

Alternativas jurídicas a la sanción penal*

Juridical alternatives to the criminal penalty

Por María Pía Viale Amuchástegui**

Resumen

La saturación del sistema judicial, la utilidad de evitar total o parcialmente la punición de algunos delitos, la priorización de otros intereses sobre el de la aplicación de la pena, como por ejemplo la reparación de la víctima o la resocialización del autor por tratamientos alternativos, entre otras razones, han dado lugar a que surjan alternativas al sistema punitivo vigente. Es objetivo del presente trabajo de investigación analizar las alternativas a la pena existentes en el derecho argentino y en el derecho comparado, procurando adoptar una posición respecto de su eficacia como medio sustituto de la sanción penal y -eventualmente- los resultados sean un aporte para quienes tienen la función de decidir sobre la conveniencia o no de su inserción en nuestro sistema jurídico vigente. Surge del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales incorporados luego de la reforma de 1994, del art. 1 de la Ley Nacional n° 24.660 y del art.1 de la Ley Provincial n° 8878, que el fin de la pena es la resocialización del delincuente. Sin embargo, frente a “la crisis de la justificación de la pena y su incapacidad para demostrar la declamada reinserción social del autor”, aparecen como reacción las alternativas a la pena como sustitutos con los que se pretende cumplir mejor sus fines.

Palabras clave

Resocialización, crisis, alternativas, pena, sustitutos

* Recibido el 29/10/ y aprobado para su publicación el 12/04/16

** Poder Judicial de Córdoba

Abstract

The saturation of the judicial system, the benefit of avoiding all or part of the punishment for certain crimes, the prioritization of other interests on the sanction, such as recovering the victim or rejoining the author by alternative treatments, among other reasons, have led to the emergence of alternatives to the current punitive system. The aim of this research is to analyze the existing alternatives to punishment under the Argentinean and comparative law, trying to take a position on its effectiveness as a mean of substitution for the criminal punishment. The results of this research can eventually become a contribution to those people responsible of deciding whether or not to include these sanction alternatives to our current legal system. The statement: “The end of the punishment is the offender’s social inclusion” arises from the 18th article of our Constitution, the International Treaties after the 1994 reform, the embedded art. 1 of the National Law N° 24.660 and article 1 of the Provincial Law N° 8878. As a reaction of the “crisis to justify the punishment and failure of the criminal social inclusion attempt” alternatives for punishment come up as substitutions that pretend to improve the accomplishment of the goals.

Keywords

Criminal social inclusion crisis, alternatives , punishment ,substitutions

Introducción

La saturación del sistema judicial, la utilidad de evitar total o parcialmente la punición de algunos delitos, la priorización de otros intereses sobre el de la aplicación de la pena, como por ejemplo la reparación de la víctima o la resocialización del autor por tratamientos alternativos, entre otras razones, han dado lugar a que surjan alternativas al sistema punitivo vigente. Es objetivo del presente trabajo de investigación analizar las alternativas a la pena existentes en el derecho argentino y en el derecho comparado, procurando adoptar una posición respecto de su eficacia como medio sustituto de la sanción penal y -eventualmente- los resultados sean un aporte para quienes tienen la función de decidir sobre la conveniencia o no de su inserción en nuestro sistema jurídico vigente.

Surge del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales incorporados luego de la reforma de 1994, del art. 1 de la Ley Nacional n° 24. 660 y del art.1 de la Ley Provincial n° 8878, que el fin de la pena es la resocialización del delincuente. Sin embargo, frente a “la crisis de la justificación de la pena y su incapacidad para demostrar la declamada reinserción social del autor” (Cafferata Nores, 2001, p. 32) aparecen como reacción las alternativas a la pena como sustitutos con los que se pretende cumplir mejor sus fines.

Frente a la hipótesis de que se ha incurrido en una conducta punible, se presentan teóricamente dos alternativas. O la reacción inevitable del Estado buscando acreditar el hecho para castigarlo, en todos los casos, sin excepción y con la misma energía, o bien, se

puede elegir a través de órganos estatales, en qué casos se va a provocar esta actividad y en qué casos no, según diversas razones. La primera se denomina legalidad; la segunda, disponibilidad (Cafferata Nores, 1998, p. 3).

En este marco, las alternativas a la pena constituyen una excepción a la legalidad, ya que tienen, precisamente, el efecto de no penar, no obstante existir los presupuestos esenciales para hacerlo. Nuestra Constitución Nacional no tiene ninguna norma que imponga el sistema de legalidad o el de oportunidad, a diferencia del Código Penal Argentino, que hasta la última reforma introducida por la Ley 27.147 (B.O. 18/06/2015), establecía como regla el principio de legalidad, en su artículo 71 que disponía: “*Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...*”. Sin embargo, esta regla no era absoluta, ya que existían y continúan existiendo algunos obstáculos y excepciones que evitan la imposición de la pena prevista para el delito. En este encuadre, encontramos algunos institutos receptados por nuestra legislación penal que pueden considerarse, en cierta forma, casos próximos a la disponibilidad de la acción penal, dentro de los cuales cabe destacar: *La suspensión del juicio a prueba o probation* (art. 76 y ss., C.P. L. 27.147 y L. 24.316). Existen distintos proyectos que han intentado introducir este principio en nuestro Código Penal, tales como los Anteproyectos de Reforma del Código Penal del año 2006 y 2012.

Sin embargo, ha sido recién con la última reforma introducida por la Ley 27.147 al Código Penal (B.O. 18/06/2015), que se ha receptado de manera expresa en el Código el principio de oportunidad. Esta reforma tan esperada, ha tenido el fin de compatibilizar el Código a la reformas introducidas a los códigos de rito de las provincias y al Nuevo Código Procesal Penal de la Nación en relación al nuevo paradigma penal que se evidencia en la incorporación de institutos que permiten salir del conflicto penal de un modo diferente a la pena.

La Pena

Antes de abordar la temática del “fin de la pena”, considero importante distinguir lo que la pena *es* de lo que la pena *quiere*, a fin de evitar confundir ambos aspectos del análisis, teniendo en cuenta especialmente la influencia que tiene la posición que se adopte respecto de su fin o función, en el concepto que se forme de ella. Esta confusión (entre concepto y fin) se advierte claramente en las llamadas teorías absolutas que consideran a la pena como un fin en sí mismo y cuya nota esencial es la idea de *castigo*.

Concepto de pena

Comúnmente se concibe a la pena como un mal que se impone a quienes han violado la ley. Soler dice: “Pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos” (Soler, 1963, p. 346). Soler considera a la pena desde un doble aspecto: como amenaza y como ejecución. Para él, la pena presenta siempre el carácter de una retribución, de amenaza de un mal. Importa, en su primer momento, una coacción moral. Luego, cuando se refiere al fin preventivo de la pena, distingue lo que la

pena *es* de lo que la pena *quiere*. “El ser de la pena constituirá el medio del cual el fin de la pena se sirve” (Soler, p.355).

Sobre la base de esta distinción, mira los dos momentos de la pena, el de la amenaza y el de la aplicación, y concluye en que la pena *es* un mal cuyo *fin* es evitar el delito. “Ese fin de la pena es el fin inmediato y que, por decirlo así, envuelve a todos los demás que suelen señalarse: restablecer la tranquilidad social, impedir los hechos de venganza, intimidar, corregir, innocuizar. Todo esto cabe en aquella idea, porque no se trata con la pena de evitar un delito determinado, sino de evitarlos en general”.

