

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA.  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

**SECRETARIA DE POSTGRADO**

**ESPECIALIZACION EN DERECHO PENAL**

**TRABAJO FINAL INTEGRADOR**

**“Proyecto de tesina para la Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata**

**“Punitivismo, Garantismo y Abolicionismo. Hacia un Derecho  
Penal posible”.**

**DIRECTOR:**

**Dr. Emir Alfredo CAPUTO TÁRTARA**

**ALUMNO:**

**Diego Martín Dousdebés ([dmdousdebes@gmail.com](mailto:dmdousdebes@gmail.com))**

## 1.-Introducción

El tema elegido surge de los largos debates doctrinarios a los que los operadores jurídicos accedemos a partir de la aplicación del derecho en los casos concretos que llegan a conocimiento en el ejercicio de la profesión liberal, dando cuenta de la constante tensión en la que se encuentra nuestra disciplina, el derecho penal, enfrentando los cambios sociales y culturales y tratando de adaptarse a éstos para dar respuesta al ciudadano, y a su vez garantizar la Paz social. En este sentido hemos profundizado el análisis de las distintas corrientes filosóficas que dan sustento a estas doctrinas que de alguna manera perfilan la política criminal en distintos espacios temporales y geográficos. Partimos entonces de la hipótesis de la insuficiencia de las distintas corrientes descriptas para resolver lo que denominamos “la Cuestión Penal”, para finalmente tratar de llegar a una aproximación, teniendo en cuenta el Derecho vigente, desde lo local, constitucional y convencional, y hacer una modesta conclusión respecto de la viabilidad de un derecho penal que contenga mayormente las exigencias de la sociedad actual.

En el marco de este proceso comenzamos a plantearnos si los esquemas procesales vigentes en la actualidad dan satisfacción a las exigencias legales, constitucionales y convencionales. Se formula este interrogante tanto desde la óptica del sujeto pasivo de la persecución penal pública, como de la víctima en cuanto actor protagónico en esta última década del proceso penal y su configuración como objeto del reclamo de la sociedad civil en su conjunto. Asimismo abordamos la cuestión de la Política Criminal como disciplina rectora de los diversos pensamientos ideológicos de los diferentes gobiernos, y como tal su influencia en el campo práctico, resultando desde una prisionización extrema que provoca la saturación del sistema penitenciario hasta una flexibilización de la ley penal que genera reacciones adversas de los individuos, de la sociedad, y desdibuja los fines de la pena.

La realidad actual de nuestro país, pandemia mediante, nos pone nuevamente en la disyuntiva de revisar las estructuras del Sistema Penal<sup>1</sup> vigente, en base

---

<sup>1</sup> Hablamos de Sistema Penal, terminología que extraigo de Louk Hulsman, en vez de derecho penal porque dentro de aquel término, que intentaré sea más abarcativo que este último integraré: derecho penal, como conjunto de normas que establecen conductas disvaliosas denominadas delitos y determinan sus correspondientes sanciones; derecho procesal penal, como conjunto de normas que establecen las reglas de

a las actuales noticias periodísticas que refieren hechos de sangre en los cuales ciudadanos comunes se ven involucrados en crímenes violentos, repeliendo la agresión con más agresión, revirtiendo la cesión efectuada otrora del monopolio del uso de la fuerza en manos del Estado, a la propia ciudadanía, ante la creciente ola de inseguridad, que genera esa sensación de desprotección por parte del Estado.

Y justamente en este punto es desde donde partimos, evaluando el nivel de aceptación de la norma penal por parte de la ciudadanía, advirtiendo, no en esta coyuntura, sino en las últimas dos décadas, un decaimiento del Derecho Penal en sí mismo como sistema de control social

El presente trabajo se basa en los conceptos desarrollados en el Proceso Penal, y el Derecho Penal de fondo, así como la Política Criminal como herramienta gubernamental que les da contorno y carnadura a las dos disciplinas anteriormente citadas.

Más allá del carácter eminentemente doctrinal de la presente propuesta, se abordará teniendo en cuenta los Tratados Internacionales con contenido de Derecho Humano que se proyectan en la materia; las leyes Nacionales, Provinciales, el Código Penal, lo Códigos Procesales Penales Federal y Local, haciendo un análisis pormenorizado de cómo impactan los principios del Proceso Penal en la aplicación concreta en la actuación judicial en el fuero penal.

Por último, se tratará de hacer una síntesis de los conceptos abordados intentando elaborar una propuesta, sino superadora, contenedora de algunos elementos de cada una de las posiciones estudiadas, que brinden algún atisbo de respuesta a la conflictiva descripta y a la tensión constante en la que se desenvuelve el Derecho Penal, y la administración de justicia al respecto.

## **2. Breve contexto Convencional-Constitucional.**

---

juego dentro de las cuales se juzgará a una persona por haber cometido un hecho comprendido en el derecho penal; derecho penitenciario, como conjunto de normas que rigen la actividad estatal y derechos y deberes del sometido a prisión y por último Política Criminal, como conjunto de actividades estatales tendientes al tratamiento de las conductas criminosas, sus responsables, su limitación y restablecimiento del orden social.-

Por las limitaciones propias del presente trabajo, haré un recorte arbitrario de la normativa convencional que rige nuestro sistema legal represivo, acotándolo a las normativas emanadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR).

**2.1.** De conformidad con lo expuesto, en referencia a las exigencias convencionales en materia de persecución penal en el **Pacto de San José de Costa Rica**, destacamos lo siguiente:

### **Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal**

A través de este artículo se garantiza la libertad y la seguridad personales de modo que nadie puede ser privado de la libertad sino en base a la orden escrita emanada de autoridad judicial competente y en base a la legislación de fondo y procesal vigente al momento del hecho.

Asimismo, en caso de ser detenido la persona debe conocer de inmediato los motivos por los cuales fue detenido, el juez que ordenó dicha medida, y ser trasladada de inmediato para ante las autoridades jurisdiccionales intervinientes.

Por otra parte, se garantiza el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, y si ello no acontece así, a obtener la libertad y esperar su juzgamiento en tal condición. De tal manera también se consagra en este artículo una acción rápida y expedita para que un Juez se pronuncie sobre la legalidad, o no, de su detención, garantía que con la legalidad vigente se plasma con el denominado “Habeas Corpus”.

### **Artículo 8. Garantías Judiciales**

Consagra el derecho que tiene todo individuo a ser oído, y a que se le respeten las garantías del debido proceso, haciendo alusión nuevamente al plazo razonable, y por un juez natural, en base a ley anterior al hecho del proceso

Reconoce la presunción de inocencia como punto de partida de toda investigación penal lo que implica -por cierto- la carga de la prueba en manos del Estado (en nuestro caso el Ministerio Público Fiscal), de acreditar la participación y responsabilidad del imputado en el delito, y no viceversa, no encontrándose el imputado obligado a probar su inocencia, en razón de la presunción que en tal sentido lo favorece.

Por último, establece el derecho a contar con asistencia letrada aun cuando no tenga medios económicos en cuyo caso el Estado deberá proveerle un letrado; la garantía de la no autoincriminación; el derecho a producir prueba y a controlar la prueba de cargo; etc.; y el derecho a recurrir la sentencia que lo perjudica (derecho al doble conforme).

### **Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad**

Consagra la garantía de imposibilidad de persecución penal múltiple y la garantía de Legalidad, que implica el viejo adagio latín “*Lex praevia, scripta y stricta*”, lo que determina que se juzgara sólo en base a la ley vigente al momento del hecho, que su interpretación es estricta sin posibilidad de interpretación analógica o extensiva, y que su aplicación jamás puede ser retroactiva, excepto cuando se trate de ley penal más benigna.

**2.2.** Por su parte, del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** hacemos el siguiente recorte de artículos relacionados con la actividad punitivo-represiva de los Estados miembros a saber:

#### **Artículo 9.**

Derecho a la libertad y seguridades personales tal como lo estipula el art. 7 del Pacto de San José de Costa Rica antes mencionado, a cuya lectura me remito en honor a la brevedad.

Establece asimismo el derecho a ser oído, a conocer su acusación, a ser llevado ante el juez natural inmediatamente, a ser juzgado en un plazo razonable y a permanecer en libertad durante el proceso, salvo excepcionalmente que ello sea dispuesto

de manera limitada y acotada temporalmente por el juez de la causa, en base a lo establecido por las leyes penales y procesales.

Estipula además el derecho efectivo a obtener reparación económica, en caso que haya sido detenido por error.

Regula el Artículo 10 el derecho que le asiste a toda persona privada de libertad a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, debiendo ser separados procesados de condenados (esta parte no tiene un notable grado de cumplimiento en nuestra provincia siendo que los procesados pasan un exiguo plazo en establecimientos especiales, las Alcaldías, para luego una vez firme la prisión Preventiva ser remitidos a Unidades del Servicio Penitenciario y alojados junto a condenados lo que ha sido materia de un renombrado fallo de la CSJN<sup>2</sup> al respecto. Afortunadamente la separación de adolescentes y jóvenes, sí se cumplimenta mayormente).

El art. 14 reitera lo establecido por el Pacto de San José de Costa Rica en cuanto al derecho a ser juzgado en un juicio Oral y público, de manera ágil y sin demoras, a la presunción de inocencia, a ser asistido por un defensor, a recurrir la sentencia, etc.

Por último, en su artículo 15, consagra nuevamente el Principio de Legalidad e Irretroactividad en virtud del cual los individuos solo pueden ser llevados a juicio por un hecho que al momento de ser cometido se encontraba regulado delito, siendo prohibida la aplicación retroactiva de la ley penal excepto cuando esta fuere más benigna para el reo.

En esta prieta síntesis de normas comprendidas en tratados internacionales de materia penal y procesal penal podemos decir que se encuentra la mayor parte de reglas a que deben sujetar los Estados Parte, la formulación, aplicación e interpretación del Derecho Penal.

Ello, en conjunto con lo dispuesto por el art. 18 de nuestra Carta Magna, le da contorno a lo que se denomina Debido Proceso Adjetivo, y sobre esa base analizaremos el alcance y aplicación de cada uno de los modelos teórico-normativo mencionados

---

<sup>2</sup> “Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus Colectivo”, 03/05/2005 - Corte Suprema de Justicia de la Nación - Fallos: 328:1146.-

(Garantismo, Punitivismo y Abolicionismo), a fin de verificar si sus postulados superan el llamado Test de Convencionalidad.

### **3. Garantismo. Nociones. Situación actual.**

Si bien el Garantismo, a nivel internacional reconoce como su principal exponente a Luigi Ferrajoli, jurista italiano que en varios pasajes del presente trabajo citaré<sup>3</sup>, lo cierto es que esta corriente del Derecho Penal tiene como antecedente el cambio de paradigma respecto del ejercicio del Poder Punitivo, que se inició con la Revolución Francesa allá por 1789 en el Viejo Mundo y que determinó que autores como Beccaria<sup>4</sup> en su Tratado del Delito y de la Pena, enunciaran principios penales y procesales penales que implicaban poner un coto al ejercicio de ese poder punitivo por parte del Estado.

En efecto, así como el iluminismo Francés trajo consigo las ideas de igualdad de los hombres ante la ley, la libertad de pensamiento y de expresión, y la tolerancia, destacándose autores como Rousseau<sup>5</sup> y Montesquieu<sup>6</sup>, quienes otorgaron el soporte ideológico político para limitar el poder omnímodo de la Monarquía dando lugar a la República, en el plano jurídico tuvo su resonancia poniéndose fin al proceso inquisitivo, caracterizado por el oscurantismo, la arbitrariedad, la utilización del sujeto imputado como medio de prueba, la extracción de la confesión mediante torturas y otros medios violentos, pero en particular, por la íntima relación entre Iglesia y Estado, la confusión entre delito y pecado, lo que generaba no pocas arbitrariedades y abusos por parte del inquisidor.

Resulta imprescindible entonces, aunque sea a vuelo rasante, ubicar el momento histórico en el cual surge la obra de Beccaria. Era el año 1764 cuando aparece la primera edición del libro, el régimen de gobierno imperante en Europa era la monarquía y puntualmente Milán, ciudad natal de Beccaria, se encontraba bajo el imperio de Carlos

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal" Editorial Trotta, Madrid, 1995; FERRAJOLI Luigi, "El Derecho Penal Mínimo", "Prevención y Teoría de la Pena", Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995; FERRAJOLI Luigi. "Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio". Doxa. N. 28 2005). ISSN 0214-8876; FERRAJOLI Luigi, Escritos Sobre Derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del Garantismo penal. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Junio 2021.

<sup>4</sup> Cèsare BONESSANA, Marqués de Beccaria, "De los Delitos y de las Penas", Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, 1993.-

<sup>5</sup> Jean Jacques ROUSSEAU, "Contrato Social".-

<sup>6</sup> Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de MONTESQUIEU, "El espíritu de las leyes".-

VI. Los regímenes penales de ese momento se caracterizaban por la oscuridad de las leyes, la crueldad de las penas, la ausencia de limitaciones a la potestad sancionadora del rey, la aplicación de la tortura de manera sistemática como medio de extraer la confesión del reo y casi nula posibilidad de defensa con el objetivo de sostener las monarquías vigentes, y su autoridad totalitaria.

Varios siglos han pasado y el aporte de su obra se ha visto reflejado en instrumentos internacionales<sup>7</sup>, y plasmado en las constituciones del siglo XIX, más su trasvasamiento a cuerpos legales no ha significado abolir para siempre los excesos del estado en el ejercicio del poder punitivo, el cual no es otra cosa que el mayor poder ejercido por el Estado sobre la persona<sup>8</sup>.

Hecha esta breve pero necesaria reseña histórica, trataremos de acercarnos a la definición del Garantismo, sus expresiones, sus principios y su aplicación práctica en nuestro sistema de enjuiciamiento. Como punto de partida podemos afirmar que el Garantismo se refiere a un modelo de derecho dirigido a garantizar los derechos subjetivos. En tal sentido, observamos diversos ámbitos de operatividad de esta garantía como ser los derechos patrimoniales, los derechos sociales, los derechos civiles de la autonomía negocial, del consumidor, etc. pero por razones metodológicas y de acuerdo a la temática específica del presente trabajo nos limitaremos al garantismo liberal, al conjunto de garantías del debido proceso que funcionan como un límite al poder punitivo del Estado.

---

<sup>7</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte ; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; Principios básicos para el tratamiento de los reclusos; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otros.-

<sup>8</sup> “La cárcel es, al fin de cuentas, el mayor poder que el estado ejerce en la práctica, de modo regular sobre sus ciudadano” NORVAL MORRIS, El futuro de las prisiones: Estudio sobre crimen y justicia, Colección Criminología y Derecho. Primera Edición. México. Siglo XXI Ediciones, 1978, pág. 17.-

Al respecto Ferrajoli<sup>9</sup> nos dice que: *“esta instancia se ha venido identificando con un proyecto de Derecho Penal Mínimo. “Garantismo” y “Derecho Penal Mínimo” son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal en condiciones de racionalizar y minimizar la violencia de la intervención punitiva, vinculándola -tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial- a límites rígidos impuestos en tutela de los derechos de la persona”*.

