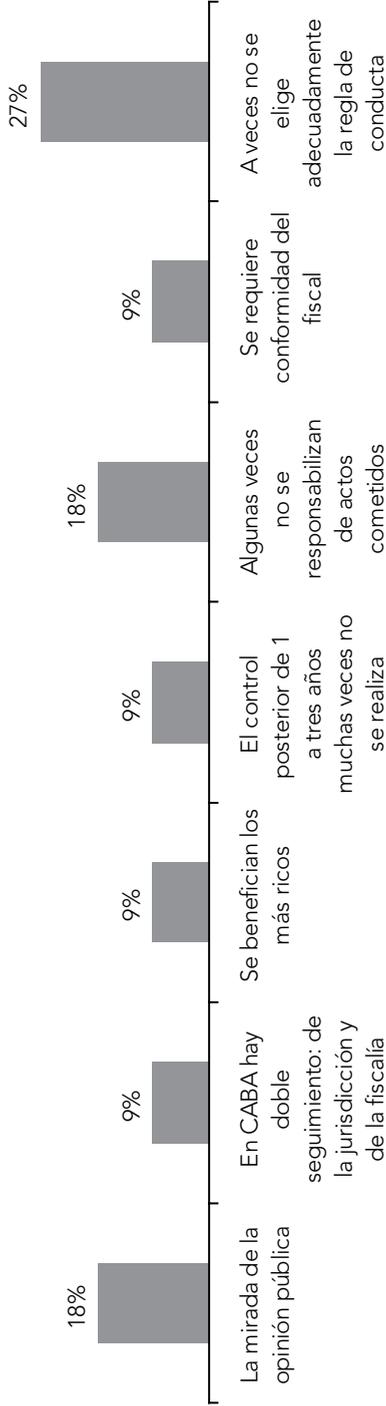


Gráfico 6b.1

La categoría desventajas por aplicación defectuosa es la que ha recibido la mayor proporción de respuestas (58%). Del análisis de esta categoría, como puede verse en el gráfico, han surgido 7 subcategorías, "a veces no se responsabilizan por el acto cometido" obtuvo el 27% del total de respuestas asignadas a esta categoría de análisis, es decir, la mayor proporción. Asimismo, hay dos subcategorías, que obtuvieron el 18% de las respuestas cada una: "la mirada de la opinión pública" y "algunas veces no se responsabilizan de los actos cometidos". Finalmente encontramos un grupo de subcategorías que ha obtenido (cada una de ellas) el 9% de las respuestas asignadas a la categoría, estas son: "en CABA hay doble seguimiento: de la jurisdicción y de la fiscalía" (2), "se benefician los más ricos" (3), "el control posterior de 1 a 3 años muchas veces no se realiza" (4) y Se requiere conformidad fiscal (6).

Observaciones

El Gráfico 6b.1 muestra una gran concentración de respuestas alrededor de la dificultad de elección de las reglas de conducta a imponer (27%), siguiendo en segundo lugar el temor de los jueces ante la imagen negativa que ostenta la SJP conforme la mirada pública (18%), que muchas veces deja al instituto vinculado a una solución de impunidad. Ello se profundiza en el caso de imputados con una buena posición económica, respecto de los cuales en algunas ocasiones las reglas de conducta quedan en un segundo nivel de importancia y la SJP se concentra en una suma relevante de dinero a modo de reparación a la víctima (9%). Probablemente ello esté asociado al porcentaje de respuestas que hace referencia al escaso control de las reglas de conducta (9%) así como a la superposición de los agentes de control de la medida (9%). Todo ello pareciera apuntar hacia una misma línea problemática, referida a la ejecución penal: tanto la elección fallida como las dificultades en el seguimiento de la medida redundan en la desvirtuación del instituto tanto hacia adentro (en la ejecución misma) como hacia afuera (en la mirada social). Por lo demás, encontramos un último grupo de respuestas que se concentran en una etapa previa a la resolución de la SJP, particularmente la necesidad de aprobación por parte del fiscal (9%). Es decir, de donde se interpreta que la desventaja de aplicación se refiere no a la elección de la regla de conducta o a la ejecución de la medida una vez concedida, sino al paso previo de decisión de su procedencia. Por otra parte, vale considerar desde los conocimientos de la psicología

la presencia de respuestas que vinculan a la medida con la posibilidad de los sujetos de asumir la responsabilidad por sus actos (18%) y que ello sea asignado como competencia del instituto. Por lo contrario, concierne a razones eminentemente subjetivas. Sin perjuicio de que no surja en las respuestas, desde la óptica de la psicología es posible aclarar que la asunción de responsabilidad no puede tampoco ser asegurada en forma automática a partir de la pena propia del proceso penal tradicional (juicio oral), sino que nuevamente responderá a aspectos subjetivos.

Desventajas según la naturaleza misma del instituto

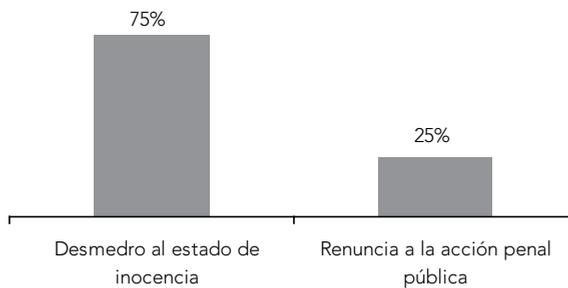


Gráfico 6b.2

Como muestra el Gráfico 6b.2, las desventajas según la naturaleza misma del instituto se dividieron en 2 subcategorías: aquellas que la ubican del lado del "desmedro al estado de inocencia" (75%) y aquellas que la vinculan a la "renuncia a la acción penal pública" (25%).

Desventajas según la ampliación del control social formal

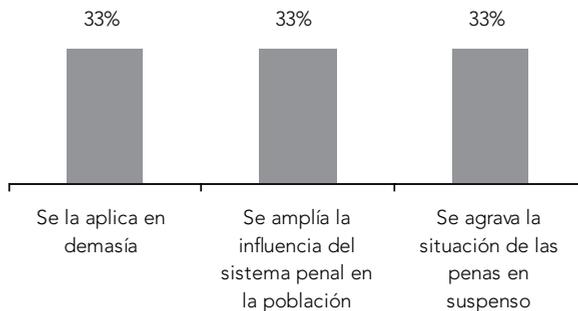


Gráfico 6b.3

La tercera categoría se refiere a las desventajas de la SJP vinculadas a la ampliación del control social. Esta categoría se subdivide a su vez en tres subcategorías que obtienen igual porcentaje de respuestas, estas son: "se la aplica en demasía" (33%), se amplía la influencia del sistema penal en la población" (33%) y "se agrava la situación de las penas en suspenso" (33%).

Observaciones

El Gráfico 6b permite afirmar que para el 21% de los encuestados, la SJP no sería un reemplazo de la lógica punitiva tradicional, sino una nueva modalidad que se suma a la anterior, a los efectos de abarcar un abanico más amplio de personas sujetas al control punitivo, al interior de los fundamentos encontramos en partes iguales las categorías precedentemente señaladas (Gráfico 6b.3).

7. EN RELACIÓN A LA DISCUSIÓN ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LA SJP SEGÚN LA INTERPRETACIÓN AMPLIA O RESTRICTIVA, USTED, A) ¿CON CUÁL ACUERDA? B) ¿POR QUÉ?

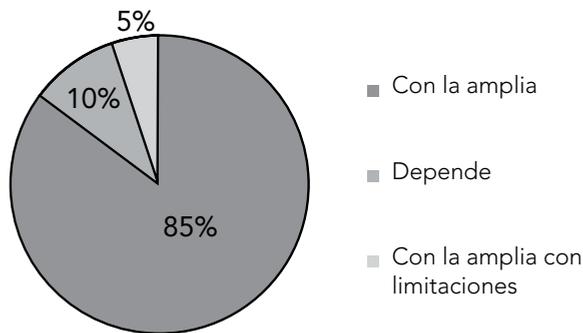


Gráfico 7

Descripción del gráfico

En relación a la discusión acerca de la aplicación de la SJP según la interpretación amplia o restrictiva, un 85% de las respuestas apuntan a la interpretación amplia, un 10% señala que la respuesta depende, mientras

que un 5% manifiesta que está de acuerdo con la interpretación amplia, pero con limitaciones.

Observaciones

De la observación del Gráfico 7 podemos arriesgar la conclusión de que la tesis restrictiva ha perdido vigencia y las opiniones se dividen entre un apoyo a la tesis amplia sin limitaciones y aquellos con una posición más mesurada, que entienden que en algunos casos debe cercenarse su aplicación. Por último, aquellos que adhieren a una posición casuística, según la cual serán las circunstancias puntuales las que determinarán la procedencia o no de la SJP.

Valor vinculante del consentimiento fiscal

En relación a los motivos de la elección de la interpretación amplia o restrictiva encontramos un tipo de respuesta en relación al valor vinculante o no vinculante que se le asigne al consentimiento fiscal:

- Un 57% señala la mayor posibilidad de aplicar criterios de oportunidad.
- Un 29% afirmó que es requerido el consentimiento del fiscal, y un 14% que debe haber un acuerdo entre el imputado y el fiscal para que el juez homologue.

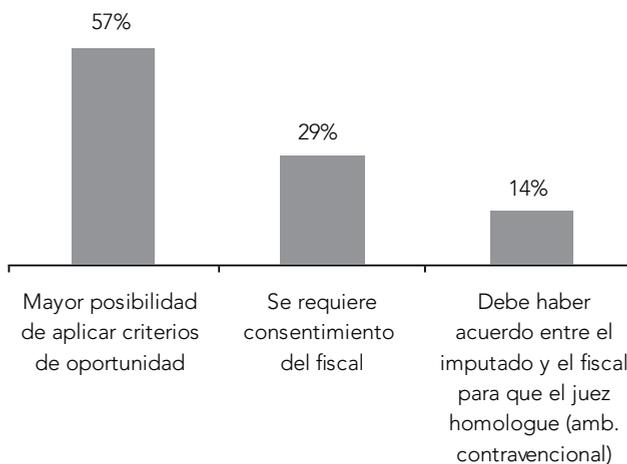


Gráfico 7.1

En el Gráfico 7.1 se observa de trasfondo reflexiones en torno a la discusión entre principio de legalidad, conforme el cual todo el programa criminal, es decir, la totalidad de los delitos que se encuentran tipificados en el código penal y leyes especiales, deben ser investigados sin importar la gravedad del hecho o su relevancia social y el Principio de Oportunidad, que establece que es el fiscal en su rol de impulsor de la política criminal del Estado el que puede meritar si resulta relevante para el Estado la persecución de cada hecho particular.

Este debate trae como consecuencia en materia de SJP, y particularmente en lo que hace a la tesis amplia en tanto para la aplicación de la SJP en esas condiciones la normativa exige consentimiento fiscal. Allí se advierten las posiciones que entienden que la aplicación del Instituto debe responder únicamente a la circunstancia de que el hecho se adecue a los requisitos legales dispuestos en la normativa o a que sea el fiscal quien conforme las características del hecho decida si corresponde aplicar la SJP o remitirse al proceso penal tradicional.

Con posterioridad a ello surge una segunda discusión en torno a si de existir consentimiento fiscal el magistrado puede de todos modos rechazar el instituto, conforme su propio criterio o, en modo contrario, si de no existir consentimiento fiscal, el Juez de todos modos puede aplicarlo.

En nuestro sistema normativo rige el Principio de Legalidad, es decir, todo hecho que llega a conocimiento del Juez o del Fiscal debe ser investigado. Es en esta línea que un 57% de las respuestas de los magistrados se orientaron a entender la SJP como una forma de flexibilizar este Principio de Legalidad y permitirle al Fiscal que determinados hechos, bajo ciertas condiciones, encuentren una solución punitiva distinta de la pena tradicional.

Un segundo grupo de respuestas sin cuestionar el Principio de Legalidad entienden que para que proceda el Instituto debe haber consentimiento fiscal, a partir del cual el Juez estaría obligado.

Por último, encontramos un grupo de respuestas (14%) que profundizando la tesis anterior, entienden la SJP como un acuerdo entre las partes que de darse obligaría al Juez a hacer lugar a la medida.

8. A) ¿MÁS ALLÁ DE LOS ALCANCES ACTUALES DE LA MEDIDA PIENSA QUE EL INSTITUTO DEBIERA APLICARSE A OTRO TIPO DE CAUSAS

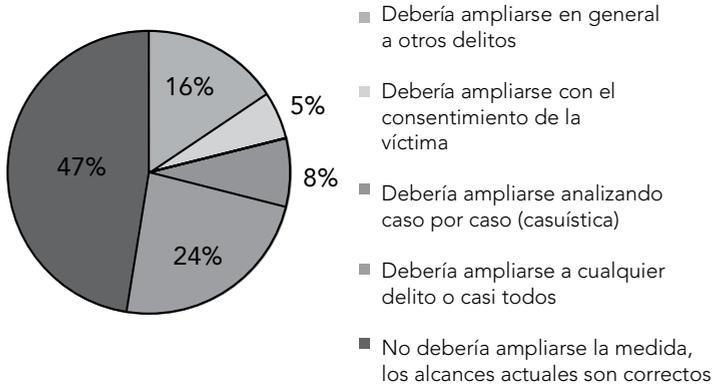


Gráfico 8

Descripción del gráfico

Si consideramos ahora lo que piensan los jueces en relación a la aplicación de la suspensión del juicio a prueba en cuanto a la ampliación de la aplicación a otro tipo de delitos, encontramos que un 53% piensa que sí debería ampliarse, mientras que un 47% piensa que no. Una primera discriminación indica que un 24% indica que debería ampliarse a cualquier delito o casi todos, un 16% manifiesta que debería ampliarse en general a otros delitos, un 5% piensa que debería ampliarse tomando en cuenta el consentimiento de la víctima, un 8% de las respuestas señala que debería ampliarse analizando caso por caso.

No debería ampliarse la medida, sus alcances actuales son los correctos

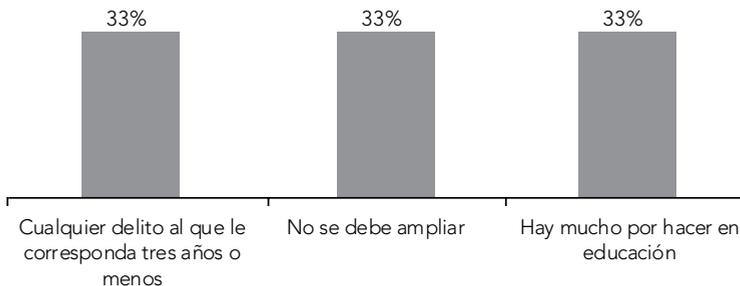


Gráfico 8.1

En el caso de las respuestas que indican que no debería ampliarse la medida (Gráfico 8.1) encontramos tres subcategorías mencionadas por igual (33%): "Cualquier delito al que le corresponda tres años o menos", "no se debe ampliar" y "hay mucho por hacer en educación".

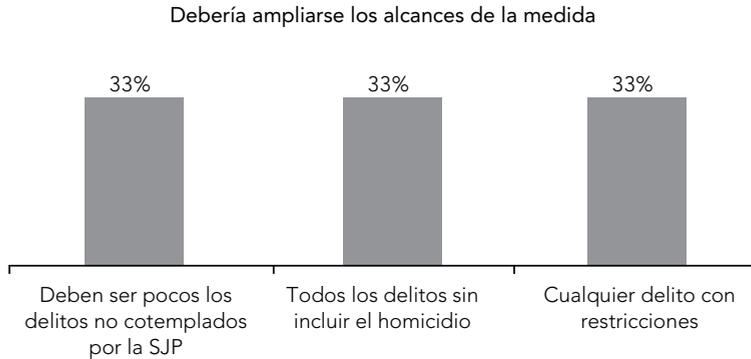


Gráfico 8.2

Respecto del Gráfico 8.2, en el caso de las respuestas que señalan que debería ampliarse la medida a cualquier delito o casi todos (24%), aparecen tres subcategorías por igual: "deben ser pocos los delitos no contemplados por la Suspensión del Juicio a Prueba", "todos los delitos sin incluir el homicidio", y "cualquier delito con restricciones".

Observaciones

En primer lugar, no puede ser dejada de lado la observación de los Gráficos 8.1 y 8.2 respecto de la equitativa distribución de las respuestas. Tanto en el grupo de respuestas que consideran que no debería ampliarse la aplicación de la medida, como en las que sí, los entrevistados tienden a preservar el estado de la cuestión sin mayores modificaciones.

El Gráfico 8.1 plasma cierta necesidad de conservar las cosas tal y como se presentan en la actualidad, sólo agregando la importancia de poner cierto énfasis en la educación, permitiéndose cierto análisis social de cómo la falta de acceso a la educación podría desencadenar la producción de conductas contrarias a la ley.

Por su parte, el Gráfico 8.2, que analiza las respuestas de los jueces que consideraron la necesidad de ampliar la aplicación de la SJP, muestra que aparece cierto límite a la hora de pensar en una modificación en esta línea.

En el 33% de las respuestas, el homicidio viene a poner una barrera entre la posibilidad de aplicar una SJP o pensar directamente en el encierro como respuesta. Igual porcentaje es asignado a un grupo de respuestas que sólo pueden pensar una ampliación de la aplicación de la SJP “con restricciones”, aunque es de notar que en ningún caso se explicita cuáles son esos límites, ni cuál sería su origen: el tipo de delito, las características del imputado, alguna apreciación de las partes o del juez.

9. A) ¿PIENSA QUE ES NECESARIO DESARROLLAR CAMBIOS EN EL SEGUIMIENTO DE LA MEDIDA (SJP) A FIN DE MEJORARLA? B) (EN CASO DE RESPUESTA POSITIVA) ¿QUÉ CAMBIOS REQUIRÍA SU APLICACIÓN?

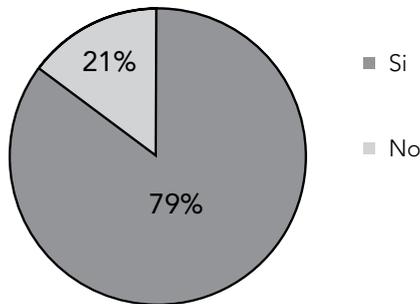


Gráfico 9

Descripción del gráfico

Un 79% de las respuestas de los jueces señalan que es necesario desarrollar cambios en el seguimiento de la Suspensión del Juicio a Prueba. Un 21% señaló que no es necesario cambios en el seguimiento.

Observaciones

Se observa un marcado porcentaje de opiniones claramente mayoritario que reafirma la necesidad de introducir modificaciones en la aplicación de la suspensión del juicio a prueba (79%). Este número alarmante de opiniones nos advierte sobre un escenario en el que la SJP encuentra escollos relevantes en su implementación desde la óptica de los magistrados de la ciudad. En este sentido, el estudio minucioso, profundo y responsable de la temática se impone como un deber ser para todos los agentes involucrados.

Cambios que es necesario desarrollar

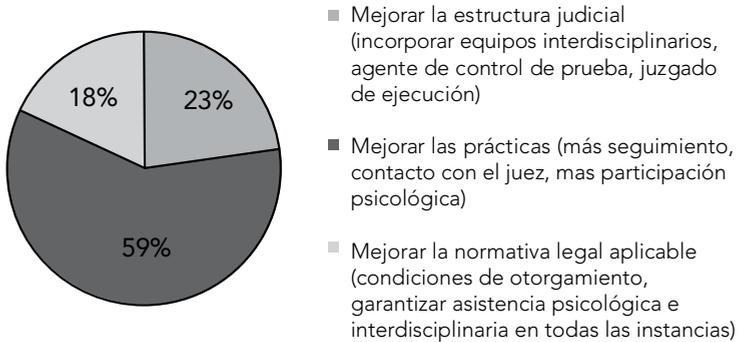


Gráfico 9.1

Entre los que piensan que es necesario desarrollar cambios en el seguimiento de la Suspensión del Juicio a Prueba (casi 8 de cada 10) encontramos mas que una mayoría (59%) piensa que es necesario mejorar las prácticas (más seguimiento, más contacto con el juez, más participación de los psicólogos), un 23% indica que se debe mejorar la estructura judicial incorporando equipos interdisciplinarios, agentes de control de prueba o juzgados de ejecución. Finalmente un 18% de las respuestas apuntaron al mejoramiento de la normativa legal aplicable (condiciones de otorgamiento, garantizar asistencia psicológica e interdisciplinaria en todas las instancias).

En el mayor número de casos las respuestas que impulsan la introducción de cambios, entienden que los mismos responden únicamente a la introducción de nuevas prácticas, es decir, que el éxito de su aplicación reside en un mayor compromiso con el instituto, de la misma estructura judicial y de los mismos actores involucrados (59%). En este punto con un acertamiento de las prácticas, con la puesta en común de las dificultades suscitadas y con nuevos mecanismos en la aplicación del instituto podría encontrarse un cauce de solución ordenado a la problemática. En particular las prácticas que demandan las respuestas se concentran en un mayor compromiso de los actores involucrados con el probado.

En un segundo grupo de respuestas, las dificultades parecen centrarse en un nivel de análisis más profundo, que requiere cambios estructurales

a los efectos de que el instituto pueda superar las dificultades que se imponen en su ejercicio (18%). En este punto las propuestas se orientan fundamentalmente a la incorporación de profesionales de otras áreas de incumbencia a los efectos de concertar equipos interdisciplinarios de trabajo.

Por último, el 18% restante entiende que se impone como necesaria una reforma legal que no resulta susceptible de ser subsanada por el mejoramiento de las prácticas o de la estructura judicial imperante.

10. ¿EN QUÉ CASOS USTED NO APLICARÍA LA MEDIDA? ¿POR QUÉ?

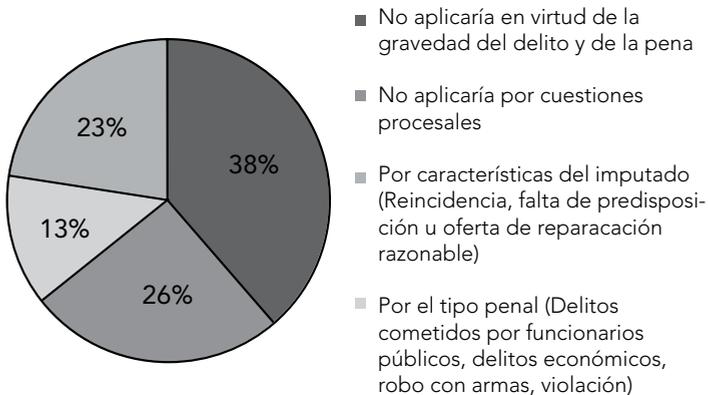


Gráfico 10

Consultados los jueces en relación a los casos en que no aplicarían la medida, sus respuestas fueron agrupadas en las siguientes categorías y proporciones:

Un 38% 'no aplicarían en virtud de la gravedad del delito y de la pena, un 26% 'no aplicarían por cuestiones procesales', un 23% no aplicarían por cuestiones relativas al tipo penal (delitos cometidos por funcionarios públicos, delitos económicos, robos con armas, violación), y finalmente un 13% no aplicarían la medida por características referidas al imputado: reincidencia, falta de predisposición o por falta de una oferta razonable de reparación a la víctima.

Observaciones

Esta pregunta es de suma importancia porque plasma las limitaciones desde la mirada de los magistrados en la aplicación de la SJP, es decir, los casos en que esta medida no es observada como una respuesta político criminal adecuada a los requerimientos del caso.

Los porcentajes se encuentran divididos en cuatro posibles subcategorías, sin que haya una marcada unión de respuestas en uno de los ítems.

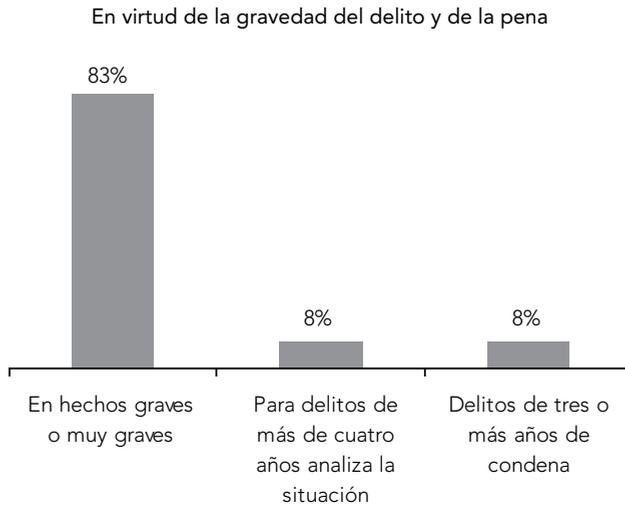


Gráfico 10.1

Al interior de la categoría que implica la no aplicación en virtud a la gravedad del delito y de la pena (38%) encontramos las siguientes subcategorías: con más de ocho de cada diez (83%) las respuestas indican que no aplicarían "en hechos graves o muy graves", el 16% restante de las respuestas se dividen en partes iguales "para delitos de más de cuatro años analiza la situación" y "delitos de tres o más años de condena".

Observaciones

Aquí aparece el número más concentrado de respuestas reside en rechazar la aplicación de la SJP en razón de la gravedad del delito y de la pena (38%), con lo que parece advertirse que la aplicación de la SJP es percibida como una respuesta político criminal hacia los delitos de menor cuantía punitiva y no como una perspectiva diferente en el abordaje de los conflictos. El eje no está puesto en el sujeto o la víctima sino en el *quantum*

de pena previsto para el ilícito. Este *quantum* se ubica en los tres y cuatro años de pena en concreto como límite.

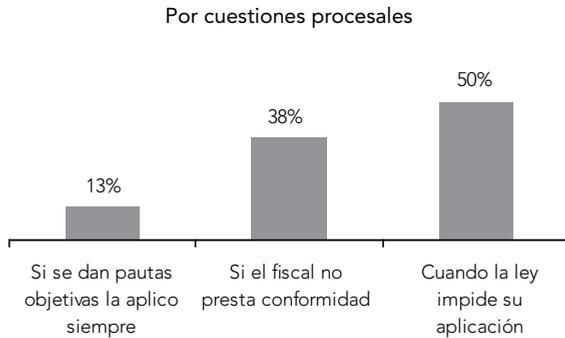


Gráfico 10.2

Cuando la categoría de no aplicación remite a cuestiones procesales (26%) las respuestas se agrupan en las siguientes subcategorías: "cuando la ley impide su aplicación" (50%), "si el fiscal no presta conformidad" (38%) y "si se dan las pautas objetivas la aplico siempre" (13%).

Observaciones

Luego están aquellos que se volcaron hacia la normativa procesal como límite ineludible al momento de repensar las limitaciones de la SJP. Aquí las opiniones entienden que no es posible forzar la letra de la ley por lo que el cumplimiento de los requisitos legales, la aquiescencia del fiscal y el cumplimiento de las condiciones objetivas previstas en la norma resultan de cumplimiento ineludible para la procedencia del instituto.

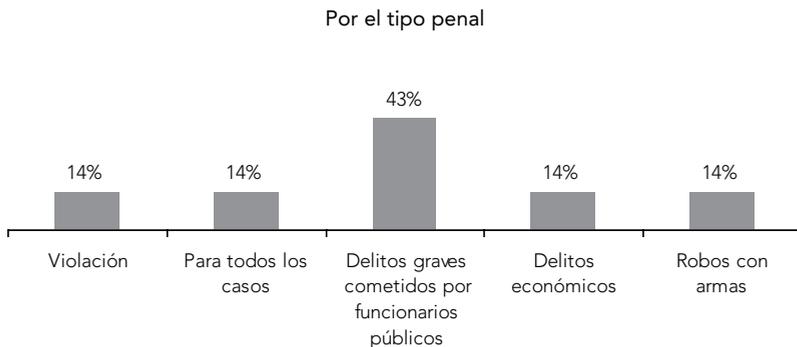


Gráfico 10.3

Cuando la no aplicación de la medida remitió al tipo penal las subcategorías comprendidas tuvieron una importante dispersión en las respuestas, un 43% refirieron “delitos graves cometidos por funcionarios públicos”, luego con igual proporción (14%) aparecen los siguientes violación, “para todos los casos”, “delitos económicos”, “robos con armas”.

Observaciones

En tercer lugar aparecen las respuestas que encuentran el límite ya no en el caso concreto —gravedad y pena— sino en el tipo penal en el que se encuadró la conducta, vedando de pleno la posibilidad de aplicar la SJP a ciertos tipos penales. Se cita entre ellos los llamados “delitos de cuello blanco” (57%) —delitos cometidos por funcionarios públicos y delitos económicos— y aquellos que mayor violencia encarnan y mayor repudio social despiertan —robo con armas y violación (28%)—.

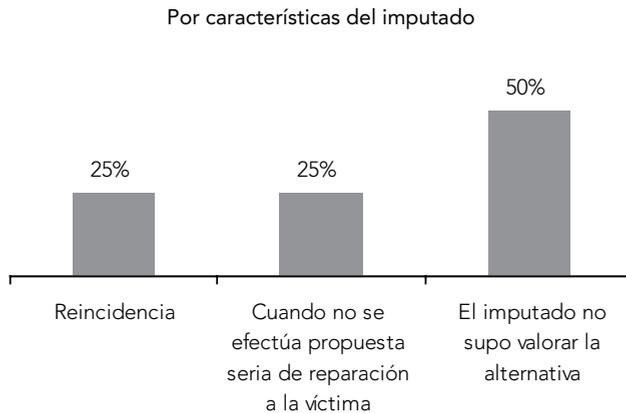


Gráfico 10.4

En el caso que la categoría de respuesta sea la no aplicación por características del imputado (13%) en la mitad de las respuestas se debió a que ‘el imputado no supo valorar la alternativa’ (50%), por reincidencia (25%) o ‘cuando no se efectúa una propuesta seria de reparación a la víctima’ (25%).

Observaciones

Finalmente el 13% concentra la negativa en caracteres del encausado. La reincidencia (25%) como prueba de su reiteración delictiva, la falta de pre-

disposición (50%) o la falta de una oferta razonable de reparación a la víctima como expresiones de la falta de compromiso con una salida restaurativa del conflicto (25%). En este caso cabe advertir que la reincidencia sería un escollo ante una eventual reforma procesal ya que hoy no es posible aplicar la SJP si el encausado posee antecedentes penales. En lo que hace a la opinión de la víctima y la falta de una reparación adecuada, no aparece como un obstáculo en la legislación presente ya que siempre encuentra habilitada la vía civil del reclamo. Por último la falta de predisposición responde a un criterio valorativo del juez que es merituable siempre que se funde en pautas concretas.

II | Conclusiones finales

La investigación se estructuró sobre dos ejes principales, a saber: una primera parte orientada a la articulación interdisciplinaria entre la justicia y la psicología, y una segunda parte destinada a indagar las opiniones y criterios reinantes en la justicia contravencional respecto de instituto de la SJP.

Dentro del espectro de conclusiones, se advierte que ante la interpección sobre las posibles intervenciones del psicólogo en la justicia, los magistrados abren un abanico de posibles respuestas, dejando entrever la permeabilidad del sistema de justicia ante la participación de ciencias conexas con el derecho, como lo es la psicología.

Por otro lado surge que la psicología es convocada a intervenir principalmente en el abordaje de la víctima —sistemáticamente excluida del conflicto— y la resocialización de imputado —la vía más idónea a los efectos de reducir las tasas de reincidencia y colaborar con el proyecto de vida de la persona que es atravesada por el sistema penal—. Se trata de dos cuestiones que resultan de sumo interés criminológico para la justicia y que sin embargo no son abordadas desde planes estratégicos en materia de política criminal ni repensadas desde un proyecto interdisciplinario superador de la situación actual. Tampoco así son asumidos como temas de interés por parte del cuerpo de la justicia.

La denominada reinserción social, también llamada inclusión social, es referida, en términos generales, a las personas que han sido privadas de su

libertad por un periodo determinado de tiempo. Sin embargo, vale decir, en este contexto, también concierne a aquellas personas que han sido sometidas a un proceso penal, aun sin experimentar privación de libertad, como pueden ser los que son abarcados por los institutos de la libertad condicional o inclusive aquellos que habiendo atravesado un proceso penal no han salido de la categoría de imputados (no mediando declaración de culpabilidad ni responsabilidad alguna), como es el caso de la SJP. En todos estos institutos, la capacidad del Estado de dar respuesta resulta siempre limitada y la posibilidad de intervención de profesionales de otras disciplinas con competencias para un acompañamiento cierto de la persona involucrada, resulta de suma relevancia a los efectos de forjar un mejor futuro para aquella.

Por otro lado, surge a partir de la opinión de la mayor parte de los magistrados la necesidad de incorporación de los psicólogos a la planta estable de los juzgados, defensorías y fiscalías, descartando su participación como circunstanciales participantes del proceso penal (pregunta 4). Es que, tal como se asentó en las conclusiones preliminares de las distintas preguntas, no se trata de un trabajo por parte de ambas disciplinas por separado sino de un genuino trabajo de interrelación donde el desarrollo, las conclusiones y los eventuales proyectos que puedan surgir, serán consecuencia de un trabajo interdisciplinario que tendrá que contar con el aporte de las distintas ciencias en forma interrelacionada. Para ello es necesario pensar como elemento fundante el trabajo en equipo para cada situación a abordar.

Claro está que las dificultades derivadas del cuantioso trabajo con el que se encuentran los tribunales resulta un obstáculo al momento de no derivar en un trabajo mecánico en procura de respetar la celeridad del proceso, aunque en desmedro de un resultado cualitativo superador. Es de destacar que un abordaje que tienda a una genuina incorporación de la víctima al conflicto y a la reinserción social del imputado, resulta esencial a los efectos de que las proclamas de los instrumentos de derechos humanos se materialicen en hechos concretos.

Ello nos conduce en forma directa a las respuestas de los magistrados en torno a los beneficios que atrae la aplicación de la SJP, que remiten sistemáticamente a pensar la resocialización del probado (pregunta 6).

Ahora bien, en lo que atañe a las desventajas que puede aparejar la SJP es relevante destacar que existe un riesgo cierto de que redunde en un mayor control social y no en un reemplazo de la privación de libertad como mecanismo punitivo por excelencia. En este sentido, sólo una intervención responsable en cada caso concreto, que apunte a que los beneficios proclamados teóricamente respecto de SJP se puedan materializar justificaría alentar un Instituto que, en virtud de las limitaciones legislativas que ostenta (el tope de los tres años de pena en concreto o en abstracto, en cualquiera de las tesis elaboradas respecto de la SJP), no puede implicar una disminución de los índices de encarcelamiento. Es entonces, que la SJP representa una oportunidad de promover la inclusión social. Al posicionar al imputado en la situación de verse interpelado por las consecuencias de su accionar, haya estado involucrado o no en el hecho que se le imputa, posibilita la intervención en la vía de la salud psíquica y el repensar su proyecto de vida mediante el abordaje de profesionales especializados. Asimismo se torna viable la interpelación por los tribunales y los profesionales de las dependencias del Poder Ejecutivo y los distintos efectores sociales y de salud locales en cada caso, a los efectos de saldar falencias materiales y privaciones del sujeto, que de otro modo difícilmente puedan ser satisfechas.

Si bien ello no resulta el mejor escenario posible ya que el deber ser orienta a que las dependencias ejecutivas del Estado por sí solas aseguren los derechos de todas las personas, en el plano del ser, habilita a que las personas que se encuentran atravesadas por el sistema penal encuentren en la SJP una posibilidad de obtener aquello que les ha sido privado en su curso de vida y que concierne al Estado en su rol de garante de los derechos de las personas.