Núñez, por su parte, dice: “La pena no es reparatoria del mal causado por el delito, ya que no compone la ofensa en que éste consiste. La pena es retributiva porque con ella la sociedad responde a la ofensa que, violando su deber de abstenerse de delinquir, el autor le infiere a bienes individuales o sociales” (Núñez, 1981, p.330). Luego, cuando se refiere al fin de la pena dice: “El fin de la pena no es la expiación de sentido moral porque el delito no es un mal consistente en la motivación inmoral de la voluntad, curable por la fuerza del dolor que causa la pena y que expía la culpa. La pena tampoco es una expiación de sentido jurídico que sólo tienda a devolver mal por mal, pues no se castiga porque se ha delinquirado (*quia peccatum est*), sino para que no se delinca (*ne peccetur*). Este es el fin jurídico de la pena...” (Núñez, pp.330- 331).

Humberto S. Vidal critica el retribucionismo absoluto (a modo Kantiano) como inaceptable: “La idea de que la pena pueda agotarse, simplemente en el castigo, en la pura retribución, no sólo es un concepto primitivo sino lógicamente falso” (Vidal, 1992, p. 461), pero reconoce que el castigo sigue al delito, aclarando que se aplica para que no se cometan nuevos delitos. En síntesis, lo que cabe destacar es que, independientemente del fin que se le adjudique a la pena, su noción nunca pudo desvincularse de la idea de castigo, de retribución por el mal causado, y no es casual que ése sea el concepto social imperante.

El fin o función de la pena

Cuando hablamos del “fin” o “función” de la pena, nos referimos a lo que la pena quiere, al efecto que se supone que ella produce.

Las llamadas “teorías de la pena”

Fontán Balestra nos dice que: “A poco que revisemos las diversas teorías, veremos que unas se refieren a lo pasado -al hecho cometido-, mientras las otras se remiten a lo futuro. Algunas de estas últimas se proponen evitar que el delincuente cometa un nuevo delito, con lo que estamos dentro de la noción de la “prevención especial”, mientras otras persiguen evitar nuevas infracciones de parte de todos los componentes del grupo: tal la ‘prevención general’. Las teorías que tratan de darnos la razón de ser de la pena, han sido agrupadas por Bauer y por Roeder en *absolutas*, *relativas* y *mixtas*, sistema que alcanzó gran predicamento en nuestro país. Se colocan en el grupo de las absolutas aquellas según las cuales se castiga *quia peccatum est*, vale decir, porque se ha delinquirado; forman la fracción de las relativas las que aplican la pena *ne peccetur*, para impedir la comisión de nuevos delitos en lo futuro. Las teorías mixtas combinan ambos principios: *quia peccatum*

et ne peccetur. La pena se aplica porque el delito ha sido cometido y para evitar que vuelva a cometerse. Es al mismo tiempo medio y fin” (Fontán Balestra, 1957,p. 98).

Teorías Absolutas

Según Soler, “el pensamiento común que caracteriza estas teorías es el de juzgar a la pena como una consecuencia necesaria e ineludible del delito, ya sea porque el delito debe ser reparado, ya porque debe ser retribuido. Por una u otra razón, lo fundamental es que la pena sigue tan necesariamente al delito como el efecto a la causa. Ninguna consideración de carácter utilitario o externo a esa necesidad puede valer para impedir la aplicación de la pena; su razón está toda en el delito cometido: *punitur quia peccatum est*”. (Soler, 1963, pp.324 - 325). La idea central sobre la que giran estas teorías es la de “retribución”. El fin de la pena se agota con la retribución. Para los defensores de estas teorías la pena es un fin en sí mismo, *es* el castigo que sigue necesariamente al delito y su finalidad es castigar, retribuir. Esto se advierte claramente en el pensamiento de Kant, máximo representante de la *retribución moral*, para quien la pena es un imperativo categórico derivado de la ley, de la idea de justicia. Así como el bien debe premiarse, el mal merece su castigo. Para él, la pena no puede ser impuesta como simple medio para obtener otros fines, sino que independientemente de su utilidad, debe aplicarse al individuo solamente porque ha cometido un delito.

Teorías relativas

Según Soler, “a diferencia de las doctrinas absolutas, éstas no consideran a la pena desde el punto de vista estricto de la *retribución*, y como algo justificado en sí y por sí mismo. La pena no *es* un fin sino que *tiene* un fin. Su justificación no se encuentra, pues, en ella misma, sino en otro principio” (pp. 328). Dentro de este grupo encontramos las teorías de la *prevención general* y las de la *prevención especial*.

La prevención general

Righi sostiene que “Las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, la que en cambio es entendida como un instrumento del Estado, un remedio para impedir el delito. Así, la pena es concebida como instrumento de motivación, y descartando toda formulación idealista, se busca el apoyo científico para explicar su utilidad para prevenir la criminalidad” (Righi, 2001, p. 23).

La idea central que gira alrededor de estas teorías es la de *intimidación*. “Según estas doctrinas, la pena, que implica un sufrimiento, tiene por finalidad evitar los delitos por medio del temor que inspira” (Fontán Balestra, 1957, p. 414). En su formulación originaria de *prevención general negativa*, cuyos principales representantes fueron Feuerbach (Teoría de la coacción psíquica) y Romagnosi (Teoría del contraimpulso), la importancia de la pena radica en la amenaza de un mal dirigida a toda la colectividad en abstracto, que cuando se concreta con una condena impuesta al autor de un delito, refuerza la prevención general demostrando a los demás la inconveniencia de realizar conductas similares.

La prevención especial

Esta teoría ha sido desarrollada por diversas corrientes del pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social, cada una de ellas con matices diferentes, pero todas coincidiendo en que el fin de la pena es incidir en el sujeto que ya ha delinquido para evitar que vuelva a hacerlo y de esta manera proteger a la sociedad de futuros delitos que el mismo pueda cometer.

Según Righi, la base del sistema no es aquí el acto de desobediencia a la norma, sino la asocialidad del autor. Para esta concepción, influenciada por el determinismo, la responsabilidad penal del delincuente no se funda en la idea de libre albedrío postulada por la teoría retributiva, sino en la necesidad que tiene la sociedad de defenderse de los comportamientos antisociales. Originariamente, esta concepción también entendió a la pena como un instrumento de motivación de base coactiva, pero a diferencia de las teorías preventivo generales, aquí la amenaza se dirige al propio autor, a quien se le anuncia que si reincide sufrirá nuevamente la pena. A esta formulación se la denominó prevención especial “negativa”. En la versión moderna de prevención especial “positiva”, esta teoría procura evitar la reincidencia, ya no por medio de la intimidación sino a través de tratamientos de resocialización que intentan readaptar socialmente al delincuente.

Teorías mixtas

Según Soler, las teorías mixtas “...hacen incidir sobre la pena un carácter absoluto y uno o más relativos. Reconocen que al lado de la *necesidad* debe considerarse la *utilidad*, sin acordar a ninguno de estos dos principios un carácter exclusivo o excluyente. Son éstas las teorías más variadas y gozan actualmente de mayor difusión” (Soler, 1963, p.335).

Estas teorías, llamadas por Righi “*teorías de la unión*”, surgen como consecuencia del fracaso que importó reducir la cuestión a un enfoque unidimensional, propio de las teorías absolutas y relativas.

Podríamos decir que estas teorías más que buscar el fundamento de la pena, intentan explicar la pena misma, la cual preexiste a los intentos filosóficos de fundamentarla, ya que se trata de una creación espontánea de la sociedad. En este contexto, es más factible que su razón de ser esté conformada por una confluencia de fundamentos.

Ya no se intenta definir el fundamento y fin de la pena desde un punto de vista aislado, como retribución, amenaza o resocialización, sino que se pretende abordar la cuestión en su totalidad, reconociendo en la pena varios fines.