Precisamente la noción misma de justicia implica la racionalización del uso de los poderes y facultades que tienen las partes en el proceso, para aplicar el derecho en su correcta medida. Es esencialmente lo “justo”, ni más ni menos. De allí el símbolo de la balanza, como la imagen del equilibrio, de la racionalización de la respuesta.

Pero, cuando el ejercicio del poder punitivo es justo?, ¿cuáles son los límites máximos tolerables en un Estado de Derecho?. Estos interrogantes encuentran sentido precisamente en el Garantismo. Tal vez entender el funcionamiento de este sistema de pesos y contrapesos nos lleve al Contrato Social de Rousseau, en el sentido que el mismo le otorga en su obra cumbre: *“el poder soberano, por más sagrado, e inviolable que sea no traspasa, ni debe traspasar los límites de las convenciones generales, y que todo hombre puede disponer libremente de los bienes y de la libertad que estas convenciones le han dejado”*<sup>10</sup>.

En efecto, el sistema ideado por Rousseau para concebir al Estado como una persona supraindividual, parte de la concepción de que el hombre es libre, pero en la medida que la sociedad se vuelve más compleja y ese estado natural se vuelve difícil de sostener, los individuos le ceden al Estado, ese poder de autodefensa, esa potestad de defender sus bienes y persona por mano propia, a cambio de que éste les garantice justamente, el uso y goce de estos derechos individuales. De alguna manera, se convierte en público el conflicto que en su origen era privado. Ahora bien, esta cesión no es irrevocable, ni definitiva y no se encuentra por tanto ilimitada. La soberanía es del pueblo y por ende es inalienable e indivisible, y en la medida que el Estado ejerza esta potestad

---

<sup>9</sup> FERRAJOLI Luigi, *“Escritos Sobre Derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del Garantismo penal”*. Editorial Hamurabi, Buenos Aires, Junio 2021, pág. 197.-

<sup>10</sup> ROUSSEAU Jean Jacques, *“El Contrato Social”*, Editorial Aurelio J Alaria, impresor, Madrid, Pàg. 45.-

conforme las leyes que reglamentan ese funcionamiento, el ejercicio de la fuerza será legítimo, y de lo contrario, no.

Básicamente estamos hablando del “Estado de Derecho”, esto es, una organización supraindividual, una persona jurídica de Derecho Público que se rige por normas que no sólo regulan su funcionamiento, sino que además limitan el ejercicio de este poder, para ajustarlo precisamente al cumplimiento de los fines para los cuales fuera concebido, esto es, el bien común.

En ese orden de ideas, y por ser un referente en este modelo normativo denominado “Garantismo”, tomaremos la idea de Ferrajoli<sup>11</sup> que define al mismo como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, y que como tal ha sido recepcionado en las Constituciones modernas. En esta línea de pensamiento, podría definirse como garantista a un sistema punitivo estatal que cumple con los estándares fijados en la Carta Magna, que regulan el ejercicio de poder estatal para castigar, que regula también desde el derecho de fondo la posibilidad y límites de la estipulación de conductas típicas y su correlativa prohibición (y sanción ante el incumplimiento), así como también la manera, o el modo en que se llevan a cabo la ejecución de las penas, luego de haberse realizado la jurisdicción mediante el debido proceso.

El problema está en que, muchas veces, hay un descalce entre lo que postula la normativa constitucional y lo que se verifica en la práctica, tanto en la aplicación del derecho como en la ejecución efectiva de ese poder de castigar, ya sea preventivamente, como en la ejecución de la condena misma establecida por el órgano de juicio. En tal sentido, será garantista aquel sistema penal que se ajusta a ese modelo y lo satisface de manera efectiva. Y asimismo como este modelo implica un “límite” (al poder estatal) es posible hablar de sistemas más o menos garantistas, en ‘grados’, más que en modelos puros y también establecer cómo funciona el sistema de acuerdo al modelo constitucional mencionado, ya que evaluar la mera norma nos puede arrojar un resultado de garantismo máximo, pero la praxis estatal puede resultar absolutamente divorciada del modelo normativo, convirtiendo a éste en letra muerta.

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal” Editorial Trotta, Madrid, 1995, Pag. 849

Además, el célebre jurista italiano nos enseña que existen otras acepciones posibles de “Garantismo”. Por una parte implica una “Teoría y Crítica del Derecho”, entendiéndose bajo esta acepción al Garantismo como una teoría jurídica de la validez como de la efectividad de un determinado ordenamiento jurídico. Confrontando así el deber ser, y el ser, permite establecer la existencia o vigencia de las normas. De tal manera lo que contribuye a fundar es una teoría de la divergencia entre normatividad y realidad, entre derecho y aplicación práctica del mismo, a sacar conclusiones entre derecho válido y derecho efectivo, uno y otro vigentes. Esto lo señala con bastante firmeza Ferrajoli al criticar los análisis de distintas corrientes justificatorias, negatorias, abolicionistas, etc., por cuanto se basan en tesis puramente normativistas (es decir se basan estrictamente en el deber ser y todo lo que no se ajusta a ello es inválido) o puramente descriptivo (se basan en el ser, en la observación de lo que sucede en el plano real) y en base a ello sacan conclusiones que combinan ambas, recayendo en análisis errados<sup>12</sup>. Por ello Ferrajoli al encarar Derecho y Razón no se detiene en una mera postulación de los principios que deberían regir en un estado de Derecho que no sólo legitime y además limite el ejercicio del poder estatal, sino que propone un análisis dual en el que se observe la aplicación efectiva de ese derecho y desde allí concluir la legitimidad o deslegitimación del sistema penal que no se ajuste al modelo normativo.

Por último nos enseña Ferrajoli que también puede entenderse al Garantismo como una Filosofía que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa de los intereses y los bienes que este va a tutelar y garantizar, como la finalidad misma de ese derecho y del Estado. Quizás por ello comencé este capítulo con los antecedentes históricos porque es precisamente en este punto donde confluyen las ideas ilustradas, propias de la Revolución Francesa, donde nace el Estado moderno de derecho, y surgen las garantías de los individuos frente al ejercicio de ese poder estatal, como salvaguarda de sus derechos individuales, pero también como límite al mismo

---

<sup>12</sup> Justamente esta es una de las críticas que lanza Nino a Zaffaroni en cuanto a su explicación parte de modelos teóricos rígidos sin verificar su aplicación en la faz práctica, partiendo por lo tanto de un sesgo que relativiza entonces la validez de sus conclusiones. Ver NINO Carlos- ZAFFARONI Eugenio Raúl, “Debate entre Carlos Nino y Eugenio Zaffaroni”, Revista Jurídica “No hay Derecho”, II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8; y III, 8 (1993), pp. 25-26.-

ejercicio del poder, de manera de permitir de acuerdo a ese patrón legitimar o deslegitimar el ejercicio de la potestad punitiva, como práctica estatal limitante de los derechos individuales.

Ahora bien y ya con una idea más o menos delimitada del garantismo podemos analizar a este como un modelo normativo al cual confrontar con nuestro sistema penal vigente y aún más verificar la efectividad de sus postulados, o bien su ineficacia como sistema de control del poder estatal en la práctica.

Si nos ponemos a evaluar la aplicación del derecho penal vernáculo sumado al paquete normativo propio de las convenciones reseñadas *supra* podemos a simple vista observar determinados defectos de este “Modelo”, y que son señalados por Ferrajoli en el ya citado libro *“Escritos Sobre Derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del Garantismo penal”*<sup>13</sup>. Por un lado, la hiperinflación normativa, producto de la superposición de normas unas sobre otras de manera irreflexiva, asistémica, que generó un quiebre en la legalidad penal. Recuerdo en este punto las enseñanzas del Profesor Ernesto Domenech quien nos había traído un término: “Palimpsesto”, cuya definición es: *“Manuscrito en el que se ha borrado, mediante raspado u otro procedimiento, el texto primitivo para volver a escribir un nuevo texto. El primer palimpsesto conocido es un manuscrito de la Biblia griega”*<sup>14</sup>. Esta definición nos servía para denominar el dislate normativo generado por la proliferación irreflexiva de normas penales de manera tal que unas sobre otras impedían de alguna manera leer cual era el cuerpo jurídico al cual atener las conductas, y aún más la posibilidad cierta de conocer el derecho penal aplicable.

No sólo la hipertrofia normativa atenta contra la legalidad penal, sino que además la formulación de leyes en términos oscuros, ambiguos, poco claros, insertadas en cuerpos normativos enormes, con cientos de artículos, importa un verdadero atolladero del cual resulta casi imposible salir.

Para entender un poco este planteo, utilizando como ejemplo el delito de tenencia de estupefacientes podemos observar, una Ley N° 23.737 poco clara y en algunos pasajes, desproporcionada en cuanto a la selectividad del ejercicio del poder punitivo, las

---

<sup>13</sup> FERRAJOLI Luigi, Pág. 202 ob. Cit.

<sup>14</sup> Ver Diccionario LEXICO de Oxford University en <https://www.lexico.com/es/definicion/palimpsesto>

enseñanzas doctrinarias que nos deja el fallo Arriola<sup>15</sup>, leyes como la Ley N° 27.350 que regula la investigación médica y científica del uso medicinal de la planta cannabis y sus derivados, Resoluciones del Ministerio de Salud, normas atributivas de competencia entre las jurisdicciones federal y local, Resoluciones del Ministerio Publico Fiscal, etc..

Con todo ese paquete normativo enorme observamos que en la práctica, se termina iniciando causas que derivan inexorablemente en archivo, utilizando recursos estatales para hechos no punibles o delitos “de bagatela” mientras que las grandes organizaciones criminales se mantienen incólumes, como pasa en la Ciudad de Rosario, por traer a colación un ejemplo de la realidad, con lo cual no sólo se incumple el objetivo de lograr una eficiente política criminal de perseguir el narcotráfico, sino que además la vaguedad en la formulación de las leyes impide su aplicación uniforme y de modo racional por los tribunales de justicia, y mucho menos ser comprendida en toda su dimensión por el justiciable. Particularmente encuentro una marcada diferencia entre la jurisdicción local y la jurisdicción federal en términos de Probation, Excarcelaciones, calificación legal, etc.

Este dato no es menor, teniendo en cuenta lo expresado anteriormente, porque involucra uno de los postulados esenciales, uno de los principios procesales del derecho penal moderno, que es el principio de reserva legal, en función del cual, sólo lo que está taxativamente prohibido se encuentra fuera del ámbito de libertad individual. Y precisamente define a un Estado de Derecho por cuanto este garantiza el uso y goce de los derechos individuales a sus ciudadanos y restringe solamente aquello que sea necesario para la coexistencia pacífica, o la vigencia misma de esos derechos en su conjunto con los demás derechos individuales, así como también define y legitima el ejercicio del poder estatal limitándolo a la mínima intervención posible en la vida de los individuos y siempre orientado al bien común, al orden público.

En virtud de resultar materialmente imposible conocer cuál es el ordenamiento legal vigente, atento la profusión normativa imperante y su modificación constante, el principio de legalidad se verá herido de muerte. El aforismo latín “*nullum crimen sine lege*” resulta entonces un molde vacío pues la dispersión e indefinición de el “ámbito de lo prohibido” impide ajustar la conducta a la norma de una manera cabal y consciente. Por otra parte atenta también contra el principio de la máxima taxatividad

---

<sup>15</sup> CSJN, Fallos 332:1963, “Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080”, (2009).

penal, al establecer un espectro difuso y disgregado de sanciones penales diseminadas en el código, leyes especiales, leyes regulatorias de otros ámbitos de la vida, pero que incluyen normas penales que crean delitos, circunstancia que claramente debe corregirse si queremos volver a su quicio al Derecho Penal.

Otra cuestión que pone en crisis al garantismo penal y el principio de racionalidad, es el carácter eminentemente selectivo que tiene el sistema penal. Con sólo verificar la edad y la condición socioeducativa de los sujetos que componen la población carcelaria, podremos observar de manera más o menos clara la inmensa desigualdad que propugna la justicia penal, como mecanismo de aplicación de las sanciones penales.

No solamente se verifica en cuanto al universo social sobre el que recaen las condenas de los juicios penales, donde observamos de manera patente la manifiesta selectividad del sistema penal, sino también en los tipos de delitos sobre los que recaen las condenas. Mientras que respecto de los delitos de calle, como los delitos de robo, hurto, agresiones callejeras, narcomenudeo, ajuste de cuentas barriales, etc., la estadística demuestra que resultan ser los delitos que mayoritariamente se persiguen y se condenan, en relación a otros delitos denominados de “cuello blanco”, estafas, corrupción, evasión impositiva, narcotráfico de gran escala, etc., los porcentajes de causas en el número general no sólo son relativamente bajos, sino que también rara vez llegan a juicio oral, naufragando en la burocracia judicial sin otro destino que el archivo, o la prescripción.

Esto es señalado por Ferrajoli, como notas características del Sistema Penal Italiano, más a ello le suman como dato interesante la cantidad de inmigrantes o extranjeros sobre los que recae mayormente la sanción penal respecto de los nacionales. Similar síntoma encontramos en relación al Sistema Penal Estadounidense, si bien no comparte la tradición continental europea en relación al derecho como si lo hacen Italia o Argentina. Ahora bien, aunque esta característica no se verá tan marcada en nuestro país, si se verifican las otras variables como veremos a continuación.

De conformidad con los guarismos arrojados por el RUD (Registro Único de Personas Detenidas del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires), que publicó su último informe en 2021<sup>16</sup>, en el año relevado se ha verificado:

---

<sup>16</sup> <https://www.mpba.gov.ar/rud.html>

**El 30,4 % de los detenidos en el Servicio Penitenciario Bonaerense, son individuos menores de 30 años;** mientras que entre los 30-40 años representan el 27,3% y mayores de 40 el 25,4%. Ello nos da una clara referencia que uno de cada 3 detenidos es un sujeto menor de 30 años.

Porcentaje de personas privadas de la libertad según rango etario. Año 2021

Personas privadas de la libertad según rango etario	Menores de 30 años	Entre 30 y 40 años	Mayores de 40 años	Sin datos	Total
Mujeres	896	1.049	1.145	530	3.620
Varones	16.956	15.004	13.785	9.416	55.161
<b>Total general</b>	<b>17.852</b>	<b>16.053</b>	<b>14.930</b>	<b>9.946</b>	<b>58.781</b>

Fuente: RUD al 31 de diciembre de 2021.