Por otro lado, resulta interesante el escenario de respuestas respecto de la posibilidad de ampliar el abanico de delitos que podrían ser susceptibles de ser resueltos mediante la SJP. Desde la psicología no es relevante el delito imputado sino, más bien, la posición del sujeto frente a la acción cometida. Por ejemplo una persona puede cometer un delito grave tal como un homicidio y posicionarse de tal modo frente al hecho que pueda concebirse la posibilidad de que la persona no vuelva a verse inmersa en una situación similar. En tales casos, negar la posibilidad de una SJP y ofrecer una pena privativa de libertad en virtud del bien jurídico lesionado

(vida), daría cuenta centralmente de un criterio retributivo. Contrariamente podemos hallarnos frente a un delito de menor lesividad como las amenazas, pero que, en muchos casos responden a situaciones de dinámica familiar o vincular de difícil resolución. En tales casos una SJP, que es el instituto que suele venir a resolver por mecanismos alternativos a la pena de prisión efectiva, raramente pueda brindar una solución a largo plazo si las acciones que el instituto solicita no son emprendidas con la rigurosidad que su seguimiento requiere para evitar una reiteración delictiva. Tan sólo se constituye en un paréntesis temporal que si bien permite la interrupción del conflicto por un periodo de tiempo a su vez, puede acrecentarlo por la intervención misma del sistema penal. Sin perjuicio de ello, la SJP podría redundar en un tratamiento familiar o vincular que a través de un trabajo más complejo pueda poner coto a una relación signada por la violencia. Pese a lo expuesto anteriormente, no podemos dejar de hacer notar que la resolución que brinda la SJP frente a delitos menores como el relatado, no puede ser desechado de ningún modo ya que en los casos en los que se desarrolla mediando intervención profesional idónea, la resolución del conflicto es asequible y perdurable en el tiempo. Nada de ello puede lograrse con una aplicación mecánica y no interdisciplinaria de la SJP.

Claro está que, todo ello en virtud de las particularidades de la SJP que no implica una responsabilidad de la persona frente al hecho que se le imputa, nos remite más precisamente al posicionamiento del sujeto frente a un hecho que le es atribuido como consecuencia de una situación conflictiva. Por último y en lo que atañe a las posibles mejoras del instituto es necesario remarcar que la modificación del instituto debería ser integral, abarcando estructura, práctica y normativa. Sin modificar las prácticas, la estructura permanece invariable y no se pone en crisis, mientras la estructura marca límites materiales a esas prácticas y la normativa limita el campo de acción. Salta a la vista la necesidad de que todo ello se genere en un marco interdisciplinario que despierte la voz de todos los actores y disciplinas intervinientes. La inclusión de la víctima es un elemento fundamental en este cambio.

Los puntos de vista del derecho y la psicología difieren desde su inicio y por lo tanto los análisis resultantes corren por vías separadas y apuntan a objetivos diversos, sin embargo, ello no implica que se impida una vía de trabajo conjunto. Todo lo contrario, la interdisciplina representa una

oportunidad de abordar a la persona imputada en la búsqueda de resultados superadores, que incluyan visiones integradoras, respetuosas de los derechos humanos, poniendo en el horizonte la dignidad de las personas. El objetivo, que el atravesamiento por parte del sistema penal implique menos dolor y mayores posibilidades para las personas involucradas.



Proyectos de Investigación

Cesura de Juicio. Determinación de la pena

Departamento de Derecho
Procesal de la Facultad de
Derecho de la Universidad
Nacional del Centro de la
Provincia de Buenos Aires
(UNICEN)

Dirigido por **GABRIEL H. DI GIULIO**⁽¹⁾

1) ¿Cuál es el Título del estudio/investigación que está llevando a cabo la cátedra?

Se ha acreditado en la Facultad de Derecho, con aprobación del Consejo Académico, de la UNICEN, el proyecto de investigación "CESURA DE JUICIO. DETERMINACIÓN DE LA PENA". El proyecto es dirigido por el Dr. Gabriel H. Di Giulio.

2) ¿Cuáles fueron los antecedentes tenidos en cuenta a la hora de abordar el tema elegido? (aquí cuentan los antecedentes bibliográficos)

La inserción de la cesura al sistema jurídico continental se la debemos al "movimiento reformador europeo", enmarcado en la llamada "corriente de la defensa social". Este movimiento tenía como principal objetivo colocar al acusado en el

.....

(1) Profesor titular Ordinario.

centro del debate, haciendo de las circunstancias personales de este un supuesto de estudio y análisis a la hora de aplicar cualquier medida punitiva.

La incorporación de la cesura en el código procesal penal de la provincia de Buenos Aires ha despertado tanto elogios como críticas.

En el XII Encuentro de Magistrados y Funcionarios de las Defensorías Oficiales de la Provincia de Buenos Aires (noviembre de 2000, Bahía Blanca) se propuso modificar la norma en orden a facultar al tribunal a dividir el debate, mediando pedido fundado de parte, cuando resultare conveniente para resolver adecuadamente sobre la pena y para una mejor defensa.

El instituto es controvertido, sin embargo abre un escenario que ha pasado desapercibido a la hora de considerar el debido proceso en el sistema penal implementado, como lo es la posibilidad de postulación, contradicción, prueba y debate de las circunstancias de los arts. 40 y 41 del Código Penal, incluso del art. 26 del mismo cuerpo legal, relegadas a la fase de alegación, cuando ya no es posible postular, controvertir ni probar. Finalmente, la dedicación del proceso penal a la individualización de la pena.

3) ¿En qué consiste el objeto de la investigación?

La investigación se dirige a recabar la incidencia del instituto en el procedimiento penal bonaerense, y por añadidura las pautas para la individualización de la pena con exclusión del mentado procedimiento. Se parte de la hipótesis que indica que los procedimientos deberían prever como mecanismo adecuado la postulación de las circunstancias agravantes y atenuantes por las partes en oportunidad de la apertura del debate y no al final, con lo alegatos; circunstancia ésta última, que infringe el contradictorio.

4) Indique el diseño elegido para la investigación.

La literatura sobre cesura de juicio es bastante escasa. Su experiencia en los procesos penales indica que pocas veces ha sido utilizado. Funciona un mecanismo que se asemeja en algunos aspectos, incorporado al procedimiento penal juvenil bonaerense, aunque con matices importantes que lo diferencian.

La investigación se dirigirá a coleccionar información objetiva sobre el número de procedimientos realizados en el segmento que se seleccione para la muestra estadística y la opinión de los operadores sobre el mismo y su incidencia en el sistema. También se considerará la información acerca de las pautas de individualización de pena y la importancia y tiempo dedicado a su determinación por los órganos de sentencia.

5) **Determinación de recursos y cronograma.** Se solicita la especificación referida a los recursos humanos y económicos. La disponibilidad de tiempo y una estimación de la duración de la investigación. La forma en que se encuentra dividida la tarea.

El proyecto tiene una duración de 1 año. Tuvo inicio el día 01/01/2012 y finaliza el día 31-12-2012.

Intervienen como investigadores en el proyecto miembros del Departamento de Derecho Procesal, además del Director y participan alumnos avanzados de la Facultad de Derecho.

Estimación de peligros y consideraciones éticas.

Más allá de los peligros propios de toda investigación relacionados con el celo de su objetividad y suficiencia no se presentan otros.

Indique si se ha incluido en la investigación el tratamiento estadístico de datos (recolección, recuento, presentación, descripción y análisis estadísticos).

Se efectuarán trabajos de campo con estudios estadísticos a partir de la recolección de datos y las respuestas que se brinden a las encuestas.

La Universidad a la Escuela

Departamento de Derecho
Procesal de la Facultad de
Derecho de la Universidad
Nacional del Centro de la
Provincia de Buenos Aires
(UNICEN)

Elaborado por **GABRIEL H. DI GIULIO**⁽¹⁾

La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro ha aprobado el proyecto de extensión intitulado "LA UNIVERSIDAD A LA ESCUELA" elaborado y diseñado por el Prof. Gabriel Di Giulio, que se implementó en el año 2011 con continuidad.

¿Qué es "La Universidad a la Escuela"? Es llevar a la Escuela una muestra de la Universidad. Es mostrar en la Escuela que existe la Universidad y que ésta es posible no sólo para "los otros", sino también para "nosotros". Es mostrar un camino, una alternativa viable para el desarrollo y vida como adulto y una variable nunca desdeñable de trabajo dignificante.

Desde nuestra mirada procesalista también es trasladar a los niños y jóvenes la "idea de proceso" como un valor y un recurso de tutela de los derechos. En franca oposición a los mecanismos de facto como los piquetes, tomas y actos grupales de fuerza que no deben erigirse como la vía institucional para pedir.

.....
(1) Profesor Titular Ordinario.

La Universidad a la Escuela es, por otra parte, un espejo donde podemos ver qué somos, no ya a partir de lo que somos en el ámbito superior de la educación, sino aquello otro que somos en los niveles previos, por parte de quienes serán los posibles usuarios —en procura que no sean sus marginados— de la educación superior.

“Mostrar” la Universidad y “motivar” a generaciones venideras a ingresar a la Universidad es concretización de la igualdad de posibilidades.

La Universidad a la Escuela es, en esta medida, asumir responsabilidades.

Objetivos y/o finalidades:

Generar un intercambio entre la Facultad de Derecho (Universidad) y la Escuela Primaria, mediante convenios de cooperación y actividades comunes.

Difundir en la Escuela las actividades de la carrera de Derecho y de las profesiones habilitadas por el título.

Favorecer el acceso a la información, a los servicios y a la educación universitaria pública, gratuita e igualitaria.

Favorecer, mediante la información y las actividades desarrolladas, las posibilidades reales de acceso a la Universidad y al derecho a la educación, y el posterior ejercicio de empleo o profesional dignos.

Trabajar con los alumnos de la escuela los conceptos derecho y obligación, empleando recursos didácticos acordes con las edades de los niños y jóvenes y procurar su internalización.

Trabajar con los alumnos de la escuela el concepto “instancia” como recurso legítimo y legal para la obtención, protección, reestablecimiento y reconocimiento de los derechos, frente a los medios de facto como la toma, el piquete, etc.

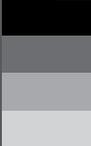
Metodología

Se trabaja en escuelas primarias, con las que se suscribe convenio de cooperación. Los profesores, docentes y alumnos de la carrera de derecho, coordinados por el responsable del proyecto, concurren a las instituciones educativas del nivel primario con quienes se celebraron convenios de cooperación, los días y horarios determinados entre las Instituciones. En esas ocasiones llevan adelante las actividades proyectadas para los alumnos, con presencia de los docentes de grado y, en su caso, autoridades.

Se programa una actividad final en el ámbito de la Facultad de derecho, previo obtener la autorización de los padres o tutores de los alumnos de grado y de la Institución correspondiente.

Se realizarán informes finales con el análisis de la puesta en funcionamiento, desarrollo y resultados, el nivel de participación de los niños y de motivación. Se recaba de los Docentes y Autoridades de la Escuela Primera sus consideraciones sobre las tareas llevadas a cabo.

Anualmente se redacta un informe final con los dictámenes parciales, que incluyen estudios estadísticos para el uso de la Facultad y la Universidad.



Organización Judicial

El derecho procesal penal se divide en dos ramas internas íntimamente vinculadas: el derecho procesal penal propiamente dicho y el derecho de organización judicial, división que incluso tiene apoyo legislativo, lo que se materializa generalmente con leyes de organización judicial o de implementación de una reforma, como fue el caso de las 24.050 y 24121, para la puesta en funcionamiento del actual Código Procesal Penal de la Nación en 1992. Sobre esta división señala Maier que: "(A)l Derecho de la organización judicial todavía no se le han dedicado, en nuestro país, esfuerzos dignos de su importancia". Efectivamente, los juristas que se han ocupado del procedimiento penal poca atención le han prestado a esta rama de la especialidad a la que, con esta sección, tenemos la intención de potenciar estimulando que se lleven a cabo trabajos de doctrina e investigación al respecto. Por ese motivo, todas las inquietudes que se puedan aportar en este sentido serán bienvenidas.

En esta primera oportunidad, los trabajos de Juan Pablo Iriarte, Nahuel Perlinger, Diego García Yomha y Santiago Martínez, que se ocupan del sistema de subrogaciones vigente para los jueces nacionales es un primer paso y donde, como lo evidencian, son precisamente los vicios de la cultura heredada del modelo inquisitivo los que estarían impidiendo una organización más ágil y transparente del trabajo entre los jueces penales.

Ningún código procesal penal, sin perjuicio de las buenas intenciones que se tengan, y por eximios que sean los juristas que lo proyecten, podrá concretarse plenamente si la ley (o leyes) de organización que lo hacen efectivo no son acordes a ello. Así como el derecho procesal penal hace a la realización del derecho penal, es el derecho de organización judicial el que habrá de concretar efectivamente el derecho procesal penal en sentido estricto. Y es en este territorio, el del derecho de organización judicial penal, donde se habrá de advertir el verdadero cambio de las prácticas inquisitivas a las adversariales y de contradictorio que exige la Constitución Nacional. Desde esta pequeña rama, Cenicienta del derecho por ahora, nos atrevemos a señalar que habrán de llegar los cambios para una justicia penal republicana, propia de nuestro Estado de Derecho y que atienda a las necesidades de los ciudadanos.

Subrogaciones: ¿remedio o síntoma de enfermedad?

por **JUAN P. IRIARTE⁽¹⁾** y **NAHUEL PERLINGER⁽²⁾**

“No hay aventura como la del proceso que mejor demuestre que la libertad, especialmente la del juez, termina por ser valentía. He conocido, aun en los peores tiempos del fascismo, jueces para los cuales no ha existido nunca un Estado de coerción moral. Y, conozco, en cambio, incluso ahora, cuando las ocasiones de semejante estado han desaparecido, o debieran haber desaparecido, otros para quienes no ha existido nunca un Estado de verdadera libertad. Aquéllos no se plegaban, sin embargo, al ímpetu de la tormenta; éstos no se mantienen erectos ni al soplo de la brisa.”

Francesco Carnelutti

I | Introducción

Subrogar quiere decir *sustituir* o *poner a alguien en lugar de otra persona*. Desde siempre se demostró preocupación por mantener en orden y funcionando el servicio de justicia como uno de los pilares del orden social, lo cual implica —lógicamente— que, ante la ausencia de un juez por los motivos que fuere, alguien —otro juez o una persona capacitada a tal efecto— asuma la función.

A partir de un breve recorrido por los vaivenes institucionales y legislativos de nuestro país es posible identificar tres grandes momentos, en los que

.....
(1) Abogado, UBA. Funcionario del Poder Judicial de la Nación.

(2) Abogado, UBA. Funcionario del Poder Judicial de la Nación.

preponderó un determinado enfoque sobre la cuestión, los cuales suscitaron controversias particulares.

Desde los primeros días de vida política autónoma y hasta la institucionalización que llega a nuestros días, la primera reacción del poder político consistió en delegar en los respectivos poderes ejecutivos —confederación y provincias— la tarea de cubrir las vacantes que se produjeran en los órganos jurisdiccionales.

El siguiente período —más prolongado— fue inaugurado con la sanción de la Constitución Nacional de 1860 y las leyes que la reglamentaron. Durante esa etapa y con la sola excepción de las leyes dictadas durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1949, el centro de las decisiones descansó en los mismos órganos jurisdiccionales, quienes conservaron grandes facultades para reemplazar a los jueces en casos de ausencia. Los sucesivos cambios en la organización judicial y los intermitentes quiebres del orden democrático se proyectaron de forma refleja sobre el sistema de subrogaciones.

Ese diseño estuvo vigente por más de un siglo y sólo dio paso a uno nuevo con la estabilidad política, alcanzada a principios de la década de 1980. Se inauguró en ese momento una nueva etapa, cuya tendencia es la de sacar de la órbita del poder jurisdiccional las decisiones concernientes a la integración de los tribunales, observando y respetando la separación de roles y funciones que deben existir entre los diferentes actores del proceso penal.

Sin embargo, aún no se ha logrado cristalizar un sistema ágil que permita, por un lado, cubrir las vacantes con celeridad y, al mismo tiempo, garantice cierto estándar mínimo de independencia e imparcialidad a los suplentes. En los últimos años y en un escenario en el cual las designaciones definitivas insumen lapsos en exceso prolongados, las fuerzas que alguna vez administraron el sistema y nuevos actores institucionales parecen dar una sórdida lucha por el poder que representa la designación de jueces suplentes.

Para ello, en la siguiente sección presentaremos cómo fueron previstas las subrogaciones desde las primeras leyes hasta la actualidad; para luego centrarnos en la última de las discusiones importante acerca de la proble-

mática. Luego, en el punto IV y ya desde una perspectiva constitucional, analizaremos cuáles son los problemas que implica la designación temporaria de jueces —que, en algunos casos, no son tales en sentido estricto— para cubrir las vacantes. Antes de finalizar describiremos el actual sistema de subrogaciones. Por último, ofreceremos algunas reflexiones sobre los problemas involucrados.

II | Evolución del sistema de subrogaciones

1. Las previsiones legales en materia de subrogaciones son tan antiguas como las mismas instituciones judiciales patrióticas. El 23 de enero de 1812, el primer Triunvirato aprobó el “Reglamento de institución y administración de justicia del Gobierno Superior Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata”⁽³⁾. Entre los fundamentos que encabezaban dicho documento, se hizo constar que: “Tribunales numerosos, complicados, é instituidos para colocar y sostener en la mayor elevacion á los agentes del despotismo, y á las provincias en una gravosa dependencia, no son ya los que convienen a unos pueblos libres y virtuosos”. Y se declaró que “[n]o hay felicidad pública sin una buena y sencilla administracion de justicia, ni esta puede conciliarse sino por medio de magistrados sábios que merezcan la confianza de sus conciudadanos”.

Así, se ordenó suprimir la real audiencia y poner en funciones al primer tribunal de justicia independiente del Reino de España, que se denominó “cámara de apelaciones” y estaba integrado por cinco miembros, “tres de ellos letrados, y dos vecinos sin esta calidad, pero con las precisas de buen juicio, costumbres y opinión, y todos cinco empeñados en sostener la libertad de su patria”⁽⁴⁾. En el mismo acto se estableció que “[p]or ausencia ó enfermedad larga de qualquiera de dichos individuos suplirá el que el gobierno superior designe en caso de tener por necesaria la comisión”⁽⁵⁾.

(3) RAVIGNANI, EMILIO, *Pactos, Constituciones, Leyes, etc. en Asambleas Constituyentes Argentinas*, Bs. As., Peuser, 1937, Tomo Sexto —segunda parte—, p. 932 y ss.

(4) Arts. 12 y 13.

(5) Art. 19.

El 1° de septiembre de 1813, la Asamblea General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata (que sesionó entre ese año y 1815) aprobó el “Reglamento de Administración de Justicia”, donde se disponía que “[p]or ausencia ó enfermedad de los miembros de las Cámaras suplirá la persona que designase el Supremo Poder Ejecutivo, si estima necesaria la comisión”⁽⁶⁾. En ese sentido, el 27 de enero de 1819, la Comisión creada por el Soberano Congreso Nacional de los años 1818-1820, al considerar la solicitud de un Juez de Alzadas de la Provincia de Córdoba “sobre con quien debe acompañarse en los casos de recusación”, acordó que “en los casos de recusación por causa justificada sea enteramente separado de la causa, debiendo en seguida el Gobernador de la Provincia nombrar un Abogado que la continúe”⁽⁷⁾.

Luego de la Batalla de Caseros y durante la breve vigencia de la Constitución Nacional sancionada en 1853, el Poder Judicial de la Confederación estaba integrado por una “Suprema Corte de Justicia”, “Cortes de Distrito” (o “Cortes de Justicia Federal”) y “Juzgados Federales de Sección”⁽⁸⁾; y el sistema de subrogaciones se encontraba en manos de la jurisdicción —pero descentralizado— y sólo se acudía al poder político en casos de vacantes prolongadas. Cuando era necesario cubrir alguna en el máximo tribunal, se llamaba a los vocales de la corte de distrito con asiento en la Capital de la Confederación (que era Paraná) o, subsidiariamente y en orden de antigüedad, a los abogados de esa ciudad. Este último método era el previsto para las cortes de distrito, salvo en casos de impedimento de los tres vocales, que debía conocer el tribunal de distrito más cercano. Por recusación o excusación de un juez, las cortes de distrito designarían a otro para cubrirlo, lo mismo cuando la vacante fuera por enfermedad o ausencia justificada y no superare los tres meses; si excediera de ese tiempo, se debía dar aviso al Poder Ejecutivo para que cubra la vacante⁽⁹⁾. De manera que la alternativa de convocar a abogados de la matrícula para

(6) RAVIGNANI, EMILIO; op. cit., Tomo Primero (1813-1833), —art. 26— p. 70.

(7) RAVIGNANI, EMILIO; op. cit., Tomo Primero (1813-1833), p. 597.

(8) Ley 182 del 28/08/1858; arts. 1, 12, 19, 20, 21, 30 y 31. Debido a la extensión que hubiera tomado, se ha omitido transcribir los textos de las diversas normas citadas, indicándose sólo el número de los artículos; sin embargo, el lector puede acceder a ellos en los sitios web: infojus.gov.ar o glin.gov.

(9) *Ibidem*, arts. 42 a 45.

integrar tribunales —por períodos más o menos prolongados— estuvo legalmente prevista desde los inicios de la organización nacional.

2. Con la incorporación de Buenos Aires y la revisión del texto de la Constitución Nacional (1860) se eliminaron aquellos tribunales intermedios, lo cual repercutió directamente en las alternativas que se tenían para integrar los órganos jurisdiccionales⁽¹⁰⁾. De allí en más y durante un prolongado período, las cuestiones de subrogancias estuvieron, en última instancia, concentradas en manos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Frente a casos de vacantes en la Corte, debía acudir directamente a una lista abogados de la matrícula —que ella misma debía elaborar— y si bien para los juzgados de sección sólo existía la posibilidad de que el Poder Ejecutivo nombrara suplentes⁽¹¹⁾, poco tiempo después se precisó que los jueces seccionales recusados pasarían el expediente al juez más próximo⁽¹²⁾. Aunque tampoco ese método parece haber arrojado los resultados esperables, porque —una década más tarde— se impondría la suplencia de los jueces federales por abogados de la matrícula alistados por la Corte Suprema⁽¹³⁾.

De allí que entre los primeros actos de la nueva Corte Suprema de Justicia de la Nación se encuentren la elaboración de listas de conjuces para su conformación. Entre el 11 y el 16 de octubre 1863 la Corte dictó tres acordadas: en la primera, se aprobó el reglamento “para el orden interior” del tribunal; en la segunda, el reglamento para los juzgados de sección; y en la tercera, se estableció la lista de conjuces que eventualmente suplantarían a sus integrantes⁽¹⁴⁾. El primer día hábil del año siguiente —7 de enero de 1864—, la Corte se reunió nuevamente con el objeto de nombrar con-

(10) Ley 27, promulgada el 16/10/1862; arts. 6 y 13.

(11) *Ibidem*; arts. 8 y 16.

(12) Ley 50 —de “procedimiento ante los tribunales nacionales”—, del 14/09/1863; arts. 36 y 23, respectivamente. Para ser conjuce de la CSJN se exigían las condiciones legales necesarias para ser juez de sección (cfr. Fallos 146:340).

(13) Ley 935, dictada el 24/09/1878; arts. 1 y 2.

(14) Cfr. Fallos 1:7, 12 y 14.

jueces, siguiendo la manda de la Ley de Procedimientos⁽¹⁵⁾. Y así lo haría en lo sucesivo al inicio de cada año⁽¹⁶⁾, luego, la Corte también confeccionaría las listas de abogados para eventualmente integrar los juzgados de sección⁽¹⁷⁾.

La concentración de tareas en la Corte Suprema perduró, más allá de que se contara con tribunales intermedios⁽¹⁸⁾, y se mantuvo cuando se delineó la actual estructura de organización de la justicia federal y nacional⁽¹⁹⁾. Las nuevas "Cámaras Federales de Apelaciones", que revisarían las decisiones de los juzgados⁽²⁰⁾, no intervinieron en la cuestión y se integraban con las listas de conjuces confeccionadas por la Corte para su composición o la de los juzgados de sección del interior del país⁽²¹⁾. Incluso cuando —para Capital Federal y los territorios nacionales— se contó a los jueces de igual jerarquía como alternativas preferenciales y —para todos los órdenes— se incorporó, como jueces subrogantes, al agente fiscal y al defensor letrado de pobres, menores e incapaces, la confección de las listas de conjuces —última alternativa en todos los casos— siguió en manos de la Corte Suprema; eliminándose, por razones presupuestarias, la alternativa de los abogados para subrogar los juzgados⁽²²⁾.

.....

(15) Cfr. Fallos 1:15.

(16) Cfr. Fallos 2:4, 3:6, 6:5, 10:5, 17:6, 22:5 y 23:5, entre otros.

(17) Cfr. Ley 935 y Fallos 22:6, 23:6, entre otros.

(18) Ley 1.893, del 02/11/1886; que reorganizó la administración de justicia en la ciudad de Buenos Aires, no preveía ningún método de sustitución de los jueces de sección (que se dividían por materia), por lo que seguirían sujetos al régimen ya vigente. Pero el art. 98 mandaba que los integrantes de las cámaras de apelación serían subrogados por los miembros de otra o, en su defecto, por los jueces de primera instancia que no hubieran intervenido en la causa. Lo cual, a su vez, constituye una temprana previsión legal para evitar la parcialidad del juez por su ubicación institucional ("imparcialidad objetiva").

(19) Ley 4055, del 08/01/1902; art. 1.

(20) *Ibidem*; arts. 16, 17 y 19.

(21) *Ídem*, art. 21; que, para la cámara con asiento en la Capital Federal, remitía a la ley 50, art. 23; y, para las de La Plata, Córdoba y Paraná, al art. 2 de la ley 935.

(22) Ley 4162 del 29/12/1902; arts. 1 a 4.; cfr. el caso de Fallos 301:1078 donde se interpretan estos cambios. La ley 11.924 (B.O. 26/10/1934) modificó el procedimiento de subrogaciones de la justicia de paz, pero no de forma diferente al que regía en el sistema federal. A tal punto la integración de los órganos jurisdiccionales fue analizada, que los antecedentes de las argumentaciones utilizadas para convalidar el primer golpe de Estado de la historia

3. Con la sanción de la Constitución Nacional de 1949, se dictaron nuevas leyes de organización de justicia, que sacaron de las manos de la Corte Suprema la integración de los tribunales vacantes y reestablecieron, en gran medida, el sistema vigente durante los años de la Confederación Argentina (1853-1860), cuando se acudía de forma descentralizada a las cámaras para integrar el máximo tribunal federal⁽²³⁾. En esa misma línea, el “Reglamento para la Justicia Nacional” que dictó la nueva Corte Suprema luego del golpe de Estado de septiembre 1955, estipulaba que las cámaras se integrarían con los miembros de tribunales equivalentes, de esa u otra jurisdicción. Asimismo, se disponía que las listas de conjuces para integrar los juzgados nacionales del interior se hicieran con las nóminas que éstos enviaran; opción que, al parecer, sólo procedería cuando no pudieran sustituirse por los jueces de una misma jurisdicción y de la forma que cada cámara dispusiera⁽²⁴⁾.

4. El gobierno de facto producto del golpe de estado de 1955 restituyó del texto constitucional aprobado de 1853 —y sus reformas de 1860, 1866 y 1898—, y “decretó con fuerza de ley” la norma identificada al día de hoy como “Ley de la Justicia Nacional”, que adecuó las competencias al revivido texto constitucional⁽²⁵⁾. A partir de esta norma se comenzaron a diferenciar claramente los mecanismos de subrogaciones entre los tribunales de la Capital Federal y aquellos asentados en las provincias, los que resultaban equiparados al máximo tribunal; pero se restituyeron la Corte Supre-

.....

argentina, descansaban sobre un precedente referido a la estabilidad de los jueces. La Acordada de la Corte Suprema del 6 de septiembre de 1930 (Fallos 158:290) utilizó la doctrina de Constantineau en “*Public Officers and the Facto Doctrine*” para legitimar el gobierno de facto, sosteniendo la validez de actos de funcionarios “cualquiera que pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección, fundándose en razones de policía y de necesidad y con el fin de mantener protegido al público y a los individuos cuyos intereses puedan ser afectados, ya que no les sería posible a estos últimos realizar investigaciones ni discutir la legalidad de las designaciones de funcionarios que se hallan en aparente posesión de sus poderes y funciones”. Se apoyó en Fallos 148:303, que correspondían a un caso de un juez estadual cuya permanencia en el cargo se cuestionaba por el hecho de la intervención federal de la provincia y que la Corte convalidó.

(23) Ley 13.998, llamada “Ley orgánica de los tribunales nacionales” (B.O. 11/10/1950); art. 22.

(24) Acordada 12/52, del 17 de diciembre de 1952; arts. 106 y 107, 74 y 128, y 120 y 121, respectivamente.

(25) Decreto-ley 1285/1958, ratificado por el Congreso de la Nación mediante ley 14.467 (B.O. 29/09/1958).

ma y las cámaras federales del interior como actores activos del sistema de subrogaciones y se sumó a otros funcionarios —que entonces integraban el Poder Judicial pero actuaban como parte en el proceso penal— como alternativas para suplentes, esto es, fiscales y defensores oficiales⁽²⁶⁾.

Por un lado, la Corte sería integrada por el Procurador General de la Nación, por miembros de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso-Administrativo y, finalmente, por miembros de una lista de abogados confeccionada por ella misma⁽²⁷⁾. Posteriormente se eliminó la posibilidad de convocar jueces de esa cámara, al mismo tiempo que se mantuvo la alternativa del procurador⁽²⁸⁾.

De similar modo, las cámaras con asiento en las provincias, por el fiscal de la cámara, los jueces de su jurisdicción o, finalmente, por conjueces de una lista por ellas confeccionada⁽²⁹⁾. Por el otro, las cámaras de la Capital Federal se subrogarían entre sus miembros, entre los jueces de otras cámaras (según un orden) y, por último, por los jueces de primera instancia que dependieran de ella⁽³⁰⁾.

La situación en los juzgados con asiento en el interior del país fue alternando: primero se estableció el sistema de listas de abogados gestionadas por las respectivas cámaras⁽³¹⁾, luego el sistema era tal que serían suplantados por otros “de la misma ciudad” o, si sólo existiera uno, por el pro-
.....

(26) Producto de la enorme promiscuidad con la que funcionaba el Poder Judicial, donde las facultades en materia de superintendencia, también alcanzaba a fiscales y defensores oficiales, se advierte la gran confusión acerca de los roles que le compete a cada parte en el proceso, que se llegó a convocar a acusadores y defensores para suplir la labor de los jueces, con todos los problemas en materia de imparcialidad que ello implica. Esta grosera decisión legislativa recién fue enmendada con la reforma constitucional de 1994, que otorgó autonomía al Ministerio Público, y la ley 24.946 —de 1998— que reglamentó su funcionamiento.

(27) Ídem, art. 22.

(28) Ley 20.528 (B.O. 12/09/1973); art. 1. El art. 2 cambió el mes en que se debía formar la lista de abogados.

(29) Decreto-ley 1285/1958; art. 31, segunda parte.

(30) *Ibíd*em; art. 31, primera parte. El régimen militar que produjo el golpe de estado del 24 de marzo de 1976 mantuvo un sistema similar; art. 13 de la ley 21.628 (21/08/1977), modificatorio del decreto-ley 1285/58. Por medio del acto n° 22.199 (24/03/1980), la administración militar estableció un procedimiento específico para la Cámara Nacional Electoral.

(31) Ley 17.928 (B.O. 31/10/1968); art. 28.

curador fiscal, el defensor de pobres ausentes e incapaces y, finalmente, por el juez más próximo dentro de la jurisdicción, el procurador fiscal y el defensor de pobres ausentes e incapaces, excluyendo así a los abogados de la matrícula⁽³²⁾. Más tarde se invertiría el orden entre defensores y fiscales y se reinstauraría la alternativa de acudir a los abogados (elegidos por la cámara respectiva) antes de convocar jueces de otras jurisdicciones en orden de cercanía y turno⁽³³⁾. También se previó la convocatoria de jueces jubilados para los casos de suspensión, licencia o vacancia, aunque sin mayores precisiones⁽³⁴⁾.

5. Recién con posterioridad a 1983, reestablecimiento de la democracia mediante, se eliminó la tradición legislativa que dejaba sólo en manos de los órganos jurisdiccionales la integración provisoria de los tribunales vacantes, confiriendo esa tarea a otros con mayor legitimidad democrática. De esa manera, se pondría fin a un largo período durante el cual los jueces tuvieron a su cargo la elección de quienes, en última instancia, los suplantaban en caso de ausencias.

Una nueva ley —que rige hasta el día de hoy— fijó cómo se debe integrar el supremo tribunal: presidentes de las cámaras con asiento en la ciudad de Buenos Aires y, luego, de las apostadas en las provincias o, en su defecto, por una lista conjueces elaborada por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Senado⁽³⁵⁾.

.....

(32) Ley 19.984 (B.O. 06/12/1972); art. 1.

(33) Ley 20.581 (B.O. 02/01/1974); arts. 1, 2, 3 y 4; cfr. el caso de Fallos 301:1078 (22/11/1979), donde se concluyó afirmando "que dentro del régimen para la Justicia Federal de las provincias siempre existió hasta ahora la institución del abogado de la matrícula suplente del magistrado" (el destacado nos pertenece). Resulta de interés poner de resalto que los juzgados del interior manifestaban su preferencia por un régimen que permitiera el reemplazo por conjueces (cfr. Fallos 288:25 y 27; informe del Ministro Ernesto A. Corvalan Nanclares en cumplimiento de la Ac. 78/73).

(34) Ley 18.464 (B.O. 19/10/1983); art. 13, que la Corte, tiempo después, instrumentaría dando intervención al PEN y al Congreso de la Nación (Fallos 313:409 del 03/04/1990), lo cual al parecer no dio ningún resultado pues la Corte, tiempo después, reglamentó esta previsión por vía de superintendencia (cfr. Ac. 23/1993 y 77/1993).

(35) Ley 23.498 (B.O. 23/06/1987); art. 1, que modificó el art. 22 del decreto-ley 1285/58. Aplicaciones de esta regla se registran en Fallos 311:641, 325:3313; 326:4372; 326:4616, entre muchos otros.

Se realizaron cambios respecto de las cámaras con asiento en las provincias, que se integrarían con sus otros miembros, por los jueces de la sección o por conjueces designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado; lo cual significó excluir como posibilidad al fiscal de cámara⁽³⁶⁾. Posteriormente, se distinguió entre éstas y las apostadas en la Capital Federal, para las cuales se agregó la posibilidad de convocar a miembros de otras cámaras nacionales y federales de esa ciudad, vedando la convocatoria a abogados de la matrícula; lo que se siguió permitiendo para las primeras⁽³⁷⁾.

Desde otro punto de vista, se estableció que los funcionarios jubilados mantenían el “estado judicial” y podían ser llamados a ocupar el cargo que desempeñaron u otro de igual jerarquía, estableciendo —ahora sí— un procedimiento para su convocatoria⁽³⁸⁾.

6. Específicamente en materia penal, con la sanción en 1991 del actual Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984, que entró en vigencia en el año siguiente) fue necesario reorganizar el esquema de administración de justicia y, nuevamente, se confirió gran protagonismo a la Corte Suprema⁽³⁹⁾. Si bien no se introdujeron cambios sustanciales en las normas sobre subrogaciones, la oralidad introducida en la etapa de juicio tendría repercusión directa en esta cuestión.

La nueva reglamentación del proceso hizo necesario contar con la presencia de los mismos tres jueces durante el desarrollo de todo el debate,

.....

(36) *Ibídem*; art. 2, que introdujo un nuevo art. 31, párr. 4º, al decreto-ley 1285/1958. El art. 3, sin embargo, preveía que, hasta tanto no hubieren sido designados por lo menos dos tercios de los conjueces, seguirían vigentes los antiguos arts. 22 y 31 del decreto-ley 1285/1958. Meses antes ese art. 31 había sido modificado por ley 23.473 (B.O. 25/03/1987), art. 3.

(37) Ley 23.637 (B.O. 02/12/1988); art. 10, que estableció un nuevo art. 31, decreto-ley 1285/1958.

(38) Ley 24.018 (B.O. 18/12/1991); arts. 16 y 17, que encomendó a “las Cámaras Nacionales de Apelaciones” formar las listas para cubrir las vacantes por sorteo.

(39) Ley 24.050 (B.O. 07/01/1992); art. 51, que modificó el 31 del decreto-ley 1285/1958. Y ley 24.121 (B.O. 02/09/1992); que, en lo que aquí interesa delegó en la CSJN la elección de qué órganos del fuero penal económico se reconvertirían en tribunales orales y, además, la facultad de advertir la necesidad de sumar nuevos tribunales orales a los creados (cfr. art. 64). También se le asignó la “responsabilidad” de informar al PEN la necesidad de más órganos jurisdiccionales federales en el interior del país y su eventual lugar de funcionamiento, (cfr. art. 27, últ. párr.).

quienes, dadas las características de este momento procesal —núcleo de la reforma— no deben ausentarse por más de diez días a riesgo de anularse el juicio, pues, en orden a tomar una decisión sobre el fondo del caso, deben percibir directamente la producción todos los actos procesales. El debate, se afirma, es oral, público, contradictorio y continuo⁽⁴⁰⁾.