Siguiendo a Righi (pp.32-34), estas teorías tuvieron diversas formulaciones:

a) Algunos consideraron que cada una de las concepciones tradicionales era válida, teniendo en cuenta el aspecto temporal que se considere. Coinciden en que en un primer momento la pena se presenta como un mal amenazado, tendiente a influir psicológicamente en la colectividad para evitar el delito. Cumple en este momento una función de *prevención*

general. Luego, cuando a pesar de la amenaza el delito se comete, la pena cumple una función de *retribución jurídica*. Con ella se confirma la autoridad de la ley penal y se repone el valor del derecho. Simultáneamente, se satisface a la sociedad devolviéndole la calma. Finalmente, cuando se ejecuta la pena, ésta cumple una función de *prevención especial*, por medio de la intimidación individual y la enmienda del condenado.

Otros se caracterizaron por dar preeminencia a alguna de las concepciones tradicionales, articulándola con las demás. Así encontramos:

b) Quienes reconocieron como fin primordial de la pena a la prevención general, pero limitando el poder estatal de intimidar a sus justos términos, evitando penas innecesariamente rigurosas, para no caer en los excesos de la versión clásica de la prevención general.

c) Quienes presentaron a la prevención especial como fin primordial de la pena, pero reconociendo límites de raíz retributiva, para evitar sus excesos.

Teoría unificadora preventiva

Como consecuencia de los excesos de las experiencias autoritarias europeas y frente a la necesidad de restaurar el estado de derecho, surgen nuevas manifestaciones de estas teorías unificadoras. La primera de ellas es la llamada “Teoría unificadora preventiva”. Esta teoría sostiene que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Propone combinar fines preventivo generales y especiales como fundamento de la pena, excluyendo totalmente los criterios retributivos. Sin embargo, cuando pretende resolver el problema de las teorías preventivas tradicionales, es decir, el peligro que encierran con respecto a los excesos de la intervención punitiva del estado, debe recurrir al principio de culpabilidad (propio de las teorías retributivas) como límite y medida de la pena, abandonando el criterio de peligrosidad. Con lo que se advierte la influencia de las teorías retributivas (Righi, pp. 34-38).

Teoría de la prevención general positiva

En el Derecho Penal contemporáneo se ha desarrollado una nueva versión de la teoría de la prevención general, llamada “prevención general positiva” para la cual, a diferencia de la versión clásica de prevención general “negativa”, el fin de la pena ya no es la intimidación sino la estabilización del sistema social y el restablecimiento de la confianza en las normas fundamentales de cada sociedad, alteradas por el delito. Esta concepción tiene un fundamento utilitario ya que parte de la idea de que el derecho es un “instrumento” que sirve para la estabilización social y su función es orientar las conductas de los seres humanos. Desde esta perspectiva, el delito es visto como “disfuncional” ya que erosiona esa función orientadora y afecta la confianza institucional, con lo que se aleja de la idea tradicional según la cual lo disvalioso del delito consiste en lesionar bienes jurídicos en medida intolerable. El fin de la pena es entonces para esta teoría preventiva, el reconocimiento y fidelidad al derecho. Se trata de una concepción unidimensional, que critica a las dominantes “teorías de la unión” porque lo que pretenden es unir diversos fundamentos de legitimación y fines de la pena pública, por lo que censura tanto a quienes

han querido mediar entre teorías absolutas y relativas, como a los que sólo han procurado conciliar fines preventivos.

El “escenario” contemporáneo según Esteban Righi

Para Righi “La teoría de la ‘prevención general positiva’ adjudica a la pena una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito, lo que le permite tomar distancia de los serios reparos que, desde la perspectiva del respeto a la idea del estado de derecho, merecen las concepciones preventivas de perfil clásico” (pp. 44). Sin embargo, considera que esta teoría no debe incorporarse al pensamiento penal contemporáneo de una manera acrítica, ya que importaría adoptar un nuevo modelo unidimensional que no puede terminar con la cuestión acerca del fin de la pena. Ello es así, ya que el criterio que utiliza para legitimar la intervención punitiva del estado no es seguro y por lo tanto requiere de una complementación externa para establecer sus límites, lo que ha dado lugar a una articulación de la prevención general positiva con la teoría retributiva, reproduciendo la técnica de las anteriores “teorías de la unión” .En definitiva, concluye en que a pesar de la innegable influencia de la prevención general positiva, “...la política criminal de nuestro tiempo exhibe todavía un claro predominio de las “teorías de la unión”, en cuya virtud resulta casi imposible encontrar sistemas jurídico penales en los que pueda reconocerse la influencia exclusiva de una concepción unidimensional...” (pp. 45).

La legitimidad de la pena

Encontrar el fundamento de la pena es un tema íntimamente ligado a otro, que es el de la legitimidad de la pena. Por ello, considero importante hacer una breve mención a líneas de pensamiento estrechamente vinculadas con la corriente criminológica conocida como “criminología crítica”, que propugnan la abolición del Derecho Penal y por esa vía atacan la legitimidad de la pena. Me refiero a las llamadas “Teorías abolicionistas del Derecho Penal”, que se caracterizan por rechazar la existencia del Derecho Penal proponiendo su sustitución por otras formas no punitivas de resolución de los conflictos penales.

Dentro de esta corriente encontramos posturas radicales que niegan todo principio de organización (Mathiesen), para las cuales la justicia penal debe dejar de existir; y posturas moderadas que sin negar necesariamente la existencia de la justicia penal, proponen alternativas a la misma (Hulsman).

La perspectiva abolicionista según Louk Hulsman

Hulsman plantea la hipótesis de que el sistema penal no es necesario y propone un nuevo lenguaje para que su hipótesis sea posible. No pretende abolir la justicia penal sino la manera de mirar de la justicia penal. El reproche más profundo que le hace al sistema penal es que “tiende a dar una construcción irreal de lo que sucede y por lo tanto una respuesta irreal y poco efectiva. Tiende además a excluir a las organizaciones formales como la

policía y las cortes en la intervención para la búsqueda de una solución creativa de tales hechos y en la posibilidad de aprendizaje de los mismos” (Hulsman, 1997, p.89).

Sostiene que la reconstrucción de los hechos está totalmente descontextualizada. No se ve al delito como un conflicto entre la víctima y el autor, ni en el contexto en que ocurre, sino que se tiende a considerarlo como un hecho excepcional, de una naturaleza distinta a otros hechos también problemáticos. Considera que no hay una realidad ontológica del delito ya que no hay ninguna diferencia esencial entre los hechos punibles y aquellos hechos, dificultades o situaciones desagradables (ej. problemas familiares, etc.) que muchas veces generan más sufrimiento que aquéllos, aunque no sean punibles. Por ello, no habla de “delitos” sino de situación problemática, que como tal debe resolverse como todas las demás, o al menos no resolverse de una manera radicalmente diferente.

Desde esta perspectiva crítica al sistema penal, cuestiona la manera en que se reconstruyen los hechos, ya que no se tiene en cuenta a uno de sus principales involucrados: la víctima, quien es tratada como un simple testigo. Destaca que la mayoría de la gente usa el castigo para resolver los pequeños problemas, no los importantes (donde se intenta descubrir cuál es el verdadero conflicto para solucionarlo, hablando, negociando, etc.), y sin embargo, ésta es la reacción del sistema cuando se trata de un hecho delictivo, lo cual pone de manifiesto que se trata de un sistema que viene de la moral escolástica, aunque aquí Dios sea reemplazado por la ley y el consenso de la gente. Según él, la ineficacia del sistema penal queda al descubierto con la circunstancia de que la mayoría de los hechos punibles pertenecen a lo que se llama “cifra negra”. Es decir que la mayoría de estos hechos quedan sin punición, por diferentes razones: falta de denuncia del hecho por la víctima, imposibilidad de encontrar al agresor, falta de tiempo y recursos para abordar la cuestión, obstáculos de procedimiento, etc.