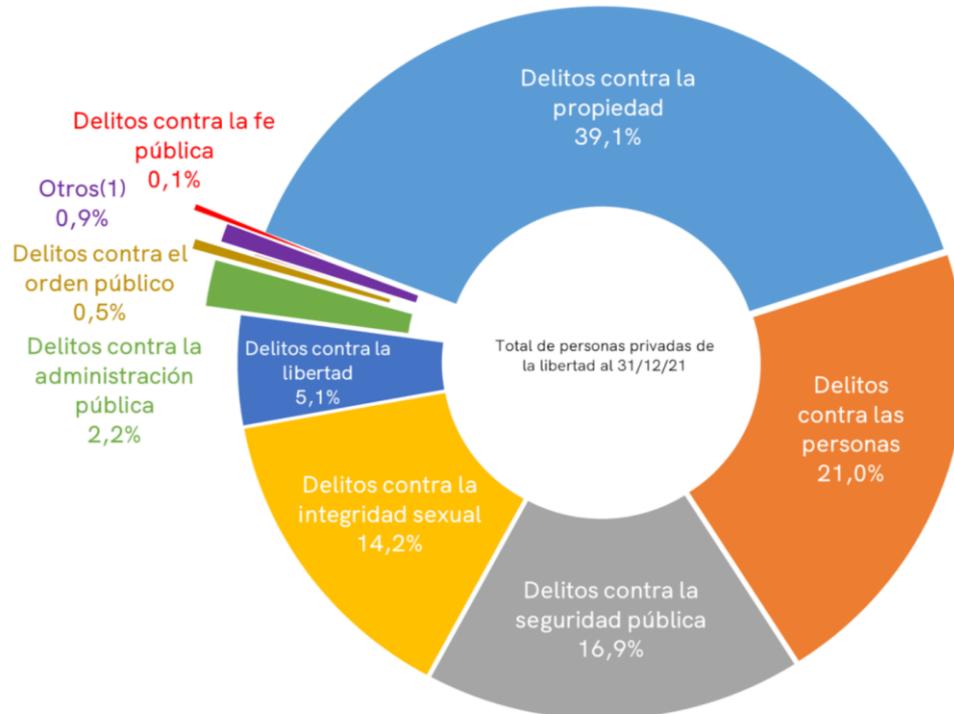
En este sentido, HULSMAN, reconocido autor enrolado en el Abolicionismo Penal, como desarrollaremos más adelante, expresa que: *“Aquellos oficialmente registrados como "delincuentes", constituyen solamente una pequeña porción del total de personas involucradas en eventos que legalmente permitirían su criminalización. Entre estos, los hombres jóvenes de los segmentos más carenciados de la población se encuentran altamente sobre representados”*<sup>17</sup>.

Por otra parte, y ya en relación con el tipo de delito que se persigue por el sistema penal podemos también encontrar en el informe en estudio, que se verifican claramente las conclusiones que menciona Ferrajoli, en nuestra provincia (por no ser más amplio en el análisis, pero asumo que se repite a nivel país), resultando notable predominio de los delitos comunes o “de calle” como los denomina el autor, frente a los de “cuello blanco”:

<sup>17</sup> HULSMAN, Louk, en “Criminología crítica y control social.1.-El poder punitivo del Estado. “El Enfoque Abolicionista: Políticas Criminales Alternativas”, Págs: 75-104. Editorial Juris, Rosario, 1993.

## Incidencia de los delitos registrados en RUD según bien jurídico. Año 2021

Gráfico 18. Incidencia porcentual de los delitos registrados en RUD según bien jurídico. Año 2021



Fuente: RUD al 31 de diciembre de 2021.

Visiblemente advertimos que **los delitos contra la propiedad (mayormente robos y hurtos en todas sus variantes), delitos contra las personas (homicidios, y lesiones), delitos contra la integridad sexual, representan el 74,2% de los delitos registrados por el Sistema Penal**, mientras que los delitos contra la Fe Pública y delitos contra la administración pública (mayormente estos mencionados delito de Cuello Blanco), representan apenas el 2,3%.

Al respecto Ferrajoli aborda una explicación de este fenómeno enunciando que responde a un cierto grado de demagogia punitiva, a la que denomina populismo penal, en virtud del cual resulta un recurso muy fácil modificar determinados resortes de la ley penal o procesal penal para responder a situaciones coyunturales, que generen en la población esa sensación de respuesta por parte del Estado frente a la inseguridad, cuando en realidad son parches que no terminan por resolver el problema, más aún, lo agravan, cuando las medidas que deben tomarse para modificar situaciones

estructurales que implican un cambio de raíz, están por fuera del derecho penal (formal y sustancial), y responden a políticas públicas más profundas, y sostenidas en el tiempo pero que no tienen tanto marketing, como un Ministro de Seguridad en un spot publicitario mostrando como se combate el delito. Desarrollaré este tópico de manera más profunda en el capítulo destinado al Punitivismo.

#### **4. Punitivismo, Orígenes. Alcances.**

##### **4.1. Definiciones.**

A diferencia del Garantismo, cuya definición, más allá de las distintas acepciones o, mejor dicho, dimensiones del mismo conforme nos señalaba Ferrajoli en la obra citada<sup>18</sup>, parece más clara, el concepto de Punitivismo parece más vidrioso, mas impreciso a la hora de establecer los límites o alcances del término. Convencionalmente habré de asignarle al mismo la siguiente: corriente filosófica, jurídica y política que busca legitimar el ejercicio de la actividad punitiva del Estado. Ello lo hace generalmente a través de diversas construcciones como “Emergencia”, “Estado de Excepción”, “Riesgo”, “Peligrosidad”, “Defensa Social”, y similares términos cuyo hilo conductor es que a través de la introducción y sostenimiento de diversos eventos, individuos o sectores sociales a los cuales se les atribuye tales características, se justifica el uso de la Fuerza Pública y el avance de la punición en situaciones y condiciones que normalmente, para el Derecho Penal liberal, para el Estado de Derecho, en fin, para legislaciones garantistas, no serían legítimas sino, antes bien, todo lo contrario.

En tales condiciones podemos afirmar que el Punitivismo es la contracara del Garantismo, en cuanto este último resulta ser un límite al ejercicio del poder punitivo estatal, enmarcándolo en ciertos cauces que respeten la dignidad del ser humano sujetándose a la ley y las garantías fundamentales del Debido Proceso Adjetivo, mientras que el primero es una herramienta utilizada precisamente para extender el poder punitivo más allá de los límites establecidos legalmente (en sentido lato) y por fuera de los límites que impone la Dignidad Humana.

---

<sup>18</sup> FERRAJOLI Luigi, “Escritos Sobre Derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del Garantismo penal”.

Esto de establecer estados de alarma, o de emergencia, circunstancias excepcionales que, ameritan soluciones excepcionales, no es nuevo, ni siquiera moderno. En tal sentido, explica Zaffaroni que: *“Las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo: por el contrario, éste renace para quedarse durante el resto del milenio y proyectarse al próximo, confiscando a las víctimas, en la Edad Media (siglos XI y XII) justamente con una emergencia: el ataque de Satán y las brujas. Las transnacionalizadas tienden a ser males cósmicos que, por ende, requieren soluciones extremas y no convencionales. De allí la Inquisición, que deroga el acusatorio y la legalidad, como principios que se implican recíprocamente. A ello se agrega el defensismo (siempre se trata de un discurso de defensa), el simplismo conceptual, la renuncia a los planteos fundamentales y el desprecio por toda la doctrina que no los legitime. Estas características son propias de la legislación de los Estados de Policía: no hay ley nazista, fascista o stalinista que no haya sido de defensa, o de protección”*<sup>19</sup>.

#### **4.2. Maleus Maleficarum**

En línea con lo expuesto en el acápite anterior, destacamos por su significancia el caso del tristemente célebre tratado *“Maleus Maleficarum”*<sup>20</sup>, obra de los monjes dominicos alemanes Enrique Kramer y Jakob Sprenger, que fue primeramente publicado en Alemania allá por el siglo XV, en 1486, pero luego se extendió sobre toda Europa continental. Su contenido se divide en tres partes. La Primera trata de los elementos que integran lo maléfico, la brujería, a saber: el Diablo, la bruja como su canal en la tierra, y que todo esto es posible debido a la permisión de Dios (quizás reafirmando así que la autoridad divina es la superior, aún a la del demonio). En tal sentido podría afirmarse que es el primer manual de criminología, que explica los orígenes y causas del delito. Típica pieza del Renacimiento donde la división entre las nociones de delito y pecado no eran precisas, donde la Iglesia operaba como la única autoridad supranacional con un poder exacerbado, y del procedimiento inquisitorial de la época.

---

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio, “Teorías Actuales en el Derecho Penal”, Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, Mayo de 1998, Pag 618

<sup>20</sup>KRAMER Enrique y SPRENGER Jakob, *“MALLEUS MALEFICARUM, Maleficas, & earum hæresim, ut phramea potentissima conterens”*, Alemania, 1486.

La Segunda Parte hace alusión a las diversas formas en que las brujas realizan estos hechizos, estos maleficios, y propone formulas aptas para combatirlos, comportándose en tal sentido como un manual de política criminal.

La última parte, podría decirse que es un código de procedimiento penal donde se establece, la cuestión instrumental judicial de cómo se aplica la ley contra los brujos, brujas y sus cómplices (o negacionistas), tanto en la órbita de la iglesia como en la civil. En esta parte se disponen reglas para el inicio del proceso judicial, de corte netamente inquisitorial como se expresara *supra*, medios de prueba para llegar a la verdad a través de la confesión, claramente mediante mecanismos de tortura sobre la persona sometida a juzgamiento y sobre como pronunciar la sentencia, que naturalmente era de condena.

Como se ve, la obra es producto de una época oscura donde se ejercía el poder punitivo desde lo eclesiástico de manera sombría, autoritaria, despojada de toda racionalidad y cruzando los límites de la noción de delito, con los del pecado, la herejía era en si un crimen, que debía perseguirse para evitar que se expanda. Miles de personas murieron en la hoguera, lapidadas, en la horca o bien durante extensas sesiones de tortura con el fin de arrancárseles una confesión, como prueba fundamental del delito. Primaba el Derecho Penal de autor, y el desprecio respecto de la dignidad humana y los derechos del imputado, propugnando la utilización de cualquier medio para obtener la verdad procesal, como justificativo para aplicar la pena de ejecución.

Su mención, como se explicara, se realiza para demostrar la antigüedad que tienen estas nociones de defensa social, que se aplican para legitimar ejercicios aberrantes e inhumanos del poder punitivo.

### **4.3. El Positivismo Penal**

Más cercano en el tiempo observamos el denominado “Positivismo penal”, que se enmarca en el Derecho Penal Clásico. En él encontramos como su máximo exponente a Cesare Lombroso, quien Junto a los criminólogos Enrico Ferri<sup>21</sup> y Raffaele Garófalo<sup>22</sup>, forma la escuela italiana o escuela biológica de la criminología, en la cual

---

<sup>21</sup> Enrico Ferri, *Sociologia Criminale* (1884)

<sup>22</sup> Raffaele Garófalo, *Criminologia: studio sul delitto e sulla teoria della repressione* (1885),

primaban los factores biológicos, sobre la explicación o los orígenes del delito y del delincuente.

En su obra "*L'uomo delinquente...*", editada en 1876<sup>23</sup>, Lombroso plantea su teoría en la que rechaza los postulados de la escuela clásica, en virtud de la cual se entendía que el hombre nacía libre, y que sus actos provenían de este libre albedrío en virtud del cual se lo responsabilizaba por sus acciones, y expone que la criminalidad, como fenómeno social, provendría de factores biológicos individuales del delincuente, concluyendo que existe una característica atávico-regresiva en el delito.

Lombroso, entendía entonces que el delito no era una obra de hombres libres, rechazando el libre albedrío como lo planteaban los clásicos, estableciendo en cambio que las personas débiles o enfermas que por su condición genética o biológica tenían una tendencia marcada al delito, pertenecían a una subespecie mórbida del ser humano, características que asimismo eran transmitidas a sus descendientes, generando una especie de determinismo criminal en dichos sujetos.

De esta manera, Lombroso entendía que estos defectos congénitos, a los que denominaba *atavismo*, se debían a la regresión a fases arcaicas de la humanidad, como derivación de una involución, un retroceso en el camino de la evolución humana, tal como la pensara Darwin.

No obstante lo expuesto, Lombroso fue perfeccionando su idea, destacándose que en la Cuarta edición de "*L'uomo...*" expuso con suficiencia una especie de clasificación de tipos de delincuentes, a saber: delincuente nato, delincuente loco moral, delincuente epiléptico, delincuente loco (esta se subdividía según la etiología en alienado, alcohólico, histérico o *mattoide*), delincuente ocasional (en la que distinguía entre pseudocriminales, criminaloides y habituales) y el delincuente pasional. Asimismo y como una respuesta a las críticas que generó en la época los alcances de su obra, fue disminuyendo la preeminencia a los factores biológicos, dándole mayor relevancia a los de tipo social y psicológico.

El aporte trascendental que realiza Lombroso para la ciencia criminológica resulta en aplicar el método científico, propio de las ciencias naturales al estudio de la criminalidad, por lo cual su teoría utilizaba técnicas como la observación, la

---

<sup>23</sup> Cesare Lombroso, *L'Uomo Delinquente in Rapporto All'antropologia : Alla Giurisprudenza Ed Alle Discipline Carcerarie*, Torino (1876)

comparación y la experimentación para formar y establecer los conocimientos en Criminología.

En este sentido, la teoría de Lombroso implica un avance respecto de las posturas previas, meta científicas (como las que brevemente desarrollamos al abordar el tratamiento del “Maleus Maleficarum”<sup>24</sup>) que sostenían que la conducta delictiva de las personas se encontraba bajo la influencia de los astros, o de demonios que controlaban sus actos.

Ahora bien, lo que destaca aquí su mención en el presente trabajo, es la noción de “peligrosidad” que sobrevolaba la obra de Lombroso, y que se utilizaba (y se sigue utilizando hoy<sup>25</sup>) para tratar de explicar y prevenir la criminalidad, como un elemento que autorizaba o justificaba no sólo la aplicación de una pena como respuesta única y preferida para el delincuente, sino el avance sobre actos preparatorios, o la persecución de determinados grupos étnicos o sociales a los que se les atribuyen la condición de “peligrosos” y sobre los que se justifica a las fuerzas de seguridad y al poder judicial actuar con mayor énfasis en pro de la “Defensa Social”.