Sólo muchos años más tarde, con la sanción de la “Ley de Organización del Ministerio Público” se eliminó la alternativa preferencial de integrar tribunales con sus miembros⁽⁴¹⁾, lo cual puso fin a uno de los mayores errores legislativos en materia de subrogaciones⁽⁴²⁾.

III | El fallo “Rosza” de la Corte, el Consejo y los “(no) jueces” subrogantes

1. La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 introdujo otras modificaciones sustanciales en la estructura de la administración de justicia federal. Gran parte de ellas surgieron con la creación del Consejo de la Magistratura de la Nación, un órgano integrado por representantes de la sociedad civil y de los poderes del Estado⁽⁴³⁾. Entre sus facultades constitucionales se encuentran las de seleccionar los postulantes a las magistraturas, así como sancionar y remover los jueces “inferiores”, y —de forma relevante para cuanto aquí interesa— “dictar los reglamentos rela-
.....

(40) Tiempo después, ante el riesgo de que juicios prolongados pudieran fracasar —por la ausencia imprevista de uno de los miembros del tribunal por más de los diez días que autoriza la ley— se agregó la previsión hoy vigente de contar con un cuarto juez (sustituto) para los debates orales que se infiera que se extenderán por más diez días; lo cual ha repercutido directamente en una mayor cantidad de vacantes a cubrir —ley 25.770 (B.O. 16/09/2003); arts. 1 y 2, que modificaron los arts. 359 y 365, CPPN. La ley mandaba a la Corte confeccionar una lista de jueces a la que acudirían los tribunales orales cuando requirieran un “juez sustituto” para llevar a cabo un debate prolongado; sin embargo, esa tarea fue delegada en la actual Cámara Federal de Casación Penal (Ac. 20/2006).

(41) Ley 24.946 (B.O. 23/03/1998); art. 76, que —respecto de los fiscales— derogó el art. 31, 4° párr., inc. a), del decreto-ley 1285/58, y —respecto de los defensores públicos— el art. 3, incs. a) y b) de la ley 20.581. A pesar de que la necesaria separación de funciones entre los órganos del proceso ya se había advertido durante la discusión parlamentaria que antecedió a la sanción del actual CPPN (cfr. debate en la Cámara de Diputados del 30/07/1991, pág. 1656).

(42) Cfr. nota 24.

(43) CN, arts. 114 y 115, reglamentados años más tarde mediante ley 24.937 (B.O. 06/01/1998).

cionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”⁽⁴⁴⁾.

Cuando años más tarde el Congreso de la Nación incluyó entre sus facultades la de reglamentar el sistema de subrogaciones⁽⁴⁵⁾, el Consejo de la Magistratura elaboró un detallado reglamento de subrogaciones de los tribunales inferiores de la Nación, según el lapso que previsiblemente duraría la vacante (menos o más de 60 días), el asiento del tribunal, la jerarquía y, en el caso de aquellos situados en Buenos Aires, la materia.

Para suplencias transitorias de los juzgados⁽⁴⁶⁾, cámaras y tribunales orales federales con asiento en las provincias⁽⁴⁷⁾ y nacionales de la Capital Federal⁽⁴⁸⁾, se contempló un sistema similar. Se acudía, por sorteo, a los jueces de la ciudad o la instancia y, luego, a los más próximos o a los de la instancia inferior. Como primera alternativa fuera de los magistrados en funciones, a los jubilados que hubieran sido designados con acuerdo del Senado y con preferencia por aquellos que hayan ocupado el cargo vacante. Después se convocaba a un abogado de una lista y, finalmente, a los secretarios de la instancia o de la superior. Con relación a los tribunales federales de la Capital Federal, las opciones eran análogas, aunque con mayores precisiones y particularidades según la materia o jerarquía del tribunal⁽⁴⁹⁾. Se indicaban magistrados de ciertos órganos como opciones

.....

(44) CN, art. 114, incs. 1, 4, 5 y 6.

(45) Ley 25.876 (B.O. 22/10/2004); art. 1, que agregaba la facultad de “[d]ictar los reglamentos que establezcan el procedimiento y los requisitos para la designación de jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión de su titular y transitorios en los casos de vacancia para los tribunales inferiores. [...] Estas designaciones no podrán ser invocadas ni tenidas en cuenta como antecedente para los concursos públicos que convoque el Consejo de la Magistratura”.

(46) Res. 76/2004 (B.O. 25/03/2004); art. 2, modificado por Res. 232/2004 (B.O. 29/06/2004), art. 1.

(47) *Ibíd*em; art. 4 (texto Res. 134/2005, B.O. 19/04/2005); y art. 5, que impedía los jueces de las cámaras integrar tribunales orales.

(48) *Ídem*; art. 6, igual procedimiento que el de los tribunales federales de las provincias, pero referido a jueces nacionales.

(49) *Ídem*; art. 7.

preferenciales y los jueces de la instancia jubilados tenían preeminencia sobre los de la instancia anterior que estuvieran en actividad.

Más tarde también se aprobaría, por primera vez, un “Régimen Disciplinario y de Remoción de Jueces Subrogantes”⁽⁵⁰⁾.

Las particularidades de este régimen es que volvía a poner a cargo de las cámaras “proceder de inmediato” a “designar” a los subrogantes “por auto fundado” y de conformidad con esos criterios, lo cual significaba volver a delegar el proceso en los mismos órganos jurisdiccionales. Respecto de las listas de abogados conjueces, se ordenaba consultar previamente a las instituciones de colegiatura, introduciendo un nuevo actor —hasta ahora ausente— en esa particular tarea. Quizás una de las decisiones más significativa del Consejo fue la inclusión de los jubilados como alternativa preferente para cubrir las vacantes, lo cual daba cuenta de la necesidad de contar con jueces subrogantes con cierto grado de legitimidad. En lo demás, se repetían métodos ya utilizados por normas anteriores.

Sin embargo, no se previó igual método frente a excusaciones y recusaciones, que serían cumplidas por los jueces pares o, en su defecto, “sólo” por abogados conjueces, quienes duraban “hasta agotar su cometido” y cuya designación era “exclusiva” de las Cámaras⁽⁵¹⁾. No se advierten las razones por las cuales se decidió eliminar en estos casos, por ejemplo y de forma relevante, la alternativa de convocar a jueces jubilados, ya que la tarea se presenta incluso como más sencilla y no descuida las cuestiones de legitimidad. La modificación pierde más sentido cuando, para los casos en que se previeran subrogaciones prolongadas,

(50) Res. 122/2005. Hasta donde hemos podido investigar, no existe ninguna resolución, acordada o ley que haya derogado este régimen especial de disciplina y remoción de los jueces subrogantes. Sin embargo, cuando se decidió su aprobación se consideró “[q]ue se encuentra en vigencia el Reglamento de Subrogaciones, aprobado por resolución 76/04 de este Consejo de la Magistratura” (cons. 1º). Con la tacha de inconstitucionalidad de ésta última por parte de la Corte —que en seguida comentaremos— cabría suponer que también ha perdido vigencia. Sobre si los Estados deben ofrecer a los jueces provisorios un procedimiento de remoción igual o similar al ofrecido a los jueces titulares se ha pronunciado la Corte IDH en el caso “Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela”, sentencia del 5 de agosto de 2008, §§ 42 y ss.

(51) Ídem; art. 9. La Res. 292/2004 (B.O. 31/8/2004) incorporó, frente a faltas graves por parte de abogados conjueces, un régimen de separación preventiva del cargo y las listas.

las opciones de jueces de la instancia en actividad o ya jubilados seguía siendo la preferente⁽⁵²⁾.

En este último caso, el más corriente y sensible en el sistema de subrogaciones, contrariamente a las reglas recién reseñadas, la nueva normativa vedaba a las cámaras cualquier integración que no fuera por jueces en actividad o jubilados. Si esas opciones no estaban disponibles, entonces se debía elevar una terna al Consejo de la Magistratura para que designara el suplente conforme a sus antecedentes⁽⁵³⁾ o, en los casos de juzgados federales con asiento en provincias distintas de aquella en que estuviera la Cámara de la jurisdicción, según una serie de criterios prefijados⁽⁵⁴⁾. Lo cual suponía trasladar la responsabilidad de conformar los tribunales de forma transitoria al mismo Consejo de la Magistratura.

2. No obstante ello, fue la inclusión de los *secretarios* como una de las alternativas —no preferente, por cierto— para integrar las vacantes producidas lo que generó mayor polémica, y la que terminaría por derribar la nueva reglamentación. Esta opción implica acudir a un conjunto de funcionarios, formados específicamente en las tareas jurisdiccionales que, en la mayoría de los casos, tienen expectativas concretas de acceder a la magistratura luego de una prolongada carrera judicial.

Su desempeño como funcionario público, para el que se requiere el título de abogado, los excluye del ejercicio de la profesión a pesar de contar con la posibilidad de matricularse en los respectivos colegios o asociaciones encargados del registro⁽⁵⁵⁾. Por ende, tradicionalmente no han integrado las listas de conjueces confeccionadas con “abogados de la matrícula”.

A pesar de ello y dado el particular sistema de organización de justicia, fuertemente anclado en el expediente escrito y orbitado alrededor de unidades administrativas, estos funcionarios —sobre todo en los juzgados,
.....

(52) Ídem; art. 10.

(53) La terna era evaluada por la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación que, además, podía solicitar formar una nueva si la primera no le resultaba satisfactoria.

(54) Res. 76/2004, art. 11 (modificado por Res. 232/2004, B.O. 26/06/2004); los criterios eran los mismos que para las vacancias transitorias de los juzgados.

(55) La incompatibilidad alcanza a todos los abogados que trabajan, incluso, como empleados del Poder Judicial. Cfr. art. 3 a) 3. de la ley 23.187, sin perjuicio de las excepciones del art. 4.

por la práctica de delegación de funciones imperante— llevan adelante gran parte de la labor jurisdiccional⁽⁵⁶⁾. Sin perjuicio de las observaciones que caben a ese modo de administrar justicia, la inclusión de los secretarios se presentaba así como una alternativa que permitía aprovechar recursos humanos de la carrera judicial que, por su posición en el escalafón, se presumen con la formación técnica de la especialidad.

3. Pero fue justamente por esta cuestión y a pesar de que era deseable que el mismo órgano que interviene en la selección de los magistrados —a cuyo cargo la Constitución Nacional puso el dictado de las reglas de organización judicial y las necesarias para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia— fuera el encargado de cubrir temporalmente las vacantes, que el régimen legal comenzó a ser cuestionado por los miembros del Poder Judicial. Se inició una ríspida discusión —al punto que se declaró inconstitucional toda esta arquitectura legal— que acabaría con nuevas leyes sobre la materia.

En uno de esos fallos —que constituiría la base sobre la cual se pronunciaría la Corte— se entendió, en concreto, que no existían diferencias entre la designación definitiva de un juez y aquella que sólo importa un nombramiento para cubrir una vacante transitoria, y que, por ende, las designaciones para subrogancias debían reunir los mismos requisitos que los nombramientos de magistrados definitivos⁽⁵⁷⁾.

El caso se trataba de una vacante prolongada de un juzgado nacional en lo penal que había sido cubierta por un secretario de cámara⁽⁵⁸⁾. La argumentación del tribunal se asentó en las siguientes proposiciones: (i) La Constitución Nacional habilita a designar jueces solamente al Poder Ejecutivo previo acuerdo del Senado y, en los casos de jueces inferiores, eligiéndolos

(56) Incluso la Corte, en causas en las ejerce su competencia originaria, ha designado "instructores" a funcionarios propios (cfr. expte. A. 626. XLV, "Antonini de Ponce", rta. el 09/02/2010). Sobre este punto, en detalle, cfr. GARCÍA, LUIS M. "La competencia originaria de la Corte Suprema en los casos penales ¿Privilegio o disminución de garantías?" en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 9, año 2006, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 1702, esp. pto. III.

(57) Cfr. TOC 9, c. 2112, "Rosza, Carlos Alberto y otro", rta. el 24/02/2005. Otros fallos son citados por LEVENE (n), RICARDO y STIEP, SILVIA A. "Jueces subrogantes: ¿Solución o inconveniente?", *La Ley*, Boletín Informativo, n° 21, T. LXVII-D.

(58) Supuesto de la Res. 46/2006, art. 10.

entre una terna conformada por el Consejo de la Magistratura (arts. 99, inc. 4); (ii) no hay ninguna regla constitucional que habilite al Congreso de la Nación a nombrar jueces, sino sólo a crear tribunales y distribuir sus tareas (art. 70, inc. 20); (iii) el art. 114, inc. 6º, CN, no puede ser entendido como una facultad del Consejo de la Magistratura (órgano que se define como perteneciente al Poder Judicial de la Nación) de nombrar jueces por su sola autoridad; (iv) la ley 25.876 (inc. 15 de la 24.937) no derogó el art. 31 del Decreto-ley 1285/1958, que reglamenta las subrogancias; (v) al “establecer los procedimientos y requisitos para ser elegible como juez subrogante o transitorio, el Consejo de la Magistratura se ha arrogado la facultad de designación misma de uno de entre los elegibles”; (vi) el Consejo de la Magistratura sólo puede reglamentar “la asignación de un juzgado o plaza en un tribunal o cámara a una persona que ya posee la investidura de juez de la Nación [pero] cuando se trata de la designación de una persona —abogado de la matrícula o secretario judicial— que por definición no posee investidura judicial, se trata de un verdadero nombramiento que excede la mera reglamentación de los “procedimientos y requisitos” para la designación de los jueces subrogantes y transitorios”; (vii) aún si así no fuera, en tanto el Congreso no tiene facultad para designar jueces, no puede reglamentar las subrogancias de personas que no lo sean, pues no puede delegar lo que no posee; (viii) que el Congreso haya regulado la suplencia de jueces con personas no investidas de la magistratura (abogados conjuces en el interior del país) sólo constituye una violación de hecho de la Constitución Nacional que no se puede invocar como argumento jurídico válido; (ix) la designación de un juez por fuera de las reglas constitucionales violenta los arts. art. 7º, inc. 6; 8, inc. 1, y 25, CADH; 14, inc. 1, PIDCP; 10, DUDH; y XXVI, DADDH; porque “no se encuentra revestido de suficientes garantías de independencia en la medida en que no está protegido por un estatuto que asegure su inamovilidad por el término por el que ha sido designado [...] y sobre todo porque no tiene un estatuto que defina las causas, condiciones y procedimientos bajo los cuales sería posible su remoción antes de expirado ese término, o que establezca inmunidades frente a otros actos del Poder Judicial, o de otros poderes”⁽⁵⁹⁾.

(59) Un comentario a este fallo se puede consultar en GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “La eterna emergencia que nos corroe y la fuerza normativa de la Constitución que nos configura notas sobre los jueces subrogantes”, *La Ley, Supl. Penal*, Abril de 2005.

Esta solución, que implicaba que sólo los magistrados nombrados de acuerdo al procedimiento constitucional puedan cubrir vacantes de forma transitoria, elimina de forma absoluta algunas de las más antiguas alternativas que concibió el legislador nacional para cubrir vacantes en un sistema de justicia organizado alrededor de sujetos-órganos, muchas veces muy distanciados geográficamente unos de otros.

De modo contrario a como se había manifestado tiempos antes⁽⁶⁰⁾, la Corte Suprema inmediatamente hizo pública su posición a favor de la mencionada reglamentación, aunque instó al Consejo y al Poder Ejecutivo a cubrir de forma definitiva las vacantes existentes⁽⁶¹⁾. No obstante ello, la previsión legal que facultaba al Consejo de la Magistratura de la Nación a regular las subrogaciones fue eliminada por el legislador federal, en oportunidad de una reforma sustancial a la ley que reglamenta el Consejo de la Magistratura⁽⁶²⁾. Poco tiempo después, la Corte Suprema de Justicia de la Nación –ahora en ejercicio de su función jurisdiccional– entendió, por estricta mayoría y en desacuerdo con el Procurador General de la Nación⁽⁶³⁾, que la nueva ley

.....

(60) En la Res. 2374/2004 la Corte había rechazado pronunciarse por vía administrativa sobre el tema; con la solitaria disidencia del juez Boggiano, quien postulaba la inconstitucionalidad del reglamento del Consejo de la Magistratura.

(61) Cfr. Acordada 7/2005, fechada el mismo día que el fallo “Rosza”, recién citado. Acto definido por la misma Corte como “una respuesta coyuntural y de carácter meramente provisional, que no encontró otro soporte que la finalidad de evitar el caos institucional que podía provocar la multiplicación indiscriminada de decretos de nulidad de actuaciones cumplidas por jueces subrogantes” (Fallos 330:2361, cons. 7). Frente a esto, el Procurador General de la Nación dictó la Instrucción General 9/2005, por medio de la cual instaba a los representantes del Ministerio Público Fiscal a impugnar las declaraciones de inconstitucionalidad del régimen de subrogancias.

(62) Al enumerar las atribuciones del plenario, la nueva ley 26.080 (B.O. 22/02/2006) no incluyó ese punto; cfr. art. 7. No obstante ello, el Consejo decidió que seguiría aplicando su reglamento hasta tanto se contara con una nueva ley (res. 4/2006 del 28/02/2006), situación que persistiría solo hasta la decisión de la Corte en “Rosza”.

(63) El PGN examinó las cuestiones federales y garantías constitucionales involucradas, únicos puntos sobre los que se podía pronunciar la Corte. Diferenció entre designaciones definitivas y transitorias, alegando que el procedimiento de designación “no obsta a que el Congreso decida detallar (...) las facultades de que el CM puede disponer a fin de atender una situación de necesidad, cual es la de cubrir, provisoriamente, los cargos de tribunales que por cualquier motivo se encuentren sin un titular a cargo, a fin de asegurar el buen orden de las instituciones y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable”. Descartó una afectación a la imparcialidad, pues cuando “una persona se sienta afectada porque entienda que un magistrado en particular carece de independencia e imparcialidad en la toma de decisiones, tiene la facultad de recusarlo con causa”. Definió y excluyó un compromiso de la garantía del juez natural de la causa, “pues ella está dirigida a impedir la creación de fueros

había quitado todo sustento legal al Reglamento de Subrogaciones y que se habían desconocidos los principios constitucionales involucrados⁽⁶⁴⁾.

Concretamente, el voto de la mayoría consideró que el procedimiento constitucional de designación de magistrados supone la participación del Consejo de la Magistratura, del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación. Ese sistema, aclaró, “no excluye la implementación de un régimen de jueces subrogantes para actuar en el supuesto de que se produzca una vacante –y hasta tanto ésta sea cubierta por el sistema constitucional antes descrito– a los efectos de no afectar el derecho de las personas a contar con un tribunal que atienda en tiempo oportuno sus reclamos”, pero también requiere la intervención de los tres órganos mencionados.

Agregó que la garantía de independencia, la cual “se vería gravemente afectada si el sistema de designaciones de subrogantes *no ponderara la necesidad y grado* de participación de los tres órganos de poder referidos *en relación con los fines que se persiguen con la implementación de dicho sistema*”. Para concluir que, “en cuanto autoriza un método de nombramiento circunscripto a la intervención exclusiva de organismos que operan en el ámbito del Poder Judicial (tribunales orales, cámaras nacionales de apelaciones o cámaras federales y, para algunos supuestos,

personales” y esa situación no se presentaba en el caso. Recordó que “la CSJN ha dicho que la garantía del juez natural ‘no resulta afectada por la intervención de nuevos jueces en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de justicia o en la distribución de la competencia. Pues [el art. 18 de la Constitución Nacional] sólo tiende a impedir la sustracción arbitraria de una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola [y que] las garantías del juez natural, del debido proceso y de la defensa en juicio exigen tanto que el tribunal, como órgano-institución se halle establecido por ley anterior al hecho de la causa, cuanto que haya jueces que, como órganos-individuo, hagan viable la actuación de aquél en las causas en las que legalmente se les requiera y les corresponda’”. Concluyó diciendo que la garantía se había respetado en el caso, “pues sólo ha cambiado el individuo que ejerce el cargo (el órgano-persona)” y que la Corte había consolidado la existencia de jueces temporales por vía reglamentaria y jurisdiccional.

(64) Fallos 330:2361, “Rosza, Carlos Alberto s/recurso de casación”, del 23/05/2007. En idéntico sentido cfr. Fallos 330:2414. Bajo un posterior régimen legal, la primera de las discusiones reviste interés histórico, sólo frente a la decisión de levantar un nuevo andamiaje legal cabría detenerse en sus detalles (como por ejemplo, en cómo la nueva ley invalidaba un reglamento dictado por el Consejo de la Magistratura de la Nación bajo el imperio de la anteriormente vigente). Cabe aquí detenerse en los argumentos estrictamente constitucionales. Una somera descripción del fallo se puede consultar en EDWARDS, CARLOS ENRIQUE “La inconstitucionalidad de la designación de los jueces subrogantes en el proceso penal”, La LL, 2007-C, p. 580.

Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura”, el Régimen de Subrogaciones aprobado por el Consejo de la Magistratura resultaba inconstitucional⁽⁶⁵⁾.

La posición de compromiso que supuso este pronunciamiento⁽⁶⁶⁾, que admitía la necesidad de las subrogaciones pero reclamaba que fueran cubiertas según el texto estricto de la Constitución Nacional, implicaba *ipso facto* un desmoronamiento del sistema imperante; hasta tal punto que se consideró la necesidad de limitar sus efectos en el tiempo⁽⁶⁷⁾. Más aun, poco tiempo después, la Corte terminó elaborando un sistema en el que no se daba intervención a ninguno de los órganos constitucionales en cuestión, y muy similar al del Consejo de la Magistratura, lo que implicó aceptar aquello que se había invalidado tiempo antes⁽⁶⁸⁾.

(65) Resaltados en el original. El fallo presenta otras afirmaciones algo más generales, por ejemplo “que la implementación de un régimen de subrogaciones para asegurar una correcta administración de justicia pero que a la vez, por su naturaleza, importe un remedio excepcional de política judicial, debe instrumentarse de manera tal que resguarde los principios y garantías propias de la misión de juzgar, si bien adaptados a las características peculiares de tal sistema, sin menoscabo de la indispensable celeridad que debe presidir su ejecución” y que las “designaciones que tuvieron lugar bajo el régimen impugnado [llegaban] a aproximadamente al 20% de la judicatura”, extremo que “pone de manifiesto que el carácter extraordinario del sistema de reemplazos se ha visto claramente desvirtuado, convirtiéndose en regla la excepción, lo cual conlleva una clara afectación del desarrollo regular de la administración de justicia”. Los precedentes citados en apoyo de estas consideraciones también son de dudosa aplicación al caso que se decidía. De forma relevante, el de Fallos 306:72 (14/02/1984) se trataba de un juez nombrado por un gobierno democrático de conformidad con el procedimiento constitucional que se consideraba ilegalmente privado del cargo por un régimen dictatorial: allí la Corte se limitó a examinar si el Estado Nacional, ya en democracia, había ratificado o rectificado ese acto de la dictadura.

(66) El voto concurrente fue más terminante, declarando que la reforma constitucional del año 1994 no modificó el “modo de designación” de los jueces y que el Consejo de la Magistratura carece de facultades para nombrarlos, siquiera de forma temporaria. La minoría, por su lado, convalidó el reglamento del CM.

(67) Las designaciones hechas por el régimen impugnado mantendrían su validez “hasta que cesen las razones que originaron su nombramiento o hasta que sean reemplazados o ratificados mediante un procedimiento constitucionalmente válido [pero no] podrán continuar en funciones más allá del término de un año” (cons. 20 y sgts.). Una crítica contundente a este punto de la decisión puede consultarse en MAXIT, MARGARITA “El fallo ‘Rosza’. Doctrina «de facto» y jueces subrogantes: discursos convergentes de deconstitucionalización” en PIT-LEVNIK, LEONARDO G. (dir.) “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” n° 3, Bs. As., Hammurabi, 2007, p. 275 (cfr. esp. pp. 295/301).

(68) Acordada 16/2007, que avanzó con recomendaciones sobre cómo integrar los tribunales. Ac. 22/2007, que incluyó la posibilidad de convocar a abogados como conjuces; parte de los disidentes en “Rosza” aclararon que ya habían sostenido su validez constitucional

Además de la inconsistencia lógica que se generaría en el sistema delineado por la Constitución Nacional para la administración de justicia, denunciada por la minoría y no considerado por la mayoría⁽⁶⁹⁾, existen otras razones por las cuales la decisión adoptada en “Rosza” debe ser tomada con precaución; o, al menos, resultaba necesaria una mayor fundamentación a la luz de los antecedentes históricos.

En primer lugar, como fue mencionado antes, desde los inicios de su actividad la misma Corte –de conformidad con la ley vigente y por vía de superintendencia– ha conformado listas de conjuces sin la intervención de los poderes que, constitucionalmente, pueden designar jueces.⁽⁷⁰⁾ En forma paralela, por vía jurisdiccional ha convalidado la actuación de abogados conjuces en un sinnúmero de ocasiones⁽⁷¹⁾. De forma relevante,

.....
“a pesar no de haber intervenido en dicho procedimiento el titular del Poder Ejecutivo de la Nación ni el Senado de la Nación”, en clara alusión a la contradicción con ese fallo. Ac. 24/2007, que sumó a los secretarios como alternativa, equiparándolos a los abogados de la matrícula. Finalmente, Ac. 10/2008, que terminaría por “[p]rorrogar las designaciones de todos los jueces subrogantes hasta que (...) se produzca la entrada en vigencia del nuevo régimen de subrogaciones sancionado por el Congreso de la Nación”.

(69) Los argumentos de la minoría: es cierto que la CN no prevé ningún mecanismo para cubrir los asientos vacantes del Poder Judicial durante el procedimiento de designación de los jueces definitivos, pero falso que ello implique la prohibición de cualquier otro procedimiento de designación, incluso para los transitorios, pues ello desconocería que “el cometido constitucional que han venido a llenar históricamente los jueces suplentes no es el de integrar el Poder Judicial sino el de evitar la denegación de justicia asociada a la paralización de los tribunales vacantes”. Desde esta óptica, no es razonable establecer un complejo mecanismo no sujeto a plazos y, al mismo tiempo, prohibir toda acción tendiente a impedir la paralización del servicio de administración de justicia: “la recta interpretación de la Constitución Nacional debe incorporar, junto a las disposiciones que se refieren a la designación de jueces, el derecho que las personas tienen a contar con un tribunal que examine en tiempo oportuno sus peticiones”. Por lo tanto, “el sistema de subrogancias resulta un complemento indispensable del procedimiento constitucional para la designación definitiva de jueces, no obstante lo cual el uso abusivo de este instrumento auxiliar, sostenido en el tiempo conduce lisa y llanamente a la consolidación definitiva de un sistema distinto al previsto en la Constitución”. En síntesis, el de subrogancias es “un sistema accesorio que viene a complementar, más no a reemplazar, al procedimiento constitucional de designación de jueces”. En contra de esta posición, así como del aplazamiento de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, cfr. PIZZOLO, CALOGERO “Jueces subrogantes: cuando la anomalía es norma”, L.L. 2007-C, p. 584.

(70) Además de los citados en notas 12, 13 y 14, cfr. Fallos 148:5; 177:5; 180:5; 183:11; 186:7; 189:10; 192:5; 195:9; 198:5; 292:182; 295:245; 298:263; 302:21; 303:27; 304:39; 305:35; 305:36; 306:19; 306:40, entre otros.

(71) Ampliación de la lista de conjuces de otros tribunales cuando la existente resulta insuficiente (211:855 y 289:153); exclusión abogados de las listas de conjuces (256:403); posibili-

por vía jurisdiccional ha considerado que la ausencia de métodos legales para lograr la integración no era óbice para ello, dada la necesidad de garantizar los derechos de las partes⁽⁷²⁾.

Tampoco se precisó el carácter de la necesaria intervención de los tres órganos constitucionales en cuestión, habida cuenta de que el reglamento dictado por el Consejo de la Magistratura lo había sido en virtud de una ley no vetada por el Poder Ejecutivo.

También se ha señalado que la Corte —más allá de los términos en que venía planteada la discusión— no consideró todas las cuestiones constitucionales involucradas. Por ejemplo, la validez de los jueces subrogantes frente al artículo 36 de la Constitución Nacional, agregado en la reforma de 1994. Esa manda impide la convalidación de actos realizados por quienes ejerzan funciones constitucionales de una manera ilegítima como, se argumenta, sería el caso de los jueces que desempeñan el cargo sin haber transitado el procedimiento de la Constitución Nacional⁽⁷³⁾.

IV | Juez natural e independencia judicial

1. Pues bien, en el fallo “Rosza” la Corte descalificó la actuación de jueces subrogantes, designados de acuerdo a los lineamientos de la resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura, con fundamento en que dicho

.....
 dad de que la sustitución de los magistrados opere de manera automática (259:307); limitación de la lista de conjuces a los profesionales “más idóneos para su eventual desempeño” (267:171); acerca de “la institución del abogado de la matrícula suplente del magistrado” (301:1078); aplicación analógica del procedimiento de insaculación de conjuces cuando los mecanismos previstos no permiten integrar tribunal (307:966); regulación de honorarios de conjuces (310:631); que dos causas vinculadas sean resueltas por los mismos conjuces (318:249); distinción de la función de los árbitros y los conjuces y naturaleza de “carga pública” de esta última (320:2379).

(72) Fallos 318:2125, cons. 5, con cita de Fallos 318:1765, en el cual se ideó un método inexistente para lograr la integración de un tribunal y se conformó la lista respectiva (cons. 5 a 7).

(73) Cfr. MAXIT; op. cit.; quien denuncia a la decisión en cuestión como la “aplicación lisa y llana de la nefasta doctrina de facto [construida en 1930] por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, después de la última reforma constitución que buscó erradicarla de raíz”.

sistema atenta contra los mecanismos para el nombramiento de jueces que contiene la Constitución Nacional y, particularmente, porque afecta las garantías de juez natural e independencia del Poder Judicial. Vamos a analizar entonces el origen de las garantías en cuestión para ver si esto es realmente así.

Una primera cuestión. Creemos importante destacar que “[l]a independencia del poder judicial *no importa un privilegio para los jueces*”⁽⁷⁴⁾. La garantía del juez natural (art. 18 CN), como la inamovilidad de los jueces y la intangibilidad de sus remuneraciones (art. 110 CN), son mecanismos establecidos para asegurar a los ciudadanos su juzgamiento con imparcialidad, de acuerdo a lo que dictan las leyes, con independencia de la voluntad del poder administrador⁽⁷⁵⁾. De ahí que se sostenga que la figura del juez es un órgano *contramayoritario*, que debe estar investido de determinadas inmunidades para poder decidir los asuntos libre de cualquier tipo de presiones.

Pues bien, el artículo 18 de la Constitución Nacional establece que ningún habitante de la Nación puede ser “juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”. Esto es lo que corrientemente llamamos garantía del *juez natural*.

Desde los orígenes de Roma hasta la caída del antiguo régimen la justicia era administrada por delegación del soberano, el rey era juez, y lo mismo

.....

(74) SCHMIDT, EBERHARD, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Córdoba, Lerner, 2006, p. 284. Cfr. —en igual sentido— BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho procesal penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005, p. 153; y MAIER, JULIO B. J., *Derecho procesal penal, Fundamentos*, Bs. As., Del Puerto, 1996, Tomo I, p. 747.

(75) En el caso “Rosza”, la mayoría de la Corte sostuvo que el sistema de designación de magistrados del Poder Judicial que fija la Constitución se sustenta “en la necesidad de afirmar la independencia e imparcialidad de los jueces no solo en beneficio de ellos sino, fundamentalmente, de los justiciables” (cfr. Considerando 12; el destacado nos pertenece). Hay que decir que si bien las garantías que protegen a los jueces de la eventual arbitrariedad del poder administrador se otorgan a la persona que ocupa la magistratura, ello es así, única y exclusivamente, en beneficio de la función que deben ejercer y como garantía de los justiciables. Afirmar lo contrario es desconocer el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza...” (nuevamente, el destacado es propio).

ocurría al otro lado de la Mancha en la Inglaterra medieval⁽⁷⁶⁾. Un largo y obtuso proceso antecedió a la independencia de los magistrados encargados de distribuir la justicia respecto de los órganos administradores del estado. Ferrajoli sostiene que “memorables” fueron los conflictos que en los siglos XVII y XVIII enfrentaron a jueces y reyes en Inglaterra y en Francia⁽⁷⁷⁾. Cordero explica cómo nació esa fórmula que sobrevivió hasta nuestros días: “Quedan destruidos con el derrumbe de la Bastilla (en donde estaban reclusos sin proceso los afectados por *lettres de cachet* o cartas reservadas) los residuos de la justicia retenida, en virtud del artículo 19 de la ley del 1º de octubre de 1789, con arreglo al cual ‘el poder judicial no podrá, en ningún caso, ser ejercido por el rey, ni tampoco por los cuerpos legislativos, ya que debe estar separado de ambos’; ‘la justicia será administrada en nombre del rey, únicamente por los tribunales establecidos por la ley, con arreglo a los principios de la Constitución y según las formas señaladas por la ley’; es, pues, inválida toda norma no legislativa sobre la competencia. La asamblea vuelve sobre este asunto en el artículo 17, título II, de la ley del 16 al 26 de agosto de 1790, que dice: ‘El orden constitucional de las jurisdicciones no podrá ser turbado, ni los acusados ser separados de sus jueces naturales por ninguna comisión, ni por otras atribuciones o avocaciones, si no por las que hayan sido determinadas por la ley’. Así nació un arquetipo. Restaurados los Borbones, pasa a la Constitución aprobada por Luis XVIII, que dice: ‘Nadie puede ser separado de sus jueces naturales’, en consecuencia, no pueden establecerse tribunales extraordinarios”⁽⁷⁸⁾.

Fue el pensamiento jurídico ilustrado —pasando por Locke, Montesquieu y Beccaria— el que teorizó sobre la necesidad de que la labor de los jueces estuviera absolutamente escindida de cualquier otro poder, porque ése era el único modo en que la tutela de los derechos del imputado resultaría efectiva. “De este modo [dice Ferrajoli], la diferenciación entre poderes recibía como fundamento no sólo el saludable principio aristotélico de que el poder es tanto menos despótico cuanto más dividido, sino también la diversidad y especificidad de las fuentes de legitimación política del

(76) Cfr. CORDERO, FRANCO, *Procedimiento penal*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 2000, Tomo I, p. 97.

(77) Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1998, p. 586.

(78) CORDERO, FRANCO; op. y tomo cit., p. 100.

poder judicial respecto de los otros poderes del Estado. Y la independencia de la magistratura venía a configurarse como una garantía funcional a los derechos de los ciudadanos en cuanto esencial para su tutela frente a todos los poderes, tanto públicos como privados, políticos o económicos, oligárquicos o de mayoría. Es éste el sentido en que separación de poderes e independencia de los jueces fueron sancionados solemnemente en las declaraciones de derechos del siglo XVIII⁽⁷⁹⁾.

Ahora bien, tanto la garantía del juez natural como la independencia judicial, más allá de un origen común, se relacionan —en última instancia— con la imparcialidad del órgano que debe decidir el caso.

Pero dejando de lado la proveniencia histórica del término *juez natural*, el concepto se refiere, esencialmente, a la predeterminación legal del juez⁽⁸⁰⁾. Esto quiere decir, que la competencia asignada a los jueces para decir el derecho —según una determinada distribución territorial o material— debe ser establecida por una norma (“ley”) emanada única y exclusivamente del legislador. Esa determinación legislativa debe ser dictada “antes” del hecho que motiva el proceso: “lo que se quiere evitar es que luego, el mismo legislador, por razones políticas o circunstanciales, modifique la distribución de la competencia y, de esta manera, pueda provocar intencionalmente que una determinada causa pase a manos de un juez más o menos favorable a los intereses de una de las partes”⁽⁸¹⁾.