La regla es, entonces, que estos hechos son abordados fuera de la justicia penal, de diferentes formas aunque no tengamos información sobre ellas, lo cual es importante a la hora de cuestionar legitimidad del sistema penal. Por ello, propone un nuevo lenguaje que legitime la justicia penal en función de ciertos valores que muestren cómo y dónde mirar. Estos valores son:

- Respeto por la diversidad, por las diferencias entre los individuos;
- Los profesionales y las autoridades tienen que servir a los clientes, a la gente (y no a la inversa), lo cual sólo es posible si éstos tienen influencia, poder para orientar sus actividades;
- Validez de la reconstrucción de los hechos, en base a los significados que ellos tienen para los actores principales en la vida real.

Su propuesta es buscar una nueva forma de resolver los problemas en función de estos valores. Para la reconstrucción de los hechos habrá que ir en primer lugar a aquellos involucrados directamente en ellos, y preguntarles: ¿qué pasó?, ¿cómo?, ¿qué sienten?, ¿qué quieren hacer? Habrá que centrar la mirada en la víctima y conocer cómo le afectó a ésta el hecho, cómo lo reconstruye, ya que los hechos pueden ser reconstruidos bajo

diferentes lógicas y contextos. Así, algunos pueden verlo como un accidente; como un problema social; como un castigo de Dios, etc.

En síntesis, el nuevo lenguaje que podría reemplazar al lenguaje convencional sobre el “delito y la justicia penal” es para Hulsman:

- Situación problemática en vez de comportamiento delictivo (o delito);
- Naturaleza problemática en vez de naturaleza ilegal del delincuente;
- Persona para quien algo es problemático (víctima) en vez de victimario;
- Qué puede hacerse al respecto y por quién, en vez de ubicación de la gravedad y la culpa sobre el victimario.

Crítica a la perspectiva abolicionista

Jesús María Silva Sánchez reconoce al movimiento abolicionista el mérito de haber realizado un importante esfuerzo en favor de la humanización del sistema penal, mediante la crítica de sus aspectos negativos; sin embargo, señala que independientemente de que sus propuestas sean buenas o malas, éstas resultan utópicas: “La utopía de las alternativas al sistema penal desarrolladas por los autores del abolicionismo ‘moderado’ se hace patente tan pronto como se advierte su pretensión de sustituir el sistema penal por una solución privada de los conflictos (delitos) basada en el principio del resarcimiento civil del daño, a la que se añadirían ciertos procedimientos de arbitraje. Como apunta Kaiser, es inevitable concluir que tales soluciones, en cuya ideación pudieron tenerse presentes ciertas comunidades alternativas ‘en los valles de Noruega’ son incompatibles con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades modernas. A este respecto, no debe estimarse meramente casual el hecho de que el abolicionismo haya sido elaborado ante todo en países como Holanda (por Hulsman) o Noruega (por Mathiesen o Crithie), ‘pequeños países en los que el problema de la criminalidad es relativamente reducido, el sistema penal tradicional se muestra conservador y la posibilidad de una resolución autónoma y descentralizada de los conflictos es relativamente alta’. Pero incluso en los países como los citados la creencia en la factibilidad del esquema abolicionista de solución de los conflictos penales debe estimarse extremadamente ingenua” (Silva Sánchez, 1992, pp. 20- 21). Por otro lado, le critica a la propuesta abolicionista la circunstancia de que sólo se ocupa de casos triviales, de bagatela y no de los supuestos de criminalidad violenta y otros casos graves que son los más importantes. En definitiva, concluye que la perspectiva abolicionista no puede ser decisiva en la consideración del Derecho Penal actual, por lo que se inclina por las “perspectivas que tratan de que el sistema penal realice sus funciones “necesarias” de la forma más humana posible” (p. 26).

El derecho positivo argentino

Criterio adoptado

Surge del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales incorporados luego de la reforma de 1994, del art. 1 de la Ley Nacional n° 24.660 y del art.1 de la Ley Provincial n° 8878, que el fin de la pena es la resocialización del delincuente. Es decir que nuestro sistema constitucional se adscribe a la teoría de la prevención especial y dentro de ella a la versión moderna de la prevención especial “positiva”. Cabe resaltar, sin embargo, que esta afirmación no importa negar la influencia de las otras teorías, sino simplemente reconocer la preeminencia de los puntos de vista preventivo- especiales. De los sistemas penitenciarios orientados hacia el ideal de rehabilitación, la Ley 24.660 adopta el sistema progresivo, que parte de la observación de que el cambio radical y brusco que significa para el condenado pasar de la libertad al encierro y viceversa, estimula su proclividad al delito, por lo que se pretende someterlo a un tratamiento de resocialización dividido en etapas, de manera que el condenado recupere sus derechos en forma gradual y progresiva. Este proceso culmina con la libertad preparatoria o condicional, es decir una libertad bajo control que permite al penado regresar progresivamente al mundo libre (Righi, 2001, pp. 244- 245). La propuesta resocializadora significó un verdadero avance hacia la humanización de las modalidades de ejecución de la pena privativa de libertad, razón por la cual pasó a ser el eje del discurso legitimador de la intervención penal.

Crisis de la Doctrina Resocializadora

A pesar del auge de la propuesta resocializadora, esta tuvo que enfrentarse con importantes objeciones, a las que ya hemos hecho referencia al exponer la teoría de la prevención especial. Pero es el fracaso de la ilusión resocializadora, el motivo determinante de su crisis. En tal sentido, la doctrina coincide en mencionar como causas de dicho fracaso, las siguientes:

a) Sociedad criminógena: Se ha dicho que “carece de sentido resocializar al delincuente para integrarlo en una sociedad que, en sí, es criminógena; no habría, pues, que resocializar al individuo, sino a la sociedad” (Silva Sánchez, p. 31). En otras palabras, el error radica en considerar al condenado como alguien que no pertenece a la sociedad, y a quien hay que “readaptarlo” o “reinsertarlo” en ella. Este punto de partida, desconoce que el delito es un fenómeno normal dentro de una sociedad y que el condenado es un ser humano como cualquier otro (Vitale, 1996,p.10).

b) Tensión entre Tiempo -Tratamiento: Otro problema es “la tradicional relación de tensión que existe entre tiempo y tratamiento” (Righi, p.246). En efecto, los programas oficiales de rehabilitación pueden requerir un tiempo que no coincida con el de la condena, lo que ha llevado a algunos sectores doctrinales e incluso a la legislación y práctica de algunos países (vgr. los Estados Unidos), a prescindir en la sanción de toda proporcionalidad con el hecho cometido, estableciendo penas privativas de libertad indeterminadas, con el fin de prolongar la privación hasta lograr la plena resocialización del delincuente (Silva Sánchez, 1992, pp. 29 - 30). Si bien lo que se ha criticado es la

absolutización de la idea de resocialización, una vez salvado este extremo, subsiste el problema de tensión antes referido.

c) Tensión entre Coerción - Curación: Otra relación de tensión se da entre el factor coerción y curación. El problema es que el modelo penitenciario del “tratamiento” parte de la premisa errónea de que es posible “imponer” un cambio psicológico (Righi, p.246). Esta pretensión se presenta como una ingerencia injustificable en los derechos individuales del delincuente, ya que no sólo intenta modificar el comportamiento externo del mismo, sino también su actitud interna. Esta “resocialización para la moralidad” es rechazada por su carácter antiliberal, manipulador, inaceptable en una sociedad entre cuyos valores fundamentales se halla la autonomía de la personalidad (Silva Sánchez, 31). Por otro lado, en el régimen argentino de ejecución de la pena privativa de libertad (Ley 24.660), este problema no se resuelve con la aceptación del condenado, ya que su conformidad está inevitablemente condicionada a que de ella dependerá la fecha de su libertad condicional. Esto es así, ya que los funcionarios encargados de decidir esa fecha, conciben a la libertad condicional como un “beneficio” o “premio” y no como un derecho del condenado. Consecuentemente, del comportamiento del condenado dependerá la fecha de su libertad condicional según el criterio discrecional de los funcionarios a cargo. De esta forma, el tratamiento no puede generar un cambio interno, ya que los condenados tienen la presión de intentar convencer a los funcionarios sobre su buen comportamiento (Righi, pp.246- 247).

d) Incapacidad de resocializar en el encierro: la principal causa del fracaso del ideal resocializador está dada por la imposibilidad de educar para la libertad en condiciones de falta de libertad. En este sentido se ha dicho “es evidente que no se puede adaptar a un sujeto a la vida en libertad mientras carece de ella”, y que “nadie puede pensar seriamente que se puede integrar socialmente a un ser humano apartándolo de la vida en sociedad” (Vitale, 1996, p. 11). La cárcel priva, además de la libertad ambulatoria, del ejercicio de los derechos más elementales de la persona humana. El recluso en ella pierde su identidad, su autoestima, su mínimo espacio de intimidad. Se resquebraja allí su situación familiar y laboral. Pasa a ser una persona no confiable para el resto de la comunidad, por la estigmatización que el encierro le produce.