Esta percepción de la peligrosidad, según Michel Foucault<sup>26</sup>, abrió el paso para la clasificación y caracterización de los individuos como un método de prevención de la delincuencia. En virtud de tales conclusiones, la sociedad se dividía en dos grandes grupos: normales y anormales. Las personas normales eran las que se comportaban de acuerdo a las normas morales y jurídicas, en cambio los anormales eran los que no se ajustaban a la norma, poniendo en peligro a la sociedad, por su condición de transgresores, no sólo de las normas jurídicas sino también las de la naturaleza. De esta manera, los anormales eran categorizados como monstruos (hermafroditas), sujetos a corregir (locos, vagos y criminales) y onanistas (niños y adolescentes masturbadores). A todos ellos se los consideraba “peligrosos”, y en consecuencia fueron discriminados y separados de varias maneras por la sociedad mediante un rebuscado mecanismo social que los sometía, y los penaba.

#### **4.4. Derecho Penal del Enemigo**

---

<sup>24</sup> Ver Punto 4.2. del presente capítulo.

<sup>25</sup> Ver arts. 52 y 53 del C. Penal y art. 148 del CPPBA donde se echa mano a diversos tipos de peligrosidad (criminal o procesal) para agravar la situación procesal o para denegar el acceso a determinados beneficios.

<sup>26</sup> Michel Foucault, “*La vida de los hombres infames*”, Editorial La Piqueta, Madrid, 1990, pp. 83-89.

Destacamos como un capítulo especial del Punitivismo, el denominado “Derecho Penal del Enemigo”. Para ello partimos conceptualmente de la definición más o menos acabada que del término nos brinda Jakobs<sup>27</sup>. En tal sentido podemos definir como Derecho Penal del Enemigo, aquel que tiene por objetivo eliminar un riesgo para la sociedad en su conjunto, más que a sancionar una conducta desviada que amerita una respuesta del ordenamiento jurídico.

Partiendo de las teorías contractualistas, Jakobs parafrasea a Rousseau<sup>28</sup> y Fichte<sup>29</sup>, señalando que el Derecho Penal del Enemigo tiene como fundamento la actitud del delincuente que, al cometer un hecho reñido con la Ley, rompe las reglas del Contrato Social y por ende, ya no puede pedir ser amparado por las normas que rigen dicha relación, colocándose él mismo por fuera de la Ley y sujeto a las expresiones de esta guerra que ha iniciado contra el sistema y por ende no le caben ya las normas que garantizan sus derechos al resto de los ciudadanos respetuosos de la Ley sino que le cabe la imposición de la pena, como un sujeto carente de derechos.

Tales posturas extremas son en cierto grado morigeradas por Kant<sup>30</sup> y Hobbes<sup>31</sup>, quienes al menos hacen un distingo entre diversos tipos de delincuente.

Hobbes, concibe el estado natural del hombre como carente de reglas y desafiante de la libertad del otro, lo que resumen magistralmente en su célebre frase “*el hombre es el lobo del hombre*” donde quiere explicitar que el estado de naturaleza del hombre es la lucha constante contra su prójimo. Sobre esta base, expone que el Derecho viene a ordenar esta relación entre los individuos y que en consecuencia, la reacción contra el delito será la aplicación de la pena. Pero esa aplicación de la pena, o más bien la ejecución del delito, no le provoca de inmediato la pérdida de la calidad de ciudadano (y con ello los derechos atinentes a tal status), sino que mantendrá su situación jurídica a

---

<sup>27</sup> JACOBS Günther y CANCIO MELIÀ, Manuel, “Derecho Penal del enemigo”, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2007

<sup>28</sup> Ob. Cit en nota 9.

<sup>29</sup> FICHTE, Johann Gottlieb. Filósofo alemán de gran importancia en la historia del pensamiento occidental, continuador de la filosofía crítica de Kant y precursor tanto de Schelling como de la filosofía del espíritu de Hegel, es considerado uno de los padres del llamado idealismo alemán.

<sup>30</sup> KANT Immanuel, *Sobre el uso de los principios teleológicos en la filosofía (Über den Gebrauch teleologischer Principien in der Philosophie)* (1788) y *Fundamentación de la metafísica de las costumbres (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten)*, de 1785

<sup>31</sup> HOBBS, Thomas, *El Leviatán. (Leviathan, or the Matter, Forme, and Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civil)*, de 1651.

pesar del hecho, aplicándoseles las consecuencias del ordenamiento jurídico ante tales circunstancias en situación de igualdad con todos los ciudadanos. Ahora bien, cuando el, o los delitos cometidos resultan una rebelión contra el sistema, importan Alta Traición, y como tal implica romper el pacto de sumisión, colocándose ahora sí en la situación de “enemigo” y por ende, merecedor de una respuesta particular por parte del Estado.

Por su parte Kant, quien parte de un Estado ideal (no por lo óptimo sino por lo ficticio) del hombre frente al poder estatal, es decir, el hombre es malo por naturaleza, ya que el hombre es conocedor de la ley moral y, no obstante, ha admitido en su máxima la desviación ocasional respecto a ella, hace justamente en la ocasionalidad también su distingo. Admite que cualquier ciudadano puede, aun usando la fuerza, “traer” al desviado a la vida bajo la constitución ciudadana, y en tal sentido, no perderá por su acto, la condición de ciudadano. Ahora bien, cuando esa persona que por su estado natural amenaza constantemente mi libertad, mi tranquilidad, ello justifica que, o se inserta en los cánones morales de la sociedad, o bien, sea expulsado de ella, y con ello, se convierte en “enemigo”.

La similitud entre Hobbes y Kant, consiste no sólo en la visión contractualista, sino de que no todo delincuente merece el tratamiento como enemigo, sólo aquel que con sus actitudes pone constantemente en riesgo, o amenaza la vida en sociedad, provoca la reacción que lo coloca en condición de enemigo.

Ahora bien, Jakobs advierte que no existen tipos puros de Derecho penal Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo, sino que en la praxis sobre la versión de aquel, se insertan, solapadamente o no, capítulos o manifestaciones de este último.

Define Jakobs al Derecho Penal de Ciudadano, aquel que se compone de un sistema de normas que regulan no sólo los delitos en si (derecho penal material), sino también la aplicación del mismo y las normas de juzgamiento (derecho procesal penal, o de forma) y los principios procesales que rigen la materia. En tal sentido, el ciudadano que infringe la Ley, se encuentra sujeto a la reacción del ordenamiento jurídico, pero bajo la aplicación de los principios, derechos y garantías que rigen el *Debido Proceso* y con las limitaciones y alcances que bajo nuestro sistema normativo constitucional resultan de aplicación forzosa.

Frente a éste sistema tenemos al Derecho Penal del Enemigo, en el cual podemos observar tres características básicas: se manifiesta un amplio adelantamiento de la punición, proyectándose hacia el futuro, en lugar de estar al hecho ocurrido; se utilizan

penas desproporcionadamente altas (más aún cuando lo que se pune, son hechos o actos preparativos, que, teniendo como comparación la tentativa, deberían ser menores o disminuidas) y por la relativización de determinadas garantías procesales.

Lo cierto es que el derecho penal del enemigo, se construye sobre la base del riesgo. Determinadas actividades (aunque después deriva inexorablemente en actores, poniendo en jaque la noción de Derecho Penal de Acto), resultan un riesgo o amenaza para la sociedad y su conjunto de normas que generan una cohesión social que la constituyen y edifican, y por ende justifican una reacción penal específica, más grave y anticipada, y por fuera de los mecanismos (o con una adaptación especial de los existentes) procesales para aplicar una pena<sup>32</sup>.

En efecto, las normas penales que castigan una conducta punible con una pena (privativa de la libertad, o no), desde la óptica de la Prevención General Positiva, tienden a reestablecer la confianza en el ordenamiento jurídico al demostrar de manera empírica que ante el quebrantamiento de la legalidad, sobreviene la sanción. Algo así como la respuesta estatal frente a los ciudadanos respetuosos de la ley, que, ante la perpetración de un atentado contra sus derechos, sus bienes jurídicos protegidos, inexorablemente ocurrirá la consecuencia prevista en la ley, reforzando así la confianza en el sistema.

Ello no es lo que procura el Derecho Penal del Enemigo, que busca identificar una fuente de riesgo y reducirla al mínimo tolerable para la vida en sociedad. En este sentido su finalidad es más bien hacia el futuro, confinando al peligroso a efectos de que no pueda cometer más delitos, o anticipando la punición a efectos de evitar un mal cierto y futuro que “el enemigo” ocasionará, no sólo ya contra los bienes jurídicos del ciudadano respetuoso de la ley, sino contra la estabilidad del propio sistema, al que pone en riesgo con su actitud.

Ahora bien, y continuando la línea de Jakobs, si bien los modelos teóricos de Derecho Penal Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo no se encuentran en su estado puro, en nuestro derecho vernáculo encontramos numerosos ejemplos de normas que están orientadas más bien hacia la (pretendida) mitigación del riesgo, que a la sanción de un hecho en particular.

En este sentido, podemos mencionar por ejemplo el art. 189 bis del C. Penal que castiga (entre otras conductas típicas) la simple tenencia de arma (ya sea de uso civil

---

<sup>32</sup> Una crítica muy destacable hace Roberto Gargarella en su obra , “*Castigar al Próximo...*” que será objeto de análisis más adelante.

o de guerra) sin autorización legal, sin que sea necesario acreditar el fin inequívoco de uso para perpetrar otro delito. Es decir, adelanta la punición a un estadio previo, donde ni siquiera se puede decir que hubo actos preparatorios con entidad suficiente para poner, aunque sea, en amenaza al bien jurídico protegido (que es la seguridad pública). La previsión de normas de esta característica entra en conflicto con principios penales como el Principio de Lesividad, por ejemplo.

Otro ejemplo podría ser el agravamiento de la pena por la participación de un menor de edad prevista en el art. 41 Quater del Código Penal; la agravante no penaliza de manera más dura una conducta más agresiva contra el Bien Jurídico protegido, sino que (por estar prevista en la parte general agrava todos los delitos) tiende a desalentar la participación de menores no punibles en hechos delictivos para que los adultos no se sirvan de ellos. El tema que más dudas genera respecto de su constitucionalidad, no es la redacción de la norma en sí, la propuesta del legislador, sino su aplicación en el caso puntual, extendiendo su aplicación aun en casos donde entre el adulto y el menor existe escasa diferencia, donde la instrumentalidad se difumina, o aun cuando se ignora la edad del copartícipe menor.

En este último punto son muy interesantes los votos en disidencia del Fallo “NUÑEZ Maximiliano”<sup>33</sup>. En un voto conjunto, los jueces Lorenzetti y Maqueda, entendieron que había una *“clara violación al principio de culpabilidad”*, ya que el fallo de Casación consagró *“una responsabilidad objetiva en materia penal, incompatible con la Constitución Nacional”*. En particular mencionan que en el caso *“se aplicó la agravante prevista en el art. 41 quater del Código Penal sin haberse valorado en forma alguna el dolo del agente”*, ya que, conforme lo reseñaron *“ni el Tribunal Oral, ni la Cámara de Casación Penal revisaron la cuestión del desconocimiento que el agente habría tenido acerca de la edad del menor participante”*, oportunamente introducida por la parte. Por lo expuesto entienden, que en el sub iúdice se hubo avasallado el requerimiento de tipicidad subjetiva (dolo), abriendo el camino al versari in re illicita, o sea a la punición de una conducta por su objetividad típica, prescindiendo de la voluntad concreta del agente en el hecho”.

---

<sup>33</sup>Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de Maximiliano Núñez en la causa Núñez, Maximiliano s/causa N°12.183", 24 de Septiembre de 2013, CSJN. Fuente: Diario Judicial, <https://www.diariojudicial.com/nota/33051/-/versari-in-pena-illicita.html>

La disidencia del ministro Zaffaroni, también va por esa línea argumental, al decir que *“el derecho de un Estado constitucional de derecho no puede legitimar la pena sólo en función de su voluntad punitiva, renunciando a valorar la legitimidad de esa voluntad conforme a una ratio legis razonable”*. En otras palabras, no se puede castigar sin valorar la legitimidad del mismo derecho. Por dicho motivo, *“tal legitimación corresponde a estados legales de derecho y, en especial, a manifestaciones autoritarias del Estado, en el campo penal derivadas del normativismo positivista de Karl Binding, donde la ley no cumple ninguna función asegurativa respecto del ciudadano, sino que opera como testimonio de la voluntad estatal”*.

En el plano procesal, y particularmente en nuestro derecho procesal penal bonaerense observamos un avance hacia esa postura. Es el caso de la discutida utilización indiscriminada de la prisión preventiva. El art. 144 original de la Ley N° 11.922, en su primer párrafo disponía como principio: *“El imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal”*. Este principio general que regía las medidas de coerción en el texto original, se condecía plenamente con los preceptos constitucionales (art. 18 CN), la Presunción de inocencia, y la normativa convencional (art. 7 del Pacto de San José de Costa Rica y 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). El caso es que mediante la Ley N° 12.278, a pocos años de la sanción del texto original, se modifica el texto del art. 144 con un agregado que cambia radicalmente su significado, convirtiendo lo que era una regla, en una excepción, dándose de bruces con la normativa antes citada, al agregar la frase: *“siempre que no se den los supuestos previstos en la Ley para decidir lo contrario”*.

Lo reseñado es una clara expresión que la voluntad del legislador se dirigía a restringir el alcance de la presunción de inocencia, ese derecho a estar en libertad durante el proceso hasta que, luego de un juicio oral y público en el cual, mediante las reglas del *Debido Proceso* se destruya tal presunción a través de un fallo condenatorio.

Tal postura nada tiene que ver con la averiguación de la verdad, con la determinación de la autoría y la existencia del hecho, o de la responsabilidad del autor, sino más bien a garantizar que el infractor, desafiante de la norma penal en particular y del sistema en general, al menos durante la duración del proceso, no vuelva a delinquir.

Cancio Meliá<sup>34</sup> nos explica con monumental claridad, la cuestión desde el Derecho Penal simbólico, entendido éste como la “bajada de línea” que mediante el dictado de la norma, pretende el legislador realizar tanto hacia la sociedad misma, como especialmente hacia los sujetos comprendidos en esta categoría de “peligrosos”. La norma no tiene una finalidad concreta y mensurable, sino que su objetivo es dar tranquilidad a la sociedad, que se está haciendo algo respecto de “la inseguridad”, la “ola delictiva”, o como se quiera llamar a fenómenos estacionales o no, estadísticamente comprobables o no, de aumento de las tasas delictivas.

Precisamente, la crítica más aguda hacia el Punitivismo y todas sus expresiones (el Derecho penal del Enemigo es una de ellas) surge de la arbitrariedad y falta de razonabilidad de sus postulados en cuanto se los confronta con el Derecho Penal Ciudadano, en atención a que toda su doctrina de agravamiento de los tipos penales, inflación normativa, limitación de derechos y garantías durante el proceso, no busca revertir, o incidir sobre uno o más hechos en particular y mayormente, no encuentra justificación empírica de su aplicación, sino que tiene por objeto simplemente comunicar, a la sociedad y al delincuente, sin mayores precisiones, que “se está haciendo algo contra el crimen organizado”, no obstante que luego, en la práctica, nada de ello ocurra finalmente.