Algunos incluyen dentro de la garantía de predeterminación del “juez legal” —aquél cuya competencia resulta, en el momento del hecho, de las normas legales abstractas— las prescripciones sobre la *competencia*, sobre la *magistratura* y sobre la *distribución de las causas*, a partir de cuya coordinación resultará el juez natural⁽⁸²⁾. Ello demuestra el amplio contenido de este principio, lo cual, si bien excede el objeto de este trabajo, merecería la atención del legislador, que debería tomar entre sus manos

(79) FERRAJOLI, LUIGI; op. cit., pp. 587 y 588.

(80) BINDER; op. cit., p. 143.

(81) *Ibidem*.

(82) Cfr. SCHMIDT; op. cit., pp. 322 y 323.

cuestiones que históricamente fueron decididas por vía meramente reglamentaria.

Debemos hacer una salvedad respecto de las situaciones que pueden llegar a generar los cambios generales de competencia, que no se producen arbitrariamente, sino por razones generales de reorganización del trabajo judicial, o los casos en que un tribunal deja de existir, frente a los cuales se recomienda analizar la eventual afectación de la garantía caso a caso⁽⁸³⁾.

Además, el precepto constitucional establece también la exclusión de comisiones especiales, que importan el problema de la atribución de competencia a órganos que no son jurisdiccionales. A principios del siglo pasado, el constitucionalista Juan A. González Calderón sostenía que *jueces naturales* "son los que han sido creados por las leyes del país y dotados por las mismas con la jurisdicción respectiva; en tanto que serían comisiones especiales las que la legislatura o el ejecutivo designaran para conocer y juzgar en casos determinados, y también las personas que el ejecutivo nombrara por sí mismo sin llenar los requisitos establecidos por la Constitución y las leyes, para ejercer la función de administrar justicia al pueblo"⁽⁸⁴⁾.

Este autor relaciona la garantía de predeterminación legal del juez —directamente— con una de las características que revisten *los jueces* de acuerdo a la Constitución: la *inamovilidad*, "que está establecida claramente en el artículo 18, como principio fundamental al que deben conformarse las constituciones provinciales (art. 5º); y [dice] que tal principio está establecido por el artículo 18, porque prohíbe las 'comisiones especiales' y esto serían los jueces nombrados y removibles al arbitrio del ejecutivo, carentes de la inamovilidad necesaria para desempeñarse con independencia, decoro y exacto concepto de sus deberes. [Y agrega:] Los jueces que tiene en mira el artículo 18 de la Constitución Federal, al proclamar una de las más preciosas conquistas de la libertad moderna, son los magistrados creados

(83) A todo evento, cfr. BINDER; op. cit., pp. 144/146.

(84) GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Derecho constitucional argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, Bs. As., Librería Nacional, 1931, Tomo 2, p. 158. Seguidamente, aborda —y critica severamente— el caso de los jueces provinciales nombrados "en comisión" por la intervención federal de una provincia y el de los "consejos de guerra especiales", en virtud de la afectación de principios constitucionales que los mismos importan.

por la ley y por ella revestidos con todas las condiciones y garantías de aptitud e independencia exigidas por la especial naturaleza del difícil cargo que se les confía, y desde el cual aplican el derecho según los dictados de su propia conciencia, exentos de toda presión extraña”⁽⁸⁵⁾.

En este punto aparece el problema de los tribunales administrativos, sin embargo, “[e]n el ámbito del Derecho Penal podemos decir claramente que el ejercicio del poder penal exige la garantía de la jurisdiccionalidad y ésta sólo puede ser ejercida por el Poder Judicial. Cualquier tribunal dependiente del Poder Ejecutivo que ejerza el juzgamiento de los delitos es absolutamente inconstitucional y, por tanto, inadmisibles, ya se trate de delitos o de simples contravenciones”⁽⁸⁶⁾.

Hasta aquí estamos en condiciones de afirmar que la designación —excepcional— de jueces subrogantes, en principio, no afecta la garantía del juez natural, si se ha seguido para ello un procedimiento general establecido con anterioridad al hecho que originó el proceso. Tampoco podríamos decir que los jueces subrogantes constituyan una comisión especial, contraria a la cláusula constitucional que las prohíbe, por el solo hecho de carecer de inamovilidad⁽⁸⁷⁾. En definitiva, lo que se pretende evitar es que *sin ninguna razón* se cambie al juez que se encuentra a cargo de un determinado asunto por otro que es más proclive al régimen, o que está dispuesto a admitir presiones⁽⁸⁸⁾.

Ahora bien, como vimos los jueces —en general, sean subrogantes o no— deben decidir sobre la aplicación del derecho de acuerdo a la ley y *según los dictados de su propia conciencia*, de ahí que sean necesarias determinadas inmunidades a favor de su independencia frente a *todo poder*⁽⁸⁹⁾ para el correcto desempeño de la tarea que se les exige: aplicar la ley con

(85) GONZÁLEZ CALDERÓN; ob. y tomo cit., pp. 158 y 159.

(86) BINDER; op. cit., p. 147.

(87) Tan solo piénsese en el juicio por jurados —previsto constitucionalmente y enérgicamente reclamado por los más autorizados doctrinarios de nuestro medio— donde, quienes decidirán el asunto, son elegidos para cada uno de los casos.

(88) BINDER; op. cit., p. 148.

(89) Todos los poderes, como dice Ferrajoli, tanto públicos como privados, políticos o económicos, oligárquicos o de mayoría.

imparcialidad y —más delicado aún— resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos legislativos y ejecutivos. Es a partir de lo anterior, que se ha dicho que no es un exceso sostener “que ‘la idea del Estado de derecho asienta su más alto triunfo en la independencia de las resoluciones judiciales’, porque en el Estado de derecho el derecho, frente al poder político, se realiza por medio de la ley en sentido estricto; porque las leyes rigen también a los gobernantes, y porque, conforme a ello, el detentador del poder en ninguna forma puede influir estorbando o perjudicando la eficacia de la actividad sentenciadora de los tribunales”⁽⁹⁰⁾.

A partir de la necesidad de que la independencia del poder judicial sea efectiva se han establecido determinadas garantías fundamentales, que se le otorgan al juez personalmente, pero, como dijimos, no deben ser interpretadas como prerrogativas personales, sino como mecanismos de aseguramiento de la independencia a favor de la tarea que se encomienda a los jueces y para protección de los ciudadanos —en nuestro caso— sospechados de haber cometido un delito.

En primer lugar debemos mencionar la manda del artículo 109 de la Constitución Nacional, la norma determina que “en ningún caso” el presidente de la Nación podrá ejercer funciones judiciales⁽⁹¹⁾. A continuación, el artículo 110 de la ley fundamental establece que: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permanecieren en sus funciones”; aquí se ven consagradas las garantías de inamovilidad e intangibilidad de las remuneraciones de los jueces.

(90) SCHMIDT; op. cit., p. 269; cfr., en particular, todo el capítulo titulado “La independencia de la administración de justicia. El juez legal”. Sobre este punto, recomendamos la lectura del voto del juez Magariños en el caso “Menghini” del TOC 23, rto. el 24/02/2000 (en especial, considerandos V, VI y VII); donde se resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 10 inc. c) segundo párrafo de la ley 24.050, en cuanto determina la obligatoriedad de los fallos plenarios de la CNCP para tribunales inferiores, con fundamento en la afectación de la independencia —no ya del Poder Judicial, sino— del juez (cfr. L.L. 2000-B-576).

(91) Para un análisis pormenorizado de la distinción entre las funciones “jurisdiccionales” de la administración y las jurisdiccionales del Poder Judicial, cfr. GORDILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo”, Bs. As., F.D.A., 2009, Tomo 1, Cap. IX, p. 2, esp. §§ 7 a 19; disponible en www.gordillo.com.

Existen divergencias doctrinarias en lo que hace a la inamovilidad, ya que no todos comparten los argumentos que defienden ese tipo de designación en tanto reaseguro de la independencia del Poder Judicial. El dilema sería el siguiente: "Al argumento de que cuando el juez, libre de toda presión del Poder Ejecutivo, se siente con entera independencia para dedicarse tan sólo a la misión de distribuir justicia entre sus conciudadanos, se contesta que el magistrado colocado en esa situación puede entregarse lo mismo a la nobilísima tarea de distribuir justicia que a la de oprimir a sus semejantes con fallos arbitrarios, o a la de faltar en forma solapada al cumplimiento de sus deberes, sabiendo que tan sólo en casos graves y manifiestos podrá ser llevado al tribunal político constituido excepcionalmente en juez"⁽⁹²⁾. Siendo esto así, ante el reconocimiento de que es difícil encontrar un punto de equilibrio entre la inamovilidad y la discrecionalidad absoluta para la remoción de magistrados por parte del poder administrador, se ha llegado a atribuirle a aquélla el carácter de "mal indispensable". Sin perjuicio de ello, las normas de procedimientos prevén mecanismos de revisión de las decisiones judiciales para garantizar la correcta aplicación de la ley y, eventualmente, también existen mecanismos de destitución de magistrados sustraídos de las potestades del Poder Ejecutivo⁽⁹³⁾.

Desde otra perspectiva, hay quienes otorgan un carácter vital al principio de inamovilidad de los jueces. González Calderón sostenía que esta garantía era "más que fundamental" para el funcionamiento del Poder Judicial de la Nación y de las provincias, decía que así lo entendieron todos los constituyentes argentinos en todas las épocas de nuestra historia civil y que, tanto la constitución federal como las de las provincias, lo han establecido firmemente: "en el concepto de que no es posible prescindir de dicho principio si en realidad se busca dar a la justicia el carácter de poder del Estado, independiente dentro de su órbita de acción, libre de la coerción emergente de los otros dos poderes. [Y agregaba que:] La inamovilidad de los jueces es el escudo con que resisten los avances, los ataques más o menos frecuentes de los otros poderes. Es necesaria para que los jueces puedan desempeñar su función sagrada de aplicar las leyes

.....

(92) CASTRO, MÁXIMO "Curso de procedimientos penales", Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1934, Tomo 1, p. 130.

(93) En efecto, desde la reforma constitucional de 1994, la remoción de los miembros del Poder Judicial de la Nación se encuentra entre las atribuciones que la norma fundamental le otorga al Consejo de la Magistratura (art. 114 inc. 5° CN).

con imparcialidad...”⁽⁹⁴⁾. Para el citado autor era *inconcebible* un sistema de administración de justicia que no contara con la garantía de inamovilidad de sus miembros.

El principio de inamovilidad debe ser expuesto, también, desde la perspectiva del sistema de designación de jueces que ha adoptado nuestro modelo constitucional. Los mecanismos de nombramiento de magistrados son diversos y varían en las legislaciones de diferentes países⁽⁹⁵⁾. Hasta la reforma constitucional de 1994, nuestro sistema preveía la designación por parte del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado; actualmente, dicho mecanismo se mantiene únicamente para el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema de Justicia —quienes deben contar con el acuerdo de dos tercios de senadores presentes, en sesión pública, convocada a tal efecto—, los restantes miembros del Poder Judicial de la Nación también los designa el presidente de la Nación con acuerdo del Senado, pero a partir de una propuesta en terna vinculante que le presenta el Consejo de la Magistratura (arts. 99 inc. 4° y 114 inc. 1° y 2° CN).

En este punto es donde el voto mayoritario de la Corte en el caso “Rosza” funda su decisión. Ya que se entendió que el Régimen de Subrogaciones aprobado por el Consejo de la Magistratura por la resolución 76/04, “en la medida en que no se adecua a los parámetros constitucionales, en particular, en cuanto autoriza un método de nombramiento circunscrito a la intervención exclusiva de organismos que operan en el ámbito del Poder Judicial (tribunales orales, cámaras nacionales de apelaciones o cámaras federales y, para algunos supuestos, Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura), es inconstitucional”⁽⁹⁶⁾. Sin embargo, se pasa totalmente por alto algo que sí destacó el voto minoritario, y es que no es lo mismo un juez subrogante que un juez propiamente dicho. Y además, —desde nuestro punto de vista— el inciso 6° del artículo 114 de la Constitución Nacional, que autoriza al Consejo de la Magistratura a “[d]ictar los reglamentos relacionados con

(94) GONZÁLEZ CALDERÓN; op. y tomo cit., p. 159.

(95) Como por ejemplo el sistema de elección popular que, en principio, lleva implícita la limitación temporal de la designación, ya que, de lo contrario, se desnaturalizaría por completo la pretensión de que prevalezca la voluntad del pueblo. A todo evento, sólo a modo ilustrativo, cfr. CASTRO; op. y tomo cit., pp. 113/115.

(96) Considerando 19.

la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”, es lo que le daba legitimidad a aquél sistema de subrogaciones.

Por lo demás, en lo que hace a una eventual afectación de la independencia —en el caso de jueces subrogantes— lo prudente sería analizar caso por caso, claro está, frente a un cuestionamiento semejante⁽⁹⁷⁾.

2. Antes de concluir con este capítulo, quisiéramos hacer referencia a algunas cuestiones relacionadas con el principio de independencia del Poder Judicial que no entraron en consideración directa en el caso que analizamos, pero que creemos importante destacar.

Tal como en el caso del sistema de nombramiento de los magistrados del Poder Judicial, los que una vez designados resultan inamovibles, debemos mencionar también que, si bien el juez —dentro del marco de su independencia— sólo es responsable frente a su conciencia, esto no quiere decir que su actividad resolutoria quede eximida de toda responsabilidad externa. Las responsabilidades disciplinarias de los magistrados son un punto sensible y complicado en su relación con la independencia de los jueces. Así lo plantea Eberhard Schmidt: “Los límites de la independencia judicial y, con esto, una parte muy importante de su problemática resulta, en general, de cómo se resuelve la cuestión referente a si y en qué modo, el juez puede incurrir en responsabilidad penal y disciplinaria por su juzgamiento y, a si y en qué modo, puede resultar también, políticamente, responsable”⁽⁹⁸⁾.

(97) Adviértase que en el caso “Rosza”, el TOC 9 declaró la inconstitucionalidad de oficio, sin que haya existido ningún reclamo de la defensa o de los acusadores. La defensa del imputado recién interpuso un recurso afirmando que existió afectación de las garantías de juez natural e independencia del Poder Judicial frente a la decisión de la CNCP, que revocó lo resuelto por el tribunal oral. Pero además, de la sola lectura del fallo de la Corte, puede verse que no se hace ninguna referencia al caso concreto, ni tampoco se consigna alguna explicación que pueda llevar a comprender por qué en este caso se vieron afectadas las garantías constitucionales que se invocan. Se trata de un típico ejemplo de fundamentación aparente. Como si esto fueron poco, la mayoría de la Corte no solo falla respecto del asunto que fue traído a su consideración sino, de un modo general, afirman que todos los casos de jueces subrogantes que no han sido designados siguiendo las disposiciones de los arts. 114 inc. 1° y 2° y 99 inc. 4° CN, son inconstitucionales.

(98) SCHMIDT; op. cit., p. 308 y ss.

En general, cuando se trata el punto de la independencia de los jueces se lo hace con relación a las presiones que pudieren llegar a recibir desde el exterior del poder político al que pertenecen, sin embargo, hay determinados axiomas que son dejados de lado y resultan tan importantes o aún más que la protección que tienen los jueces frente a lo que pudiere venir de afuera, esto es lo que comúnmente denominados *independencia interna*.

Maier explica que, a diferencia del Poder Ejecutivo —unipersonal y organizado verticalmente según el principio de jerarquía—, el Poder Judicial es “una *organización horizontal*, en la que *cada juez es soberano al decidir el caso conforme a la ley*, esto es, él es el poder judicial del caso concreto. (...) [Y dice que:] la regla que prevé la independencia o autonomía del criterio judicial debe ser formulada respecto de cada uno de los jueces que integra el poder judicial permanente o accidentalmente, por intermedio de los cuales ese poder se pronuncia, y con referencia a todo poder del Estado, no tan sólo al poder ejecutivo o administrativo y al poder legislativo, sino también al mismo poder judicial”⁽⁹⁹⁾.

Algunos describen una tercera forma de independencia —además de la externa y la interna— a la que llaman “independencia burocrática” o “administrativa”. Es en este punto donde nosotros creemos que debe ponerse la mayor atención. Alberto Binder —en un trabajo elaborado a finales de la década del ’80, cuando aún regía el sistema escrito del viejo “código Obarrio” (ley 2372)—, partiendo de la base de que la independencia judicial es, sustancialmente, la garantía de que una persona determinada (con nombre y apellido), que ha sido investida del poder para solucionar ciertos casos individuales, sólo de acuerdo a la Constitución y a la ley, llegó

(99) MAIER; op. y tomo citados, p. 744 y 745 (el destacado nos pertenece). A lo cual deberíamos agregar que: “ello es así, aunque se faculte a alguien para recurrir la decisión de un tribunal y se permita, de ese modo, que otro tribunal reexamine el caso, desde algún punto de vista, y este tribunal, elimine, revoque o reforme la decisión anterior (por considerarla errónea), pues las instancias recursivas y los tribunales creados para llevarlas a cabo no deben ser, al menos de manera principal, expresión de una organización jerárquica, sino, por el contrario, manifestación de la necesidad de evitar errores judiciales para garantía del justiciable” (ibidem). En el mismo sentido, Binder explica que los llamados “jueces superiores” sólo conocen en los recursos pero de ningún modo tienen poder sobre el juez ordinario; incluso la Corte Suprema —que según el sistema de gobierno judicial de que se trate— tiene cierto poder administrativo general o de superintendencia o, incluso, disciplinario, en la medida que por el ejercicio de esas facultades afecte la independencia del juez, que es una garantía constitucional, implicaría una práctica inconstitucional (cfr. BINDER; op. cit., p. 150).

a decir que: "generalmente son analizadas como posibles afectaciones de la independencia judicial, la injerencia política de los otros poderes, la presión de los funcionarios o de la opinión de la prensa. Nadie niega que estas afectaciones puedan existir y sean graves. Sin embargo, el eje central de las afectaciones a la independencia judicial están dados por la dependencia de los jueces respecto de la estructura burocrática en la cual están inmersos y que, a su vez, produce una rutina de trabajo en la cual los casos individuales son tratados de modo genérico, como si se tratara de distintos expedientes de un mismo reclamo"⁽¹⁰⁰⁾.

En el mismo sentido se expresaban el autor antes citado y Julio B. J. Maier en la exposición de motivos del "Anteproyecto de ley orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público" —que acompañaba al Proyecto de Código Procesal Penal para la Nación de 1986—, donde, bajo el título "Personalización", indicaban lo siguiente: "El sistema actualmente vigente se caracteriza por la despersonalización absoluta de la administración de justicia. La Constitución y la ley han establecido, a la par de órganos competentes para cumplir los papeles que reclama la administración de justicia penal, mecanismos precisos y complejos para asegurar la individualización e idoneidad de la persona física responsable por la labora respectiva. Sin embargo, la delegación que se produce, sin regla alguna que lo habilite, es tan enorme, que en la realidad una gran mayoría de los actos de administración de justicia no están realizados por las personas idóneas, según la ley; más aún, ni siquiera interesa que tales personas cumplan, pues, de hecho, son reemplazadas por otras. Nótese, por ejemplo, que la Constitución ha previsto un mecanismo complejo políticamente para designar a los jueces, encargándoles sólo a ellos la tarea de administrar justicia; empero, de hecho, esa labor es cumplida, ordinariamente, por empleados que operan bajo la ficción de la firma posterior del protocolo, designados sin ningún resguardo"⁽¹⁰¹⁾.

A alguien podría llamarle la atención la pertinencia de dichas afirmaciones respecto del actual Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), donde

.....

(100) BINDER, ALBERTO "Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde" en *Doctrina Penal* n° 12 (1989), Bs. As., Depalma, p. 369 y ss. Cfr. también, del mismo autor, ob. cit., pp. 150 y 151.

(101) Exposición de Motivos del "Anteproyecto de ley orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público" en *Doctrina Penal*, Cuadernos n° 2, Bs. As., Depalma, 1988, pp. 12 y 13.

la instrucción de los sumarios y los actos preliminares de los juicios siguen desarrollándose conforme la modalidad escrita. Además, la reforma procesal implementada entre 1991 y 1993 mantuvo las estructuras judiciales existentes, lo cual continúa significando despersonalización y afectación burocrática de la independencia judicial.

Vamos a citar nuevamente a Maier y Binder quienes, —insistimos— hace ya un cuarto de siglo y haciendo referencia al antiguo procedimiento escrito, describieron con absoluta precisión problemas que, sin perjuicio de la reforma, no fueron superados de ningún modo: “En primer lugar, los litigios transcurren hoy ante tribunales, como cosas o engranajes de una máquina, y no ante jueces ‘de carne y hueso’. Existen tribunales sin jueces (igual sucede en las demás funciones), por renuncia, licencia o enfermedad del juez, o, simplemente, porque el cargo no ha sido cubierto, que funcionan igual que los demás, *como si* un juez estuviera presente; el recurso a la firma de las actas por algún juez cubre la apariencia, y no interesa la presencia del juez, pues los actos son cumplidos por otras personas. (...)”

“Estas y otras ficciones, a las que lentamente nos hemos acostumbrado, jueces, profesionales y, en general, todas las personas que operan el sistema judicial, son, en realidad, más que prácticas viciadas, algunas de las mayores falsificaciones del sistema democrático en el área de la administración de justicia. (...)”

“Conforme a ello, los diferentes oficios judiciales se han convertido en pequeños ‘feudos’, que interesan más como tales, para el sistema, que por las personas que deciden. Un tribunal es hoy un ente en sí mismo, con independencia de sus componentes personales. Según esta forma de organización, las estructuras administrativas de los juzgados, cámaras, salas de cámara, fiscalías, defensorías, etc., representan entes administrativamente íntegros y completos en sí mismos, con un desperdicio máximo de recursos humanos y materiales, y, consiguientemente, un costo mayúsculo”⁽¹⁰²⁾.

Más de veinticinco años después de que se escribieron estas líneas nada ha cambiado. Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que las mayores afectaciones a las garantías de juez natural e independencia judicial no se

(102) Exposición de Motivos del “Anteproyecto de ley orgánica...” —citado—, p. 13.

ponen de manifiesto en la forma de elección de los jueces subrogantes, sino en el mantenimiento de las estructuras y organización del Poder Judicial como se encuentra actualmente constituido y en el modelo procesal vigente, que privilegia las instancias escritas y, por ende, la delegación de funciones, despersonalizando la administración de justicia que, en definitiva, le ha sido encomendada personalmente (con nombre y apellido) a los jueces (sean éstos subrogantes, accidentales o definitivos).

V | Estado de situación: de *lege lata*...

Tiempo después del pronunciamiento de la Corte en “Rosza” se sancionaron tres nuevas leyes sobre subrogaciones, que constituyen la base del sistema actualmente vigente. Una diferenció según el tribunal tuviera jurisdicción en el territorio de la ciudad de Buenos Aires o no. Respecto de la primera alternativa se estableció que las cámaras se conformarían, preferentemente, con los miembros de sus salas; en segundo lugar, con los jueces de otras cámaras y, en caso de imposibilidad por los medios precedentes, con los jueces de primera instancia bajo su superintendencia. De forma sustancialmente diferente, para las cámaras federales con asiento en las provincias la norma sólo previó que se integren con jueces de la sección donde funcione el tribunal⁽¹⁰³⁾. Según se ve, con este régimen se eliminaba la alternativa de los abogados conjueces.

En una segunda iniciativa se trató la integración de todos los tribunales orales federales del país. El método previsto otorga preeminencia a su integración “con los jueces que hayan sido designados de acuerdo al procedimiento previsto en la Constitución Nacional” y estuvieran a cargo de los tribunales orales federales de la jurisdicción o ciudades cercanas, de la cámara federal de la jurisdicción o de tribunales orales federales de otras jurisdicciones, en ese orden⁽¹⁰⁴⁾. Sin embargo, también se incorporó —como última instancia— la posibilidad de convocar a abogados de una lista, cuya elaboración se puso en manos del Poder Ejecutivo de la Nación con acuerdo del Senado de la Nación⁽¹⁰⁵⁾.

(103) Ley 26.371 (B.O. 30/05/2008); art 10, que modificó el art. 31 del decreto-ley 1285/1958.

(104) Ley 26.372 (B.O. 30/05/2008); art. 1.

(105) *Ibidem*; art. 2.

El punto a destacar de la ley es que regula la integración por caso (debate) y no por órgano, dado que las subrogaciones serán “por el tiempo demandado para resolver las causas mediante el dictado de una sentencia definitiva que ponga fin al proceso”⁽¹⁰⁶⁾. Esa aproximación al problema de la integración de los órganos jurisdiccionales, llevada a su máxima expresión, podría ser el punto de partida para considerar el establecimiento de un colegio de jueces, quienes podrían ser sorteados para integrar un determinado tribunal; incluso más allá del carácter estable que detenten estos órganos.

Por el contrario, la iniciativa tiene varios puntos débiles. El primero está dado por la ausencia absoluta de previsión alguna referida al “juez sustituto” (requisito en los debates orales que se estima que superarán los diez días) lo cual, dado el método de reemplazo, podría terminar replicando —con el consiguiente efecto expansivo— sobre la integración de los demás tribunales orales federales, de esa y otras jurisdicciones y, además, sobre la Cámara de Apelaciones de la jurisdicción. Una crítica de igual tenor merece la delegación del procedimiento de “nombramiento” de los subrogantes en la Cámara Federal de Casación Penal, con la posibilidad de avocación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽¹⁰⁷⁾. También se cometió un error al eliminar el procedimiento de convocatoria de jueces jubilados sin establecer un método nuevo, lo cual ha dejado esa alternativa —que debería ser preferencia— casi en desuso⁽¹⁰⁸⁾.

(106) Ídem; art. 4.

(107) Ídem; art. 3.

(108) La ley 26.376, art. 5, derogó el art. 17 de la ley 24.018, que ponía en cabeza de las Cámaras la convocatoria de jubilados. Bajo la segunda de esas leyes, la Corte Suprema dictó la Ac. 23/1993 por medio de la cual tomó en sus manos el llamado de jueces jubilados para cubrir vacantes que, más tarde y mediante la Ac. 77/1993, delegó en su Presidente. Facultad que llevó a cabo, por ejemplo, mediante Ac. 58/1993. Luego, con la Ac. 8/2000 la Corte delegó en el Consejo de la Magistratura esa tarea, quien dispuso que seguiría aplicando el procedimiento delineado por la Corte (Res. 66/2000) y luego aprobó el “Reglamento de convocatoria de magistrados jubilados” (Res. 333/2000). Pero más tarde la Corte volvió sobre sus pasos y derogó la acordada del 2000 (Ac. 10/2008), por lo que la cuestión volvió a estar en sus manos. Ante el vacío legal, se debería considerar una respuesta del tipo de la que intentó la CSJN en el caso de Fallos 313:409: delegar la tarea en el PEN, quien podría idear un mecanismo según el cual no aceptara las renunciaciones ni los pedidos de jubilación sino hasta que el procedimiento de selección y designación definitiva del reemplazo se encuentre concluido, o que lo hará en un determinado plazo durante el cual se deberá llevar a cabo el concurso y conformación de la terna (cfr. notas 32 y 36).

En una última ley se reglamentó la suplencia de los juzgados; oportunidad en la cual también se introdujeron algunos cambios respecto de los órganos revisores, de los que se ocupaba la primera de estas normas⁽¹⁰⁹⁾. Tampoco se toma en cuenta su ubicación territorial. Respecto de los juzgados, se delegó en los órganos de superintendencia la designación de subrogantes entre los jueces de la jurisdicción y, subsidiariamente, por sorteo entre una lista de conjueces⁽¹¹⁰⁾. Con relación a las cámaras, si bien se remitió al procedimiento instaurado por la ley 26.371, reinstauró la opción de convocar abogados en todos los casos, lo que da cuenta de la extensión del problema de las subrogancias a estos órganos⁽¹¹¹⁾.

Por lo tanto, hoy en día, el sistema para las cámaras con asiento en la ciudad de Buenos Aires se diferencia de aquél previsto para las del interior del país en que, para éstas, no existe la posibilidad de convocar miembros de tribunales similares de la misma jurisdicción. Aunque la respuesta sea obvia, dado que sólo existe una cámara federal por jurisdicción, es importante advertir que el legislador ha considerado conveniente mantener las integraciones con jueces del mismo ámbito jurisdiccional, aislando, de ese modo, la problemática entre distritos. Como las cámaras sólo pueden integrarse con los jueces de la jurisdicción, esa decisión traslada la necesidad de subrogantes a los juzgados federales que —a su vez— sólo pueden ser integrados por otros jueces de la jurisdicción o, en forma subsidiaria, por abogados.

Por último, resta por señalar que se ha eliminado —ahora por vía legal— la alternativa de los secretarios, quienes denunciaron el desconocimiento de diversos derechos ante la justicia⁽¹¹²⁾.

.....
(109) Ley 26.376 (B.O. 05/06/2008), cuyo art. 5, desatendiendo la novísima redacción introducida meses antes por medio de ley 26.371, derogó un inexistente "inciso c) del cuarto párrafo del artículo 31 del Decreto-Ley 1285/58" Además, dejó sin efecto el art. 17, ley 24.018, y la ley 20.581.

(110) *Ibidem*; art. 1

(111) *Ídem*; art. 2, que remite al art. 31 del decreto-ley 1285/58, texto según ley 26.371, que diferenciaba según la ubicación de las cámaras, pero no preveía la convocatoria de abogados.

(112) Cfr. AGUILAR, ROSANA I. "Sistema de designación de jueces subrogantes en el orden nacional", L.L., Sup. Act., 11/08/2009, p. 1; quien relata que la "Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Nación" presentó una acción de amparo ante el fuero en lo Contencioso Administrativo Federal, alegando que es "manifiestamente arbitraria e irrazonable la exclusión de los secretarios", lo que atenta contra su derecho a trabajar y

Como se desprende de este desarrollo, en ninguna de estas normas se dio intervención al Consejo de la Magistratura en la selección de los subrogantes (requisito constitucional según la interpretación de la Corte en “Rozsa”), lo cual deja abierta una puerta para nuevas consideraciones sobre el punto⁽¹¹³⁾. Pero tampoco se delegó en ese órgano —que tiene a su cargo la administración del Poder Judicial y el dictado de los reglamentos necesarios para la eficaz prestación del servicio de justicia— el gobierno del sistema de subrogaciones. La tarea fue nuevamente encomendada a los jueces quienes, dada la cantidad de vacantes existentes, deberían confinarse a las tareas estrictamente jurisdiccionales.

Por último, la integración de la Corte se logra por medio de la disposición elaboradas hacia finales de la década de 1980, que manda hacerlo con los presidentes de las cámaras con asiento en la ciudad de Buenos Aires y, luego, de las que tienen sede en las provincias o, en su defecto, por una lista de conjuces elaborada por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Senado⁽¹¹⁴⁾. Tampoco en este caso el Consejo de la Magistratura interviene en la designación de los suplentes, lo cual sería lógico porque tampoco lo hace en el procedimiento de designación de sus miembros. Pese a ello, sería conveniente que este organismo también centralizara esta cuestión pues, de esa manera, podría tener en cuenta el estado de integración de los órganos a los que se acude para cubrir sus vacantes.

.....

se trata de una situación discriminatoria. También da cuenta de la resolución del caso, que afirmó, que “la discriminación efectuada respecto de los funcionarios judiciales matriculados como abogados en sede federal al impedirles ser incluidos en los listados de conjuces establecidos en los arts. 2 de la ley 26.372 y 3 de la ley 26.376, carece de justificación objetiva y razonable creando una situación contraria a elementales principios de la Constitución Nacional”, por lo que debía declararse su inconstitucionalidad y reconocer “[e]l derecho de los secretarios judiciales, matriculados en la órbita federal, de contar con la posibilidad de ser incluidos en los listados de conjuces”.

(113) Por fuera de la Constitución Nacional, tampoco se mencionan las previsiones contenidas en el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 588/2003 (B.O. 14/08/2003), que reglamenta las atribuciones del Presidente de la Nación para elegir entre los ternados por el Consejo de la Magistratura para los cargos de, entre otros, los jueces de los tribunales federales inferiores.

(114) Cfr. nota 33. Aunque el punto no importaría una cuestión constitucional, la ley tampoco da cuenta de todos los requisitos legales vigentes para la designación de los miembros titulares de la CSJN que, en la actualidad, se encuentra sujeta a las previsiones del decreto del PEN 222/2003 (B.O. 20/06/2003).

En síntesis, el sistema vigente establece diferentes métodos de integración de los órganos según se trate de juzgados de grado, cámaras de apelaciones, tribunales orales, etc., y, por ende, sus diferentes funciones. Casi no se tiene en cuenta su ubicación territorial, quizás porque en ambos casos se prevé la alternativa de convocar a conjuces según una lista elaborada por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Senado, que de acuerdo con la ley deben ser abogados de la matrícula. En este punto, aunque el legislador se haya plegado a las consideraciones de la Corte Suprema, pues se prefieren subrogantes jueces, no previó ninguna intervención del Consejo de la Magistratura en el caso de los abogados⁽¹¹⁵⁾. Tampoco se ha dado participación a este órgano constitucional del gobierno de las subrogaciones, que se ha entregado nuevamente —según una vieja tradición que convendría revisar— a los mismos órganos jurisdiccionales.

Finalmente, no se ha reglamentado el procedimiento de convocatoria de jueces jubilados, sobre quienes —pese a mantener el estado judicial— no pesa ninguna carga de concurrir a cubrir las vacantes originadas, dado que no se cuenta con un mecanismo legal para su convocatoria ni, por ejemplo, existe una obligación específica de comunicar con antelación las renunciaciones o pases a retiro.

VI | Identificación del problema: más allá de los abogados que subrogan jueces

En primer término, debemos insistir con que no son equiparables las situaciones de los jueces que han sido elegidos de acuerdo a las disposiciones de los artículos 99 inc. 4º y 114 inc. 1º y 2º de la Constitución Nacional, y las de aquellas personas que son convocadas excepcionalmente para ejercer la labor de jueces que *no están* por motivos diversos, es decir, jueces subrogantes. En todo caso, lo criticable es que la excepción se haya vuelto regla, que haya un 20 % de los órganos judiciales vacantes;

(115) Claro que esa omisión puede ser salvada por el PEN quien, dado que la norma nada dice al respecto, estaría en condiciones de confeccionar las listas —que podrían ser temporales— con quienes hayan integrado las ternas del CM para cargos similares.

y que la duración de los procesos para la selección de magistrados sea absolutamente desmesurada, tanto en lo que concierne al Consejo de la Magistratura —para conformar las ternas— como al Poder Ejecutivo —para elegir a los jueces—.

Por lo demás, no vemos cómo el reglamento de subrogaciones aprobado por el Consejo de la Magistratura en 2004 —en ejercicio de las atribuciones que le otorga el artículo 114 de la Constitución Nacional—, pueda resultar contrario a la norma fundamental. La gran crítica expresada por la Corte es que al aplicarse dicho reglamento se viola equilibrio que pretendió el constituyente para la designación de jueces, sin embargo, paradójicamente, el Consejo de la Magistratura está conformado por representantes de los tres poderes del Estado⁽¹¹⁶⁾.

Como ya adelantamos, tampoco creemos que haya un problema con la garantía del juez natural en sí misma, mientras que los mecanismos en materia de subrogaciones sean generales y se hayan establecido con anterioridad al hecho que motiva el proceso. Es decir, siempre y cuando en su implementación no se advierta la voluntad de desplazar al juez que interviene en un asunto a favor de otro que se presuma que puede llegar a actuar parcialmente, cediendo a presiones externas o internas. Y respecto de la independencia judicial, a todo evento, debería analizarse caso por caso la eventual violación de dicho precepto, claro está, ante el eventual reclamo de alguna de las partes que intervienen en el proceso que lo entienda afectado concretamente.

Recordemos que la inamovilidad de los jueces por sí misma no es lo que garantiza la imparcialidad de un magistrado, aun se trate de un mecanismo creado e implementado con ese objeto, pero no por ello infalible⁽¹¹⁷⁾. En todo caso, no hay un problema con que las designaciones sean temporales —hay países donde los jueces son elegidos por períodos y el sistema

(116) Y este es un punto que, desde cierta perspectiva, sí es criticable. Porque si el Consejo de la Magistratura es el órgano que tiene a su cargo el gobierno del Poder Judicial, la intervención de otros poderes en la toma de decisiones sobre la administración o sobre la disciplina de jueces, es algo que claramente afecta la independencia judicial. En todo caso, lo verdaderamente democrático es que los jueces se gobiernen a sí mismos sin ninguna intervención de personas ajenas al Poder Judicial (lo que nada tiene que ver con que las tareas de administración le sean encomendadas a personas formadas a tal efecto).