Vitale concluye diciendo que “la cárcel, entonces, deteriora enormemente y en forma irreversible la personalidad del privado de libertad, sirviendo para que este asuma el rol de criminalizado y se constituya en un nuevo factor de criminalidad. La cárcel es, por ello, reproductora del crimen” (Vitale, 1996, p. 11). Es decir, que la cárcel no sólo no tiene capacidad para apartar a nadie de la comisión de delitos, sino que produce el efecto inverso. “La prisión más que un instrumento de defensa social es un consistente factor de criminalidad” (Righi, p.246). Esta realidad se ve agravada en América latina por las pésimas condiciones de habitabilidad de las prisiones y las represivas condiciones reales de cumplimiento de la pena. Las cárceles no suelen ser ni sanas ni limpias (como lo exige nuestro art. 18 C.N.), sino que son sitios destinados al ocio, al hacinamiento y a la promiscuidad; en donde no se adquieren hábitos compatibles con la vida libre (Vitale, p.12).

Estas razones ponen de manifiesto que no es posible erigir a la resocialización como principio fundamental legitimador de la intervención penal. Si bien la resocialización se presenta como una tarea irrenunciable, por el respeto de los derechos individuales del condenado y por la utilidad que sigue importando para el Estado su readaptación, hay que

reconocer, por un lado, que ese no es el único fin con que se lo envía a prisión; y por el otro, que ese fin, como los otros, pueden, bajo ciertas condiciones, lograrse mejor mediante tratamientos alternativos.

La propuesta garantista

La crisis de la propuesta resocializadora y los excesos de la denominada “ideología del tratamiento”, han dado lugar, especialmente en los países en donde ésta ideología alcanzó su máximo exponente, al surgimiento de nuevas tendencias cuyo propósito fundamental es acentuar el papel de las garantías formales.

Estas corrientes parten de la aceptación de que lo que legitima al Derecho penal es básicamente la prevención general de delitos. Este movimiento, crítico de la ideología del tratamiento, denominado por algún sector “*neoclasicismo*”, se sitúa en el marco de un renacimiento de la prevención general, procurando someter a control al poder punitivo del Estado a fin de evitar sus posibles abusos (Silva Sánchez, p.34). Sin embargo, se le ha criticado al “*neoclasicismo*” su limitación a los aspectos exclusivamente formales. Se ha dicho que una reacción a la ideología del tratamiento requiere, además, exigencias de contenido “que traten de conciliar el principio preventivo-general de protección de la sociedad mediante la disuasión de los delincuentes, con los principios de proporcionalidad y humanidad, por un lado, y de resocialización, por el otro” (Silva Sánchez, p. 37).

La propuesta garantista se encuadra dentro de la concepción del llamado “Derecho penal mínimo”, que entiende que sólo son legítimas las penas necesarias, y propugna por una reducción de los mecanismos punitivos del Estado al mínimo necesario. El mínimo necesario de la intervención penal constituye el punto de equilibrio alcanzado por la tensión dialéctica que se da en cada momento histórico, entre el interés prevencionista y otros como el humanitario o el resocializador.

Así, al lado de la seguridad jurídica y la proporcionalidad, se ubica a la humanización del derecho penal, como uno de los intereses a valorar. A ello ayuda el hecho de tomar como punto de partida a la idea preventivo-general, ya que si se entiende a la pena como “un mal con el que se amenaza y no un bien con propiedades terapéuticas para el delincuente, se hace más fácil entender que es preciso restringirla al máximo”.

A la vez, este punto de partida permite advertir que la eficacia intimidatoria de la pena, no depende de su severidad, sino que otros elementos, como la certeza de la sanción, inciden en mayor medida, como así también, que en los casos en que la pena privativa de libertad no se estime estrictamente necesaria, nada obstará a su sustitución por otras consecuencias jurídicas. Silva Sánchez (1992) concluye: “la ‘propuesta garantista’ ni implica una vuelta atrás ni ofrece algo completamente nuevo. Más bien, expresa la síntesis adecuada al presente momento histórico de la evolución de las ideas penales... El garantismo que, partiendo de la función de protección de la sociedad a través de la prevención general de delitos, procede a subrayar las exigencias formales de seguridad jurídica, proporcionalidad, etc., y acoge, a la vez, las tendencias humanizadoras, expresa el estado hasta ahora más evolucionado de desarrollo de las actitudes polítocriminales básicas, la síntesis de los esfuerzos en pro de un mejor Derecho penal...” (pp. 40- 41).

Las penas alternativas

La crisis a que venimos aludiendo ha dado lugar a una corriente de política criminal alternativa, dentro de la que se hace necesario distinguir las *alternativas a la pena*, objeto de la presente investigación, de las *penas alternativas*, que si bien comparten en términos generales las causas que le dan origen, difieren en sus efectos y modalidades de actuación.

Así, mientras las *alternativas a la pena* se traducen en una limitación y/o renuncia de la facultad represiva del Estado, las *penas alternativas* importan un modo diferente de ejercicio de dicha facultad, son, como su nombre lo indica, penas diferenciadas, distintas de la tradicional pena privativa de libertad, que se caracterizan por afectar bienes jurídicos distintos de la libertad ambulatoria.

Entre las *penas alternativas*, podemos mencionar: la pena de multa e inhabilitación (cuya alternatividad depende de que sean previstas como penas principales y únicas y no como penas conjuntas a una privativa de libertad); el trabajo en beneficio de la comunidad o “community service” del Derecho Penal Inglés; la interdicción de derechos; el arresto de fin de semana (en realidad no se trata de una verdadera alternativa, ya que en definitiva se priva de la libertad ambulatoria, aunque no sea de manera continua); el confinamiento; el exilio local; el cumplimiento de instrucciones (tales como aprender un oficio o arte, abstenerse de consumir tóxicos o de concurrir a determinados lugares, practicar regularmente un deporte, etc.); la reprimenda pública; etc.

La pena de *multa* es una pena pecuniaria que ha sido considerada por la doctrina como un útil instrumento sustitutivo de la pena corta de prisión, ya que por un lado evita el efecto desocializador del encierro, sin que haya tiempo para implementar programas de tratamiento, y por otro, resulta muy ventajosa para el Estado desde un punto de vista presupuestario.

El *trabajo en beneficio de la comunidad* o “community service” es una forma no convencional de reacción penal, que persigue evitar el inconveniente de separar al delincuente de la sociedad que acarrea la pena privativa de libertad, facilitando su resocialización en la medida que permanece en su entorno, y fomentado un comportamiento favorable al trabajo mediante la prestación regular de servicios a favor de la comunidad, para la cual éstos, a su vez, representan una reparación.