Para terminar, y no abordar tópicos que se desarrollarán en las *Conclusiones*, solo agregaré que este avance del Punitivismo, fundado en oscuras razones que no arrojan luz sobre el asunto, resultan atajos que no resuelven el conflicto, el cual, para afrontarse de manera seria y sostenida, necesita de programas más profundos, sobre materias que exceden y son distintas al Derecho Penal y Procesal, y no de medidas cortoplacistas de populismo penal tendientes a captar la opinión pública.

## **5. ABOLICIONISMO PENAL.**

Bajo el término de ‘aboliciónismo penal’, agrupamos a aquellas corrientes de la criminología crítica, a través de la cual se confronta con el sistema penal actual, presentando una perspectiva político-criminal, valga la redundancia, crítica, para con el mismo.

---

<sup>34</sup> JACOBS Günther y CANCIO MELIÀ, Manuel, “Derecho Penal del enemigo”, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 76

A tal fin tomaremos como punto de partida el concepto de Sistema Penal de Louk Hulsman, como se expresara supra<sup>35</sup>, como una forma de cooperación entre diversas agencias estatales, tales como la policía, el poder judicial, el ministerio de justicia, las facultades de derecho, en tanto y en cuanto contribuyen a la definición del delito, el delincuente, la víctima y la criminalización de determinados eventos.

De conformidad con Thiegi<sup>36</sup>, dentro de esta corriente encontramos la Teoría del Abolicionismo Penal radical, que tiene a Louk Hulsman como su mayor exponente, la del Abolicionismo Institucional, liderada por Thomas Mathiensen, y la ya citada del Derecho Penal Mínimo de Luigi Ferrajoli.

Me tomo la licencia de separarme en este punto de Thiegi, célebre jurista y criminólogo argentino, mundialmente reconocido, atento que desde la perspectiva de este trabajo, el Derecho Penal Mínimo se inscribe dentro del capítulo del Garantismo Penal (donde se lo ha ubicado sistemáticamente en este trabajo), ya que no tiene por objeto la sustitución del Derecho Penal actual por otra forma evolucionada distinta de abordaje de la problemática ocasionada por el delito, como conducta socialmente desviada, sino que tiene por objeto la limitación del poder estatal en cuanto a la creación de normas penales que restringen la libertad del ciudadano, así como atemperar la respuesta del aparato jurisdiccional y penitenciario en cuanto a la aplicación del derecho de fondo y de forma, y en la aplicación de las penas privativas de la libertad. En otras palabras, a poner en su justo quicio el ejercicio del poder punitivo del Estado al que no cuestiona en su esencia, sino en su magnitud y en su forma.

Hechas estas aclaraciones nos adentraremos en el mundo del abolicionismo como una respuesta posible a los ya conocidos y reseñados vicios del sistema penal actual (que reconocemos que existen), en cuanto este no sólo no resulta ser una herramienta efectiva en la reducción de la inseguridad, la disminución de la tasa de delitos y la contracción de la reincidencia criminal, sino que además provoca una serie de excesos y daños colaterales que destruyen la legitimidad originaria con la que pudiera haber sido concebido.

---

<sup>35</sup> Ver nota al pie 1 de referencia

<sup>36</sup> TIEGHI, Osvaldo Nelo, “El abolicionismo radical y el abolicionismo Institucional”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 2 N°2, pp. 309-319 (1995).

En punto a esto, se afirma que una de las contradicciones más graves que tiene el sistema penal, es la afirmación de la eficacia de la Ley Penal, precisamente, como decíamos antes, como una herramienta tendiente a morigerar la ocurrencia del delito. En tal sentido, señala Heinz Steinert <sup>37</sup> señala que esta afirmación últimamente se ha visto como peligrosa y falsa. Lo primero en cuanto que quienes, como el suscripto, creemos en la función limitada de la Ley penal, en el sentido liberal, de modo que solamente se justifica la mínima intervención estatal para restaurar la paz social, restablecer el uso y goce de los derechos, rápidamente observamos el avance de la legitimación de usos exorbitados de esa fuerza, que reconocemos como limitada, y su extensión injustificada hacia espacios o circunstancias no previstas originalmente en el espíritu de la ley, llegando al límite de que, si se demostrase (no creo que así fuera), que una mayor punición mejora la efectividad de los fines de la pena, existe la tendencia a estirar de manera indefinida esta intervención estatal bajo el pretexto de una eficacia raramente comprobada de manera científica, estadística y más bien movilizadora por fundamentalismos populistas que buscan solamente crear impacto social de inmediatez.

Lo segundo, puesto que no se ha logrado demostrar que la Ley Penal *per se* tenga incidencia directamente proporcional con la disminución del delito. Justamente esta es una de las críticas más fervientes que encarna el abolicionismo penal, la Ley penal no es eficaz, no funciona, y que la tozudez de quienes niegan tales evidencias responde más bien a una necesidad de sostener el *status quo*, que a un efectivo convencimiento al respecto.

Asimismo, reconocen como evidencia la constante búsqueda de soluciones alternativas en materia de tratamiento y prevención en relación al delito y al delincuente. El primero, lo que ha beneficiado a los trabajadores sociales en cuanto a una herramienta para intentar “resocializar” a los individuos que el sistema penal ha captado, y en cuanto a lo segundo (esta ha sido la mayor concesión), ha aumentado el poder de la policía, llegando a justificarse intervenciones que jamás podrían considerarse legítimas a la luz de un Derecho Penal Liberal, y que queda al descubierto de manera matemática con la clara observación que a mayor intervención estatal, mayor ocurrencia de delitos,

---

<sup>37</sup> STEINERT Heinz, en “Abolicionismo Penal”. Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1989, pág. 44

con lo cual nuevamente queda demostrada la falacia de la afirmación de la supuesta eficacia.

En tal sentido, se afirma que quizás, reconociendo la incapacidad del sistema para prevenir y disminuir la existencia de delitos, se podría concentrar los esfuerzos en la faz resocializadora y apuntar los recursos a instituciones menos violentas y re inculpativas, dotando de recursos humanos y económicos suficientes a las agencias estatales dedicadas a la custodia y tratamiento, se mejorarían los estándares vigentes, y se vería una merma en las tasas de criminalidad y reincidencia.

Por otra parte, los abolicionistas, en su afán revisionista del Derecho Penal, proponen la modificación del término “delitos” por el de “conflictos”, despojando de las nociones de culpa y de castigo a estos hechos individuales disruptivos de la paz social. Tengo que reconocer en este punto que al menos etimológicamente el término de conflicto no me resulta para nada errado, y es más, es propio de la noción misma del “proceso”.

Si para que encuentre su punto de partida la “jurisdicción”, como actividad estatal tendiente a resolver las controversias entre los ciudadanos, es necesario justamente este *conflicto*, entonces el término parece “prima facie” apropiado para abordar ese fenómeno social mediante el cual se engloba todas las conductas que antes de su ocurrencia fueran establecidas como disvaliosas por el legislador, y que en base a ello, se encuentran prohibidas y su realización determina una sanción penal. No existe proceso si no hay conflicto, y por ende el conflicto, es el precursor de la operatividad del sistema penal, con lo cual, reitero, la terminología es coherente.

También es cierto que, como se mencionara en el punto 3 del presente trabajo, la noción de “Delito” mucho tiempo estuvo asociada a la de “Pecado”, y ello trajo aparejado también esa fuerza moralizante que imprime a los conceptos de delito y delincuente, con lo cual, su abordaje como fenómeno social, al que hay que tratar de estudiar, y solucionar, se encuentra muchas veces oscurecido por conceptos ajenos al campo jurídico. Ello dificulta no sólo el abordaje sino también la comprensión de la sociedad, de cuáles son las herramientas más adecuadas para su confrontación, y lo que es peor, favorece la absorción de posturas u observaciones de neto corte sensacionalista como las de “mano dura”; “pena de muerte”; “meter bala a los delincuentes”; etc..

Las experiencias de tratamiento y resocialización que se conocieron recientemente a través del deporte, como los “Mirmidones”<sup>38</sup> en la UP N° 37 de Barker y los “Espartanos”<sup>39</sup>, en la Unidad 48 de San Martín (Pcia. de Bs. As.), han demostrado que entre quienes aprendieron y practicaron Rugby de manera sostenida, y a nivel equipo raramente volvieron a delinquir, y muchas veces operaron como colaboradores de estos propósitos una vez que salieron de prisión, ayudando a otros presos a salir del círculo vicioso del delito.

Volviendo sobre el punto de la noción de “conflicto”, el planteo entonces es buscar otras maneras de abordar estos conflictos sin acudir a la exclusión social. Naturalmente, estas propuestas necesitan la inclusión no sólo del delincuente en la resolución del conflicto, sino también de la víctima. Muchas veces la víctima por lo engorroso del trámite, o por lo menor del daño en lo económico, desiste de su persecución, pero en los casos en los que la reparación económica resulta más importante, abordar estas alternativas resulta mucho más satisfactorio como mecanismo de reparación, si nos colocamos en esta postura. En otras situaciones, en los daños al honor, o los duelos por la pérdida de vidas humanas, su reparación parece más difícil, sino imposible.

En este aspecto los abolicionistas proponen echar mano a la imaginación para buscar soluciones alternativas a la criminalización, y salir de la esfera del delincuente, así como de los conceptos de culpa y castigo. Por ejemplo para ciertos delitos como la violencia de género entienden que poner el énfasis en la víctima puede traer mejores resultados, estableciendo (como existen en la actualidad) casas refugio donde las víctimas puedan habitar mientras reorganizan su escena familiar cortando con el círculo de la violencia, favoreciendo, en estos casos, el respeto por la intimidad de la víctima y su reserva de identidad.

En otros casos, (vinculados con el contexto del derecho administrativo) por el contrario el anonimato, o la reserva no son la solución sino la exposición de los transgresores, como en el caso de la evasión de pago del transporte público, o el exceso de velocidad o violación de normas de tránsito donde la exposición del infractor lo exhibe ante la sociedad y la opinión pública actuando esta como mecanismo de control social

---

<sup>38</sup> <http://www.spb.gba.gov.ar/site/index.php/unidad-37-barker/12327-mirmidones-y-la-unidad-37-cumplieron-5-anos-por-una-ilusion>

<sup>39</sup> <https://www.infobae.com/2015/10/15/1762561-los-espartanos-historia-un-equipo-rugby-que-nacio-una-carcel/>

más eficaz ante la vergüenza. Esta ha sido una práctica muy provechosa por ejemplo en materia de violencia de género donde la exposición pública a través de diversos mecanismos, como la publicidad en eventos masivos, o cartelera explícita en medios de transporte, así como medidas administrativas de restricción (como por ejemplo funciona el Registro de Deudores Morosos Alimentarios en la provincia de Buenos Aires) que coloquen al infractor en una situación incómoda que termine oficiando de prevención general ante la exposición pública.

Otra propuesta del abolicionismo se refiere al tratamiento de diversos conflictos interpersonales en los cuales la población acude a la policía, no necesariamente con el ánimo o la necesidad de poner en funcionamiento el aparato sancionador estatal, sino por ser ésta la única agencia estatal disponible (24/7) y que habitualmente se resolvería el conflicto con la sola intervención, sin la necesidad de poner en funcionamiento la pesada maquinaria judicial, ya que la víctima pierde su interés por el solo paso del tiempo, o bien porque la búsqueda de intervención estatal se reduce a la certificación del hecho o los daños para luego instar un reclamo ante el seguro, o bien para desactivar un conflicto vecinal e impedir que este escale, atender un ebrio que se encuentra en la calle, o darle atención médica ante una emergencia.

Proponen la generación de una instancia previa donde se canalicen y se disuelvan estos conflictos menores que una vez ingresados en el sistema judicial generan no sólo el abarrotamiento del mismo por la acumulación de hechos de menor cuantía, y que deben ser impulsado de oficio por desinterés de las víctimas o involucrados y aparte generan múltiples y absurdas reincidencias en temas menores que ayudaría a reducirse mediante este mecanismo. Además, provocan dispersión del esfuerzo en cuestiones nimias restándole así la atención que ameritan cuestiones más importantes, como lo son v.g., delitos de mayor gravedad.

Hulsman, quien sostiene la necesidad de abolir el Sistema Penal por su falta de sentido, aborda la cuestión desde una visión crítica sobre la Justicia y la utilidad del Sistema Penal. Parte de la comparación de los sistemas de Derecho penal y el Civil, o administrativo, en cuanto a su aplicación, posibilidad de control del propio sistema y sus “productos”. En tal sentido concluye que en comparación el Sistema Penal es muy poco comprobable, como si tuviera vida propia, una vez encendido. Si bien en un tiempo Hulsman buceó en ideas para establecer reglas más razonables respecto de la

criminalización y penalización poco a poco se fue convenciendo de la inutilidad de todo el sistema, y que este no cumple con los objetivos propuestos (que por otra parte le otorgan legitimidad), como son la resocialización y readaptación de los ciudadanos que se salen de las reglas sociales de convivencia y de prevención de los eventuales delitos que se pudieran cometer, actuando de manera disuasiva, o bien desde una perspectiva pura de control social ante la existencia de dispositivos de esta características.

Concluye al fin, que el sistema penal configuraba un problema en sí mismo, de manera tal que, aunque se lo reformase, se lo readaptase a nuevas ideas, no va a funcionar y entonces opta por su abolición lisa y llana. En orden a tratar de establecer los motivos por los cuales este “sistema” resulta cuestionable como forma de control social, en primer lugar, que la aplicación de la pena, ya sea como prisión preventiva, o como efectiva condena, causa un sufrimiento innecesario que excede los parámetros legítimos de seguridad y control de los sujetos privados de la libertad y adquiere relieves propios de los lugares de prisionización, que se desvían de las incomodidades mínimas que debe ocasionar, el cual, por otra parte, se encuentra selectivamente impuesto, siendo (como observamos en el punto 3 de la presente), dirigido a un sector poblacional y sólo para determinada clase de delitos; en segundo lugar, expropia el conflicto a los verdaderos involucrados y al hacerlo, establece sus propios parámetros de cómo debería repararse esa situación alejándose de la solución ideal y por lo tanto influye muy poco en ellos, y por último, lo que ya habíamos subrayado más adelante, es muy difícil de controlar.

El Sistema penal está conformado por un número más o menos grande de organismos, e instituciones que confluyen en esta tarea y que cada uno en su lugar de competencia genera usos y costumbres propios que se van despegando de la idea originaria liberal de generar instancias estatales de control social que garanticen el uso y goce de los derechos individuales y la convivencia pacífica, generando excesos como torturas, persecuciones selectivas, agravamiento de las condiciones de detención, etc.