(117) Piénsese, “servilleta” mediante, en las constantes referencias al fuero federal penal.

de juicio por jurados implica, precisamente, la designación de “jueces” para cada uno de los casos— y no por ello existe sospecha de parcialidad.

Por supuesto que las personas designadas para suplir la labor de los jueces deben contar con idéntica protección que la que se acuerda a los miembros efectivos del Poder Judicial, pero incluso en esos casos deberíamos ser más celosos sobre quienes actúan como subrogantes, para no se vean afectados en su tranquilidad de espíritu en orden a que ejerzan la función judicial libres de toda presión.

Sin embargo, un juez subrogante en determinadas circunstancias puede ser más proclive a ceder a las presiones externas o internas que se le puedan presentar. Tal es el caso del juez subrogante que aspira ocupar el mismo cargo que subroga (y esto es algo que puede ocurrir tratándose de abogados o secretarios que están cubriendo un cargo vacante, como también en el caso de jueces de grado —elegidos conforme a los mecanismos constitucionales— que han sido designados para subrogar un cargo de camarista). Ocurre que se ha designado para ejercer una subrogancia a quienes están, o estaban, concursando precisamente para ese cargo vacante, y esto es algo que no debe suceder jamás, porque en ese caso la persona tiene un interés concreto y personal que se relaciona directamente con la función que se le ha encomendado, lo cual puede facilitar las manipulaciones externas o, al contrario, alguien puede verse tentado a utilizar la función que ejerce como elemento de presión para influir en el resultado del concurso⁽¹¹⁸⁾.

.....

(118) Esto adquiere relevancia en casos de importancia institucional, como por ejemplo ocurre en el fuero federal penal de la ciudad de Buenos Aires. Se han registrado casos de secretarios que, además de encontrarse a cargo de un juzgado por disposición del CM —a propuesta de la misma cámara donde el secretario tiene su cargo efectivo— durante más de cinco años, luego son designados a cargo de otro juzgado con carácter interino por la misma cámara. Hay que decir que, tratándose de un funcionario de la cámara de apelaciones, existen mayores probabilidades de que su ánimo al momento de decidir se vea afectado por las posiciones doctrinarias de sus superiores. También ha ocurrido que en casos de envergadura —como en los recientemente concluidos de la “ESMA” o del contrabando de material bélico a Croacia y Ecuador—, dos jueces y un abogado que subrogaban en los respectivos tribunales orales fueron elegidos definitivamente para esos cargos —o equivalentes— una vez que se dictó sentencia. Respecto de los dos últimos ejemplos: en el dictamen del Procurador en el caso “Rosza” se dice que la convalidación de la actuación de jueces subrogantes responde, no sólo a mantener el normal funcionamiento del servicio de justicia, sino también a evitar afectaciones de la garantía de plazo razonable; paradójicamente, el juicio por el contrabando de armas duró más de tres años y el de la “ESMA” más de dos, cuando podrían haberse concretado en la mitad de tiempo. Por lo demás, en general, el CM lógicamente

Paradójicamente, por vía legislativa se pretendió que quienes han participado en un concurso y fueron elegidos para ser jueces no puedan postularse a un nuevo cargo —o incluso acceder a una subrogancia— sino hasta tres años después de haber ejercido la función, lo que es correcto. Sin embargo, se deja a salvo la aplicación de estas disposiciones a quienes hayan jurado como jueces subrogantes, lo cual lleva implícito que parece normal que los aspirantes a un cargo de magistrado se encuentren ejerciendo la función con antelación a la finalización del concurso⁽¹¹⁹⁾.

En síntesis, puede suceder que —en rigor— nos enfrentemos a situaciones que entrañan una aporía, entonces debemos dar preeminencia a determinadas soluciones sacrificando posiciones que no se presenten como irrenunciables para la prevalencia de la Constitución. A todo evento, lo que hay que hacer es analizar caso por caso si, efectivamente, se han afectado garantías constitucionales.

VII | Conclusión

En este trabajo, describimos los diferentes sistemas de subrogaciones que han existido en la historia legislativa argentina y tratamos de mostrar que, a pesar de que se han intentado todas las soluciones imaginables, el problema para cubrir las vacantes en los órganos jurisdiccionales persiste. En ese marco, compartimos —conforme parece desprenderse de lo resuelto por la Corte en el caso “Rosza”— que los mecanismos de selección de magistrados, con participación de los diferentes órganos constitucionales, son los que garantizan la idoneidad —no solo técnica— que deben reunir quienes ejerzan la importante tarea de administrar justicia⁽¹²⁰⁾.

.....
 otorga mayor puntaje a quien ha ejercido (positivamente) la función para la cual concursa, aunque ello haya ocurrido accidentalmente, como en el caso de las subrogancias —y si no lo hace formalmente (por prohibición legal), en los hechos, esto es algo se valora al momento de decidir quiénes integrarán la terna que se debe elevar al PEN. Estas situaciones —en las que se autoriza la designación de un aspirante para ocupar el mismo cargo para el que se está postulando— pueden afectar negativamente no sólo el servicio de justicia, sino el mismo concurso, favoreciendo a unos en desmedro de los demás concursantes.

(119) Ley 26.484 (B.O. 08/04/2009), modificatoria del art. 7° del decreto-ley 1285/1958.

(120) Relata Máximo Castro, que “[d]ada la importancia de la tarea de juzgar, encaminada a mantener la tranquilidad y la paz públicas, se concibe lo difícil y delicado de la función de designar jueces, cualquiera que sea la persona, el poder o el órgano encargado de efectuar

Sin embargo, parece que cualquier discusión sobre subrogaciones será sólo otro capítulo de una historia que se asemeja más a un "elige tu propia aventura", que a un proceso en el cual el conocimiento acumulado a través del tiempo permite avizorar una solución definitiva.

Por ello, desde una perspectiva que contemple todas las cuestiones involucradas, entendemos que la salida no reside en la adopción de un modo determinado de cubrir las ausencias accidentales de los magistrados del Poder Judicial (remedio), pues ello no es más que otra demostración (síntoma) del verdadero problema: la organización judicial mediante órganos administrativos autónomos con mayor preeminencia que la persona del juez (enfermedad).

Dos puntos neurálgicos se unen para arribar a esa conclusión. En primer lugar, un sistema compuesto por estructuras independientes genera que, en todo momento y por los motivos más diversos (licencias por enfermedad, vacaciones, recusaciones, inhibiciones, renunciaciones, jubilaciones, etc.), haya más órganos que jueces. Es de lo más natural que la persona-juez en determinadas circunstancias no pueda concurrir a prestar funciones. No obstante ello, los entes administrativos (juzgados, salas, vocalías, etc.), dotados de una planta de personal propia que actúa independientemente de esa circunstancia, nunca suspenden sus actividades. Este diseño, sumado a la forma en que se distribuye el trabajo entre los órganos judiciales (por causas, como si los mismos expedientes fueran compartimentos estancos)⁽¹²¹⁾, deberían ser el punto de partida para la búsqueda de soluciones.

No existe ningún impedimento constitucional para pensar y diagramar la organización de justicia alrededor de las personas elegidas para decidir las controversias. Sólo debemos desarmar un edificio construido sobre unidades administrativas que, si bien en otro momento pueden haber resul-

el nombramiento. Las cuestiones relativas a las condiciones generales que deben reunir los magistrados, han sido en todos los tiempos y en todas las épocas objeto de largas exposiciones y de consideraciones de los tratadistas y de los hombres de estudio" (del mencionado autor, ob. y tomo cit., p. 104, cfr. también pp. 105/108).

(121) La "cultura del expediente" ha degenerado en un concepto sin sentido como el de "el juez de la causa", lo cual produce enormes disputas en el terreno de la imparcialidad del juzgador.

tado útiles, hoy se presenta como un marco conceptual arcaico en orden a lograr un sistema de administración de justicia eficaz. Más cuando ésta se debe concebir como un servicio que el Estado tiene que brindar a la sociedad y no como una de las burocracias que administra poder.

Como segunda cuestión, resulta evidente que en un sistema que legitima la delegación de funciones y despersonaliza la función jurisdiccional, que quien subrogue al juez titular sea un abogado o un funcionario judicial, o que el método o autoridad que así lo ha decidido sea de base constitucional o legal, no tiene mayor importancia. En última instancia, el contacto directo con las partes y sus peticiones lo tendrán empleados y funcionarios que no han atravesado el complejo método de selección de los magistrados. En ese sistema, la intervención de los jueces —únicos legitimados para decidir los casos (art. 116, CN)— será, en la mayoría de los casos, meramente formal.

El argumento de la idoneidad que garantizaría el sistema de selección de magistrados sólo tiene sentido si, quienes han sido elegidos para ser jueces, actúan distribuyendo justicia personal e inmediatamente. Cualquier solución jurisdiccional a esta situación, por más tajante que sea percibida por sus ejecutores, dejará libre un flanco tan grande que socavará su propia legitimidad, dado que será tomada frente a un sistema de organización de justicia que requiere de ficciones para funcionar. Ideas para desandar ese camino no faltan. Sólo a modo de ejemplo, el “Proyecto Maier” de 1986 —que se ocupaba tanto de la reforma procesal como de su implementación con leyes respectivas— preveía que los jueces podían tener *un solo empleado permanente* (no abogado) y, para la realización de otro tipo de tareas que requirieran de más personal, debían pedirlo informalmente a la oficina de administración⁽¹²²⁾.

El final nos parece claro. Las soluciones que se requieren frente a las ausencias de magistrados nombrados conforme al procedimiento constitucional descansan en el terreno de las políticas públicas sobre el Poder Judicial; los límites son los de la voluntad, pues la Constitución Nacional permite un gran margen de acción al respecto. Al menos desde los tiempos que

(122) Cfr. “Anteproyecto de ley orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público” –citado–, § 33 (pág. 30) y todo el capítulo titulado Personalización en la Exposición de Motivos (págs. 12 a 15).

hemos reseñado, cada vez que hay una emergencia la respuesta que se propone es “crear más juzgados” u “obtener más contratos de empleados o funcionarios” y no “designar más jueces”⁽¹²³⁾. Creemos que, ya hace mucho, ha llegado el tiempo de evitar las respuestas instintivas.

Hay un viejo dicho que circula en el ámbito de los tribunales e infunde grandeza a cuanto empleado y funcionario quiere escucharlo: “Un juez sin juzgado no puede trabajar, pero un juzgado sin juez trabaja igual”. Si bien hemos llegado al final de este trabajo, no hemos logrado calmar las inquietudes que nos guiaron desde el inicio: ¿cuándo se desnaturalizó el sistema y pasó a ser más importante la estructura detrás de un juez que el propio magistrado? En todo caso, lo que sí tenemos claro es que la respuesta a este interrogante no se encuentra en una eventual solución al problema de las subrogaciones (que obviamente debe recibir una respuesta en la coyuntura), sino que debe buscársela en el propio diseño de un sistema de organización judicial que —ni siquiera— requiere de jueces subrogantes para subsistir, porque los órganos “tribunal” o “juzgado” no resuelven causas sino que son jueces de carne y hueso los que deben hacerlo.

(123) Téngase en cuenta que no existe —ni existió alguna vez— algún obstáculo para que dos, tres o más jueces trabajen con la asistencia de una misma secretaria. Claro que el eje de suponer una situación semejante se encuentra en la absoluta prohibición de la delegación de funciones, es decir, en la personalización de la labor jurisdiccional. Y el mejor modo de agilizar el trabajo, acortar los tiempos de duración de los juicios y evitar la delegación del trabajo por parte del juez es implementando la oralidad en todas las etapas del proceso. Piénsese tan solo en las estadísticas de la Cámara del Crimen —único tribunal con asiento en la CABA que aplicó sin miramientos la reforma legislativa que ordenó oralizar el sistema recursivo (ley 26.374 B.O. 30/05/2008; cfr. también la investigación dirigida por MARCHISIO, Adrián O. (dir.) “La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal federal”, Secretaría Gral. de Coordinación Institucional, PGN, 2010)—, que indican que, desde el ingreso del caso en el tribunal de apelaciones hasta su efectiva finalización, un asunto sin detenidos, tarda veintidós días promedio en resolverse (cfr. Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, 8ª Entrega Temática “El desafío de la oralidad”, Parte II, disponible en www.pjn.gov.ar —Fueros Nacionales, Just. Nacional en lo Crim. y Correccional, Secretaria de Jurisp. y Biblioteca, Entregas temáticas—). Mientras que —conforme hemos constatado en nuestra labor diaria—, ante la Cámara Federal un recurso puede llegar a demorar ocho meses; y, ante la Cámara Federal de Casación Penal, se han advertido demoras de hasta veintitrés meses (cfr. Ministerio Público Fiscal, Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado “Informe sobre demoras en Casación para la revisión de sentencias de juicio” del 01/12/2010, pág. 2; disponible en http://www.mpf.gov.ar/Accesos/DDHH/Docs/recursos_casacion_pendientes.pdf).

¿Justicia colonial o justicia democrática?

El colegio de jueces como herramienta de un nuevo paradigma de organización judicial

por **DIEGO GARCÍA YOMHA**⁽¹⁾ y **SANTIAGO MARTÍNEZ**⁽²⁾

I | Introducción

La cuestión de la subrogancia de jueces es un problema que se relaciona directamente con el modelo de organización judicial que se adopta. En el trabajo de Juan Pablo Iriarte y Nahuel Perlinger que nos antecede en esta publicación, ha quedado claramente demostrado que los conflictos penales que se suscitan en el ámbito de la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires y federal de todo el país (pero que, no está de más decirlo, se traslada también a los demás fueros) se deben al vetusto modelo que prevén no sólo el CPPN, sino también las leyes 24.050 y 24.121 que continuaron con el diseño seguido a partir de las leyes 27, 48, 4055 y 4162.

El proceso actual de designación de jueces no permite cubrir rápidamente las vacantes existentes en los órganos jurisdiccionales y se debe recurrir a

(1) Abogado (Universidad de Buenos Aires). Investigador del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP)

(2) Abogado (Universidad de Buenos Aires). Investigador del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

distintos artificios para poder dar respuestas concretas a los asuntos que se presentan diariamente en los tribunales. Así, muchas veces, nos encontramos frente a "(...) ese Frankenstein inexplicable del juzgado sin juez que continúa funcionando bajo la ficción del *como si*"⁽³⁾.

Por ese motivo, un cambio en la estructuración del Poder Judicial puede resultar un mecanismo útil para solucionar el problema que se discute en esta oportunidad. Ahora bien, los temas vinculados a la organización del sistema judicial no suelen ocupar un lugar central en los ámbitos académicos ni en el seno de los operadores judiciales. Esto sucede, generalmente, porque no se lo identifica como un tema "estrictamente procesal" o porque el diseño de un nuevo modelo suele estar condicionado a la discusión política de una reforma integral del proceso penal; circunstancia que se observa lejana y abstracta.

Este trabajo intentará mostrar cómo la organización a través de colegios o *pool* de jueces puede ser útil para lograr un cambio adecuado. A su vez, para finalizar, se describirán tres modelos distintos que se encuentran vigentes en el país para mostrar a quienes se oponen a que es posible gestionar los conflictos penales de una manera diferente, garantizando los derechos de los ciudadanos que son llamados al proceso penal.

II | Cambiar para que nada cambie: nuevas normas, viejas prácticas

El devenir de los procesos de reforma de nuestro país y del resto de América Latina da cuenta de que el mejor código procesal penal no tendrá resultados favorables si no se produce una transformación radical de las normas que organizan el poder judicial y los ministerios públicos. Hace más de dos décadas, Julio Maier señalaba que no era posible poner en vigencia un Código Procesal Penal sin una nueva ley de organización⁽⁴⁾.

(3) PEREZ GALIMBERTI, ALFREDO: "Noticias sobre la organización del colegio de jueces en la provincia de Chubut" en www.pensamientopenal.com.ar, p. 3.

(4) Cfr., *Hacia una nueva justicia penal en Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1988, Cuaderno n° 2, p. 5.

Por lo tanto, como afirma Bruzzone, "(l)a gran revolución se dará cuando se sancionen las leyes orgánicas"⁽⁵⁾.

Los procesos de reforma de primera generación tuvieron como objetivo pasar de un sistema mixto a uno acusatorio y se concentraron en el traspaso de la investigación al ministerio público fiscal⁽⁶⁾. En algunos casos, se pudo avanzar un poco más y se logró introducir el principio de oportunidad como herramienta para descongestionar los sistemas de justicia⁽⁷⁾; lo que constituyó un gran avance frente a la concepción inquisitiva que sostenía la aplicación del principio de legalidad a ultranza. Este gran paso que se logró, en rigor de verdad, no generó las expectativas puestas en el cambio del sistema pero, antes bien, sirvió para consolidar algunos aspectos que desde la academia se venían reclamando en pos de un proceso más cercano a los estándares constitucionales.

Uno de los motivos por los que no se advirtió una modificación sustancial se debió a que, en su esencia, el modelo de enjuiciamiento siguió siendo el mismo. Si bien la investigación cambió de manos, se repitió la misma forma de trabajar que tenían los jueces de instrucción (por ejemplo: utilización del expediente, fiscalías organizadas en forma independiente replicando las estructuras y organización del poder judicial) y el órgano jurisdiccional continuó tomando decisiones escritas y por delegación de funciones. Por su parte, el expediente continuó siendo el actor principal del proceso; determinando la forma de gestión de los casos.

El nuevo diseño debía ofrecer un sistema completamente diferente, dinámico y flexible que garantice eficacia, eficiencia y respete los principios y

(5) Cfr. la entrevista realizada en <http://www.diariojudicial.com.ar/reportajes/La-gran-revolucion-se-va-a-dar-cuando-las-leyes-de-organizacion-judicial-se-modifiquen-20110801-0035.html>

(6) Sobre esta cuestión, el libro de JULIO MAIER (*La investigación penal preparatoria del ministerio público*, Buenos Aires/Córdoba, Lerner, 1975) y el trabajo de JOSÉ I. CAFFERATA NORES "La investigación penal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional" en *Doctrina Penal*, Año 10, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 675 y ss.) marcaban claramente la pauta sobre la que había que trabajar varios años antes que se produjera la primera de las reformas.

(7) Al respecto, ver LEDESMA, ANGELA ESTER: "Proceso de reforma procesal penal y judicial. Momentos y ejes rectores" y LANGER, MÁXIMO: "Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia" ambos publicados en AA. VV. "El proceso penal adversarial", tomo II, Santa Fe, INECIP/Rubinzal - Culzoni Editores, 2009.

garantías constitucionales. Para alcanzar esos postulados, se debía trabajar y avanzar en una transformación total que implique la toma de decisiones en audiencias orales en todas las etapas del proceso penal, una investigación penal preparatoria dinámica —sin carácter probatorio— bajo la colección de información a través de un legajo de investigación desformalizado que, al mismo tiempo, permita a la defensa recoger sus propios elementos para llevarlos a un juicio oral, etc. Pero para ello es necesaria la sanción de leyes orgánicas que permitan materializar los nuevos estándares. “En realidad, estructuras organizativas y estructuras procesales constituyen una unidad, difícil de escindir. Al proceso de reforma judicial le ha sido difícil afrontar el cambio de estructuras organizativas junto con las estrictamente procesales y por ello, aun en aquellos países que adoptaron sistemas acusatorios, se está muy lejos todavía del abandono del modelo inquisitivo”⁽⁸⁾.

La sanción de leyes orgánicas dinámicas es vital y definitoria del tipo de proceso que entrará en vigencia. Por eso, a nuestro modo de ver, no puede ser tratada en forma genérica junto al Código Procesal Penal. Con esta afirmación, no sostenemos que debe sancionarse el Código, entrar en vigencia y luego sancionar las leyes orgánicas; sino, lo que planteamos, es que en el debate parlamentario se apruebe primero la norma adjetiva y luego se concentre la discusión en aquellas leyes para que, promulgadas, se comience a trabajar en la implementación. Las normas que regulan los derechos y facultades de las partes son sumamente importantes para tratarlas conjuntamente con la forma de organizar el trabajo.

Superponer la discusión de ambas cuestiones puede traer consecuencias contraproducentes, no sólo por la complejidad de los temas sino porque los intereses en juego son diferentes⁽⁹⁾. No se puede proyectar en forma

.....

(8) BINDER, ALBERTO; OBANDO, JORGE: *De las “repúblicas aéreas” al estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2004, p. 214.

(9) Binder y Obando explican con claridad esta idea al sostener que “No se ha podido avanzar en reformas armónicas en este campo por diversas razones. En primer lugar, porque todavía no se percibe con tanta claridad la influencia del modelo de organización judicial en las deficiencias del sistema como sí se hace con los modelos procesales. En segundo lugar, porque estas reformas atacan intereses corporativos más fuertes y pueden llevar a un total rechazo del proceso de cambio por los actores mismos del sistema judicial. En tercer lugar, porque el impacto de un cambio en la organización judicial junto con el cambio de las reglas procesales obliga a procesos de implementación mucho más difíciles y costosos y no siempre existe suficiente voluntad política de cambio como para asumir los costos de una transformación de este tipo.” (Op. cit. pp. 215 y 216)

preliminar un modelo de organización judicial o de ministerio público sin tener certeza qué regulará el Código Procesal Penal. Además, su discusión del Código Procesal Penal termina siendo, salvo algunos temas en particular (los que suelen vincularse con aquellos que modifican las prácticas de los operadores judiciales como por ejemplo, la oralidad), un planteo técnico sobre cuál es el modelo más adecuado para una jurisdicción y su viabilidad, mientras que los vinculados a la organización son los que, en definitiva, modifican el *statu quo* de la actividad de jueces, fiscales y defensores.

Es por eso que, si se observa la mayoría de los procesos de reforma más modernos —Santa Fe para citar el más cercano—, las discusiones de organización quedaron en una segunda etapa. En otros casos, como veremos, tal vez con menos margen político desde el ámbito legislativo para sancionar nuevas leyes, fueron los propios operadores judiciales, a través de los Superiores Tribunales de Justicia, los que dictaron normas prácticas de organización para acompañar los cambios que postulaba el Código adjetivo y, en algunos casos, superarlos.

Este primer capítulo tiene como objetivo adelantar al lector que el tema no se circunscribe a una cuestión técnica/académica del modelo ideal de justicia sino, antes bien, se entremezcla con intereses del Poder Judicial que actúa como un cuerpo orgánico en este tipo de debates⁽¹⁰⁾. La discusión de este aspecto puede asimilarse —llamativamente— a las resistencias que se presentan cuando se pretende introducir el juicio por jurado. Esta reacción no la consideramos negativa sino que forma parte de las reglas de juego de todo proceso político que debe generarse si, como sociedad, nos interesa profundizar el debate e intercambiar ideas como ejercicio democrático. Binder, con la agudeza que lo caracteriza, concluye en base a un análisis de dos décadas de política judicial en democracia que "(a) sí como es evidente que existe una fuerte tendencia proclive a la transformación y fortalecimiento del Poder Judicial existe otra, también evidente y fuerte, que busca perpetuar las formas de sometimiento,

.....
(10) Se sostiene, en este sentido, que los cambios organizacionales generan una mayor irritación en los planteles profesionales y, en momentos en que es necesario contar con algún apoyo interno, no se ha creído conveniente poner énfasis, precisamente, en el tema que menor adhesión interna suscita. Ello habría arrastrado a otros temas de la reforma judicial. Lo que significó un grave error en términos estratégicos (Binder, Alberto; Obando, Jorge, Op. cit., p. 255).

manipulación y debilidad de ese mismo Poder. Estas dos tendencias se manifiestan en múltiples ámbitos (...) y ello dificulta el debate de ideas, la confrontación de intereses y el establecimiento de alianzas y programas de cambio reales y no retóricos”⁽¹¹⁾.

III | El sistema inquisitivo de la organización judicial: desde la colonia a la experiencia del CPPN y su estructuración

El problema de la organización del sistema de justicia penal es de gran magnitud en razón de que los modelos dominantes son, junto con las estructuras judiciales, las principales vías de conservación del patrón cultural inquisitivo. Éste constituye el factor principal de resistencia al cambio como así también la inadecuación respecto a los sistemas republicanos y democráticos⁽¹²⁾.

Nuestra organización es producto, como sabemos, de la herencia de la cultura inquisitiva continental europea. Los españoles, que trajeron ese modelo a la colonia, lo habían heredado a su vez de los franceses que buscaban, a través de estos sistemas, mantener el poder que habían conquistado con sus ejércitos. En esta lógica, y desde la vigencia del sistema inquisitivo, se había diseñado una estructura piramidal⁽¹³⁾ y la administración de justicia era entendida como una de las atribuciones del poder real, delegada en los funcionarios especializados⁽¹⁴⁾ que también se organizaban verticalmente y por jerarquías. “El poder de administrar justicia, como integrante de la soberanía, residió en el rey. Cuando él pudo imponer ese

(11) BINDER, ALBERTO M.: *Política Judicial y democracia*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2011, p. 44.

(12) BINDER, ALBERTO Y OBANDO, JORGE: Op. cit., p. 255

(13) MORA MORA, LUIS PAULINO: “La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, organización actual y perspectivas futuras” en *Sistemas Judiciales* n° 13, INECIP/CEJA, Buenos Aires, 2008, p. 40.

(14) Al respecto, PÉREZ GALIMBERTI, ALFREDO: “La organización de la justicia penal y la Constitución del Chubut” en *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la provincia de Chubut* n° 6, Trelew, 2002.

poder absoluto delegó ese poder en tribunales y funcionarios permanentes y organizó esta delegación jerárquicamente. Allí se halla la razón principal de la posibilidad de recurrir las decisiones de funcionarios inferiores de la organización, porque la potestad de juzgar pertenecía, en definitiva, al rey, y la queja sobre el proceder de sus funcionarios debía regresar a él, en una suerte de *devolución* del poder delegado”⁽¹⁵⁾.

Ahora bien, la emancipación política de España dejó, sin embargo, intacto el procedimiento que la metrópoli aplicó en las colonias⁽¹⁶⁾. La Revolución de Mayo no produjo cambios radicales ni en los procedimientos judiciales, ni en la organización de los tribunales. El orden jurídico funcionó con leyes coloniales y costumbres que no se opusieron a la normativa que surgía como respuesta a las necesidades existentes. Así, “(...) las instituciones judiciales sufrieron una lenta evolución con una ‘continuidad substancial’ entre lo indiano y las expresiones jurídicas patrias, donde el elemento jurídico hispánico sirvió como cauce a las novedades brindadas por el ideario liberal, con permanentes contradicciones entre las expresiones doctrinarias y la práctica, y la continuidad de la herencia jurídica recibida, manteniendo hábitos y prácticas”⁽¹⁷⁾.

La variación político-institucional ocurrida a partir de la sanción de la Constitución Nacional no pudo romper con ese legado, de modo tal que no se reflejó en los instrumentos legislativos prácticos que se dictaron para poner en marcha los ideales del constituyente en la transformación de la administración de justicia penal. Por el contrario, se ratificaron las instituciones procesales⁽¹⁸⁾ y sus mecanismos de aplicación. El legislador, en cada oportunidad que tuvo para dictar las normas procesales y de organización, se inclinó por el sistema más alejado del paradigma constitu-

(15) MAIER, JULIO B. J.: *Derecho procesal penal I. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, p. 295.

(16) MAIER, JULIO B. J.: *El proyecto de Código Procesal Penal de la Nación en Doctrina Penal, Cuaderno 1*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 651. Del mismo, *Derecho procesal penal I. Fundamentos* op. cit., p. 392. Comparten esta posición, PÉREZ GALIMBERTI, ALFREDO, op. cit., p. 3 y LEDESMA, ANGELA E., Op. cit., p. 16.

(17) CORVA, MARÍA ANGÉLICA: La justicia en la primera década revolucionaria en *Revista de Historia del Derecho* n° 39, Buenos Aires, 2010, Disponible en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1853-17842010000100003&script=sci_arttext.

(18) MAIER, JULIO B. J., op. cit., p. 651.

cional⁽¹⁹⁾. De esta manera, el sistema legal argentino quedó en una disociación entre un sistema constitucional inspirado en la matriz anglosajona (juicio oral, público y por jurados)⁽²⁰⁾, y el procedimiento y organización de corte inquisitivo.

Esta circunstancia no ha sido privativa de la República Argentina sino que los modelos de organización judicial que existen en la gran mayoría de los países de la región conservan esa misma estructura colonial e, inclusive, esa modalidad ha sido menos criticada que otros sectores que también conservan esas viejas formas (los procesos). Esto significa que no sólo se encuentran casi intactas las formas coloniales, propias de la monarquía absoluta, sino que ellas son aceptadas como si fueran el único modo de organización posible⁽²¹⁾.

“La vocación inquisitiva de los procedimientos jurisdiccionales, en boga en la época en la que se produjo la colonización, nos fue trasladada y ella sirvió de base también para la organización de los poderes judiciales y los tribunales en donde la jerarquía es la base de todo el sistema. Como ha sido constantemente señalado, el Poder Judicial ha poseído históricamente una estructura de naturaleza vertical lo cual significa que el juez es el jefe o director de su despacho y sobre él se estructura un modelo piramidal que culmina en la Corte Suprema de Justicia (o el a veces llamado Tribunal Supremo) cuyo nombre resulta ser claramente indicativo de su labor y posición”⁽²²⁾.

A su vez, se estructura una justicia verticalizada en la que existe una cúpula que domina todo el sistema y, en consecuencia, puede dar órdenes,

(19) GARCÍA YOMHA, DIEGO Y MARTÍNEZ, SANTIAGO: “El miedo a la Constitución Nacional” en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal n° 7*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2011, p. 127 y ss.

(20) PÉREZ GALIMBERTI, ALFREDO, op. cit., p. 3.

(21) BINDER, ALBERTO; OBANDO, JORGE, op. cit., p. 209.

(22) MORA MORA, LUIS P., “Algunas observaciones sobre gestión judicial en América Latina” en AA.VV., *América Latina Hoy*, vol. 39, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2005, p.126.

incluido en el ámbito jurisdiccional⁽²³⁾ y así se generan prácticas de control sobre las decisiones de los magistrados considerados inferiores⁽²⁴⁾. En esta lógica, el expediente es por antonomasia el mecanismo para llevar adelante esa actividad. El objetivo central de la minuciosidad del registro que lleva ínsito el sumario no está dado por el conocimiento de los sucesos, sino por la vocación de controlar la participación de cada uno de los funcionarios intervinientes, sobre todo de los que se hallan en los puntos más altos de la pirámide jerárquica de la organización judicial⁽²⁵⁾. Esto es, el expediente se relaciona con la lógica vertical del ejercicio del poder y el control de la burocracia judicial.

Esta organización de la jurisdicción pensada para un sistema inquisitivo se identifica, en la actualidad, con los códigos mixtos y con casi la totalidad de los códigos acusatorios de primera generación⁽²⁶⁾. De ahí que, si queremos distinguir los aspectos más sobresalientes nos encontramos con una instrucción escrita, regida por la burocracia del expediente, donde la toma de las decisiones se hace con ausencia de contradicción o a través de sistemas de vistas y traslados que no garantiza un debate adecuado (pues se discute intercambiando papeles), una fuerte presencia de delegación de funciones en los funcionarios y empleados, una investigación a cargo de un juez con un fiscal dictaminador (o un fiscal investigando como si fuese un juez de instrucción en los códigos acusatorios de primera generación). En la etapa intermedia se aplica la misma lógica de trabajo y en los juicios orales, producto de la vigencia del expediente y el valor probatorio que se le asigna a la información allí colectada, suele ser una reproducción de lo que sucedió en la etapa anterior⁽²⁷⁾.

.....

(23) MORA MORA, LUIS P., op. cit., p. 40. El autor agrega que "(e)sa organización jerarquizada origina, a su vez, una justicia delegada en donde lo que interesa es lo que piensa el que delega y no a quien delega".

(24) MAIER, JULIO B.J.: *Dimensión política de un poder judicial independiente en NDP, 1998/B*, Buenos Aires, Editores del puerto, 1998, p. 499.

(25) CEVASCO, LUIS J.: "Reforma Procesal para una mayor eficacia en la Investigación", en AAVV XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 608.

(26) Este no es un dato menor; lo que demuestra, como un elemento más, que el sistema no se modificó en su esencia y la cuestión se ha instalado a nivel cultural a punto tal que pareciera que no hay otra forma diferente de organizar al Poder Judicial.

(27) Para un análisis de las críticas al desarrollo del debate ver AHUMADA, CAROLINA Y GARCÍA YOMHA, DIEGO (dir.): "Relevamiento sobre el funcionamiento de los tribunales orales en lo

Las características de la organización judicial, tomando como ejemplo el fuero nacional/federal, puede caracterizarse en:

- a. Vertical.
- b. Jerarquizada.
- c. Dividida por Juzgados, Cámaras de apelaciones separadas por Salas, Tribunales Orales.
- d. División por Fueros especiales (Criminal, Correccional, Menores, Penal tributario, Penal económico, Federal) presentes en la etapa de instrucción, en las Cámaras de Apelaciones y en los tribunales orales.
- e. Dos Cámaras de Casación, la federal y la nacional⁽²⁸⁾.
- f. La justicia de ejecución

En ese esquema los Juzgados, Cámaras y Tribunales Orales poseen una planta de empleados propia con cargos de funcionarios y empleados que son asignados exclusivamente para esos órganos jurisdiccionales. La causa ingresa a un determinado "Juzgado", "Sala de Cámara" o "Tribunal", y de allí en más comienzan los empleados y funcionarios a tramitar lo que corresponda (colectar prueba, disponer actos preliminares del juicio o la tramitación de los recursos) y los jueces se expiden en autos, decretos o resolución siempre dentro de un expediente⁽²⁹⁾. En este sentido, la orga-

.....
criminal de la ciudad de Buenos Aires" en www.inecip.org.

(28) Sobre esta última si bien se creó una ley a la fecha de este trabajo no se puso en funcionamiento.

(29) Como resulta obvio, la organización administrativa debe también responder al tipo de producto que, se espera, entregue la institución. La organización tradicional de los sistemas judiciales en la región es funcional al tipo de justicia que tradicionalmente ha sido impartida: una de tipo burocrático en que lo característico de la función judicial es el procesamiento y acumulación de papeles que van constituyendo el expediente. Toda la gestión gira en torno a ello: recepción de documentos, archivo, dictado de resoluciones, registros, etc. Los cambios de gestión de los últimos años se han desarrollado a la par que el tipo de justicia que se espera entregar ha ido transformándose producto de reformas sustanciales al quehacer judicial que más adelante serán analizadas pero que, en lo fundamental, consisten en la incorporación de la oralidad y la inmediatez como forma exclusiva de desarrollarse la tarea jurisdiccional. (VARGAS VIANCOS, JUAN E.: "Reformas Institucionales para fortalecer los sistemas

nización judicial dividida por órganos estancos, pétreos y poco flexibles responde a la lógica del trámite del expediente. Por ello todo el sistema de organización se vale para gestionarlo, aun en las etapas del juicio oral. De esta forma, la estructura de los órganos jurisdiccionales está identificada por la parte administrativa del "Juzgado", el "Tribunal" o la "Sala de Cámara" y los jueces que lo integran pasan a formar parte de manera estable y permanente en un compartimiento estanco.

En ese contexto, una organización judicial como la que presenta este sistema, y la mayoría de los ordenamientos procesales provinciales, termina siendo funcional a una práctica inquisitiva fuertemente arraigada⁽³⁰⁾ que basa la pervivencia en estructuras de organización y gobierno rígido, vertical y burocrático. Estos no son defectos de la administración de justicia, sino la continuidad de la tradición inquisitorial propia de la Colonia que genera una matriz político-estructural que es necesario revertir para adecuarla a los modelos judiciales del tipo republicano-liberal⁽³¹⁾. Podemos constatar, entonces, que no ha cambiado sustancialmente la forma en la que la Corona dispuso la organización y competencia del poder judicial⁽³²⁾.