Las alternativas a la pena

Frente a “la crisis de la justificación de la pena y su incapacidad para demostrar la declamada reinserción social del autor” (Cafferata Nores, 2001, p. 32), aparecen como reacción las alternativas a la pena como sustitutos con los que se pretende cumplir mejor sus fines. Constituyen una herramienta que sin pretender superar al Derecho Penal, procuran superar el modelo tradicional de resolución de conflictos, disminuyendo o evitando la sanción penal estatal, y concediendo participación a la voluntad de los protagonistas como medio más eficaz para resolver determinados conflictos bajo ciertas condiciones. Se centra la mirada en el conflicto que subyace por detrás de todo delito, el cual debe intentar ser solucionado, para poder lograr una reparación real del daño y de las relaciones afectadas por el mismo.

El delito ya no puede ser considerado sólo en forma abstracta, como la mera “infracción” a una norma, como una ilicitud penal punible. Es necesario atender a la situación problemática que se encuentra por detrás del mismo, en la cual están involucradas las personas y la comunidad, a fin de poder darle una solución real y efectiva. Y para ello, tener en cuenta la voluntad de quienes se ven afectados, se presenta como una alternativa prometedora (Vitale, 1996, p. 13). Así, se postula la sustitución de decisiones de personas extrañas al conflicto, por otros métodos que no impliquen el enfrentamiento de verdaderos adversarios, con miras a buscar una solución conjunta. La conciliación, mediación, el arbitraje, constituyen métodos mucho más idóneos para brindar soluciones a los problemas humanos, al menos en una gran variedad de supuestos.

Las alternativas a la pena se enmarcan dentro de una nueva corriente de política criminal que, sin llegar al extremo de las posturas abolicionistas, propugna por limitar el poder punitivo estatal en la mayor medida posible. Esto se conoce como la “última ratio del Derecho Penal” que obliga a acudir a la pena como última instancia en la resolución de los conflictos, ya que si el sistema penal no puede erradicar la criminalidad, o las causas que la generan, al menos no debe colaborar a reproducirla (Nieves Sanz Mulas, 2003,p.29).

En este sentido se ha dicho que “más Derecho Penal no significa menos delito; más leyes, penas más severas, más policías, más cárceles, no significa menos criminalidad. La pena, más que convencer, disuadir o aterrorizar, lo que hace es reflejar la impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones. Debe abogarse, en consecuencia, por una adecuada política social y utilización prioritaria de sanciones no penales, y sólo, cuando ninguno de tales medios sea suficiente, estará legitimado el recurso a la pena” (Nieves Sanz Mulas, 2003, p. 29).

Actualmente, sin embargo, se advierte una **situación paradójica**. Por un lado se reconoce abiertamente la inidoneidad de la pena, en especial de la privativa de libertad, para cumplir sus fines, e incluso su dañosidad en ciertas circunstancias, y por otro, su aplicación y fortalecimiento es lo que cada vez en mayor medida está pidiendo la opinión pública. Así, al tiempo que se impulsan proyectos alternativos a la pena privativa de libertad, hay un resurgimiento de los programas de “mano dura”, tales como el endurecimiento de sanciones, el aumento del número de policías, la creación de más cárceles, el perfeccionamiento de modelos de máxima seguridad, etc., lo cual refleja una regresión al pensamiento preventivo general, esencialmente intimidatorio. Es que “el imparable crecimiento del fenómeno criminal ha alarmado la opinión de una colectividad

que, lógicamente, cada vez está más asustada y menos dispuesta a comprender y aceptar una política penal moderna e iluminada, y todo parece apuntar en consecuencia, a un retroceso en lo que al discurso de la pena privativa de libertad se refiere” (Nieves Sanz Mulas, p. 41). Frente a esta contradicción Nieves Sans Mulas resalta la necesidad de que a toda política criminal, y no solo la de la alternatividad, tiene que preceder la opinión favorable de la colectividad. “si queremos que las penas alternativas se apliquen habrá que comenzar, inexorablemente, por convencer a la colectividad, tanto de los efectos dañinos de la prisión, como de su irracionalidad, como de la necesidad de focalizarle alternativas... porque, en definitiva, cuanto mayor sea el convencimiento de la necesidad de buscarle alternativas a la prisión, y ello quede reflejado legislativamente, mayor será el impulso que reciba la política social” (Nieves Sanz Mulas, p. 42).

En similar sentido, Cesar Fortete nos dice que: “muchas veces la dogmática, los medios de comunicación y la opinión pública sobredimensionan la capacidad del derecho penal para resolver conflictos, y la realidad muestra que ésta es limitada. Por ello es necesario un marco legal que posibilite vías alternativas de resolución, y que tenga por base la reparación del daño y la restitución de la cohesión social a través de la recuperación de sus miembros, y no de su exclusión” (Fortete, 1999-2000, p. 130). La sensación generalizada de inseguridad e injusticia que vive nuestra sociedad, que comparto y entiendo, genera el deseo colectivo de un cambio, que se traduce en definitiva en la necesidad de un mejor sistema penal o, lo que es lo mismo, un sistema penal efectivo.

Ahora bien, es importante advertir que la sociedad y la opinión pública sólo observan un aspecto del problema, que es la consecuencia o los efectos del delito y, prescindiendo de un análisis cabal y técnico de ésta problemática, como el que están obligados a realizar los legisladores, se reclaman medidas concretas, propias de políticas de “mano dura”, a que hacíamos referencia.

Es tarea de los legisladores encontrar soluciones mas eficaces, analizando no sólo los efectos del delito, sino también y fundamentalmente las causas que le dan origen. Por ello, es lamentable que en nuestra realidad política existan legisladores que posibiliten reformas legislativas trascendentales para la vida social, sin realizar un previo análisis completo y fundado del fenómeno delictual, respondiendo sólo al interés de satisfacer la opinión pública.

Ventajas de las Alternativas a la pena

Siguiendo a Cesar Fortete (1999-2000), las alternativas presentan ventajas para la víctima, el victimario y la sociedad.

Para la víctima:

- La más importante es que al no ingresar su caso al sistema penal, disminuye el riesgo de la doble victimización de la que es objeto durante el proceso penal.

- Además, deja de ser un objeto como sucede generalmente en el proceso penal, ya que al intervenir directamente en la negociación, defenderá sus intereses estableciendo la reparación que considere justa con su victimario. De esta forma, no sólo hay una reparación

material, sino también moral, ya que hay un reconocimiento del hecho y de la culpa por parte del victimario.

Para el victimario:

- Se evita la estigmatización que sufre en el proceso penal, lo cual le traería serias complicaciones para su vida futura.

- Tiene mejores posibilidades de reinserción social, ya que no sólo se procura establecer la culpabilidad, sino también atacar las causas que dieron lugar a su conducta. Además, se lo enfrenta al daño que causó a la víctima, para que comprenda el valor de su conducta.

Para la sociedad:

- Disminuye el costo que el delito le genera a una sociedad a través de la intervención de los órganos determinados para la persecución y prevención criminal. No sólo porque su implementación es más económica por la disminución de los gastos burocráticos y, en su caso, el costo/día que significa un detenido, sino también porque las medidas son más eficientes que las del sistema penal tradicional, disminuyendo así la reincidencia.

Críticas a las Alternativas a la pena

La crítica más importante que se hace es la posible violación de las garantías procesales en que podría incurrirse, tales como el principio de inocencia y de verdad real, ya que el imputado sospechoso pero quizás inocente, podría admitir haber realizado el hecho delictivo para evitar el proceso penal y una posible condena. En este aspecto, es fundamental que la participación del victimario en estos programas sea voluntaria (Fortete, 1999-2000, p.123). Otra crítica importante es que las alternativas, se dice, lejos de renunciar a la pena de prisión, se manifiestan como penas complementarias de la cárcel. Esta complementariedad puede deberse a factores tales como una “benevolencia” en la aplicación de las alternativas, que se usarían con más frecuencia dado su efecto menos perjudicial que la cárcel, con el agravante que van acompañadas de la amenaza de prisión en caso de incumplimiento. Y si bien son menos perjudiciales no son “inofensivas” (Chincilla Calderon y Linares Orozco, 2003, pp.89 - 90).