Como propuesta de acción, invita a pensar una supresión absoluta del señorío estatal central sobre la justicia penal, para reemplazarlo por formas descentralizadas que regulen los conflictos con la participación o involucramiento de quienes se encuentran directamente afectados por el conflicto penal en cuestión. Ahora bien, su intención no es de extirpar de plano las sanciones penales e instalar en cambio instancias tratamentales de tipo médico o pedagógico, sino que lo que propone, es sacar

de las manos del gran aparato burocrático el monopolio de la administración del conflicto para cederlo a estructuras más pequeñas, que estén más cerca de los protagonistas, y propongan soluciones de manera más directa y más adecuada a cada caso en particular, en vez de respuestas sistematizadas, selectivas y acriticas sobre la utilidad y efectividad de las mismas.

Esto generaría dos consecuencias de gran relieve. Por un lado se abordaría la problemática social que genera la estigmatización, propia de esta selectividad, que ya remarcara Hulsman como defecto del sistema penal, y que al ser tan selectivo, no sólo se deslegitima por violar la igualdad ante la ley, sino que genera graves estereotipos que resultan linderos a los postulados de la escuela positivista que nos ocupara en una parcela anterior del presente trabajo<sup>40</sup>, provocando exclusión social de determinados grupos sociales o etarios, pero además alimentando la densa maquinaria de los medios de comunicación que colocan diariamente en agenda con su consabido sensacionalismo la conflictiva penal, lo que además, es altamente redituable.

Por otra parte, generaría un estímulo a la reparación del tejido social que tanto ha sido castigado por crisis económicas, políticas, sociales y culturales, que se tradujo en “grietas” entre distintos sectores de la población, al monopolizar el Estado el manejo de la conflictividad penal, utilizando recetas estandarizadas, y alejado de los pareceres o necesidades de los involucrados directos en el asunto. Devolviendo el manejo del conflicto a sus protagonistas, se podría revitalizar el tejido social, sobre la base de la solidaridad, el autocontrol, etc.

Para ello, continua Hulsman, hace falta un cambio radical en la sociedad, una transformación de los viejos paradigmas en materia penal, desplazando la noción tradicional de “delito”, por el concepto de “situaciones problemáticas”. Estas situaciones problemáticas se abordarían ya desde otra óptica, más descentralizada e informal, a través de sistemas de resolución de conflictos, con otros perfiles netamente distintos al abordaje tradicional del Sistema Penal, aplicándose diversos mecanismos compensatorios, conciliatorios, de reparación, justicia restaurativa, etc. Conjuntamente con la eliminación del concepto de delito, deberá replantearse otros conceptos como criminalidad,

---

<sup>40</sup> Ver Pág. 20 apartado 4.3. El Positivismo Penal.

peligrosidad, etc., que nos llevan más que a nociones reales, a conceptos metafísicos preconcebidos como lo bueno y lo malo.

Esta práctica que parece pura semántica, no lo es porque nos obliga a repensar todo el sistema penal actual, de manera que para entrar en otro paradigma superador al tradicional resulta indispensable despojarse previamente de componentes valorativos negativos que impiden visualizar respuestas diferentes a un problema que con las herramientas tradicionales no se ha podido solucionar, pero nos empeñamos en sostener.

Propone asimismo una estrategia de descriminalización que sustente esta política penal abolicionista. En primer lugar propone abordar los hechos aun no criminalizados, tratando de evitar que estos recaigan en el pesado sistema penal (como si, una vez más, éste tuviera la efectividad que se le atribuye pero que no acredita) y desde allí elaborar criterios de tratamiento de dichas situaciones como principio de subsidiariedad (esto tiene relación con su ya desarrollado concepto de devolver el conflicto a sus protagonistas), ya que de este modo, el sistema penal, sólo abordará el conflicto si los interesados no han podido, o no han sabido encontrar soluciones autónomas; criterios de utilidad práctica basados en la relación costo-beneficio de la aplicación de la maquinaria penal, etc.

Por otra parte, dentro de dicha estrategia sugiere el abordaje diferencial, distinguiendo entre la descriminalización de iure y facto. Mientras que la primera implicaría un cambio de legislación, una retracción de competencia gradual respecto de la justicia penal, la segunda, implicaría una reducción paulatina de las conductas criminalizadas, aunque no haya ocurrido el cambio legislativo. En ese sentido podría decirse que se han empezado a ver movimientos en esta dirección, como, por ejemplo, la despenalización del consumo personal de estupefacientes en nuestro país. Respecto de la descriminalización de iure hace hincapié en los delitos en particular para llevar adelante estrategias diferenciadas para cada caso, como delitos contra la propiedad, delitos sexuales, delitos de corrupción, etc.

Donde personalmente creo que estas propuestas resultan impracticables es en los delitos graves. Me cuesta visualizar la posibilidad que víctimas de abusos sexuales, o familiares, de la persona asesinada puedan ser partícipes activos de una generación de

alternativas a la imposición de una pena de prisión efectiva como efecto reparador, además de generar un mal ejemplo en tanto y en cuanto sea advertido por otros como eventual, hipotético e improbable un castigo por las acciones que violentan las normas más elementales de convivencia en una sociedad, y por ende su realización se visualice como “gratuita”. Para aclarar, no es lo mismo estacionar en doble fila que pasar en rojo un semáforo a excesiva velocidad, lo que indica que la respuesta punitiva no puede ser la misma, y las herramientas para morigerar la incidencia de estas acciones, no debe ser la misma.

## **6. Justicia Restaurativa.**

Como propuesta metodológica, optaré por establecer términos a partir de los cuales desarrollar este tópico. En tal sentido se observa a la Justicia Restaurativa, como una alternativa a la Justicia Retributiva, que parte de la retribución, la respuesta del Estado ante el ataque al sistema de normas preestablecida, y por ende, su respuesta es un castigo al infractor, el cual se encuentra bajo el monopolio absoluto de Estado.

Para definir entonces la justicia restaurativa, propongo partir de la definición plasmada en Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la ONU<sup>41</sup>, el cual la define como *“una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad. Los programas de justicia restaurativa se basan en el principio fundamental de que el comportamiento delictivo no solamente viola la ley, sino también hiere a las víctimas y a la comunidad. Cualquier esfuerzo para solucionar las consecuencias del comportamiento delictivo deberá, en la medida de lo posible, involucrar tanto al ofensor como a las partes ofendidas, y proporcionar la ayuda y el apoyo que la víctima y el delincuente requieren. La justicia restaurativa es un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto”*<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Manual sobre programas de justicia restaurativa. Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito. (UNODC). Nueva York, Enero 2006.-

<sup>42</sup> Pág. 7. Manual sobre programas de justicia restaurativa, citado precedentemente.

Existen diversos términos para referirse a este concepto, como “justicia comunitaria”, “justicia positiva”, “justicia relacional”, “justicia reparadora”, y “justicia restauradora”, pero lo cierto es que estamos hablando de un método distinto al tradicional de resolver los conflictos que ocasiona un delito y tratar de evitar generar un padecimiento innecesario, involucrando a los protagonistas del hecho, y a diversos estratos de la comunidad, a efectos de lograr la restauración de la paz social.

Una de las características principales de estos “métodos” de “hacer justicia”, precisamente es el rol preponderante que le otorgan a la víctima en todo este proceso, cuestión que no sólo legitima la resolución del conflicto de la manera en que se realiza, sino que también enfrenta al autor de la ofensa con el ofendido, potenciando su capacidad de reconocer el injusto de su proceder, buscando una manera de reparar el daño causado, no sólo como mecanismo de resolución del conflicto en particular, sino como una forma de demostración a la sociedad de su voluntad de redimirse por el hecho disvalioso ejecutado.

Entonces, cuando hablamos de Justicia Restaurativa, ¿estamos frente a un nuevo paradigma en relación a la forma de administrar los conflictos interpersonales en materia penal ?. Precisamente. Cuando la administración de justicia se ve por la comunidad como un aparato formal cuyas resoluciones y medidas no transmiten el deseo de la propia comunidad, cuando las resoluciones de los jueces resultan afrentas a los intereses de seguridad, protección, justa compensación, etc. advertimos el divorcio actual que tiene el Poder Judicial con la sociedad civil. Y no es una cuestión de bandos ni de clases sociales, o ideología. Quienes se encuentran más rigurosamente sometidos a la persecución penal como se observara más arriba<sup>43</sup> pensarán que el sistema está preparado para castigar con mayor crueldad y efectividad a los de su condición social, económica, cultural, mientras que las víctimas de delitos visualizaran como el sistema es ineficaz, bajo las premisas de “entra por una puerta y sale por la otra”, “la denuncia revictimiza”, “estamos indefensos”, “los derechos son solo para ellos”, etc.

Por ello, este nuevo paradigma invita a reflexionar sobre los efectos del delito en la sociedad, el rol que le corresponde a la comunidad en relación al delito y el vínculo que tiene la sociedad civil con la justicia. Naturalmente mientras más estrechos sean los lazos de los individuos de la sociedad entre sí, así como, de la sociedad en su

---

<sup>43</sup> Ver Págs. 16/17 de la presente.

conjunto con la administración de justicia, resultará más probable que se pueda de alguna manera limitar aquellas conductas disvaliosas, de su lado, cuando los lazos sociales se encuentran más resquebrajados, y la vinculación con las autoridades jurisdiccionales resulta más distante, el rechazo social por las conductas ilícitas disminuye, y por ende el delito aumenta. Importa también desde otra óptica implicarse en el conflicto, como sociedad, sobre el entendimiento que la comunidad resulta responsable del bienestar de sus integrantes, y por lo tanto en relación al delito, le sería exigible que ésta proporcione alguna solución frente a los hechos delictivos.

La forma tradicional de responder ante el delito, como ya observamos de manera remanida en numerosos pasajes del presente trabajo, y sin ánimo de enrolarme en tesis abolicionistas del derecho penal, ha demostrado al menos su ineficacia para enfrentar este fenómeno social que es el delito, y para proveer de herramientas válidas para minimizar su ocurrencia, y su impacto en la vida cotidiana de los ciudadanos.

Es por ello que quizás, en los últimos años, esa relación entre la comunidad y el sistema judicial ha ido avanzando hacia un sistema de mayor participación de la sociedad en la justicia. Puntualmente me referiré a dos institutos de medianamente reciente aparición en el sistema de enjuiciamiento penal de la provincia de Buenos Aires, el Juicio por Jurados y la Mediación Penal.

En el año 2013 se sanciona la Ley N° 14.543 estableciendo el juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires (acotado a delitos con penas superiores a 15 años, y mediando voluntad del encartado) y en noviembre de 2014, en el Departamento Judicial de San Martín se celebra el primer juicio por jurados de la provincia. El establecimiento de esta forma de juzgamiento recepta el mandato constitucional (ver arts. 24, 75 inc. 12 y 118 de la Carta Magna) profundizando así la democratización institucional republicana, participando activamente la sociedad en la administración de justicia. Resulta, por una parte, una garantía del imputado en el proceso el derecho a ser juzgado por sus pares pero por otra parte importa una herramienta para motivar la participación ciudadana (como hay otras por ejemplo, el plebiscito), pero específicamente en lo que refiere a la administración de justicia, provocando un efecto legitimador respecto de las resoluciones judiciales que así se dicten. Quizás esto tenga relación con lo expresado por Gargarella<sup>44</sup>,

---

<sup>44</sup> GARGARELLA Roberto, “Castigar al Prójimo. Por una refundación democrática del Derecho Penal”. Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2016. Págs. 16/17.

al decir “la comunidad de iguales” como una forma de democracia deliberativa y republicana en la cual los integrantes ajustan su conducta a la norma más por convicción que por miedo al castigo. Me explayaré más respecto de la posición del autor en el acápite subsiguiente.

Por otra parte, en el año 2006 mediante Ley N° 13.433 se instala en la Provincia de Buenos Aires un mecanismo de Resolución Alternativa de Conflictos a través del ya reconocido procedimiento de mediación.

Los últimos datos arrojados por la estadística nos indican<sup>45</sup> que en el año 2019 han ingresado en el sistema de mediación penal 18.370 casos. De ellos 17.796 se han finalizado, y 8.386 han sido mediados. De esta última cifra, 6.464 han tenido acuerdos definitivos y condicionales cumplidos. Entre los delitos en los que más se recurre a la mediación se encuentran las lesiones (dolosas y culposas), amenazas, daños, hurtos, usurpaciones y defraudaciones.

Estos números fríos nos permiten hacer las siguientes observaciones: más de 1 de cada 3 casos que se ingresan al sistema, concluyen con una mediación satisfactoria mediante la celebración de un acuerdo entre las partes (víctima y victimario ; u ofensor y damnificado), culminando por ende en un archivo de las actuaciones, resultando por lo tanto un conflicto que se hubo resuelto por las propias partes involucradas, y que ha quedado por lo tanto, ajeno a la persecución penal pública del Ministerio Público Fiscal. La otra observación es que de los delitos que en otra parte del presente trabajo se encontraban alcanzados por el sistema penal, mayormente, varios se encuentran dentro de los que más se recurre a la mediación (delitos contra las personas, delitos contra la propiedad)<sup>46</sup>.

¿Qué quiero decir con esto?, que se ha demostrado que el sistema tradicional, no es ni el único, ni el más eficaz, para resolver los conflictos originados en un hecho delictivo, que la participación ciudadana legítima y favorece la resolución de manera más armoniosa y menos lesiva, y por último que la estadística apuntada supra,

---

<sup>45</sup> Ver Informe Estadístico 2019, Mediación Penal Ley 13433, Justicia Juvenil Restaurativa, Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires. Fuente: ORAC provincia de Buenos Aires al 31 de enero de 2019. <https://www.mpba.gov.ar/files/content/InformeMediacion2020.pdf>

<sup>46</sup> Ver gráfico Página 17

podría verse profundamente modificada si se generaliza y se profundiza la utilización de herramientas restaurativas como lo es la mediación penal.

### **6.1. Justicia restaurativa en el fuero de responsabilidad penal juvenil.**

Uno de los ámbitos más favorables para la aplicación de técnicas de Justicia Restaurativa, resulta sin dudas, el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil.

Dicho Fuero fue creado en la provincia de Buenos Aires en el año 2007 mediante Ley N° 13.634, estableciendo un procedimiento especial para el juzgamiento de personas menores de 18 años, estableciendo además funcionarios judiciales específicos para llevar adelante este proceso especial.

Esta innovación normativa tiene como fundamento el cumplimiento de normativa internacional previamente suscripta por el Estado Argentino, la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>47</sup>, que de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional tiene rango constitucional, y por tanto, implica incorporar a nuestro derecho interno principios estructurantes de la citada Convención, como lo son: interés superior del niño (art. 3°), no discriminación (art. 2°), efectividad (art. 4°), autonomía y participación (arts. 5° y 12°) y protección (art. 3°).