En definitiva, se advierte que cuando hablamos de la organización judicial vigente, la mayoría de los sistemas de nuestro país se identifican claramente con un modelo inquisitivo que sirvió como estructura para un contexto político que no es el actual. En este sentido, la reflexión a la que arriba Luis Paulino Mora Mora es sumamente interesante en cuanto a endilgar responsabilidades en quienes impusieron su cultura y la ausencia de auto-crítica en mantener el *statu quo*. El autor indica que "(...) gran parte de los males que aquejan a la justicia latinoamericana son el producto necesario

de justicia y el Estado de Derecho en América Latina" en AA.VV. *Temas de derechos humanos en debate* Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Instituto de Defensa Legal, 2004, p. 311 y ss.).

(30) En este punto queremos dejar planteado, tal como lo hicimos en la investigación de juicios orales ya citada, que la organización sea funcional no significa que sea correcta. Por el contrario, en esa investigación hemos demostrado que por ejemplo, la organización poco flexible de los Tribunales Orales genera que la toma de decisiones no sea dinámica y torna obsoleta la gran estructura pensada para realizar juicios orales u otras decisiones jurisdiccionales.

(31) BINDER, ALBERTO M., op. cit., p.23.

(32) MORA MORA, LUIS P., op. cit., p. 126.

de un diseño de administración judicial que nos fue heredado de la época colonial. Esa realidad no conlleva reproche alguno a la acción de los españoles; simplemente así sucedió y era lo normal, pues los encargados de la autoridad debían administrar la justicia, y lo lógico es que lo hicieran de la forma que conocían. **Si de reproches se trata, debemos hacérmolos los latinoamericanos, quienes no hemos tenido la diligencia necesaria para buscar nuevas formas de organización, con la eficiencia y eficacia que le es exigible a un servicio público**" ⁽³³⁾.

IV | Breves nociones sobre el sistema adversarial y la estructura judicial adecuada.

En el punto anterior quedó claramente establecido cómo se estructura el modelo inquisitivo de administración de justicia penal. El modelo procesal establecido por el constituyente responde a un sistema adversarial cuya lógica es totalmente diferente.

En primer lugar, el concepto de delito aparece relacionado con la noción de conflicto. Las partes presentan al juez un determinado problema penal en busca de una solución real y efectiva. Por lo tanto, se abandona la idea de búsqueda de la verdad absoluta o real como un imperativo para el juzgador. Esto tiene que ver, básicamente, con el cambio en la gestión y concepción del proceso penal y con la reformulación del papel que deben desarrollar cada uno de los sujetos procesales. En esta dirección, como sucede en los procesos acusatorios formales, se encarga la investigación al Ministerio Público Fiscal que, sin embargo, la gestiona de un modo distinto ya que el expediente se deja de lado por un legajo desformalizado ⁽³⁴⁾, donde la información que se colecta no posee ningún valor probatorio. La defensa cumple un rol más activo (de acción y no de reacción) y, por lo

(33) MORA MORA, LUIS P., op. cit., p. 40.

(34) GARCÍA YOMHA, DIEGO Y MARTÍNEZ, SANTIAGO: "Lineamientos para una investigación desformalizada. El cambio cultural del expediente al legajo de investigación" en *Revista de Derecho Procesal Penal 2011-1*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 279 y ss.

tanto, no existe problema alguno en que pueda llevar adelante su propia investigación y presentarla en la etapa intermedia.

Por otro lado, las decisiones en todas las etapas del proceso se realizan por audiencias orales, incluso aquellas en las que se presenta una sola parte (v. gr. solicitud de allanamiento), lo que termina generando decisiones de mejor calidad⁽³⁵⁾ desde el momento en que el juez conoce, escucha y observa los planteos y pretensiones concretos de las partes. Este método de resolución de asuntos, a su vez, implica que la respuesta sea más cercana en el tiempo.

En la etapa intermedia se define —también a través de una audiencia oral— si hay mérito para ir a juicio o sobreseer y se discute la admisibilidad de la prueba que se producirá en el juicio oral. De esta forma, la etapa de debate se reduce exclusivamente a realizar juicios orales o acuerdos abreviados, según el tipo de acuerdo al que se arribe (total o parcial).

En este sentido, como se observa, la actividad de los jueces se circunscribe a resolver en audiencias orales todas las peticiones que se le presenten, esto genera que la dinámica de trabajo sea completamente diferente a la que se plantea en los sistemas actuales. De ahí que necesariamente el modelo de organización debe cambiar, no sólo para buscar una estructura más democrática y acorde a los principios de un Estado de derecho, sino también porque la lógica que se plantea en un sistema adversarial exige una nueva forma de trabajar.

En esta dirección, se deben separar las funciones jurisdiccionales de las administrativas. Sobre este tema volveremos más adelante pero, en este punto, es necesario adelantar que para liberar a los magistrados de aquellas últimas los ordenamientos crean un organismo —la oficina judicial— que se encarga de toda la actividad burocrática que se presenta en el trámite de los casos. Esta separación determina que los jueces ya no tengan a su cargo toda la estructura administrativa y que se concentren exclusivamente en resolver los planteos que se les presenten. Es así que este cam-

(35) PALMIERI, GUSTAVO E.: "Algunas reflexiones de política criminal sobre la necesidad de la reforma procesal penal" en *Cuadernos de Derecho Penal* n° 2, Revista del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, General Roca, 2005, p. 219.

bio debe traer aparejada una nueva forma de organización y el colegio de jueces es una estructura que puede responder adecuadamente a la nueva modalidad de trabajo.

V | La organización de la judicatura a través de los Colegios de jueces

Existen varios modelos de organización de Colegios de jueces que difieren radicalmente del actual tipo de estructura del Poder Judicial. La elección entre los modelos que explicaremos más adelante dependerá de la discusión política que se presente y hasta dónde se ésta dispuesto a avanzar en una transformación sustancial del sistema procesal penal. Por ello, es que insistimos en que este tema en particular es el que genera mayor rispidez entre los que pretenden un movimiento reformista que permita visualizar una verdadera modificación y aquellos sectores que, si bien aceptan esta necesidad, postulan cambios moderados o de transición hacia un sistema que parece no llegar nunca.

V.I | Tipos de organización:

COLEGIOS DE JUECES UNIFICADOS. HORIZONTALIDAD PLENA

Maier explica, con claridad, que es propio de una democracia la horizontalización de su Poder Judicial o, al menos, la mayor posible en la organización de sus tribunales. Ello impide las instrucciones internas, dentro de su propio ámbito, disfrazadas a través de la necesidad del *exequatur* superior para que las decisiones de los órganos inferiores sean ejecutables —al menos cuando ellos favorecen al ciudadano frente al Estado—, de recursos promovidos de oficio (consulta) o de sentencias de Tribunales Superiores cuya doctrina resulte obligatoria de acatar para los que ostentan una jerarquía menor. Esta horizontalización supone, además, terminar con los cuerpos de decisión rígidos o fijos, de modo de establecer una suerte de “competencia interna” entre jueces o tribunales colegiados que

pertenecen a una misma competencia territorial y material. Ni siquiera en el caso de los recursos ello es necesario, porque, en ese supuesto, la garantía del recurrente no consiste en esta división, sino en el reexamen de la cuestión, normalmente, por un número mayor de magistrados que aquel que contribuyó a dictar la primera decisión⁽³⁶⁾.

En la misma línea, Vargas Vianco explica que se debe considerar que la independencia judicial, concebida como las condiciones para que las decisiones judiciales sean motivadas exclusivamente por los hechos de la causa, el derecho y la particular valoración del juez, no sólo puede ser vulnerada en forma externa al sistema, pues las presiones pueden ser tanto o más inconvenientes si provienen de superiores jerárquicos que, aprovechándose precisamente de su poder para tomar decisiones administrativas que afectan al inferior, logran imponer sus criterios por vías distintas a las jurisdiccionales. En general, los riesgos a la independencia interna provienen de sistemas organizacionales mal diseñados, más que de sistemas procesales mal concebidos. Es éste un elemento determinante para sugerir que las políticas públicas en el sector judicial se encaminen a establecer una organización administrativa más horizontal del Poder Judicial, funcional con la independencia interna, que evite la construcción de una estructura absolutamente piramidal en su interior⁽³⁷⁾.

Por otro lado, Rivera argumenta que la naturaleza de la función jurisdiccional, es decir, el poder de decidir conforme a derecho no requiere jerarquías. Los jueces deben ser iguales entre sí de forma tal que no debe haber una estructura ordenada jerárquicamente⁽³⁸⁾. Este es un claro concepto que muestra lo que significa el cambio radical de la organización judicial. Una estructura que genere una igualdad entre todos los jueces sin un sistema jerárquico de superiores e inferiores propios de una cultura inquisitiva⁽³⁹⁾.

(36) MAIER, JULIO B.J., op. cit., p. 506

(37) VARGAS VIANCO, JUAN E., op cit.

(38) RIVERA, SNEIDER: "Legitimidad democrática del Poder Judicial" en AA. VV. *Justicia para todos*, Felpad, 1997, p. 71, citado por BINDER, ALBERTO Y OBANDO, JORGE: op. cit., p.212, nota 8.

(39) Así, por ejemplo, la Propuesta de Anteproyecto de Código de Organización Judicial para la República del Paraguay de 2009 establece: Artículo 6.-Horizontalidad. La horizontali-

El ideal de una organización horizontal es, en definitiva, un conjunto de jueces sin ningún tipo de jerarquía que se encuentran a disposición de las partes para intervenir en los casos que se requiere previo sorteo de la oficina judicial. Todos cumplen la misma función, la jurisdiccional y pueden intervenir en cualquier etapa del proceso penal, ya sea en, decisión durante la investigación, la etapa intermedia, el juicio oral, los recursos y la ejecución de la pena. Esto quiere decir que, frente a un planteo concreto, aquella oficina designará a el o los magistrados que deberán resolver la controversia.

Además, este paradigma de estructura orgánica genera la posibilidad de materializar el gobierno judicial con concepciones más modernas⁽⁴⁰⁾, en donde sus órganos representativos se establecen a través de la votación de sus integrantes independientemente de la función que cumplen.

COLEGIOS DE JUECES CON ROTACIÓN DE FUNCIONES

En un segundo grupo, podemos ubicar al Colegios de jueces que, si bien no rompe completamente con su verticalidad, ésta última no es entendida como en el sistema actual. El modelo establece que los jueces cumplen funciones de acuerdo a las etapas del proceso penal que determina el Código adjetivo, pero rotando sus tareas. Todos los jueces, por un tiempo determinado, trabajarán en funciones de garantías, de juicio oral, de revisión o ejecución. Es decir, durante ese período, el magistrado se concentrará exclusivamente en resolver las cuestiones que se le presenten durante un momento procesal determinado.

.....

dad es el principio fundamental en la organización de los jueces y tribunales. Por efecto del principio de horizontalidad, ningún juez será considerado como inferior o superior a otro. La ley identificará y nombrará a los jueces y tribunales en función a su competencia, quedando prohibida cualquier identificación que denote supremacía, superioridad o rangos de jerarquía entre los jueces. A los efectos de lo dispuesto en los tratados internacionales, se deberá entender como tribunal superior aquel que tiene competencia para revisar los fallos impugnados mediante los recursos previstos por ley. El texto del Anteproyecto se puede consultar en <http://www.cej.org.py/adminn/publicaciones/Propuesta%20de%20Anteproyecto%20de%20C3%B3digo%20de%20Organizaci%C3%B3n%20Judicial.pdf>

(40) Un estudio profundo sobre esta cuestión puede verse en la *Revista Sistemas Judiciales* n° 10, INECIP/CEJA, Buenos Aires, 2006

Esta rotación trae también grandes beneficios a los efectos de garantizar mayor diversidad de criterios y mejora la calidad de la función jurisdiccional, pues el ejercicio de las distintas funciones no va a depender de la postulación a un cargo determinado, como sucede hoy en día, sino de haber demostrado idoneidad —en el concurso correspondiente— para ser designado como juez penal. Esto, a su vez, trae aparejada otra ventaja: al no existir esa necesidad de concursar para ascender en la organización de la magistratura y cambiar de tareas, no quedan espacios vacíos que deben ser completados.

COLEGIOS DE JUECES POR ETAPAS DEL PROCESO PENAL

Este sistema de organización constituye un paso intermedio entre el sistema inquisitivo y el horizontal. Suele presentarse en aquellos lugares donde, si bien se reconoce la necesidad de trabajar bajo una forma diferente, no se produce un cambio radical del sistema, ya sea porque no hay margen político para modificar la ley orgánica, o porque existe una fuerte resistencia de los jueces para no cumplir otras funciones.

El modelo prevé que, en la distribución actual de jueces por jerarquía, se establezcan Colegios en cada una de las instancias. Así, los jueces de garantías forman un Colegio integrado para esa actividad e intervienen indistintamente a medida que se presentan casos para resolver en audiencias. Los jueces de juicio oral y los de revisión, también se agruparán de esa misma manera y conformarán “el Tribunal” o “la Sala” para ese caso en concreto.

Lo importante de este sistema es que se cambia la noción de un juez con “su Juzgado” o de jueces con “su Tribunal” o con “su Sala”. Es decir, se rompe con la estructura feudal que termina favoreciendo la delegación de funciones, se introduce la oralidad como mecanismo para resolver los planteos y se establece una oficina que se encargará de las cuestiones administrativas.

COLEGIOS DE JUECES POR JERARQUÍA

Este último modelo de organización, si bien no rompe con el modelo jerárquico, permite una variante interesante ya que establece dos grandes Colegios de jueces. El primer grupo se encargará de la revisión de las decisiones (apelaciones) mientras que el segundo cumplirá las tareas de garantía, etapa intermedia, juicios orales y ejecución. Con ello, claramente el ideal jerárquico se presenta en distinguir un tipo de juez, el “de cámara” del resto de la actividad jurisdiccional.

El diseño que se presente en cada uno de aquéllos puede ser diferente. En el Colegio de revisión habrá que determinar, en primer término, cómo será el sistema recursivo. Así, entonces, podría conformarse la Sala según los asuntos o según el tipo de recursos. En el otro Colegio podrá decidirse la constitución del Tribunal según el caso o establecerse funciones rotativas por un término determinado.

V.2 | Las cuestiones comunes

Cualquiera de los modelos antes mencionados resulta adecuado en términos de organización, democratización y para prestar un mejor servicio de justicia en función de las nuevas exigencias de un sistema adversarial. La cuestión que unifica a todos ellos es que desaparece o, debería desaparecer, la división de competencia material y territorial, por lo menos en el sentido que se le asigna en los Códigos actuales.

La *competencia* tiene como misión organizar el trabajo jurisdiccional. La Constitución Nacional ha establecido una división según el delito sea o no federal. En el caso que responda a esta clasificación, el Estado Nacional deberá establecer los organismos que llevarán a cabo su juzgamiento mientras que, los que no queden abarcados por ella, serán las provincias las encargadas de llevarlos adelante.

Tradicionalmente, se ha entendido que la competencia ordinaria se distingue en razón de la materia, del territorio, por razones de conexidad y por la función. “La competencia funcional consiste en la repartición de las causas entre diversos jueces, de modo que a un juez corresponde el

poder y el deber de tratar determinadas partes de un procedimiento y, las otras, a otros jueces o de ejercitar en el proceso determinadas actividades". Este criterio presupone la competencia por materia y por el lugar⁽⁴¹⁾. Ahora bien, esta división que traen los Códigos Procesales Penales es, a nuestro modo de ver, equivocada ya que esta es una cuestión que debería estar prevista en ley orgánica del Poder Judicial. Allí es donde se determina la división concreta de la tarea jurisdiccional. La norma adjetiva debería regular sólo la "función" y "límites" que debe tener un juez si decide durante la investigación, la etapa intermedia, el juicios oral, la vías de impugnación o la ejecución.

Ahora bien, y más allá de la discusión en torno a qué cuerpo legal sería el indicado, si la organización judicial establece un Colegio de jueces, la división de competencia por el tipo de delito, el monto de pena o una determinada especialidad deja de existir. Ese tipo de organización es extremadamente rígida y genera desigualdades en la distribución de trabajo. Al mismo tiempo, trae aparejado graves problemas en el tema de subrogancias, tal como lo explicaremos más adelante. La carga de trabajo que afronta el sistema judicial es dinámica y, será aún mayor, si el Ministerio Público Fiscal es quien llevará adelante la investigación.

Si se propone una división de tareas jurisdiccionales de la forma tradicional, ya sea por especialidad o por monto de pena del delito imputado, tal como se ha propuesto algunos anteproyectos de Códigos Procesales (v. gr., el Anteproyecto del Ministerio de Justicia de la Nación del año 2007), se está presentando una visión inquisitiva del proceso penal, pues se asimila la especialidad que podría tener quien investiga (el fiscal) con el que debe juzgar. No existe ninguna razón para que los órganos jurisdiccionales se deban organizar de esa manera; pues, en definitiva, eso corresponde en el mejor de los casos al Ministerio Público Fiscal (al crear las unidades de investigación por especialización o flujo de ingreso y salida de casos). Disponer en forma previa toda una estructura por competencia material es, a nuestro modo de ver, equivocado en razón de que se estaría cometiendo el mismo error de la organización refleja, como la que actualmente presenta la acusación oficial, pero al revés. Sería entonces, un Poder Judicial *reflejo del Ministerio Público Fiscal*.

.....
(41) BARTOLONI FERRO, ABRAHAM, *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales*, Santa Fe, Ediciones Castellvi, 1944, tomo I, pp. 203/204.

Otro de los inconvenientes que trae aparejado la clásica separación de la competencia es que, de antemano, no se puede tener certeza de cuán necesaria será esa división. La dinámica la marca el Ministerio Público Fiscal y por ello, puede suceder que por un tiempo determinado el órgano acusador decida perseguir y llevar a juicios a un tipo de delito y, en otro momento, como parte del diseño de persecución penal inteligente, decida aplicar salidas tempranas. Si la organización de los jueces se hace reflejo a la de aquel organismo, podrá suceder que la carga de trabajo varíe en periodos de mayor o menor actividad, dejando a unos jueces sobrecargados y a otros con poca tarea.

El otro aspecto en común que se da en aquellos modelos de colegios que dejan de lado la estructura piramidal o que rotan en sus funciones, se vincula con las relaciones jerárquicas dentro del Poder Judicial. En un sistema horizontal o de rotación se rompe con el esquema de jueces que revisan decisiones de otros en forma permanente. La revisión de la decisión se garantiza igualmente, tal como lo dice Maier, por jueces distintos que no son necesariamente "superiores" en su función. Esto permite un cambio sustancial en el sistema dado que evita compartimientos estancos en las cámaras de apelación y, consecuentemente, una repetición automática de decisiones que hacen perder la diversidad de criterios. En esta lógica, la doctrina que fije "esa" Cámara se sostendrá hasta que los jueces dejen su función salvo que ese criterio quede sin efecto por otro juez "superior" en la función.

La dinámica de los recursos en un sistema de Colegios permite que la revisión de una decisión sea realizada por otro integrante de ese mismo organismo, pero con una ventaja adicional: al juez que le revisaron un fallo (ese mismo día o en otra semana, mes o año) revisará las decisiones de sus colegas cuando le toque intervenir en esa función.

V.3 | El funcionamiento

Explicar cómo se trabaja en la práctica con un Colegio de Jueces amerita un trabajo separado. Sin embargo, lo que nos interesa destacar brevemente en este ensayo es cómo se lleva adelante la relación entre el Colegio de jueces, la oficina judicial, las partes y las audiencias. Como se

dijo, en el sistema adversarial, los jueces cumplen su actividad a través de las audiencias orales. Los beneficios de la oralidad no los desarrollaremos aquí ya que hay un consenso generalizado que demuestra que es la mejor manera para tomar decisiones de calidad, pues se garantizan los principios de inmediatez, contradicción, celeridad, publicidad y transparencia.

Se produce también una modificación en la forma de organizar el trabajo interno, ya que la labor administrativa dentro de los órganos jurisdiccionales (que son los colegios de jueces) es llevada adelante por una oficina judicial que tiene la tarea de organizar las audiencias, convocar a las partes, grabar los audios/videos, realizar las comunicaciones, etc.. Se logra así separar las tareas administrativas de las jurisdiccionales, a diferencia de lo que ocurre en el sistema actual en el que se encuentran entremezcladas y muchas veces alteradas por la delegación de funciones jurisdiccionales en empleados y funcionarios.

El tiempo, juez es un recurso limitado y, como tal, debe ser administrado correctamente para que se logre la mayor cantidad de audiencias posibles. La oficina judicial es la que constantemente está relevando los tiempos de esa actividad y lo hará en función de la proyección de la complejidad de los casos que se deban resolver en las distintas audiencias para, así, programar las restantes. Esta no es una tarea sencilla y ya existe en nuestro país experiencias sobre el funcionamiento de la oficina judicial, como es el caso de Chubut⁽⁴²⁾.

De esta forma, cuando una solicitud de audiencia ingresa a la oficina, ésta se encargará de sortear el juez que debe intervenir en ese caso en concreto y estimar el tiempo de su duración. Si uno observa los procesos de reforma más avanzados en términos de gestión, se visualiza con claridad cómo el despacho del juez (que antes era un escritorio ubicado dentro de un Juzgado, Tribunal o Cámara) es la Sala de audiencias. En ellas, esperan que las partes presenten su caso, aleguen y discutan para luego resolver.

.....

(42) BARROSO GRIFFITHS, RODOLFO D. Y NIETO DI BIASE, MARCELO F.: "Las oficinas judiciales en la provincia del Chubut" en AA.VV. *Primer encuentro nacional de REDEX Argentina*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2009, p. 105 y ss. De los mismos, "La reforma procesal penal en Chubut. Implementación de una nueva gestión judicial" en AA.VV. *Reforma de la justicia en América Latina*, Santiago de Chile, CEJA/JSCA, 2010, p. 93 y ss. DI BIASE, MARCELO F.: "La gestión judicial en el marco de la reforma procesal penal: Su necesaria consolidación" en www.pensamientopenal.com.ar/procesodereforma

En otro orden de ideas, el Colegio de jueces lleva implícitas prácticas más democráticas de representación entre los mismos jueces que hoy en día sólo se encuentran presentes en tribunales que ejercen superintendencia. Como el Colegio se encuentra bajo la administración de una oficina judicial, existen mecanismos para seleccionar el juez encargado o presidente que establecerá las relaciones con la oficina judicial. De lo contrario, la oficina judicial recibiría tantas disposiciones como jueces que integren un Colegio determinado. La elección de quién será el juez presidente, se encuentra garantizada a través de la votación de cada uno de sus integrantes y sólo a través de la persona electa podrá canalizarse las observaciones o directivas hacia la oficina. En otros modelos, quien ejerce ese cargo representa a ese grupo ante toda la jurisdicción provincial en las decisiones de gobierno.

V.4 | Consecuencias y resistencias

El cambio de paradigma trae una determinada cantidad de consecuencias que, lejos de generar consensos, trae aparejadas dudas o resistencias que no suelen aparecer en forma expresa, a través de declaraciones o discusiones públicas, sino que la reacción se materializa con la falta de apoyo político para impulsar un cambio.

Uno de los factores más determinantes se presenta en aquellos modelos de organización de colegios de jueces unificados o por rotación de sus funciones, donde se “pierde” la calidad de “jueces superiores”. En el tipo de organización vertical, la tarea de quien revisa la decisión de otro juez es concebida como de mayor jerarquía en retribución y por la función que cumple en razón de que se le concede la facultad de decidir si lo que otro colega resolvió es correcto o no. En el sistema actual, a nivel nacional/federal, y lo mismo sucede en la mayoría de las provincias argentinas que todavía poseen un sistema mixto o acusatorio de primera generación, existe una mayor división jerárquica y clara entre *los jueces de instrucción (o garantías) y de ejecución y los jueces de juicio y de las cámaras*.

Otra cuestión que también genera resistencia se presenta cuando se plantea la desaparición de “los Juzgados”, “los Tribunales” o “las Salas de la Cámara”. Esta crítica puede tener origen en dos cuestiones diferentes

que se encuentran íntimamente relacionadas. Por un lado, se considera que se pierde una parte importante de la estructura necesaria para el trabajo y, por el otro, la posibilidad de proponer qué empleado o funcionario trabajará bajo su órbita. Las tareas administrativas de los que integran el Colegio son realizadas por el *staff* de empleados que trabajan en la oficina judicial bajo la conducción de su director. Este argumento, en realidad, se relaciona más con la sensación de que pierden una cuota de poder y pasan a formar parte de un grupo de jueces perdiendo identidad e individualidad en su trabajo.

Un tercer aspecto, que se alega como resistencia al cambio es que, con la estructuración en Colegios de jueces, la oficina judicial será la que fije "su agenda", circunstancia que suele ser observada como una injerencia en la actividad jurisdiccional. Debemos decir que este es un argumento que hemos presenciado en cada lugar en el cual hemos presentado el modelo y, al día de hoy, no nos deja de sorprender, pues en definitiva, ¿qué significa "manejarle la agenda"?; ¿por qué es la agenda "de los jueces"?; ¿de dónde surge que es una facultad jurisdiccional fijar sus propios tiempos? Una de las mejores formas de ver este tipo de oposición fue explicada significativamente por Nieto y Barroso⁽⁴³⁾. Los autores señalan que "(e)ste fue uno de los temas más álgidos de afrontar, siendo que la importancia de evitar injerencias arbitrarias en la administración de la agenda judicial era porque la cuestión abarcaba el control de la gestión y la productividad de los tribunales. La oficina judicial debía administrar eficiente y eficazmente el tiempo del juez, y esto tenía que ver con el manejo de la agenda judicial. Los conflictos generados en torno a este asunto se manifestaron en la interpretación que se hizo respecto del alcance del sistema de administración de audiencias, esto es la fijación del día, hora y lugar de realización, en tanto algunos magistrados sostuvieron que se trataba de una cuestión jurisdiccional y por ende de competencia vedada a los directores. Sin duda la cuestión de fondo era la resistencia de que un órgano administrativo 'les maneje su tiempo'. Es claro que el proceso de reforma trajo aparejado un cambio sideral para el juez no sólo desde el punto de vista de la metodología para la toma de decisiones, el más importante sin dudas, sino también en el aspecto de la administración de sus tiempos versus la productividad. Seleccionar el juez que debía intervenir en tal o cual asunto, fijar

.....
(43) BARROSO GRIFFITHS, RODOLFO D.; NIETO DI BIASE, MARCELO F., op. cit., pp. 158/159.

los días y horas en que una audiencia debe ser realizada, son temas, entre otros, que enfrentaron a la gestión con la jurisdicción. Concretamente las amenazas se relacionaron con la pretensión de tener injerencia en los criterios de programación, especialmente para los debates, en la decisión de someter todo pedido de suspensión de audiencia al criterio judicial, dilaciones para días posteriores de las resoluciones jurisdiccionales con afectación de futuras audiencias programadas, impuntualidad en el inicio de las audiencias y otras. En lo referido a la impuntualidad, podemos decir que la importancia del asunto radicaba en que el inicio tardío generaba que el recurso humano y material asignado al evento —*juez y sala*— no podían ser afectados a otro hasta tanto el mismo finalizara. Esto ocasionaba un efecto dominó en la agenda pues las audiencias posteriores también iniciaban tardíamente o, lo que es más grave aún, se decidía postergarlas. A esto se sumaban las quejas de los convocados al acto, especialmente de los particulares que debían asistir a las audiencias, y el consiguiente descrédito en la labor judicial. Para contrarrestar esta amenaza a la planificación de las audiencias resultó apropiado que los directores dictáramos disposiciones adoptando medidas, tal como sucediera en las oficinas judiciales de Esquel y Trelew (resoluciones 14/0839 y 25/0840, respectivamente). Esta decisión, que obviamente abrió un frente de conflicto, demostró ser beneficiosa en tanto permitió a todos los operadores tomar conciencia de qué incidencia tenían sus conductas en la consideración total de las causales de audiencias demoradas. Las medidas adoptadas fueron, **a)** poner a disposición un formulario de queja de inicio tardío para los usuarios del servicio como para las personas citadas, **b)** consignar en el acta de la audiencia qué operador u operadores motivaron el inicio tardío; y **c)** recopilar mensualmente la información, procesarla, elaborar la estadística y darla a conocer mediante la exhibición en carteleras existentes al ingreso de las salas de audiencias.”

En conclusión, los problemas que aquí mencionamos no tienen relación con el planteo teórico de la aplicación de un colegio de jueces sino, antes bien, se identifican con la necesidad de que dentro del Poder Judicial se genere una discusión profunda sobre la necesidad de un cambio del modelo de organización. Para ello, existen espacios muy importantes como son la Asociación de Magistrados, los Colegios de Abogados, las ONGs, los Sindicatos, las Universidades para que debatan en forma clara las diferentes propuestas que pueden presentarse, sin que existan algu-

nas voces más determinantes que otras, en razón de que, en definitiva, el Poder Judicial presta un servicio y, como tal, debe buscar la forma más adecuada de cumplirlo.

V.5 | ¿El fin de la subrogancias?

Uno de los temas recurrentes y problemáticos, en la historia del Poder Judicial, es la subrogancia de los cargos vacantes (definitivos o temporales) que han presentado los distintos Juzgados, Tribunales o Cámaras de nuestro país. A tal punto fue así que, para suplir aquellas vacancias, se recurrió a varias invenciones: a) designar secretarios como jueces; b) que un juez subroga uno o varios Juzgados o Tribunales al mismo tiempo; c) que un juez pase a cumplir tareas ante un órgano jurisdiccional de mayor jerarquía y deje vacante el juzgado para el cual concursó, etc. Esto fue claramente explicado por Iriarte y Perlinger en su trabajo.

Ahora bien ¿dónde reside el problema de las subrogancias? La respuesta no puede ser otra que en el sistema de organización judicial. Tal como lo explicamos precedentemente, estos inconvenientes se presentan cuando nos encontramos frente a una organización basada en compartimientos estancos y poco flexibles. En estos casos, la estructura administrativa pasa a ser más importante que la función jurisdiccional. Y ello se presenta en los sistemas en los que la actividad jurisdiccional está íntimamente relacionada y dependiente de “un Juzgado” “un Tribunal” o “una Sala”. Si un juez, por la razón que fuese, ya no cumple funciones en un determinado Juzgado, el trabajo en ese “Juzgado” seguirá produciéndose aun ante su ausencia en atención a las características que poseen los sistemas escritos, que llevan implícita la delegación de funciones, y el trabajo finalmente saldrá cuando otro juez firme (*por resolución del superior o por ausencia momentánea*).

Las causas que ingresan a “un Juzgado” no son asignadas a un juez determinado, sino a la estructura administrativa, razón por la cual lo que se debe solucionar es que “algún juez” o “alguien que cumpla temporalmente la función de juez” ocupe ese lugar vacante para tramitar las causas que allí ingresan. De esta manera, lo que se debe garantizar es ocupar esa estructura administrativa pues no existe manera alguna de “quitar” las causas que ingresaron a ese “Juzgado”.

Esto demuestra, a las claras, que el sistema prioriza las estructuras administrativas pues las causas que allí tramitan quedarán en ese Juzgado hasta que se logre cubrir finalmente la vacante; lo que demuestra que la estructura carece de dinámica. Con el Colegio de jueces, la cuestión es diferente y más sencilla. No existe el concepto de subrogancia debido a que los jueces se encuentran agrupados bajo la gestión administrativa de una oficina judicial.

La causa ingresa a la oficina judicial y es ésta la que establece el mecanismo de sorteo sobre el juez que debe intervenir. El magistrado, como dijimos, interviene en la audiencia oral para ese asunto y su actividad termina allí; es la oficina judicial la que conoce la cantidad de jueces con los que cuenta y en base a ello, distribuye el trabajo. El concepto de subrogancia no ingresa en este modelo porque el Colegio de jueces entiende a la actividad jurisdiccional como un cuerpo unificado que se encuentra a disposición de los casos que allí ingresan. Entonces, se advierte con claridad la flexibilidad que presenta el modelo de *pool* de jueces.

También se puede presentar la posibilidad de que en una determinada circunscripción el número de jueces sea escaso. En este supuesto, la oficina judicial puede convocar a uno de otra circunscripción para que también resuelva en audiencias orales los casos que ingresan. La diferencia radica en que se cuenta con una organización administrativa que de antemano sabrá y proyectará las demandas que requiere un determinado lugar sin que ello genere una parálisis de la actividad jurisdiccional.

VI | Los modelos vigentes en nuestro país

En este último apartado explicaremos los sistemas vigentes en el país, para enfrentar las críticas de quienes se aferran a los modelos inquisitivos y denuncian que no es posible el cambio.

VI.I | Santa Fe

Una de las jurisdicciones que más avanzó en términos de organización judicial, es la provincia de Santa Fe a través de la sanción de la ley 13.018. La provincia que fue una de las más resistentes en conservar el sistema inquisitivo y la última en derogarlo, hoy se encuentra a la vanguardia de las leyes de organización, optando por uno de los modelos de Colegios antes mencionado.

En lo que respecta a la actividad de los jueces, se establece como principio general (art. 2) que los Colegios de jueces se regirán por los principios de flexibilidad de su estructura organizativa y de rotación de todos sus integrantes, creando las oficinas de gestión judicial para el desarrollo de la tarea administrativa.

La provincia dividió la jurisdicción en dos colegios: uno de Cámara de Apelación, cuya función principal es intervenir en la vía recursiva, y otro de Primera Instancia que se encarga de los actos concernientes a la investigación penal preparatoria, el juicio oral y la ejecución de la pena.

En relación al primero de ellos, cuando deba resolver una impugnación, ya sea para los supuestos de intervención unipersonal o por Sala pluri-personal, la oficina judicial sorteará a el o los magistrados que deberán conocer el caso.

Respecto de los Colegios de Primera instancia, la ley establece que deberán rotar en sus funciones (art. 22) y cumplirán, indistintamente, las tareas de juicio oral, investigación penal preparatoria, ejecución y demás competencias adjudicadas por la ley. Para ello, el Colegio se divide en dos secciones, una específica para realizar juicios orales y la otra para las restantes tareas. La metodología para esta rotación es por sorteo en forma anual.

La flexibilidad del sistema y el diálogo para una mejor administración de justicia se advierte en el art. 25 que establece "Sin perjuicio de los cri-

terios establecidos precedentemente, el Colegio en pleno junto con la propuesta que efectúe la oficina de gestión judicial, podrá modificar la distribución, funciones y asignación de los casos dentro de cada Colegio, en virtud del principio de flexibilización organizativa, siempre que se respete el de rotación y garantice el acceso a la justicia”.

En lo que se refiere a los órganos de gobierno judicial y de gestión interna, se crea la figura del juez coordinador, elegido para cada Colegio, y tiene como funciones:

- I. Ejecutar en lo pertinente las decisiones del Colegio en pleno correspondientes a su Colegio.
2. Aprobar los criterios de gestión y la distribución del personal que le proponga el director de la oficina de gestión judicial.
3. Unificar los criterios de actuación entre la oficina de gestión judicial y los jueces que integren el Colegio en que presta funciones y definir las cuestiones que, a diario, se presenten entre las tareas administrativas y jurisdiccionales.
4. Aprobar el informe de la oficina de gestión judicial que se elevará al Colegio en pleno y evaluar la gestión anual del director.
5. Controlar y, en su caso, corregir, la prestación de servicios comunes por parte de la oficina de gestión judicial.
6. Elaborar un informe anual sobre el resultado de la gestión y eficacia del servicio para presentar al Colegio en pleno.

A su vez, otra referencia clara del proceso democrático que, regulado en la provincia, es lo que la ley denomina “Colegio en Pleno”, que estará integrado, en cada circunscripción judicial, por todos los magistrados penales de Cámara de Apelaciones en lo Penal y de Primera Instancia, y tienen como funciones:

- I. Elaborar y ejecutar la política administrativa de la justicia penal de la provincia conforme los lineamientos determinados por la Corte Suprema de Justicia.

2. Reglamentar dentro de su circunscripción por iniciativa propia o a propuesta del director de la oficina de gestión judicial lo atinente al funcionamiento de los Colegios, en base a las pautas y límites que surgen de la presente ley.
3. Proponer a la Corte Suprema de Justicia la designación y remoción del director de la oficina de gestión judicial del Colegio de la Circunscripción.
4. Aprobar los informes que se elaboren por parte de los Colegios o sus autoridades dentro de su circunscripción.
5. Dictar el reglamento interno para el desempeño de las funciones del Colegio en pleno y de las oficinas de gestión judicial correspondientes a su Circunscripción.
6. Realizar reuniones periódicas con los respectivos órganos del Ministerio Público de la Acusación y del Servicio Público Provincial de Defensa Penal para coordinar las actividades interinstitucionales a fin de agilizar la gestión.
7. Elaborar los proyectos de estructura de la Oficina de Gestión Judicial de su circunscripción y elevarlo a la Corte Suprema de Justicia a sus efectos.
8. Toda otra función que establezca la normativa respectiva.