También se critica su relativa eficacia, ya que se ha comprobado que estos programas resuelven conflictos menores, como los que se generan entre vecinos, familiares, compañeros de trabajo, etc., pero no los supuestos de criminalidad grave. Otra objeción se refiere a la circunstancia de que los victimarios vuelven a su entorno social, que es precisamente el que no pudo contenerlos y generó su conducta. Cesar Fortete refuta esta objeción con dos argumentos: a) Preguntándose si en una cárcel estarían mejor, es decir, si ese entorno, compuesto sólo por delincuentes, puede ser apropiado para su rehabilitación; y b) Reconociendo que si bien es cierto que se devuelve a los victimarios al entorno social del que provienen, también lo es que se le imponen determinadas obligaciones que se vinculan con su rehabilitación, efectuándose un seguimiento y control. Esto no sucede con las penas privativas de libertad, que una vez finalizadas, devuelven al delincuente a su entorno sin ningún tipo de seguimiento o control (Fortete, p. 124).

Las Alternativas a la pena en el Derecho Argentino

La cuestión de las alternativas a la pena y su posibilidad de aplicación en nuestro sistema jurídico vigente, se encuadra en la cuestión más amplia sobre la legalidad y/o la disponibilidad de la acción penal, en base a criterios de oportunidad. Hasta la última reforma introducida por la Ley 27.147 (B.O. 18/06/2015), nuestro sistema penal venía rigiéndose, como regla, por el principio de legalidad procesal, permitiendo excepcionalmente la aplicación de criterios de oportunidad.

Siguiendo a María Susana Frascaroli (Frascaroli, 2000), cabe distinguir en nuestra legislación, los supuestos en que se produce una renuncia a la potestad punitiva estatal por razones de política criminal, de aquéllos en donde dicha renuncia responde a criterios de oportunidad.

Excepciones y límites al principio de legalidad por razones de política criminal

a) *Delitos de acción privada (art. 73 C. Penal) y delitos de acción pública dependiente de instancia privada (art. 72 C.P.)*. En ambos casos, la ley subordina el ejercicio de la acción a una manifestación de voluntad de la víctima, quien tiene la decisión de permitir el inicio de la persecución penal, instándola, o impedir la mediante su inactividad o silencio.

b) *Inmunidad de opinión*. La Constitución Nacional (art. 68) y las Constituciones Provinciales establecen que los legisladores no pueden ser acusados, interrogados judicialmente ni molestados por las opiniones o discursos que emitan en el desempeño de su mandato.

c) *Privilegios constitucionales*. Se trata de verdaderos obstáculos temporarios para el ejercicio de la acción penal en contra de los miembros del Poder Ejecutivo (arts. 53 y 59 C.N.), del Poder Legislativo (art. 70 C.N.) y del Poder Judicial (arts. 53, 59 y 115 C.N.), mientras permanezcan amparados por el privilegio, que establece la Constitución Nacional a fin de garantizar el libre ejercicio de las funciones estatales.

d) *Prescripción de la acción penal (art. 62 C.P.) o de la pena (art. 65 C.P.)* por el transcurso del tiempo previsto por la ley y la inactividad de los órganos encargados de la persecución penal.

e) *Ley de amnistía*. El dictado de una ley de amnistía hace perder al Estado su potestad punitiva, a pesar de haberse reunido todos los presupuestos de punibilidad (Vitale, 1996: 19).

f) Los *hurtos, defraudaciones o daños* están libres de pena si se producen entre personas que tengan entre sí cierto grado de parentesco (art. 185 C.P.), al igual que ciertos *encubrimientos*, cuando medien razones de parentesco, de amistad íntima o especial gratitud (art. 279 C.P.).

g) La ley posibilita disminuir o eximir de pena al autor del *delito imposible* (art. 44, párrafo 4º, C.P.), teniendo en cuenta, entre otras razones, el menor peligro para el bien protegido y la menor peligrosidad del autor.

h) La figura del “*agente encubierto*” incorporada por la Ley 23.737, de estupefacientes (art.31 *bis*), que consiste en una especie de autorización previa para delinquir a favor de un funcionario de las fuerzas de seguridad, quien se infiltra en una organización delictiva para obtener pruebas tendientes a desbaratarla. Si como consecuencia de su función, el agente se vio obligado a delinquir, se le reconoce inmunidad penal, siempre que no haya puesto en peligro cierto la vida o integridad física de una persona, ni haya causado un grave sufrimiento físico o moral a otro.

Excepciones y límites al principio de legalidad por criterios de oportunidad

Se trata de supuestos en que se acuerda alguna relevancia a la autonomía de la voluntad, como presupuesto para el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado. Son excepciones no ya al inicio inevitable de la acción penal sino a su irrevocabilidad, es decir, que la persecución penal ya ha comenzado, pero por determinadas razones el principio de legalidad no se cumple.

a) *Conspiración para la traición*. Se exime de pena a quien participe del delito de conspiración para la traición, y la hiciera conocer a la autoridad antes de comenzado el procedimiento (art. 217 C.P.).

b) *Ley de espionaje y sabotaje*. También se exime de pena a quien incurra en los actos calificados como delitos por esta ley, si los denuncia a las autoridades civiles o militares antes de haberlos consumado, o a aquél que luego de haberlo consumado, lo denuncie y procure el arresto de los coautores o cómplices (art. 14 Ley 13.985).

c) El *arrepentido* de la ley de estupefacientes queda eximido de pena si habiendo incurrido en una conspiración para cometer alguno de los delitos previstos por esta ley, lo denuncia a la autoridad antes de que comience a ejecutarse, o impide espontáneamente su comisión (art. 29 *bis*, ley 23.737). También podrá beneficiarse con una reducción de la pena o incluso eximirse de ella, si proporciona datos que permiten un sustancial avance en la investigación o el procesamiento de los copartícipes, o datos sobre efectos, instrumentos o productos del delito, que permitan desbaratar la organización (art. 29 *ter*).

d) El *arrepentido* de la ley 25.241. El imputado por hechos de *terrorismo* puede beneficiarse con la reducción de la escala penal aplicando la de la tentativa o limitándola a la mitad, si antes de la sentencia definitiva, colabora eficazmente con la investigación, brindando información esencial que permita esclarecer el hecho objeto de la investigación, u otros conexos, o también si suministra datos que acrediten la intervención de otras personas, siempre que el delito en que se encuentre involucrado el beneficiario sea más leve que aquél respecto del cual hubiere brindado o aportado su colaboración. Si la información que suministra permite acreditar la existencia de una asociación ilícita, desbaratar sus actividades o acreditar la intervención de alguno de sus miembros en el hecho delictivo, también puede beneficiarse con la aplicación del mínimo legal de la especie de pena.

e) *Ley penal tributaria*. Cuando el infractor a esta ley, en los casos de evasión simple, acepta y satisface la pretensión fiscal o previsional, queda extinguida la acción penal (art. 16, ley 24.769). El organismo fiscal o previsional, perjudicado por la infracción, es el que recibe la reparación, paralizando así la pretensión represiva.

f) *Régimen penal de la minoridad.* La ley 22.278 permite no aplicar la pena que corresponda a un menor imputable (entre 16 y 18 años, y que haya cometido algún delito reprimido con pena privativa de la libertad que exceda de dos años), si el juez la considera innecesaria en virtud de las modalidades del hecho, los antecedentes del menor y, principalmente, el favorable resultado del tratamiento tutelar al que se lo sometió.

g) *La suspensión del juicio a prueba o “probation”* (art. 76 bis y ss., C.P., ley 24.316). Es el beneficio que puede solicitar el imputado de un delito de acción pública muy leve, cuando se estime procedente la condena condicional, y mediando consentimiento del fiscal, para que el Tribunal suspenda por un tiempo la realización del juicio. Si durante ese lapso el imputado cumple con las condiciones previstas (no cometer delitos, reparar los daños en la medida ofrecida, acatar las reglas de conducta), la pretensión penal se extingue y corresponde dictar el sobreseimiento.

h) *La suspensión del juicio para rehabilitación* es otra excepción al principio de legalidad por aceptación de criterios de oportunidad que admiten una solución no punitiva del caso, prevista por el art. 18 de la ley de estupeficientes (ley 23.737). Consiste en que si el imputado de simple tenencia de estupeficientes para consumo personal, es un adicto que reconoce su adicción y acepta someterse voluntariamente a un tratamiento para su rehabilitación, entonces se lo beneficiará con la suspensión del proceso penal hasta su recuperación, caso en que deberá dictarse el sobreseimiento, de lo contrario, si el tratamiento no tiene éxito, el proceso continúa.