En aplicación de esta normativa internacional se ha interpretado el “interés superior del niño”, como “...*principio hermenéutico que tiende a la máxima satisfacción de los derechos del niño y en consecuencia a la mínima restricción de ellos, en los casos que corresponda...*”<sup>48</sup>. A partir de tal concepto debe entenderse el servicio de administración de justicia en el ámbito de la Responsabilidad Penal Juvenil. Pensar al niño, niña y adolescentes como sujetos plenos de derecho, pero con un marco protectorio específico, que los dota de un plus de garantías procesales.

---

<sup>47</sup> Artículo 40 Convención Sobre los Derechos del Niño:... 3. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.*

<sup>48</sup> PINTO, Gimol y LÓPEZ OLIVA, Mabel: “La sanción de reclusión perpetua y la Convención sobre los Derechos del Niño: una relación incompatible”, en Rev. “Justicia y Derechos del Niño” N° 2, UNICEF Chile, Argentina y Uruguay, Bs. As., nov. 2000, pág. 199.

Ahora bien. Cómo y porqué resulta un campo fértil para la aplicación de este procedimiento la Justicia Penal Juvenil?. La respuesta está quizás en lo que explica de manera siempre clara Mari Beloff, relativo a las funciones de la pena, donde afirma que *“...toda sociedad produce sus criminales y, por lo tanto, requiere de un sistema penal, en una de las lecturas de las “funciones positivas” del castigo. Se trata de una paradoja difícil de resolver, pero es preciso tener conciencia de ella porque se activa especialmente en cada caso que adjudica la justicia juvenil dado que, en ella, el Derecho Penal especializado, además de una “función negativa” como límite, cumpliría también una función positiva, la de darle su valor simbólico-pedagógico<sup>49</sup>”*.

Precisamente este es el ámbito más propicio para incorporar medidas y acciones de carácter restaurativo, donde la comunidad se comprometa con la solución de estos conflictos con miras, más allá del caso concreto, a resolver una conflictiva que está instalada en la sociedad, pero además como un mecanismo comunitario de formar conciencia civil, de reparar los lazos sociales rotos por el delito para incorporar individuos sanos y útiles para el tejido social, haciéndoles además sentir el compromiso y la responsabilidad con la misma.

Por otra parte, es precisamente en la etapa formativa de su personalidad, donde el individuo adquiere mejor las pautas de convivencia y por ende resulta mucho más fructífero realizar esfuerzos en la formación y reencauce de niños y adolescentes que en adultos donde ya todas las políticas llegan tarde. Algo así como lo expresara Pitágoras<sup>50</sup> en su célebre frase: *“Educad a los niños y no tendréis que castigar a los hombres”*.

Tal ha sido la lectura de la situación por parte del legislador provincial quien en numerosos pasajes ha dejado entrever los principios mencionados anteriormente como rectores del procedimiento de responsabilidad penal juvenil. En efecto, el art. 33 incorpora como principios rectores del procedimiento de responsabilidad penal juvenil, la protección integral de los derechos del niño, su formación plena, la reintegración en su familia y en la comunidad, la mínima intervención, la subsidiariedad, la solución de los conflictos y la participación de la víctima; también que el niño asuma una actitud

---

<sup>49</sup> BELOFF Mary, “Justicia restaurativa como justicia: Garantías, protección especial y reparación del conflicto como bases de la política criminal juvenil”. Editorial Jusbaire, Buenos Aires, 2017, pág 94

<sup>50</sup> PITAGORAS de Samos, filósofo y matemático griego nacido en el año 576 AC.

constructiva y responsable ante la sociedad, adquiriendo respeto por los derechos humanos, y las libertades fundamentales de todas las personas.

Claramente está buscando en cambio de una medida retribucionista por el mal causado, una medida reparadora, tratando de incorporar en el adolescente (ya que la responsabilidad penal relativa se adquiere a los 16, y plena a partir de los 18 años de edad, conforme Ley N° 12.008) principios, valores, compromiso y sentimiento de responsabilidad, para evitar su repetición como para reencausar su vida con fines positivos.

Asimismo en el art. 68 se prevén medidas adicionales a imponer al niño junto con la atribución de su responsabilidad por el hecho delictivo ocasionado y el art. 69 menciona que *Las medidas señaladas en el artículo anterior tendrán por finalidad fomentar el sentido de responsabilidad del niño y orientarlo en un proyecto de vida digno, con acciones educativas que se complementarán con la intervención de la familia, la comunidad y el Municipio respectivo, con el apoyo de los especialistas que el Juez determine...*". Nuevamente vemos como se incorporan en el texto legal previsiones que tienen mucho más que ver con una visión reparadora de la administración de justicia que con su expresión clásica ya conocida, y cuya aplicación no ha dejado un saldo satisfactorio.

Por su parte el Protocolo Federal de Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos, efectuada por el Ministerio de Justicia de la Nación a través de la Resolución Ministerial N.º 813/18, ha trazado una plan de trabajo que propone mejorar las herramientas y espacios existentes y a su vez fortalecerlos para profundizar la aplicación de la mediación penal y otros procesos restaurativos en el fuero de responsabilidad penal juvenil desde el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, con excelentes resultados, a saber:

Se han incrementado la cantidad de casos que son ingresados a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos<sup>51</sup>, de 331, en 2017 se ha pasado a 412, en 2018, y 481, en 2019. Asimismo, se hubo incremento en el número de casos mediados pasando de 123, en 2017, a 211, en 2019. De estas últimas cifras podemos ver que existe

---

<sup>51</sup> Ver Informe Estadístico 2019, Mediación Penal Ley 13433, Justicia Juvenil Restaurativa, Ministerio Publico Fiscal de la Provincia de Buenos Aires. Fuente: ORAC provincia de Buenos Aires al 31 de enero de 2019. <https://www.mpba.gov.ar/files/content/InformeMediacion2020.pdf>

muchísima más proporción de casos mediados en los que se llegó a un acuerdo que en la justicia de adultos:

De 2017, con 113 acuerdos homologados y 10 no acuerdos, 152 acuerdos frente a 18 no acuerdos, en 2018, se pasa a 197 acuerdos frente a 14 casos sin acuerdos en 2019.

Las estadísticas, como rama de las matemáticas, a través de la organización, sistematización e interpretación de los datos, nos permiten sacar conclusiones respecto de la aplicación de este instituto, el porcentaje de casos que se resuelven de esta manera y hacer un paralelismo con la justicia de adultos para considerar dos cosas, primero la validez, vigencia e importancia de esta herramienta para la resolución de conflictos penales de manera más pacífica y menos dolorosa, pero aún más trascendente que esto es la notable diferencia porcentual que de manera positiva surge de la comparación con la misma herramienta en la justicia de adultos, lo que nos permite concluir sin hesitaciones, que la oportunidad que tenemos en la Justicia de Responsabilidad Penal Juvenil, es única e irrepetible, y sus frutos naturalmente redundaran en una menor conflictividad a futuro.

## **6.2. La Visión de Gargarella.**

A modo de cierre del presente capítulo me abocaré a tratar de resumir la perspectiva respecto de este tema que el maestro Roberto Gargarella en la obra “Castigar al prójimo”<sup>52</sup>, desarrolla con magistral claridad.

La ubicación metodológica de las reflexiones del autor en la obra citada, encuentra justificación en que el autor, luego de unas breves reflexiones sobre el estado del derecho penal actual y la imposición de penas por parte del Estado, propone formas alternativas de respuesta de la sociedad frente al delito, lo cual resulta complementario de lo hasta aquí escrito en el presente capítulo.

En tal sentido, el autor parte de la noción de castigo, como mecanismo de respuesta del Estado frente al ofensor como una situación difícil de justificar. Y ello así, en razón de los perfiles que ha adquirido la imposición de la pena, convirtiéndose en

---

<sup>52</sup> GARGARELLA Roberto, “Castigar al Prójimo. Por una refundación democrática del Derecho Penal”. Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

un verdadero suministro de dolor por parte del Estado, es decir, la aplicación de dolor como respuesta al dolor previamente causado por el delincuente. Ni en el utilitarismo Benthamiano que busca colocar al castigo en un lugar de “ejemplificador” frente al resto de la sociedad, ante la transgresión de las normas de conducta establecidas, ni en el retribucionismo kantiano que coloca a la pena como una medida de respuesta social justificada en el propio hecho cometido por el delincuente, podría apoyarse la actual forma de imposición de penas con las características que hoy la conocemos.

Desde la observación crítica del modo en que se llevan a cabo las penas, en calabozos lúgubres, separados de la familia, de sus vínculos sociales, con la privación de las más mínimas condiciones de salubridad, resulta llamativo que se espere que hacinados en las peores condiciones y rodeados de otros individuos igualmente transgresores de la ley penal, se recupere a alguien, o bien, no se reproduzca la “reincidencia” sin atribuir siquiera mínimamente la relación de causa-efecto en tales circunstancias.

Parte entonces de la génesis de la propia norma, que resulta extraña para quienes se encuentran en conflicto con la ley penal, que más allá de la heterogeneidad e interculturalidad que caracteriza en la actualidad a las sociedades modernas, resultan ser un grupo muy homogéneo que responde a un rango etario, y clase social común. En tal sentido observa que la norma para ellos, resulta una heterónoma, es decir, algo concebido por otros, en función de otros, interpretado por otros, y aplicado por otros. Y concluye que el origen de este problema resulta ser las profundas desigualdades que existen en nuestra sociedad actual. Se trata de una sociedad de desiguales en virtud de la cual la creación, la interpretación y aplicación de la norma está en manos de sujetos que resultan, además, quienes se encuentran más beneficiados en el marco de esa sociedad desigual, y cuyas normas y su imposición, responde justamente a defender estos intereses sectoriales, a mantener el “status quo”.

Pero no se queda en la observación crítica ni en la queja fútil, sino que propone una alternativa. Parte entonces de los conceptos de Democracia Deliberativa y Filosofía Política Republicana. En tal sentido esboza una propuesta ideal de una “sociedad de iguales” en donde todos forman parte de una comunidad y se sienten comprendidos en ella, y por lo tanto, toman parte activa en la creación de las normas de convivencia que regirán al grupo.

En tal sentido, resultará muy difícil que algún miembro considere que es ajeno a la norma, que ella no lo representa, que es un producto de seres encumbrados con los que no se identifica. Por el contrario, la norma es fruto de la deliberación consciente de una comunidad que establece sus valores, sus intereses y sus fines. En ese orden de ideas, el reproche tendrá ya otro sentido, y aquí el autor reafirma, lejos de suscribir teorías abolicionistas, la necesidad de que exista un reproche, una respuesta comunitaria ante la transgresión, pero ello no implica que el mismo adquiera los ribetes que tiene el castigo punitivo, la pena actual, sino que tiene otras finalidades, y que además cumple mucho más fielmente con los objetivos trazados.

En una comunidad de iguales, el reproche buscará, más que amedrentar al grupo para que por miedo a la respuesta, desistan de cometer un ilícito, reincorporar al que se ha desviado, hacerle entender el daño que ha causado, y buscar una manera de reparar los efectos del mismo, involucrando a la comunidad toda en este proceso. Lo que parece mucho más coherente, si se quiere reintegrar a alguien al núcleo social, que la respuesta actual que frente a la comisión de un delito impone la pena de aislamiento social, con el fin justamente de reintegrarlo a la sociedad.

Por el contrario, en comunidades afectadas por una profunda desigualdad, las normas penales provendrán de una encumbrada elite que las genera a espaldas del pueblo que será su destinatario y claramente con el objetivo o en miras de proteger sus intereses sectoriales, manteniendo el status quo que les favorece en perjuicio del resto.

Pero no sólo la génesis de la norma, carente de la suficiente deliberación que incluya el sentir y pensar de todos los sectores integrantes de una comunidad, afecta su validez, en términos de legitimidad sino que la aplicación de las penas, como ejercicio de la autoridad punitiva de exclusividad estatal, también se verá teñida de un manto de ilegitimidad en tanto y en cuanto el Estado, que conforme la propia Constitución es el garante de determinados derechos económicos, sociales y culturales, resulta por acción u omisión el propio violador de dichos derechos, venga luego a imponer castigo por incumplimiento de la normativa penal (que como vimos, adolece de vicios de origen en su conformación), pues en tanto principal infractor de la norma pierde estatura moral para reprochar el injusto.

Por lo tanto, ni la única forma de reproche que tiene una sociedad es el castigo, ni mucho menos las formas degradantes que ha adquirido el mismo en su aplicación penitenciaria encuentran justificación en los fines de la pena, lo que no implica

aceptar sin más la ausencia de autoridad de una comunidad para reprochar la violación de las normas de convivencia básicas a los individuos que las infringen. Propone en cambio repensar, no sólo las formas y medios que tiene la comunidad para ejercer este reproche, ajustado a los fines de juicio moral, con el objetivo que el individuo tome conciencia del hecho y reconozca lo injusto en su obrar, reconduciéndolo como componente útil para el conjunto, sino también la forma de “hacer” el derecho penal, de concebir las mismas a partir de una forma más inclusiva, en términos de democracia deliberativa, donde todos los sectores de la sociedad se encuentran involucrados en la misma, y por ende se reconozcan en la letra de la ley, que ya no será una voz ajena, sino será la propia voz del pueblo.

## 7. CONCLUSIÓN

Me hubiese gustado, en este momento, formular una respuesta unívoca y definitiva sobre el planteo que realizara en la introducción, más lamentablemente, se me generan aún más interrogantes que los que tenía al principio.

No obstante el camino recorrido a través del estudio de distintos puntos de vista doctrinarios que abordan la difícilísima empresa de encontrar un punto de justificación y legitimidad, a quizás, una de las potestades más cuestionadas a lo largo de los siglos de la actividad del poder central (ya sea monárquico o democrático) como lo es la autoridad de imponer un castigo, la potestad de causar dolor deliberadamente a un súbdito, a consecuencia del incumplimiento de determinada parcela de normas de orden público que tienen esa amenaza conminatoria preconcebida ante su incumplimiento.

Afortunadamente la evolución de las sociedades, desde la última guerra mundial, ha ido mayormente hacia formas más pacíficas y democráticas de resolver sus conflictos, pergeñándose en el rechazo de modelos autoritarios y violentos. Numerosas *Convenciones* que ya sea en el ámbito de la OEA o de la ONU, de las que Argentina forma parte, han delimitado y contorneado el Derecho Penal y Procesal Penal moderno, estableciendo una serie de prohibiciones y obligaciones hacia los Estados parte, al modo de un Bill de garantías hacia los ciudadanos, como pudimos raudamente repasar en el capítulo inicial del presente trabajo.

Dichas obligaciones legales que impone a los Estados, estándares mínimos de dignidad humana en la aplicación de justicia en el ámbito penal, que es el que aquí nos concierne, así como los límites que pone a la potestad legisferante en tal sentido (por ejemplo ver el art. 4.3 del Pacto de San José de Costa Rica, que veda la posibilidad de imponer la pena de muerte en países que la hubiesen abolido como el nuestro), se completan con las garantías del *Debido Proceso* que se comportan, definitivamente, como un escudo protector frente a el potencial abuso o autoritarismo en el ejercicio del poder de castigar que tienen los Estados de manera exclusiva y excluyente.