A su vez, se establece una verdadera representación dentro del Poder Judicial. En cada circunscripción, todos los magistrados penales elegirán anualmente un juez perteneciente al Colegio de Cámara de Apelaciones en lo Penal y otro perteneciente a los Tribunales de Primera Instancia, como presidente y vicepresidente, respectivamente, y ejercerán la representación protocolar del fuero penal de la circunscripción ante la Corte Suprema de Justicia y demás organismos estatales y no estatales. Deberán confeccionar un informe relativo a la gestión, los resultados de la actividad jurisdiccional, los recursos con los que cuentan, la relación con los demás actores del proceso y la independencia judicial que será remitido a la Corte Suprema de Justicia, previa aprobación del Colegio correspondiente en pleno.

Por último, la ley regula las funciones de la oficina de gestión judicial que servirá de apoyo a la actividad de los jueces, para la celebración de las

audiencias y otras cuestiones administrativas, para cada Colegio y se le impide realizar tareas jurisdiccionales.

VI.2 | Chubut⁽⁴⁴⁾

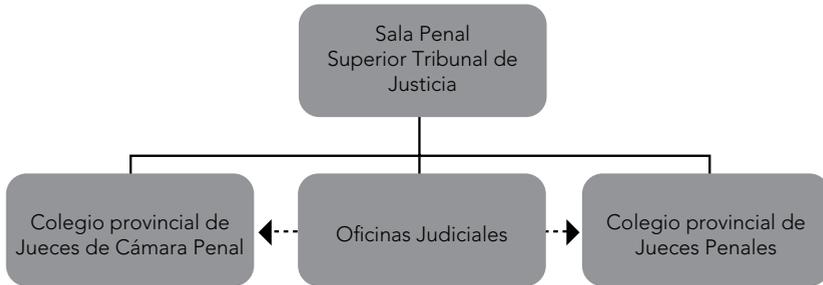
Chubut a nuestro modo ver, representa el ejemplo más paradigmático y avanzado en lo que refiere a la aplicación integral de un sistema adversarial. El resultado de este proceso no es aleatorio sino producto de un consenso político y, sobre todo, de una predisposición de los actores judiciales para comenzar a trabajar de una manera diferente. Así, explican Nieto y Barroso, que el 12 de abril de 2006, representantes de los tres poderes del Estado suscribieron un acuerdo para la reforma procesal y orgánica de la Justicia, en pos del mejoramiento en el servicio público de justicia. Este pacto de Estado sentó las bases esenciales que debían informar las reformas al proceso civil y al penal. En lo que a este trabajo interesa, en materia de organización judicial se acordó, *"(a)decuar las normas orgánicas a fin de instrumentar eficazmente los nuevos modelos normativos adoptados, procurando la organización horizontal de la justicia en lo penal que potencie el servicio y se proyecte en la resolución de las causas en el menor tiempo posible"*.

Tal como lo explican los autores, el sistema previo a la reforma no difería de cualquier organización inquisitiva, vertical y separada por competencias materiales como sucede en la Justicia Nacional. Sin embargo, una de las cuestiones que hace diferente el sistema procesal de Chubut del resto de las jurisdicciones de nuestro país, es que la transformación abarcó el Código Procesal, las leyes orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público y la capacitación de los operadores judiciales.

La estructura quedó organizada por Colegios de jueces, divididos en Cámaras en lo Penal y los jueces penales, todos ellos asistidos por oficinas judiciales⁽⁴⁵⁾.

(44) Para la explicación de la jurisdicción de Chubut, hemos tomado el excelente trabajo BARROSO GRIFFITHS Y NIETO DI BIASE, "La reforma procesal penal en Chubut. Implementación de una nueva gestión judicial", op. cit. Recomendamos su lectura para conocer el funcionamiento del sistema de administración de la oficina judicial.

(45) Cuadro tomado del trabajo BARROSO GRIFFITHS Y NIETO DI BIASE, op. cit., p. 118.



Explican con claridad, Nieto y Barroso que “(e)l Colegio de jueces penales se encuentra compuesto por los ex jueces de instrucción, de niños y adolescentes y correccionales, a los que se sumaron los que se incorporaron con la reforma. El Colegio de jueces de cámara penal, lo integran los antiguos jueces de las cámaras del crimen, no habiéndose incorporado otros. La organización actual es de tipo horizontal y los integrantes de los colegios si bien cumplen funciones específicas en cada circunscripción, tienen jurisdicción en toda la provincia. Se concretó así el postulado constitucional de la existencia de órganos judiciales itinerantes (art. 167, 3er párrafo), por lo que cualquier integrante de un colegio puede ser convocado a cumplir funciones en una circunscripción distinta a donde lo hace habitualmente”⁽⁴⁶⁾.

De esta forma, el Colegio de Cámara, efectúa las atribuciones del art. 71, inc. “a” del Código Procesal Penal⁽⁴⁷⁾, básicamente con funciones de revisión de algunas decisiones, y el Colegio de jueces penales, las del art. 72⁽⁴⁸⁾ del mismo ordenamiento. Ambos constituyen un Colegio para toda

(46) BARROSO GRIFFITHS Y NIETO DI BIASE, op. cit., p. 119.

(47) Art. 71. CÁMARAS EN LO PENAL. TRIBUNALES DE JUICIO. A) Las Cámaras en lo Penal serán competentes para entender: 1) en los recursos del imputado: en contra del fallo de condena, en lo penal y en lo civil, en contra de la aplicación de una medida de seguridad y corrección, en contra de la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba y del procedimiento abreviado; 2) en los recursos en contra de las decisiones previstas en la segunda cláusula del artículo 413; 3) en la concesión de los recursos deducidos por las partes en contra de sus decisiones.

(48) Art. 72. JUECES PENALES. Los jueces penales serán competentes para conocer: 1) del procedimiento de inhibición o recusación de los jueces; 2) del control de la investigación, de las garantías y de todas las decisiones de naturaleza jurisdiccional que se deban tomar durante la etapa preparatoria. El juez que primero previniera continuará entendiendo para el dictado de las medidas investigativas; 3) de las impugnaciones en contra de las decisiones adoptadas durante la etapa preparatoria; 4) de la impugnación de la sentencia contravencional; 5) de los juicios penales; 6) en la aplicación del Libro V de este Código; 7) en el control de la

la provincia. Por otro lado, respecto a las funciones de jueces de ejecución penal, la ley establece un sistema rotativo en forma anual.

Otra de las cuestiones interesantes que presenta el modelo de Chubut, es el cambio en la forma en que se revisan las diferentes resoluciones. En este sentido, "(n)o todas las decisiones judiciales pueden ser objeto de una instancia de impugnación posterior. Mediante una impugnación se procura la revisión de una decisión jurisdiccional por parte de un órgano distinto al que produjo la decisión que se pone en crisis. En primer lugar, debe señalarse que ha desaparecido el viejo concepto de que el control siempre es de tipo vertical, es decir, a cargo de un órgano superior. Actualmente existen distintas vías recursivas siendo de tipo horizontales y verticales. El control horizontal se da en la etapa preparatoria y en la de ejecución, pues la decisión de un juez puede ser objeto de revisión por otros dos o tres jueces (ejemplo, la prisión preventiva, el rechazo de un anticipo jurisdiccional de prueba, la denegación de la libertad condicional, etc.). Cuando integran dos jueces y en caso de discrepancia, interviene un tercer juez a efectos de la resolución final (artículo 3 de la Ley V Nro. 127). Las decisiones en la etapa intermedia, referidas a la denegatoria de conceder la suspensión del juicio a prueba o el juicio abreviado, pueden ser objeto de impugnación ante la Cámara Penal. Si se trata de una decisión de sobreseimiento, se está ante una impugnación extraordinaria que será tramitada ante la Sala Penal. Las decisiones de la etapa de juicio pueden ser impugnadas ante la Cámara Penal (fallo de condena) o ante la Sala Penal (fallo de absolución). A su vez, las decisiones en instancia de la Cámara Penal pueden ser recurridas por vía extraordinaria ante el Superior Tribunal de Justicia, en pleno o ante su Sala Penal. Para la tramitación de los recursos e impugnaciones deducidos, se debe realizar una audiencia oral y pública"⁽⁴⁹⁾. De esta manera, se advierte una forma de organizar la toma de decisiones que permite flexibilizar no sólo la estructura administrativa, sino la forma de tomar las decisiones.

.....
ejecución de las sentencias y de la suspensión del proceso a prueba. Tratándose de la aplicación de las normas del Libro V [artículos 402 a 413], se procurará que los jueces penales que entiendan cuenten con especialización en materia de niños y adolescentes [Artículo 171, C.Ch.]

.....
(49) BARROSO GRIFFITHS Y NIETO DI BIASE, op. cit., p. 124.

VI.3 | Las jurisdicciones de Concordia y Frías

En las provincias de Entre Ríos y Santiago del Estero, entró en vigencia un sistema adversarial en forma progresiva. Ambos lugares tuvieron la particularidad de que los Superiores Tribunales de Justicia dictaron una reglamentación de organización para diseñar un nuevo modelo que permita materializar un verdadero cambio de paradigma.

Ambas reglamentaciones tienen, en su esencia, conceptos similares e introducen la noción de Colegio de Jueces regido por los principios de flexibilidad en su organización, asistidos por una oficina judicial.

En lo que se refiere a la Jurisdicción de Concordia, la reglamentación establece que los jueces de garantías trabajarán bajo un solo órgano colegiado denominado “Tribunal de Garantías de Concordia”, integrado por tres jueces y se designará entre ellos un juez coordinador para establecer la relación con la oficina judicial. Se encargarán de la toma de decisión durante la etapa preliminar e intermedia. Por otra parte, también se organizó por Colegios la vía recursiva y el juicio oral y se lo denominó “Sala Penal de la Cámara de Concordia”. En este caso, la Sala Penal revisa en apelación las decisiones de los jueces de garantías.

Este modelo también se aplicó a la jurisdicción de Frías, pero únicamente en lo que se refiere a la organización de la actividad de los jueces de garantías, receptando los principios generales antes mencionados.

Más allá de la importancia y los principios que regulan ambas acordadas, lo interesante para destacar es la voluntad política de los Superiores Tribunales que, en base a las facultades que les confiere el Código de dictar las normas prácticas de actuación, han logrado romper con la estructura de juez/juzgado y trabajar con oficina judicial y Colegio de jueces.

Si bien en esos esquemas no hay rotación de funciones y sigue existiendo una estructura vertical, lo más importante es que existió un reconocimiento para entender que un sistema adversarial necesita una organización de trabajo por parte de los jueces completamente diferente y, en ese camino, es que ambas provincias parecen tener buenos resultados.

VII | Palabras finales

En el año 1988, Julio Maier y Alberto Binder elaboraron un Anteproyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público⁽⁵⁰⁾ que fue realmente revolucionario. En la exposición de motivos, se señalaba que “(e)l estado actual de las estructuras judiciales en materia penal, caracterizado por el apego a las formas burocráticas de proceder, propias de la Inquisición, no responde, ni política ni prácticamente, a los principios que gobiernan la administración de justicia penal en una república democrática. La simbiosis que existe entre procedimiento y organización judicial torna ilusorio pretender la conversión a un procedimiento penal republicano de estructuras pensadas y formuladas para llevar a cabo un procedimiento autoritario e inquisitivo. La experiencia demuestra que cuando varió el sistema procesal, sin un cambio equivalente en la organización judicial, las viejas prácticas, enquistadas en la rutina de las estructuras burocráticas, terminaron por decolorar el cambio pretendido, impidiendo el desarrollo total de los principios que lo inspiraron”.

La vigencia de estas consideraciones es tal que hoy nos encontramos con que el modelo previsto por el CPPN y las leyes 24.050 y 24.121 generan la necesidad de buscar distintas alternativas frente a las vacancias de los juzgados. El cambio de la norma procesal sumado a la modificación de la forma de gestionar el trabajo permitirá un tratamiento más adecuado de las cuestiones que llegan a los jueces. La estructuración de la función jurisdiccional a través de Colegios o *pool* de jueces resulta una alternativa interesante para la protección de los derechos y garantías de las personas que son traídas al proceso penal.

Sin embargo, para lograr una reestructuración del Poder Judicial es necesario que los operadores judiciales participen de la discusión y, luego de 200 años de historia, logremos erradicar formas de organización que nada tienen que ver con la concepción política de nuestro país.

(50) El texto puede confrontarse en *Doctrina Penal*, Cuaderno N° 2, Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 9/10.



Fuentes citadas

Índice de autores citados

- ABEL SOUTO, M., "Alternativas necesarias frente al punitivismo: probation, suspensión y sustitución de la pena de prisión en el Código Penal español, reformado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio": *Gaceta penal & procesal penal*, 2001 (23), pp. 339/387.
- ACALE SÁNCHEZ, M., "Libertad vigilada", en Álvarez García, F.J., y González Cussac, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 147/158.
- ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Ed. Aranzadi, 2010.
- ACTON, H.B., *The philosophy of punishment*, New York, MacMillan, St. Martin's Press, 1969.
- ARMSTRONG, K.G. The retributivist hits back., in Acton, H.B., op. cit.
- AROCENA, Gustavo; *Delitos contra la integridad sexual*, Ed. Advocatus, p. 182, modificaciones introducidas por la ley 25087 al art. 132 del C.P.
- ASHWORTH A, *Is Restorative Justice the Way Forward for Criminal Justice?* Current Legal Problems, 2001, Vol.54, pp. 347/76.
- BARATTA, Alejandro, *Criminología crítica y crítica al derecho pena*, México, ed. Siglo XXI, 1986.
- BARCLAY G. and TAVARAS C., *Digest: Information on the Criminal Justice System in England and Wales*, London, Home Office, 1999.
- BAUMER E., WRIGHT R, Kristinsdottir and GUNNLAUGSSON H., *Crime, Shame and Recidivism*, British Journal of Criminology, 2002 ,Vol. 41, pp. 40/59.
- BECKETT, Katherine & BRUCE Western, *Governing social marginality: welfare, incarceration and the transformation of state policy*, Punishment & Society, 2001, 3, pp. 43/59.
- BELJERSE, Jolande uit & VAN SWAANINGEN René, *Non-Custodial Sanctions, Dutch Prisons*, en Miranda Boone & Martin Moerings (eds.) The Hague: BoomJu, 2007, pp. 77/98.
- BEYENS, Kristel, Sonja Snacken and Christian Eliaerts, Barstende muren. Overbevolkte gevangenissen: omvang, oorzaken en mogelijke oplossingen. Antwerp: Kluwer, 1993.
- BIANCHI, Herman & René VAN SWAANINGEN (eds.), *Abolitionism; towards a non-repressive approach to crime*. Amsterdam: Free University Press, 1986.
- BIANCHI, Herman, *Justice as Sanctuary; toward a new system of crime control*. Bloomington, Indiana University Press, 1994.
- BLAGG H., *A Just Measure of Shame? Aboriginal Youth and Conferencing in Australia*, British Journal of Criminology, 1997 Vol 37 (4), pp. 481/501.
- BLAGG H., *Aboriginal Youth and Restorative Justice: Critical Notes From the Australian Frontier*, in *Restorative Justice for Juveniles*. A. Morris and G. Maxwell (eds.), Portland: Hart Publishing, 2001.

- BLEGER, José, *Psicología de la Conducta*, 2da. ed., 1ra. reimpresión, Buenos Aires, Paidós, 2009.
- BLUMSTEIN A. and Wallman J. (2000) *The Crime Drop in America*, New York, Cambridge University Press.
- BONDESON, Ulla , 'Levels of punitiveness in Scandinavia: description and explanations', in: Pratt et al., 2005, pp. 189/200.
- BONESANA, César –Marqués de Beccaria-, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Buenos Aires, Helista, 1993.
- BOONE, Miranda & MOERINGS Martin, 'Growing prison rates', in: Miranda Boone & Martin Moerings (eds.) *Dutch Prisons*. The Hague: BoomJu, 2007, pp. 51/76.
- BOUTELLIER, Hans, *Crime and Morality: The significance of criminal justice in post-modern culture*. Dordrecht: Kluwer, 2000.
- BOVINO, Alberto, *Delitos sexuales y justicia penal*, conferencia dictada en el Seminario sobre las mujeres y el derecho penal, 23 de octubre de 1998, inédita.
- BOVINO, Alberto, *La composición como reparación en los delitos de agresión sexual*, en *Nueva Doctrina Penal*, 2001, n° 2.
- BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2001.
- BRAITHWAITE J. (1989) *Crime, Shame and Reintegration*. New York: Cambridge University Press.
- BRAITHWAITE J. (1993) 'Shame and Modernity'. *British Journal of Criminology*, Vol. 33 (1), pp. 1/18.
- BRAITHWAITE J. (1997) 'Conferencing and Plurality: Reply to Bragg' *British Journal of Criminology* Vol. 37 (4), pp. 502/509.
- BRAITHWAITE J. and BRAITHWAITE V. (2001) 'Revising the Theory of Reintegrative Shaming' in E. Ahmed, N. Harris, J. Braithwaite and V. Braithwaite (eds) *Shame Management Through Reintegration*. New York: Cambridge University Press, pp. 39/57).
- BRAITHWAITE J. and MUGFORD S. (1993) 'Conditions of Successful Reintegration Ceremonies' *British Journal Criminology* Vol. 34 (2), pp. 139/171.
- BRAITHWAITE J. and PETTIT Philip (1990) *Not Just Deserts*. Oxford: Clarendon Press.
- BRAITHWAITE, John & PETIT Philip (1990) *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Clarendon.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Ed. Tirant lo Blanch, 2009.
- BRITTO, Lemos, *Os sistemas penitenciários do Brasil*, Rio, Imprensa Oficial, 1923, vol. II.
- BUNGE, Mario, *100 ideas*, Buenos Aires, Sudamericana, 2006.
- BUNGE, Mario, *Las ciencias sociales en discusión, Un perspectiva filosófica*, Buenos Aires, Sudamericana, 1999.
- CAFERRATA NORES, José, "El principio de oportunidad en el derecho argentino. *Teoría, realidad y perspectivas*", NDP, 1996/A, p. 3 y ss.
- CAFFERATA NORES, José, "El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual", *La Ley* 2000-C, 250.

- CARRANZA, Elias, "O modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas e uma política integral de segurança dos habitantes em relação ao delito". en CARRANZA, Elias, Cárcere e justiça penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas, San José, ILANUD, 2010.
- CAVADINO, Michael & DIGNAN James, *Penal Systems: A Comparative Approach*, London, Sage, 2006.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., "Origen y evolución histórica de la prisión", en, *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. y GARCÍA ESPAÑA, E., (coord.) Ed. Comares, 2007, pp. 1/22.
- CEVASCO, Luis J., *Resabios unitarios e inquisitivos en fallos judiciales*, www.eldial.com.
- CID MOLINÉ, J., "Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2004 (12), pp. 215/232.
- CID MOLINÉ, José, y LARRAURI PIJOÁN, Elena, (coord.), *Jueces penales y penas en España* (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal, Ed. Tirant lo Blanch, 2002.
- CID MOLINÉ, José, y LARRAURI PIJOÁN, Elena, *Development of crime, social change, mass media, crime policy, sanctioning practice and their impact on prison population rates*, en Sistema penal & violência: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito PUCRS, 2009, 1, pp. 1/21. Descargado en diciembre 2011 de: <http://revistasletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia>
- CLEMENTE, José L., *Abusos Sexuales*, Córdoba, Marcos Lerner editora, 2000.
- COHEN Stanley, *Visions of Social Control*, Cambridge, Cambridge, Polity Press, 1985.
- COHEN, Stanley, 'The punitive city; notes on the dispersal of social control', *Contemporary Crises*, 1979, pp. 339/363.
- COHEN, Stanley, *Visiones del Control social: Delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona, PPU, 1988.
- CRAWFORD A. and CLEAR T., 'Community Justice: Transforming Communities through Restorative Justice?' in G. Bazemore and M. Schiff (eds.) *Restorative Community Justice*. Cincinnati: Anderson Publishing, 2001, pp. 127/149.
- CREUS, Carlos, "Introducción a la nueva doctrina penal", *La teoría del hecho ilícito como marco de la teoría del delito*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1992.
- CHRISTIE N., *Limits to Pain*. Oxford: Martin Robertson, 1982.
- CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, México, Fondo de Cultura Económico, 1984.
- CHRISTIE, Nils, *La industria del control del delito: ¿La nueva forma de Holocausto?* Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.
- D'ALESSIO, Andrés (director), DI VITO, Mauro (coordinador), *Código Penal: comentado y anotado. Parte general*, arts. 1 a 78 bis, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- DALY K, 'Conferencing in Australia and New Zealand: Variations, Research Findings and Prospects' in *Restorative Justice for Juveniles*, A. Morris and G. Maxwell (eds.), Portland. Hart Publishing, 2001.

- DALY K., 'Restorative Justice: The Real Story' *Punishment and Society*, 2002, Vol. 4 (1), pp. 55/79.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *La sanción de trabajo en provecho de la comunidad*: Ed. La Ley, 1985 (1194), pp. 1067/1076.
- DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal Argentino: parte general*, 2° ed., Buenos Aires, Depalma, 2003.
- DEI, H. Daniel, *La objetividad en ciencias sociales, Un enfoque de epistemología antropológica*, Buenos Aires, Marymar ediciones, 1987.
- DEVOTO, Eleonora "Expropiación del conflicto, reparación del daño causado y probation", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, III, pp. 4/5.
- DEVOTO, Eleonora, *Probation e institutos análogos*, 2da. Ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- DI GIULIO, Gabriel H., "Hipótesis y objetividad en la investigación Penal. Síntesis e imparcialidad en el juicio", en *Derecho Procesal Contemporáneo, Confirmación Procesal II*, Adolfo Alvarado Velloso – Oscar A. Zorzoli, (Dir.), Buenos Aires, Ediar, 2008.
- DÍAZ, Ernesto M. y PEREL, Martín, "El principio de 'igualdad de armas' y su vinculación con el derecho al recurso como garantía constitucional del imputado", publicado en *Eldial.com, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal*, Año XIV, N° 3255, Miércoles, 27 de Abril de 2011, www.eldial.com.
- DOLCINI, E., y PALIERO, C.E., *Il carcere ha alternative?*, Ed. Giuffrè, 1989.
- DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal, Parte General*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2006, Tomo I.
- DONNA, Edgardo A., *Teoría del delito y de la Pena*, 2da. ed., Buenos Aires, Astrea, 1996, tomo I.
- DOTTI, René Ariel, *Problemas atuais da Execução Penal*, In *Revista dos Tribunais*, n. 563, S. Paulo, RT.
- DOWNES, David y HANSEN Kirstine (2006) *Welfare and punishment. The relationship between welfare spending and imprisonment*. London: Crime and Society Foundation. Descargado en diciembre 2011 del sitio: http://www.crimeandjustice.org.uk/opus303/Welfare_and_Punishment_webversion.pdf
- DOWNES, David y VAN SWAANINGEN René, 'The Road to Dystopia? Changes in the Penal Climate of the Netherlands', in, *Crime and Justice in the Netherlands*, Michael Tonry y Catrien Bijleveld (red.). Chicago, The University of Chicago Press, 2007, pp.31/72.
- DOWNES, David, *Contrasts in Tolerance; post-war penal policy in The Netherlands and England and Wales*, Oxford, Clarendon, 1988.
- DOWNES, David, 'Commission on English Prisons Today: Response to Ian Loader: The Political Art of Penal Moderation'. ver texto completo en: http://www.howardleague.org/fileadmin/howard_league/user/pdf/Commission/Penal_moderation_-_David_Downes.pdf

- DUBININ, N.P.; KARPETS, I.I. y KUDRIA-VTSEV, V.N., *Genética, conducta y responsabilidad*, Alcira Kessler y Paula Hernández (trad.), Buenos Aires, Cartago, 1984.
- DURKHEIM, Émile, *Las reglas del método sociológico*, Buenos Aires, ediciones Libertador, 2da. edición, 2006
- ENGBERSEN, Godfried, SNEL Erik y WELTEVREDE Afke, *Sociale Herovering in Amsterdam en Rotterdam: één verhaal over twee wijken*. Amsterdam: Amsterdam University Press/WRR. ver texto completo en: <http://www.wrr.nl/content.jsp?objectid=2814>
- ESCOBAR MARULANDA, G., “Los monitores electrónicos”, en *Penas alternativas a la prisión*, Cid Moliné, J., y Larrauri Pijoán, E., (coord.), Ed. Bosch, 1997, pp. 195/224.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, trad. IBAÑEZ, Perfecto Andrés, Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C., NUÑEZ PAZ, M. A., y RAMÍREZ BARBOSA, P. A., *Derecho Penal Colombiano*. Parte General, Ed. Ibañez, 2010.
- FRAGOSO, Heleno C., *Lições de direito penal: Parte Geral*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- FRAGOSO, Heleno C.; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth, *Direitos dos presos*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- GARCÍA ARÁN, M., “Medidas alternativas a la prisión. Francia”, en *Alternativas a la prisión*, Ed. Instituto de Criminología de Barcelona, 1986, pp. 30/35.
- GARCÍA ARÁN, M., “Valoración y consideraciones generales sobre las distintas opciones”, en *Alternativas a la prisión*, Ed. Instituto de Criminología de Barcelona, 1986, pp. 60/68.
- GARLAND, David (ed.), *Special Issue Mass Imprisonment in the USA*, *Punishment & Society* 3 (1), 2001.
- GOMES, GEDER LUIZ ROCHA, *A substituição da prisão - alternativas penais: legitimidade e adequação*, Salvador, Podium, 2008.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., “La custodia domiciliaria bajo control electrónico como eventual sustitutivo o complemento de medidas preventivas, penas y beneficios penales”, en AA.VV., *I Congreso Andaluz de Ciencias Penales*, Ed. Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, 1993, pp. 331/349.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “El período de seguridad”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García, F.J., y González Cussac, J.L., (dir.), Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp.91/94.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “El período de seguridad”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García, F.J., y González Cussac, J.L., (dir.), Ed. Tirant lo Blanch, 2010, 95/99.
- GRAPENDAAL, Martin, GROEN Peter y VAN DER HEIDE Willem (1997) *Duur en volume. Ontwikkeling van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf tussen 1985 en 1995: feiten en verklaringen*. The Hague: WODC Series Onderzoek en beleid no.163.
- GEPC (Grupo de Estudios de Política Criminal), *Manifiesto sobre nuevas penas y medidas restrictivas de derechos* en: http://www.gepc.es/index.php?mod=galeria&accion=ver_noticia&cat=2&id=205.

- GUISASOLA LERMA, C., “La reforma del Código penal en materia de expulsión judicial de extranjeros como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art. 89)”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García, F.J., Y González Cussac, J.L., (dir.), Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 131/137.
- HAAN, Willem de, *The Politics of Redress: crime, punishment and penal abolition*. London: Unwin Hyman, 1990.
- HARRINGTON C., *Shadow Justice? The Ideology and Institutionalisation of Alternatives to Court*. Westport and London: Greenwood Press, 1985.
- HARRIS N, ‘Reassessing the Dimensionality of the Moral Emotions’ *British Journal of Psychology*, 2003, Vol. 94, pp. 457/73.
- HARRIS N, Walgrave L. and Braithwaite J., ‘Emotional Dynamics in Restorative Conferences’ *Theoretical Criminology*, 2004 Vol. 8 (2), pp. 191/210.
- HENDLER, Edmundo, “Los caminos del derecho penal (entre la guerra y la civilización)”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 34 y ss.
- HERCOVICH, Inés, *El enigma sexual de la violación*, Buenos Aires, Biblos, 1997.
- HERCOVICH, Inés, Las oprimidas sospechadas, publicado en la edición 117 (1° de febrero de 2011) de la revista electrónica *Pensamiento Penal*, en www.pensamientopenal.com.ar.
- HIRSCH, H.J., “Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht”, en BOCKELMANN, P., KAUFMANN, A., y KLUG, U., *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Ed. Vittorio Klostermann, 1969, pp. 304/327.
- HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal – Obras Completas-*, traducción de Silvia Bacigalupo, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- HOLLOWAY, Thomas H., *Polícia no Rio de Janeiro: Repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Trad. por Francisco de Castro Azevedo, Rio, Getúlio Vargas, 1997.
- HONISCH, Paula, POCHAK, Andrea, “Démosle una oportunidad al principio de oportunidad”, *CDJP*, n° 9/B, p. 303 y ss.
- HULSMAN L., ‘Critical Criminology and the Concept of Crime’ *Contemporary Crisis*, 1986, Vol. 10 (1), pp. 63/80.
- JACOBSON, Michael, *Downsizing Prisons: How to Reduce Crime and End Mass Incarceration*. New York: New York University Press, 2005.
- JAKOBS, Günther , STRUENSEE, Eberhard, *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998.
- JAPIASSÚ, Carlos E.; SOUZA, Artur de Brito Gueiros, *Curso de direito penal: Parte Geral*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.
- JAREÑO LEAL, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Ed. Civitas, 1994.
- JOHNSTONE G., *Restorative Justice, Shame and Forgiveness*, *Liverpool Law Review*, 21 (2-3), 1999, pp. 197/216.
- JOHNSTONE G., *Restorative Justice: Ideas, Values Debates*. Devon: Willan, 2002.

- KALADIEN, Sandra y Nynke de Heer-de Lange (eds.), *Criminaliteit en rechtshandhaving 2010: Ontwikkeling en samenhangen*. The Hague: BoomJu. ver texto completo en: <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheid-recht/publicaties/publicaties/archief/2011/2011-criminaliteit-rechtshandhaving-pub.htm>
- KANT, I., *Rechtstheorie*, trans. E. Hastie. Edinburgh: Clark, 1887.
- KARP D., SWEET M., KIRSHENBAUM A. y BAZEMORE G., *Reluctant Participants in Restorative Justice? Youthful Offenders and Their Parents*, *Contemporary Justice Review*, 2004, Vol. 7 (2), pp. 199/216.
- KATZ J., ‘The Motivation of Persistent Robbers’ in M.Tonry (ed.) *Crime and Justice* 14. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- KAUFMANN, Armin, *Teoría de las Normas, Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna*, Buenos Aires, Depalma, 1977.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Santa Fe, Rubinzal – Culzoni editores, primera edición, 2004.
- KOEMANS, Monique, *The war on antisocial behaviour: Rationales underlying antisocial behaviour policies. Comparing British and Dutch discourse analyses*. Leiden, 2011.
- KOMIYA N., ‘A Cultural Study of the Low Crime Rate in Japan’ *British Journal of Criminology*, 1999, Vol. 39 (3), pp. 369/389.
- KRUTTSCHNITT, Candace y DIRKZWAGER Anja, ‘Are there still Contrasts in Tolerance? Imprisonment in the Netherlands and England 20 years later’, *Punishment & Society*, 2011, 13, pp. 283/306.
- LANGER, Máximo, ‘La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado’, en AA.VV, *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2001, p. 118 y ss.
- LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio, ‘Trust, Welfare, and Political Culture: Explaining Differences in National Penal Policies’, en: *Crime and Justice: A Review of Research*, Michael Tonry (ed.), vol.37. Chicago, The University of Chicago Press, 2008.
- LARRAURI PIJOÁN, E., ‘La reparación’, en *Penas alternativas a la prisión*, Cid Moliné, J., y Larrauri Pijoán, E., (coord.), Ed. Bosch, 1997, pp.169/195.
- LARRAURI, Elena, *Control formal y el derecho penal de las mujeres*, en AA.VV., *Mujeres, derecho penal y Criminología*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 1994.
- LEONARDSON D., ‘The Impossible Case of Japan’ *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2001, Vol. 35 (2), pp. 203/229.
- LEVI M., *Suite justice or Sweet Charity? Punishment and Society*, 2002, Vol. 4 (2), pp. 147/163.
- LEVRANT S.; CULLEN F.; FULTON B. y WOZNIAK J., ‘Reconsidering Restorative Justice: The corruption of Benevolence Revisited?’ *Crime and Delinquency*, 1999, Vol. 45 (1), pp. 3/27.
- LOADER, Ian y Richard SPARKS (2011) *Public Criminology?* London: Routledge.
- LOADER, Ian, ‘For penal moderation: Notes towards a public philosophy of punishment’, *Theoretical Criminology* 14, 2010, pp. 349/367.

- LONDON R. (2003) 'The Restoration of Trust: Bringing Restorative Justice from the Margins to the Mainstream' *Criminal Justice Studies*. Vol. 16 (3), pp. 175/95.
- LUZÓN PEÑA, D.M., "Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión", en AA.VV., *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Ed. Junta de Andalucía, 1994, pp. 53/67.
- LYRA, Roberto, *Comentários ao Código Penal*, vol. II, 3ª ed., Rio, Forense, 1958.
- MAIER Julio B. J. ¿Es la Reparación una Tercera Vía del Derecho Penal?, en *El Penalista Liberal*, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Jorge Figueiredo Días/ Alfonso Serrano Gómez/ Sergio Politof Lieschitz/ Eugenio Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2004, p. 229.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, 2ª ed., 3ª reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, Parte General. Sujetos procesales*, Editores del Puerto, 2003, Tomo II.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. Parte general. Actos procesales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, Tomo III.
- MAQUEDA ABREU, M.L., "¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?", en *Los derechos humanos*, Zugaldía Espinar, J.M., y Roca Roca, E., (coord.), Libro homenaje al Excmo. Sr. Luis Portero García, Ed. Universidad de Granada, 2001, pp. 509/518.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., "¿Qué son los CIE? Un acercamiento a los Centros de Internamiento para extranjeros en nuestro país", en www.inmigrapenal.com/Areas/Cies/Documentos/QSlosCIES.pdf.
- MARTINEZ, Santiago, "Algunas cuestiones en torno a los principios de legalidad y oportunidad" en CDJP, n° 14, año VIII, Buenos Aires Ad. Hoc, .
- MATTHEWS Roger (ed.), *Informal Justice?* London: Sage, 1988.
- MATTHEWS Roger, *Armed Robbery*. Devon: Willan, 2002.
- MATTHEWS Roger, 'The Myth of Punitiveness'. *Theoretical Criminology*, 2005, Vol. 9 (2) pp. 175/202.
- MATTHEWS, Roger, 'The myth of punitiveness', *Theoretical Criminology*, 2005, 9, pp. 175/201.
- MAUER M., *Race to Incarcerate*. New York: The Sentencing Project, 1999.
- MEIJERS Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School.
- MESUTTI, A., *La justicia deconstruida*, Ed. Bellaterra, 2008.
- MEYER, Jeffrey y Pat O'Malley, 'Missing the punitive turn? Canadian criminal justice, "balance", and penal modernism', in: Pratt et al. 2005, pp. 201/217.
- MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, José Arturo Rodríguez Muñoz (trad.), Buenos Aires, Hammurabi, 2010, Tomo 2.
- MIYAZAWA, Setsuo, 'The politics of increasing punitiveness and the rising populism in Japanese criminal justice policy', *Punishment & Society* 10, 2008, pp. 47/77.
- MNOOKIN R. and KORNHAUSER L. 'Bargaining in the Shadow of the Law' *Yale Law Journal*. Vol. 88, 1979, pp. 950/997.