Anteproyecto de Reforma del Código Penal Argentino del año 2012

En mayo del año 2012 se puso en marcha un proceso de recodificación de la legislación penal argentina, creándose una Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Dto. 678/2012 PEN del 07/05/2012, B.O. 08/05/2012), la que retomando el Anteproyecto de Reforma del año 2006, elaboró un nuevo proyecto que presentó finalmente al P.E. el 13/02/2014. Este proyecto introducía importantes modificaciones al sistema penal vigente, reflejando un verdadero cambio de paradigma del sistema penal.

Cabe mencionar entre ellas -en lo que a este trabajo interesa-, la incorporación de la **facultad de eximición o reducción de la pena** de forma reglada en el *Art. 19 del Anteproyecto*, en supuestos de: insignificancia; por pena natural en hechos culposos o dolosos; hechos cometidos en pueblos originarios o conforme la cultura originaria, etc.

Una de las innovaciones mas importantes del Anteproyecto es la supresión del instituto de la libertad condicional, el cual delimita una forma de ejecución de la pena de prisión, que pasaría a ser reemplazada por un **abanico de penas alternativas** que suplirían las condiciones del art. 13 vigente. El *Art. 22 del Anteproyecto* establece las penas alternativas a la prisión, contemplándose entre ellas: la detención domiciliaria, detención de fin de semana, obligación de residencia, prohibición de residencia y transito, trabajos comunitarios, cumplimiento de instrucciones y multa reparatoria.

Se propone un cambio sustancial en cuanto al **ejercicio de las acciones penales**, ya que se contempla en forma expresa el principio de oportunidad procesal reglada para el ejercicio de la **acción pública** prevista en el *Art. 42 del Anteproyecto*, en los supuestos de:

menor significancia, pena natural, cuando la pena en expectativa carezca de importancia frente a otra ya impuesta y para el supuesto de conciliación en ciertos delitos. Algunas de las circunstancias previstas en el Art. 19 del Anteproyecto se repiten aquí, es decir que no solo el juez puede eximir o reducir la sanción en dichos casos, sino que también el fiscal podría hacer uso de la facultad de no instar la acción penal.

Se amplía en el *Art. 43 del Anteproyecto* el abanico de **delitos de acción pública dependientes de instancia privada**, revalorándose así el rol de la víctima en estos procesos, incorporando como novedad a las amenazas y coacciones, hurto simple, insolvencias punibles, cheques sin provisión de fondos, estafas y otras defraudaciones, violación de domicilio, etc.

En cuanto a los **delitos de acción privada**, se mantiene en general en el *Art. 44 del Anteproyecto* el criterio de la legislación vigente, incluyendo como novedad al aborto culposo.

Reforma introducida por la Ley 27.147 al Código Penal de la Nación (B.O. 18/06/2015)

Ya hemos dicho que la reforma introducida por la Ley 27.147 ha tenido por finalidad compatibilizar las normas del C.P. a las reformas introducidas en los últimos tiempos en los códigos de rito de las provincias y al nuevo Código Procesal Penal de la Nación, modificando ciertos institutos que hacen al desarrollo de la acción penal pública en manos del Ministerio Público Fiscal.

En primer lugar se incorporan al **Art. 59 del C.P.** como causales de extinción de la acción penal: 1) la aplicación de un criterio de oportunidad (facultando al fiscal a no promover la acción penal por cuestiones de utilidad), 2) la conciliación o reparación integral del perjuicio por parte del imputado a favor de la víctima y 3) el cumplimiento de las condiciones previstas para la suspensión del juicio a prueba, remitiéndose en todos los casos a lo que establezcan las leyes procesales correspondientes.

Se introduce expresamente al **Art. 71 del C.P.** el criterio de disponibilidad de la acción penal, remitiéndose a las reglas que establezcan las leyes procesales.

Es decir que si bien se mantiene la clasificación de las acciones en públicas, privadas y dependientes de instancia privada, en la actualidad ya no está prohibida la disponibilidad de la acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal y habrá que estar a lo que digan las leyes procesales aplicables en cada caso, las que precisaran las circunstancias en que éste pueda hacer uso de la facultad de promover la acción o no hacerlo. Asimismo, se incorpora en el **Art. 73 del C.P.** el instituto de la conversión de la acción pública en privada, remitiéndose en este punto también a lo que establezcan las leyes procesales.

Por último, se reforma el **Art. 76 del C.P.** estableciendo que la suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad a lo previsto por las leyes procesales correspondientes, aplicándose el C.P. de manera supletoria. En definitiva, la reforma incorpora expresamente criterios de oportunidad que relativizan la vigencia del principio de legalidad procesal, dando lugar en nuestro sistema legal al tan esperado principio de disponibilidad.

Consideraciones finales

La crisis de la justicia penal nos impone la necesidad de lograr un sistema más eficaz, especialmente en la persecución de los delitos de mayor gravedad, para lo cual las alternativas jurídicas a la sanción penal, sin pretender ser la solución final al problema de la delincuencia, se presentan como una útil herramienta a tal fin. La reforma introducida por la Ley 27.147 evidencia el cambio de paradigma existente en la materia desde hace ya varios años, el que lamentablemente se ha venido postergando, y que hoy celebramos.

Bibliografía

- Cafferata Nores, J. I., (1998). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- Cafferata Nores, J. I., (2001). *Derecho Procesal Penal - Consensos y Nuevas Ideas*. Córdoba: Centro Estudiantes Derecho, U.N.C.
- Chincilla Calderon, R. y Linares Orozco, E., (2003). Penas alternativas a la prisión. ¿menos cárcel o más control social? (Análisis del proyecto de Código Penal), *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, 15(21), Octubre.
- Fontán Balestra, C, (1957). *Derecho penal, Introducción y Parte General*. 3ª ed. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- Fortete, C. (1999-2000). La diversión: una vía alternativa para la resolución de conflictos penales. *Ley, Razón y Justicia, Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2 (2), Neuquén.
- Frascaroli, M. S. (2000). ¿Legalidad o disponibilidad de la acción penal en el derecho argentino? *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, 3, Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Nueva Serie, Lerner.
- Hulsman L. (1997). *Pensar en clave abolicionista, Cuatro artículos de Louk Hulsman que desarrollan la perspectiva abolicionista*. Ed. CIMAP, Traducción: Alejandra Vallespir.
- Nuñez, R. C., (1981). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 3ª edición, Córdoba: Marcos Lerner.
- Righi, E. (2001). *Teoría de la pena*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sanz Mulas, N. (2003). Penas alternativas a la prisión. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, 15 (21), Octubre.
- Silva Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A.
- Soler, S. (1963). *Derecho Penal Argentino*. t. II, Buenos Aires: T.E.A.
- Vidal, H. S., (1992). *Derecho Penal Argentino, Parte General*. 2ª edición ampliada y actualizada, Córdoba: Advocatus.
- Vitale, G. L., (1996). *Suspensión del proceso penal a prueba*, Buenos Aires: Del Puerto.