- MORAES, Evaristo, *Prisões e Instituições Penitenciárias no Brasil*, Rio, Cândido Oliveira, 1923.
- MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, H.A. Tommasi Editor, 1923.
- MORRIS A., 'Revisiting Reintegrative Shaming' *Criminology Aotearoa/New Zealand*. No. 16. Institute of Criminology. Victoria University of Wellington, 2001, pp. 1/12
- MORRIS A., 'Critiquing the Critiques: A Brief Response to Critics of Restorative Justice' *British Journal of Criminology*, 2002, Vol. 42, pp. 596/615.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- NATIONALE OMBUDSMAN, *De burger in de ketens: Verslag van de Nationale ombudsman over 2008*. The Hague: De Nationale Ombudsman. ver texto completo en: <http://www.nationaleombudsmannieuws.nl/sites/default/files/no-jvs-2008.pdf>
- NOIJE, Lonneke van & WITTEBROOD Karin, *Sociale veiligheid ontsleuteld: Veronderstelde en werkelijke effecten van veiligheidsbeleid*. The Hague: Sociaal en Cultureel Planbureau. ver texto completo en: <http://www.sep.nl/content.jsp?objectid=default:19308>
- O'MAHONEY D. y DOAK J., 'Restorative Justice – Is More Better? The Experience of Police-led Restorative Cautioning Pilots in Northern Ireland' *The Howard Journal*, 2004, Vol. 43 (5), pp. 484/505.
- OTERO GONZÁLEZ, P., *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Ed. Tirant lo Blanch, 2008.
- PEPINSKY H. y QUINNEY R., *Criminology as Peace-Making*. Bloomington: Indiana University Press, 1991.
- PHEONIX J., *Making Sense of Prostitution*. London, Macmillan, 1999.
- PINCOFFS, Edmund L. 1966. *The rationale of legal punishment*. New York: Humanities Press.
- PINKER, Steven, *Cómo funciona la mente*, traducción de Ferran Merler-Orti, Buenos Aires, 2001.
- POLK, K., 'Family Conferencing: Theoretical and Evaluative Concerns' in *Family Conferencing and Juvenile Justice*, C Adler and J. Wundersitz (eds.), Australian Institute of Criminology. Canberra, 1994.
- PRADEL, Jean, *Droit pénal comparé*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 2008.
- PRATT J., 'Emotive and Ostentatious Punishment; Its Decline and Resurgence in Modern Society'. *Punishment and Society*, 2000, Vol. 2 (4), pp. 417/39.
- PRATT, John, David BROWN, Mark BROWN, Simon HALLSWORTH y Wayne MORRISON (eds.), *The New Punitiveness: Trends, theories, perspectives*. Cullompton: Willan, 2005.
- PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, "Recepción de la analogía en el derecho penal", en *Revista Electrónica Cartapacio de Derecho*, 2004, Vol. 7 - Doctrina.
- REBOLLO VARGAS, R., *Algunos problemas de la pena de arresto de fin de semana*, *Actuación Penal*, 1998 (5), pp. 89/104.

- REINALDI, VÍCTOR F., *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25087*, 2 da. ed. actualizada, Córdoba, Marcos Lerner editora, 2005.
- RITVO, Juan Bautista, *Figuras del Prójimo, El enemigo, el otro cuerpo, el huesped*, Buenos Aires, Letra Viva, 2006.
- ROBERTS, Julian V., STALANS Loretta J., INDERMAUER David y HOUGH Mike, *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*. Oxford, Oxford University Press, 2003.
- ROCHE D., *Accountability in Restorative Justice*. Oxford, Clarendon, 2003.
- ROSE N. 'Government and Control', *British Journal of Criminology*, 2000, Vol. 40, pp. 321/39.
- ROXIN, Claus, "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en *De los delitos y de las víctimas*, (trad.) de Julio B. Maier y Elena Carranza, Buenos Aires, ed. Ad Hoc, 1992 pp. 131/156.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 1997, tomo I.
- RUFFA, Beatriz, "Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación", en *Travesías*, Buenos Aires, Ed. Ceym, 1988, n° 7.
- RUGGIERO, Vincenzo, *Penal Abolitionism*. Oxford, Oxford University Press, 2010.
- RUITER, Stijn, TOLSMA Jochem, DE HOON Marloes, ELFFERS Henk y VAN DER LAAN Peter, *De burger als rechter. Een onderzoek naar geprefereerde sancties voor misdrijven in Nederland*. The Hague: Boom Lemma, 2011.
- SAID, José Luis, *Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal*, L.L. 1997-F, 1040.
- SANTOS B., 'Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law' *Journal of Law and Society*, 1987, Vol. 14 (3), pp. 279/302.
- SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Madrid, Ed. Colex, 2000.
- SCHEERER, Sebastian, "Hacia el abolicionismo", en AA.VV., *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.
- SCHEFF T. and RETZINGER S. *Emotions and Violence: Shame and Rage in Destructive Conflicts*. Lexington MA, Lexington Books, 1991.
- SCHINKEL, Willem, 'Prepression: The actual archive and new technologies of security', *Theoretical criminology*, 2011, 15, pp. 365/380.
- SHERMAN L., 'Two Protestant Ethics and the Spirit of Restoration' in *Restorative Justice and Civil Society*, H. Strang and J. Braithwaite (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 35/55.
- SNACKEN, Sonja y Dumortier Els (eds.), *Resisting Punitiveness in Europe?: Welfare, Human Rights and Democracy*. London: Routledge, 2011.
- SONNENSCHIEIN, Anne, VAN DEN BRAAK Susan, MOOLENAAR Debora y SMIT Paul, *Trendwatch: Introductie en eerste resultaten van een instrument ter verbetering van justitiële capaciteitsramingen*. The Hague: WODC. ver texto completo: http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/1895b-trendwatching-pmj-2009.aspx?nav=ra&l=detentie_en_reclassering&l=gevangenis capaciteit

- SPARKS R., 'Multiple Victimisation: Evidence, Theory and Future Research' *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1981, 72, pp. 762/778.
- STRANG H., *Repair or Revenge: Victims and Restorative Justice*. Oxford: Clarendon, 2002.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal*, Parte General I, *El Hecho Punible*, 4 edición totalmente reelaborada, Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.
- STRUIJK, Sanne, *De ISD in perspectief: Een studie naar de ISD-maatregel in het licht van het Nederlands strafrechtelijk sanctiestelsel ter bestrijding van recidive en criminele overlast*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., "El sistema penal: su legitimidad axiológica, contextual y teleológica": *Jueces para la Democracia*, 2011 (72), pp. 33/60.
- TANGNEY J., 'Recent Advances in the Empirical Study of Shame and Guilt' *American Behavioral Scientist*, 1995, Vol. 38 (8), pp. 1132-1145.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Inmigración, "mafias" y sistema penal. La estructura y la pátina", en *Cuestiones actuales de Derecho penaleconómico y de la empresa*, Ed. Ara, 2010, pp. 115/142.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Las reformas penales españolas de 2003, valoración político-criminal", *Nuevo Foro Penal*, 2005, (67), pp. 124/144.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Reflexiones y propuestas sobre inmigración": *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, 2010, (1), pp. 2/25.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., *La siniestralidad laboral como delito*, Ed. Bomarzo, 2006.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*, Ed. Akal, 1981.
- TITO, Victoria D., *La reparación del daño en el proyecto de nuevo CPPN*, inédito.
- TONRY M., *Malign Neglect: Race Crime and Punishment in America*. New York: Oxford University Press, 1995.
- TONRY, M., "Controlling prison population size": *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1996, (4), pp. 27/45.
- TONRY, Michael, 'Why are U.S. incarceration rates so high?', in: Michael Tonry (ed.) *Penal reform in overcrowded times*, Oxford: Oxford University Press, 2001, pp.52/64
- VAGG, Jon, *Prison Systems; a comparative study on accountability in England, France, Germany and the Netherlands*. Oxford University Press, 1994.
- VAN STOKKEM B., 'Moral Emotions in Restorative Justice Conferences': *Managing Shame, Designing Empathy*. *Theoretical Criminology*, 2002, 6 (3), pp. 339/360
- VAN SWAANINGEN, René y BLAD John R. (eds.), *De ontmaskering van het strafrechtelijk discours: een bloemlezing uit het werk van Louk Hulsman*. The Hague: BoomJu, 2011.

- VAN SWAANINGEN, René y UIT BEIJERSE Jolande, 'Bars in your head: electronic monitoring in the Netherlands', en *Electronically Monitored Punishment*; international and critical perspectives, Mike Nellis, Ralph Bas, Kristel Beyens & Dan Kaminski (eds.), London, Routledge, 2012.
- VAN SWAANINGEN, René, 'Sweeping the street: civil society and community safety in Rotterdam', en *Justice, Community and Civil Society: a contested terrain across Europe*, Joanna Shapland (ed.), Cullompton, Willan, 2008, pp.87/106.
- VAN SWAANINGEN, René, *Perspectivas europeas para una criminología crítica*. Montevideo-Buenos Aires, Editorial BdeF, 2011.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal. Parte general*, 3ª edic., Ed. Temis, 1997.
- VIGO, Rodolfo L., "Razonamiento Justificador Judicial", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (Buenos Aires, 1977), núm. 21, vol. II, 1998.
- VOLLAARD, Ben, VERSTEEGH Peter y VAN BRAKEL Jan, *Veel belovende verklaringen voor de daling van de criminaliteit na 2002*, Apeldoorn: Politie & Wetenschap, 2009.
- WHITMAN J., 'What is Wrong with Shame Sanctions?'. *Yale Law Journal*, 1998, 107, pp. 1055/1092.
- YOUNG R., 'Just Cops Doing "Shameful" Business? Police-led Restorative Justice and the Lessons of Research' en *Restorative Justice for Juveniles*, A. Morris and G. Maxwell (eds.). Portland: Hart Publishing, 2001.
- YOUNG R. and HOYLE C, 'Restorative Justice and Punishment' en *The Use of Punishment*, S. McConville (eds.), Devon, Willan, pp. 199/234, 2003.
- YOUNG, J., *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, Ed. Marcial Pons, 2003.
- YOUNG, W., *Community Service Orders*, ed. Heinemann, 1979.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª e., Ed. Ediar, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio R.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Direito penal brasileiro: primeiro volume*, Rio de Janeiro, Revan, 2003.
- ZAITCH, Damián, VAN SWAANINGEN René y GEELHOED Fiore, "La metáfora del '9/11' como marco conceptual de los cambios políticos en Holanda", en *Políticas de seguridad: peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, María Laura Böhm y Mariano Hernán Gutiérrez (ed.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, pp.187/218.

Índice temático

A

ABOGADO DEFENSOR P. 192

ABOLICIONISMO P. 43, 58, 96, 98, 104, 105, 109, 110, 111, 112, 138, 139, 156, 158, 169, 273, 286, 287

ACCIÓN PENAL P. 16, 23, 30, 34, 53, 54, 70,

74, 166, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 189, 195, 270, 325

ejercicio de la acción penal P. 53, 54, 99,

164, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 181, 186, 187, 188, 196

extinción de la acción penal P. 34

prescripción de la acción penal P. 30

principio de legalidad procesal P. 168,

174, 176, 178, 179, 195

ACTOR CIVIL P. 168

ALTERNATIVA A LA PENA DE PRISIÓN P. 248

arresto de fin de semana P. 9, 19, 27, 29, 36, 232, 256

arresto domiciliario P. 9, 10, 11, 12, 13, 15, 19, 27, 28, 36, 101, 232

cumplimiento de las instrucciones o reglas judiciales P. 27

prestación de trabajos a la comunidad P. 27, 36

prohibición de residencia y tránsito P. 27, 36

AMNISTÍA P. 174, 202, 279

ANTECEDENTES PENALES P. 148, 337

ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES P. 172, 193

archivo definitivo P. 193

archivo provisorio P. 192

AUDIENCIAS P. 83, 134, 135, 136, 138, 142, 143,

144, 145, 147, 149, 151, 156, 157, 193, 305, 404, 413, 417, 420, 421, 423, 424, 426, 430

audiencia de justicia restitutiva P. 134, 135, 136, 138, 142, 143, 144, 153

AVENIMIENTO P. 39, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 74, 183, 184

autonomía de la voluntad P. 41, 45, 50

AVERGONZAMIENTO REINTEGRADOR P. 133, 135, 138, 139, 140, 141, 142, 143,

144, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 156, 157,

158

reintegración P. 138, 139, 143, 144, 145, 148,

151, 153, 157

vergüenza P. 7, 107, 108, 111, 138, 139, 141, 142, 143, 145, 146, 151, 152, 153, 154, 238

C

CÁRCELES P. 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 15, 19, 20, 21, 23, 35, 96, 112, 201, 204, 206, 223, 224, 232, 233, 239, 247, 249,

250, 259, 261, 263, 264, 265, 269, 275, 279, 280, 282, 283, 321

cárceles comunes P. 204

construcción de cárceles P. 265

cupos carcelarios P. 23

población carcelaria P. 16, 19, 226, 259, 260, 261, 273, 281, 282

violaciones carcelarias a los derechos humanos P. 96

CÓDIGO PENAL P. 9, 10, 11, 12, 14, 16, 18, 25, 27, 31, 32, 35, 48, 57, 67, 70, 74, 76, 99, 115, 117, 118, 120,

122, 128, 132, 172, 173, 174, 175, 176, 185, 197, 198, 225, 230,

239, 241, 254, 346

CÓDIGO PENAL ESPAÑOL P. 8

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES P. 15, 16, 17,

18, 118, 120, 121, 122, 123, 169, 171, 173, 174, 177, 178, 181,

182, 183, 184, 185, 187, 189, 190, 194, 195, 225, 226, 227, 228,

229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 239, 240, 241, 242,

243, 244, 245, 246, 250, 251, 252

ÍNDICE TEMÁTICO

- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN** P. 70, 168, 171, 174, 178, 198, 355, 366, 367, 388, 401, 406, 407, 434
- COLEGIO DE JUECES** P. 391, 401, 402, 414, 424
- colegios de jueces con rotación P. 416
- colegios de jueces por etapas del proceso penal P. 417
- colegios de jueces por jerarquía P. 417
- colegios de jueces unificados P. 414
- designación de jueces P. 358, 368, 376, 385, 392, 395, 401
- subrogancia de jueces P. 401
- subrogancia de los cargos P. 425
- COMPETENCIA** P. 173
- CONDENA** P. 7, 9, 13, 14, 36, 51, 99, 150, 177, 183, 186, 206, 231, 236, 237, 239, 240, 241, 246, 279, 302, 334, 431, 432
- condena civil P. 169
- condena de ejecución condicional P. 7, 8, 12, 15, 16, 17, 18, 35, 36, 302
- CONDENADO** P. 5, 6, 7, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 22, 29, 35, 36, 115, 117, 118, 122, 123, 130, 150, 200, 202, 204, 206, 214, 230, 233, 234, 235, 238, 239, 240, 245, 246, 247, 250, 251, 253, 267, 302, 305
- CONDUCTA INFRACTORA** P. 64
- represión de las infracciones P. 64
- CONFLICTO** P. 9, 10, 11, 29, 32, 35, 36, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 61, 71, 72, 73, 74, 75, 78, 79, 80, 81, 83, 89, 93, 108, 112, 164, 165, 167, 168, 169, 170, 172, 174, 177, 178, 179, 181, 182, 183, 184, 190, 191, 193, 194, 195, 250, 307, 321, 334, 337, 338, 340, 358, 379, 398, 401, 402, 412, 423, 424
- abordaje del conflicto P. 77, 82, 189
- conflicto normativo P. 82
- conflicto social P. 82, 169
- método de resolución de conflictos P. 56, 81, 89, 164, 178, 179, 183, 189, 340
- reparación P. 9, 10, 30, 42, 44, 45, 51, 53, 55, 56, 57, 58, 73, 74, 75, 84, 89, 97, 98, 107, 108, 111, 133, 136, 140, 150, 153, 163, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 175, 183, 184, 189, 194, 198, 226, 227, 234, 240, 248, 253, 256, 324, 333, 336, 337
- reparación penal P. 74, 75
- CONFLICTO PENAL** P. 73, 74, 75, 77, 164, 172, 182
- CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES** P. 170, 178, 179, 186, 187
- CONSTITUCIÓN NACIONAL** P. 32, 33, 34, 170, 173, 175, 176, 177, 180, 187, 195, 355, 358, 360, 361, 363, 367, 368, 371, 372, 374, 375, 376, 377, 378, 383, 384, 385, 386, 390, 393, 394, 395, 399, 407, 408, 418
- CONTROL SOCIAL** P. 20, 97, 101, 111, 137, 151, 155, 262, 266, 284, 322, 325, 326, 339
- ampliación del control social P. 322, 325, 326
- aumento del control social P. 322
- disminución del control social P. 284
- mayor control social P. 339
- CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO** P. 34
- CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER** P. 48, 49
- CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. Véase DELITOS DE LESA HUMANIDAD**
- CRIMINOLOGÍA** P. 23, 96, 98, 103, 106, 107, 138, 139, 156, 158, 242, 253, 269, 274, 285, 286, 287, 292
- CULPA** P. 25, 68, 137, 144, 145, 150, 151, 152, 153, 154, 201, 267
- ## D
- DELINCUENTE** P. 7, 8, 17, 18, 62, 66, 69, 72, 73, 98, 135, 136, 137, 139, 140, 141, 144, 147, 148, 149, 150, 151, 154, 155, 156, 157, 187, 200, 202, 204, 208, 210, 218, 228, 240, 245, 248, 249, 265, 268, 276, 277
- delincuentes de cuello blanco P. 135, 142
- delincuentes sexuales P. 142
- DELITO** P. 7, 8, 9, 10, 11, 14, 16, 17, 18, 21, 29, 30, 31, 33, 34, 36, 37, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 49, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 69, 70, 72, 73, 74, 76, 77, 81, 82, 83, 86, 88, 97, 98,

ÍNDICE TEMÁTICO

99, 101, 102, 103, 106, 112, 120, 122, 127, 130, 132, 134, 137, 139, 140, 141, 147, 148, 150, 151, 152, 154, 155, 156, 164, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 193, 195, 196, 198, 199, 200, 201, 203, 205, 206, 209, 211, 212, 213, 216, 218, 221, 222, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 234, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 256, 257, 259, 262, 263, 265, 266, 267, 269, 270, 273, 275, 276, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 288, 295, 303, 318, 319, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 336, 339, 340, 382, 383, 412, 418, 419, 420

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL P. 46, 53, 56, 184, 246, 247
bien jurídico P. 35, 46, 48, 51, 97, 190, 339
inhibidores sexuales P. 247
integridad sexual P. 45, 46, 48, 49, 53, 56, 182, 184, 185

DELITOS DE LESA HUMANIDAD P. 11, 199, 212, 216, 221
criminales de lesa humanidad P. 205, 215, 217, 219, 220
víctimas de los crímenes de lesa humanidad P. 199, 200, 201, 202, 203, 209, 211, 212, 215, 216

DERECHO PENAL P. 3, 8, 11, 17, 23, 39, 42, 53, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 71, 73, 74, 75, 76, 95, 106, 107, 108, 115, 174, 186, 198, 223, 226, 228, 239, 240, 241, 252, 254, 256, 257, 293, 309, 371, 382, 413
tipos penales P. 31, 53, 54, 56, 66, 103, 297, 302, 336

DERECHO PENAL MÍNIMO.
Véase MINIMALISMO PENAL

DERECHO ROMANO P. 63

DERECHOS HUMANOS P. 21, 33, 34, 39, 40, 85, 96, 102, 104, 201, 203, 212, 220, 238, 256, 287, 338, 341, 411
derechos individuales P. 33, 79
responsabilidad penal por violaciones a los Derechos Humanos P. 201, 212, 213, 220

DESCRIMINALIZACIÓN.
Véase REDUCCIONISMO PENAL

DIGNIDAD HUMANA P. 33, 41, 45, 268
concepto de dignidad P. 41

reconocimiento de la dignidad humana P. 45

E

ESCUELA SOCIOLOGICA CRIMINAL P. 68

ESTADO DE DERECHO P. 31, 47, 226, 237, 254, 256, 355, 411

estado de policía P. 106

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS P. 235

G

GARANTISMO PENAL P. 105, 379

H

HOMOLOGACIÓN DEL JUEZ P. 195

I

IMPUTACIÓN P. 68, 69, 97, 164, 165, 192, 196

IMPUTADO P. 10, 17, 29, 30, 37, 44, 45, 53, 79, 105, 150, 164, 169, 171, 172, 174, 186, 187, 192, 193, 194, 198, 206, 214, 297, 301, 302, 304, 305, 315, 316, 317, 318, 319, 327, 331, 333, 336, 337, 338, 339, 379, 386, 419, 431

INDEPENDENCIA JUDICIAL P. 388

ÍNDICES DE ENCARCELAMIENTO.
Véase TASAS DE ENCARCELAMIENTO

INFRACCIÓN P. 16, 63, 64, 69, 81, 166, 175, 228, 233
represión de las infracciones P. 64

INHABILITACIÓN. Véase PENA DE INHABILITACIÓN

INTERÉS DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA P. 69, 74

ÍNDICE TEMÁTICO

INTERÉS PÚBLICO P. 44, 64, 184, 186, 188, 190, 191, 193, 194, 196

J

JUEZ P. 10, 12, 15, 16, 17, 22, 28, 29, 35, 59, 61, 102, 136, 164, 179, 181, 183, 185, 187, 188, 194, 195, 197, 229, 232, 236, 238, 241, 252, 253, 278, 298, 300, 316, 327, 331, 332, 337, 357, 360, 361, 362, 363, 365, 367, 371, 372, 373, 374, 375, 378, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 389, 391, 395, 396, 398, 399, 400, 402, 408, 409, 412, 413, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 428, 429, 431, 432, 433
facultad discrecional del juzgador P. 14, 15
juez natural P. 373, 374, 378, 380, 382, 386, 389, 395

JUSTICIA INFORMAL P. 138, 157

JUSTICIA RESTITUTIVA P. 11, 80, 81, 82, 87, 89, 108, 109, 111, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 140, 142, 143, 144, 145, 147, 148, 149, 150, 151, 154, 155, 156, 157, 158, 267
prácticas restaurativas P. 81, 82, 83, 90
programas de justicia restaurativa P. 89
programas de justicia restitutiva P. 133, 134, 135, 137, 138, 140, 144, 145, 147, 150, 153, 154, 155, 156, 158

L

LEGISLACIÓN PENAL P. 25, 31, 133, 245
legislación penal argentina P. 25
proyecto de reforma P. 25, 47, 49

LIBERTAD ASISTIDA P. 15

LIBERTAD CONDICIONAL P. 8, 9, 10, 12, 13, 14, 16, 35, 36, 237, 239, 240, 241, 246, 272, 281, 338, 432
buena conducta P. 239, 240, 383
edad P. 57, 204, 241, 268, 277, 301, 303, 305
enfermos muy graves P. 241
período de prueba P. 14, 19, 30
principio de individualización P. 240
requisitos para acceder a la libertad condicional P. 239
suspensión parcial de la privación de libertad P. 14

LIBERTAD VIGILADA P. 100, 242, 243, 244, 245
vigilancia electrónica a distancia P. 101

M

MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD P. 36

arresto domiciliario P. 9, 10, 11, 19, 27, 28, 36, 101, 232

cumplimiento de las instrucciones o reglas judiciales P. 27

detención de fin de semana P. 27, 29, 36

prestación de trabajos a la comunidad P. 27, 36

prohibición de residencia y tránsito P. 27, 36

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS P. 45, 77, 79, 89, 164, 183

abordaje del conflicto P. 77, 82, 189

abordaje sistémico del conflicto P. 79

mediación P. 11, 19, 44, 45, 46, 48, 49, 71, 77, 79, 80, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 100, 108, 111, 158, 164, 165, 166, 168, 169, 172, 173, 174, 177, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 267, 298

mediación comunitaria P. 89

mediación penal P. 11, 71, 77, 79, 84, 87, 89, 92, 100, 111, 164, 165, 168, 169, 172, 173, 177, 179, 180, 182, 183, 185, 190, 192, 195, 196

mediaciones privadas P. 49

mediador P. 85, 91, 92, 109, 184, 193, 194, 196

recomposición de la relación P. 82

resolución de conflictos P. 56, 77, 81, 89, 97, 140, 164, 171, 178, 189, 194

solución de los conflictos P. 83

MINIMALISMO PENAL P. 73, 104

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

P. 17, 69, 77, 164, 168, 171, 170, 171, 172, 178, 179, 180, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 193, 194, 196, 197, 218, 219, 221, 270, 278, 298, 300, 313, 314, 324, 327, 328, 335, 362, 364, 365, 366, 367, 373, 388, 400, 403, 409, 412, 419, 420

oposición de la fiscalía P. 186

MODELO CONSENSUAL P. 40
derecho tutelar P. 50

MODELO DE SISTEMA PENAL P. 39,
40, 426

Chubut P. 52, 80, 402, 406, 421, 430, 432

Entre Ríos P. 80, 99, 433

Santa Fe P. 52, 55, 57, 68, 76, 80, 110, 379, 403, 405,
408, 412, 419, 427, 439, 440, 443

Santiago del Estero P. 433

MULTA. *Véase* PENA PECUNIARIA

N

NEGOCIACIÓN PENAL P. 199, 202, 206,
207, 208, 212, 213, 214, 218, 219, 220, 221, 222

conocimiento de la verdad P. 207

NULIDADES PROCESALES P. 187

O

OBLIGACIÓN DE RESIDENCIA P. 12,
14, 27, 28, 36

OFICINA DE ACCESO A LA JUSTICIA
Y MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLU-
CIÓN DE CONFLICTOS P. 180

ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE
JUSTICIA PENAL P. 176, 355, 358, 368, 371,
386, 398, 400, 401, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 415,
419, 425, 427, 430, 434

designación de jueces P. 358, 368, 376, 385,
392, 395, 401

independencia interna P. 387, 415

independencia judicial P. 380, 386, 387, 388,
389, 395, 415, 429

organización horizontal P. 387, 416, 430

sistema inquisitivo P. 355, 404, 406, 409, 411,
412, 417, 427

subrogancia de jueces P. 401

subrogancia de los cargos vacantes P. 425

P

PENA P. 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16,
17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 32, 33, 34, 35, 36,
37, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 53, 55, 56, 59, 60, 62, 63, 64, 66, 67,
72, 73, 74, 75, 77, 78, 95, 96, 99, 100, 104, 105, 106, 107, 109,
112, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126,
130, 131, 135, 150, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171,
173, 174, 176, 177, 178, 180, 183, 184, 185, 193, 195, 196, 198,
199, 200, 202, 204, 205, 206, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 217,
218, 219, 220, 221, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233,
234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246,
247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 263, 266, 270,
271, 272, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 284, 285, 286, 287,
302, 316, 321, 325, 326, 328, 333, 334, 335, 336, 339, 340, 345,
346, 416, 419, 427

cumplimiento de la pena P. 9, 10, 12, 14, 15,
16, 228, 241, 245, 246

efecto expropiatorio de la pena P. 40, 45

pena de prisión P. 3, 4, 5, 7, 10, 12, 13, 15, 16,
17, 18, 20, 23, 26, 27, 28, 29, 32, 36, 37, 39, 40, 41, 45, 56, 59,
60, 62, 63, 72, 73, 75, 77, 96, 101, 150, 184, 185, 202, 204, 206,
223, 224, 225, 226, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236,
237, 239, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251,
252, 253, 254, 255, 256, 262, 263, 264, 265, 268, 272, 277, 278,
280, 281, 282, 321, 340, 432

pena de libertad vigilada P. 243

prescendencia de pena P. 99

PENA DE INHABILITACIÓN P. 18, 37

inhabilitación absoluta P. 18

inhabilitación especial P. 18

PENALIZACIÓN P. 103, 163, 268, 271, 273, 276

PENA PECUNIARIA P. 9, 12, 17, 18, 19, 27, 29,
36, 117, 118, 119, 123, 171, 185, 229, 230, 231, 232, 236, 243,
248, 251, 252, 255, 442.

PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD P. 4, 5,
6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 22, 64, 109, 225, 226, 231,
232, 235, 236, 238, 239, 249, 251, 252, 255, 256, 302, 316, 339

PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN
P. 3, 4, 6, 17, 19, 20, 21, 23, 25, 27, 29, 37, 75, 115, 118, 119,
120, 121, 122, 123, 124, 126, 130, 131, 226, 230, 235, 247,
254, 256

arresto domiciliario P. 9, 10, 11, 19, 27, 28, 36,
101, 232

- cumplimiento de las instrucciones o reglas judiciales P. 27
 detención de fin de semana P. 27, 29, 36
 prestación de trabajos a la comunidad P. 27, 36
 prisión nocturna P. 13
 prohibición de residencia y tránsito P. 27, 36
- PENAS SUSTITUTIVAS** P. 230
 incumplimiento P. 12, 15, 165, 229, 302, 303
 localización permanente P. 229, 230, 231, 232, 233, 234, 236, 251, 255
 multa P. 9, 12, 17, 18, 19, 27, 29, 36, 117, 118, 119, 123, 171, 185, 229, 230, 231, 232, 236, 243, 248, 251, 252, 255
 privativa de derechos P. 36, 230
 privativa de libertad P. 9, 12, 13, 14, 64, 109, 225, 226, 230, 231, 232, 235, 236, 238, 239, 249, 251, 252, 255, 256, 339
- PERDÓN JUDICIAL** P. 99
- PERÍODO DE PRUEBA** P. 14, 19, 30
- PODER ESTATAL** P. 5, 111
 control estatal P. 3
- POLÍTICA CRIMINAL** P. 3, 6, 23, 26, 32, 68, 98, 104, 110, 111, 118, 165, 182, 184, 185, 188, 196, 213, 215, 221, 225, 249, 265, 266, 270, 278, 328, 337, 413
 poder punitivo P. 21, 22, 106
 sistema de penas y medidas de seguridad P. 35
- POSITIVISMO** P. 26, 64, 65, 66, 67, 167
 positivismo sociológico-naturalista P. 67
- PRESCRIPCIÓN** P. 30, 174, 175
PRINCIPIO DE AUTODISCIPLINA P. 12, 13, 14
- PRINCIPIO DE JUDICIALIDAD** P. 35
 facultades judiciales P. 35
 responsabilidad judicial P. 35
- PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD** P. 34, 45, 99, 173, 175, 197, 198, 403
- PRISIÓN DISCONTÍNUA** P. 12
- PRIVATIZACIÓN DEL CONFLICTO SOCIAL** P. 169
- PROBATION. Véase SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA**
- PROCESADO** P. 33, 136, 148, 150, 163, 214, 221
- PROCESO PENAL** P. 10, 19, 41, 71, 79, 98, 157, 165, 178, 179, 183, 186, 190, 245, 253, 264, 267, 297, 304, 305, 312, 314, 315, 316, 320, 321, 325, 328, 338, 346, 358, 364, 374, 400, 402, 403, 404, 412, 416, 417, 419, 434
 sistema acusatorio P. 34, 166, 170, 179, 180, 184, 186, 196
 sistema adversarial P. 412, 413, 418, 421, 430, 433
 sistema inquisitivo P. 355, 404, 406, 409, 411, 412, 417, 427
- PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTITUTIVA** P. 133, 134, 135, 137, 138, 140, 144, 145, 147, 150, 153, 154, 155, 156, 158
- PROPUESTAS DOGMÁTICAS** P. 62
- PUNITIVISMO** P. 26, 95, 230, 249, 254, 259, 260, 261, 262, 263, 265, 267, 274, 275, 279, 280, 281, 283, 284, 285, 286, 287
 giro punitivo P. 259, 260, 264, 270, 274, 275, 282
 grado de punitividad P. 134
 indicadores de punitivismo P. 260, 262, 263, 275
 poder punitivo P. 21, 22, 106
- Q**
- QUERRELLA** P. 170, 172, 228
- R**
- REDUCCIONISMO PENAL** P. 43, 269, 287
- REGLAS DE CONDUCTA** P. 12, 15, 30, 241, 243, 295, 302, 324
- REINCIDENCIA** P. 138, 154, 155, 156, 158, 245, 248, 251, 285, 333, 336, 337
 tasas de reincidencia P. 155, 156, 285, 337

ÍNDICE TEMÁTICO

REINSERCIÓN SOCIAL P. 13, 229, 237, 240,
244, 245, 246, 297, 301, 302, 337, 338

REPARACIÓN P. 9, 10, 30, 42, 44, 45, 51, 53,
55, 56, 57, 58, 73, 74, 75, 84, 89, 108, 153, 166, 167, 168, 169,
175, 183, 194, 198, 226, 227, 234, 240, 248, 253, 256, 324, 333,
336, 337

RESGUARDO DEL INTERÉS DE LA
VÍCTIMA P. 46

RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE
CONFLICTOS. *Véase* MÉTODOS
ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE
CONFLICTOS

RESPONSABILIDAD SOCIAL P. 79

RETRIBUCIONISMO P. 105, 200, 210
retribucionismo clásico P. 199, 200, 203,
209, 210, 211

retributivismo moderado P. 203

retributivismo radical P. 199, 202, 203, 205,
207, 209

rol de la víctima P. 165

rol del ofendido P. 167

S

SALIDAS TRANSITORIAS P. 13

SANCIONES PENALES P. 42, 103, 140, 141, 196,
201, 207, 211, 218, 221, 286

cumplimiento de la pena P. 9, 10, 12, 14, 15,
16, 228, 241, 245, 246

efecto expropiatorio de la pena P. 40, 45
prescendencia de pena P. 99

SANCIÓN SOCIAL. *Véase* CONTROL
SOCIAL

SEMIDETENCIÓN P. 9, 12, 13, 15
prisión diurna P. 12, 13
prisión nocturna P. 13

SISTEMA DE LIBERTAD VIGILADA
P. 100

SISTEMA PENAL P. 7, 17, 19, 22, 26, 32, 33, 35,
39, 40, 41, 44, 64, 68, 72, 73, 78, 79, 84, 95, 96, 97, 100, 102,
104, 105, 110, 113, 116, 121, 130, 131, 150, 163, 167, 168, 227,
230, 237, 242, 253, 256, 257, 260, 261, 262, 263, 268, 271, 278,
285, 321, 326, 337, 339, 340, 341, 346

crisis del sistema penal P. 39

derecho penal tradicional P. 42, 44, 163

diseño conciliatorio P. 44

modelo abierto P. 46, 50

modelo composicional P. 45

modelo de consenso P. 39, 56

sistema de consenso P. 55

Teoría de la Imputación objetiva P. 68

Teoría Peligrosista P. 67

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN P. 8,
211, 226, 227, 228, 251

enfermedad P. 10, 152, 227, 357, 359, 360, 389, 398

obligaciones específicas P. 227

plazo de suspensión de la ejecución
P. 227

prórroga del plazo de suspensión P. 228

remisión de la pena P. 227

revocación de la suspensión P. 14, 15, 19,
228, 241

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA
P. 15, 16, 17, 37, 44, 45, 56, 74, 168, 298, 329, 331, 431, 432

SUSTITUCIÓN DE LA PENA PRIVATI-
VA DE LIBERTAD P. 238

incumplimiento P. 12, 15, 165, 229, 302, 303

localización permanente P. 229, 230, 231,
232, 233, 234, 236, 251, 255

multa P. 9, 12, 17, 18, 19, 27, 29, 36, 117, 118, 119, 123,
171, 185, 229, 230, 231, 232, 236, 243, 248, 251, 252, 255

T

TASAS DE ENCARCELAMIENTO P. 19,
260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271,
272, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 283, 285

tasas delictivas P. 265, 266, 271, 275, 276, 285

TIPO PENAL P. 31, 53, 54, 55, 56, 66, 103, 297,
302, 333, 335, 336

TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA

ÍNDICE TEMÁTICO

COMUNIDAD P. 15, 19, 229, 230, 231, 232, 234,
235, 253, 254

TRANSGRESIÓN P. 148, 149, 150

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
P. 163, 179, 180, 181, 185, 188

V

VICTIMOLOGÍA P. 41, 78, 80, 83, 84, 86, 97,
98, 167

derechos de la víctima P. 164

discurso victimológico P. 84, 87

resguardo del interés de la víctima P. 46

re-victimización P. 84, 86

rol de la víctima P. 166

víctima P. 10, 11, 28, 29, 40, 41, 42, 45, 46, 48, 50,
51, 53, 55, 56, 62, 64, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 78, 82, 83, 85,
88, 91, 97, 98, 99, 102, 103, 109, 110, 111, 112, 135, 136, 139,
143, 144, 147, 148, 149, 150, 155, 157, 165, 167, 168, 169, 170,
172, 173, 177, 181, 183, 184, 185, 190, 191, 193, 194, 196, 198,
199, 200, 201, 202, 203, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 213,
215, 216, 217, 220, 221, 222, 224, 226, 227, 228, 229, 234, 240,
241, 246, 267, 297, 301, 304, 305, 308, 309, 321, 324, 329, 333,
334, 336, 337, 338, 340

victimización primaria P. 86

victimización secundaria P. 48, 86

VIOLACIONES A LOS DERECHOS
HUMANOS P. 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205,
206, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 219, 221, 400

VIOLENCIA DE GÉNERO P. 49, 228, 229

VIOLENCIA DOMÉSTICA P. 48, 184, 273, 302