Como vimos, la génesis de dichas normas, no ha sido producto de la encumbrada mente de un puñado de juristas que, de un día para otro, decidieron que dichas normas resultaban las previsiones convencionales más adecuadas para el mundo civilizado. Por el contrario son el resultado de siglos de lucha contra el ejercicio autoritario del poder, teniendo especial énfasis -para mí- la obra de Cesare Bonessana Marques de Beccaria, como un compendio que pone de manifiesto los excesos y brutalidades que llevaba adelante la inquisición en el ejercicio del poder punitivo, pero asimismo, impone un nuevo orden, un *deber ser* del Derecho Penal y Procesal Penal, que luego sería puesto de manifiesto en la Revolución Francesa, en las constituciones modernas y, finalmente, en las Convenciones Internacionales ya citadas.

En este punto resulta, a mi juicio, desacertada la forma peyorativa en la que determinada parte de los medios masivos de comunicación y de la sociedad misma, denomina “jueces garantistas”, “justicia garantista”, etc., como una visión “buenista” que protege al delincuente en desmedro de la sociedad, en general, y la víctima en particular, la cual no sólo deforma la realidad, sino que genera cismas en el tejido social que impiden el desarrollo de nuevas formas de realización de los fines del Derecho Penal.

Naturalmente nadie podría no ser garantista en el sentido “lato” del término, pues negar las Garantías del *Debido Proceso*, implicaría por ejemplo, que una persona podría ser penado sin pasar por un juicio previo, o que se podría perseguir dos o más veces a una misma persona por un hecho por el cual fue juzgado y absuelto (o condenado) y que éste pague dos, o más veces, por un mismo injusto, o bien que se la juzgue por un hecho que al momento de su comisión no era delito pero que posteriormente se definió como tal por una ley, o que se busque un juez determinado a posteriori, o se conformen

tribunales ad hoc para juzgar a una persona, etc.. Nadie estaría de acuerdo con esto, y muchísimo menos, admitiría ser él mismo juzgado en esas condiciones.

La historia nos trae aberrantes ejemplos de persecuciones de personas, grupos étnicos, religiosos, etc., con el fin de aventar un potencial y futuro mal inminente que amenaza con destruir la sociedad, como el citado texto del Maleus Maleficarum, donde se justificaba la persecución de la brujería y otras herejías resultando del mismo una feroz e irracional aplicación del derecho vigente en dicha época, o la persecución de judíos en la Alemania nazi que desembocó en el Holocausto, en el que aproximadamente seis millones de judíos de Europa fueron quemados en un horno de personas deportadas y exterminados durante la Segunda Guerra Mundial. No obstante, las corrientes punitivistas, sin recaer en excesos tan manifiestos como abominables, acechan expectantes para introducir sus argumentos en situaciones límites como para justificar el aumento de la actividad punitiva, con el sólo fundamento de “protección social”, frente a un pretendido enemigo público el cual muta de acuerdo a las necesidades y circunstancias, como puede ser el extranjero, el musulmán, el lumpen, el subversivo, la delincuencia juvenil, etc.

Resulta muchas veces tentador caer en estas falacias, producto de una situación particular en la que seamos víctimas, o de la proliferación de hechos de violencia, o situaciones de riesgo, las que siempre se ven amplificadas por lo inescrupuloso de los medios de comunicación masiva, que utilizan este tipo de eventos para hacer gala de un Punitivismo solapado. Así, frases tales como “hay que meterle bala a los delincuentes”, “son ellos o nosotros”, etc., penetran en la sociedad misma provocando una mella que difícilmente sea morigerada por un discurso moderado, democrático y republicano.

A mi entender, tampoco termina por convencer el discurso meramente abolicionista bajo el pretexto de la ineficacia del sistema penal actual. Si bien comparto la mayoría de sus argumentos en cuanto resultan una crítica, tanto de la profusión normativa por fuera de un eje de discusión más profundo, sistémico y con una finalidad específica o concreta, así como de la aplicación sesgada del mismo recayendo natural y fatalmente sobre una porción de la población que, significativamente, resulta la menos favorecida por el sistema en relaciona los bienes y servicios, que como ciudadanos deberían acceder y no terminan accediendo, y de su nulo resultado práctico el cual se

vislumbra en la alta tasa de reincidencia y la mínima porción de penados que el sistema resocializa, no creo que la abolición lisa y llana del derecho penal sea la solución. Pero ninguno de esos males justificaría la ausencia absoluta de un sistema de reproche de las conductas disvaliosas, el comportamiento desviado no garantiza que la punición estatal no sea reemplazada por la venganza privada, ilimitada e incontrolable.

Tal es así, que hasta el propio Nils Christie, quien en su obra *“Los límites del dolor”*<sup>53</sup> (de mediados de los 80’s) abogaba por un abolicionismo penal absoluto, basado en su desconfianza del Derecho Penal que con su doctrina política abolicionista manifestaba que no existía nada bueno dentro del derecho penal, fue cambiando de parecer, siendo que a los fines de su vida, en la obra *“Una sensata cantidad de delito”*<sup>54</sup> sostuvo que no era razonable, ni posible, suprimir el delito de la sociedad. Allí se pregunta cuánto delito precisa una sociedad y por lo tanto, cuánta cantidad de delito era la adecuada. Y precisamente, los intentos por abolir el derecho penal, el delincuente y la pena, no han traído sino más problemas que soluciones al asunto, al punto tal que, las propias doctrinas abolicionistas terminaban por asimilar términos que provienen más del *Positivismo* como enfermos, síntomas, tratamiento, cuya crítica esbozábamos más arriba.

Entiendo entonces que las bases del sistema penal encuentran un sustento inamovible en las garantías receptadas en las *Convenciones Internacionales* que hoy conforman el derecho penal y procesal penal positivo argentino, cuyos límites infranqueables no pueden conmovearse aun en las situaciones más críticas que hemos vivido, o que vamos a vivir seguramente. Pero ello no significa validar per se, sin vacilaciones, ni la proposición del derecho penal de fondo en cuya conformación y estructura vimos que se encuentran muchos de los males que denunciamos en este breve trabajo, ni de la forma de interpretación y aplicación del mismo, como del divorcio absoluto que, en materia de ejecución, observamos cuando queremos obtener alguna estadística que al menos justifique la aplicación de las penas, tal como se las ejecuta, al confrontarla con los fines de resocialización y readaptación que tiene la misma y la nula eficacia de un sistema, que a todas luces, se ve como una quimera que eso acontezca.

---

<sup>53</sup> CHRISTIE Nils, “Los límites del dolor”, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México 1988.

<sup>54</sup> CHRISTIE Nils, “Una sensata cantidad de delito”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.-

Existen numerosos ejemplos donde la normativa procesal penal atenta con los ideales de justicia que, constitucional y convencionalmente entendemos que deberían cumplirse, como por ejemplo, el instituto del juicio abreviado, que ante la consabida demora en celebrarse los debates orales por dilaciones estructurales en el servicio de administración de justicia, importa una verdadera extorsión para el justiciable, quien ve en la aceptación de una culpabilidad, que quizás no tenga, la posibilidad de acceder a los beneficios de la etapa de ejecución penal y obtener su tan ansiada libertad. Otro tanto podemos decir de la prisión preventiva, acerca de cuya modificación en la previsión original, ya nos hemos referido<sup>55</sup>, dado la tergiversación del sentido original de su redacción, relativizándose el principio procesal de la presunción de inocencia.

Muchas veces, movilizadas por el populismo penal, hemos visto modificaciones precipitadas, no suficientemente reflexionadas, ni debatidas, que han introducido cambios tipo parche en la legislación de fondo, que han tenido nulo efecto a la hora de resolver los problemas de inseguridad y delincuencia, pero que han generado iniquidades y absurda valoración de los hechos y de las personas, consagrando injusticias y pronunciando, aún más, el divorcio entre el derecho y la sociedad. Tal es el caso de las reformas introducidas a raíz del petitorio elevado por el padre de Axel Blumberg luego de que su hijo hubiera sido secuestrado y asesinado en la localidad de San Martín, en el año 2004, con escasa o nula influencia en la disminución de los delitos relacionados y la inseguridad.<sup>56</sup>

Este absurdo excede el ámbito penal propiamente dicho y se extiende a normas administrativas que, si bien no tiene contenido penal, impactan significativamente en el mismo resultando generando verdaderos diques que impiden a quien ya ha pagado su deuda con la sociedad, reinsertarse laboralmente, provocando un efecto contraproducente a los fines de la pena, que justamente es la reinserción social, empujando a quienes quieren redimirse a la única salida posible, que es volver al delito. Tal es el caso, por ejemplo, de la prohibición de otorgar carnet de conducir profesional a quienes poseen antecedentes penales<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Ver pàg 28.

<sup>56</sup> Ver CESARONI Claudia, *La Vida como castigo*, Editorial Norma, Buenos Aires, 2010, Pàg 16 y ss.

<sup>57</sup> En la provincia de Buenos Aires, los arts. 19 y 20 del Anexo II del Decreto 532/09 reglamentario de la Ley 13.927 que adhiere a las Leyes nacionales 24.449 y 26.363, establece como requisito esencial para la expedición de las licencias de conducir, el no poseer antecedentes penales relacionados con automotores.

Precisamente en esta norma podemos observar lo que señala Gargarella<sup>58</sup> en cuanto a la génesis del derecho penal y la falta de suficiente debate, cuando introduce las nociones de democracia deliberativa, ya que, si todos estamos de acuerdo que quien comete un ilícito debe ser juzgado y recibir un justo reproche, tanto para reconocer el injusto de su accionar, como para resocializarse y reinsertarse en la vida en comunidad, no podemos sostener de manera coherente, que una vez agotada la pena, se le cierren las puertas de oportunidades laborales y que ello no tenga ningún impacto en la reincidencia. Estas contradicciones del derecho ponen de manifiesto lo expresado por el profesor, abogado y sociólogo Gargarella.

Entendemos que la solución a la inseguridad y el delito se encuentra fuera del ámbito del derecho penal y procesal penal. Volviendo a Gargarella, una sociedad de iguales, implica la generación de una plataforma mínima de derechos económicos, sociales y culturales que permitan al individuo desarrollarse, tomar sus propias decisiones, elegir su camino en la vida y tener una vida conforme a la dignidad humana. Pero esto no se logrará agravando las penas, endureciendo las excarcelaciones o rigORIZANDO la vida en las prisiones, al contrario. Tampoco resulta suficiente su consagración en pomposos textos convencionales<sup>59</sup> ni su incorporación en el art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional, si no se ponen en práctica efectivamente esos derechos. Y para ello resultan indispensables políticas económicas sostenidas en el tiempo, políticas educativas que incluyan a todos los individuos, generando igualdad de oportunidades, mantenimiento de líneas de coincidencia política en la sociedad, las que se sostendrán sin importancia que gobierne un partido u otro; de esta manera, se provocaría una solidez democrática, estabilidad política y económica que dará basamento a esa sociedad de iguales, en donde todos tienen acceso a un mínimo de derechos; y, de conformidad con su esfuerzo pueden acceder a una calidad de vida digna y apropiada, sin por ello depender

---

Así, el Decreto 532/09 -en su Anexo II- dispone que “No podrán acceder a una licencia con categoría profesional aquellos conductores que hayan sido inhabilitados o que tengan o hayan sido condenados por causas referidas a accidentes de tránsito...” (art. 19), y que “...debe denegarse la habilitación de clase D para servicio de transporte cuando el solicitante tenga antecedentes penales relacionados con delitos con automotores, en circulación, contra la honestidad, la libertad o integridad de las personas, o que a criterio de la autoridad concedente pudiera resultar peligroso para la integridad física y moral de las personas transportadas” (art 20 inciso 3)

<sup>58</sup> GARGARELLA Roberto, Ob. Cit, pàg 214 y ss.-

<sup>59</sup> Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo, aprobado por LEY N° 23.313, en Mayo de 1986 en la Argentina.

de gobernantes populistas o dictatoriales, que como limosna, les otorguen migajas de lo que debería ser, de mínima, una prerrogativa ciudadana. Una vez solucionado ello, seguramente la inseguridad, el delito, la delincuencia mermará, no sólo porque será muy caro el precio que se paga por salir del “Pacto Social”, sino porque la vida otorgará oportunidades a todos aquellos que deseen prosperar en una sociedad inclusiva, justa, que valora el esfuerzo, la producción, y el compromiso con el otro y con la comunidad toda.

Mientras todo esto sucede, entiendo que el conjunto de ideas denominado “Garantismo Penal”, es el que más y mejor se condice con nuestro derecho positivo convencional y constitucional, y es el único compatible con la dignidad humana. Ello no sólo no se contradice con la idea de la Justicia Restaurativa, sino que impone la necesidad de abordar el proceso penal y la ejecución de la pena desde esa órbita, profundizando los procedimientos y espacios donde se aplica, involucrando a la víctima en el proceso reparatorio<sup>60</sup> y de toma de decisiones, a la comunidad en el funcionamiento del sistema penal, ya sea mediante la ampliación de los supuestos donde es posible la celebración de *Juicio por Jurados*<sup>61</sup>, la extensión de la *Probation*, la generación de espacios de reflexión y de contención, así como de tratamiento para adicciones etc.

La tarea es ardua, y hay muchísimo por hacer, pero, afortunadamente las herramientas están y se ha probado su utilidad y eficacia como mecanismos para luchar contra el fenómeno social que es el delito. Está en nuestras manos poder robustecer todas estas prácticas a fin de pacificar a la sociedad, eliminar las “grietas” entre diversos sectores que sólo generan más violencia, y así vivir en una sociedad más segura, mientras se dan los procesos para que tengamos una sociedad más justa.

---

<sup>60</sup> La Ley 13433 que establece la mediación penal deja afuera en su art. 6 al Robo, cuando podría limitar la prohibición, en su caso a la violencia en las personas, dejando a salvo la fuerza en las cosas o escalamiento cuando no hay daño a las personas, aumentando así su aplicación alternativa a delitos menores.

<sup>61</sup> El art. 22 bis del CPP modificado por el art. 2 de la Ley 14.543 establece que el tribunal de jurados conocerá en los delitos cuya pena máxima en abstracto exceda de quince (15) años de prisión o reclusión.

## INDICE

1.-Introducción.....	Pág. 2
2.-Breve contexto Convencional-Constitucional.....	Pág. 4
3.-Garantismo. Nociones. Situación actual.....	Pág. 7
4.1.- Punitivismo, Orígenes. Alcances. Definiciones.....	Pág.18
4.2.-Maleus Maleficarum.....	Pág. 19
4.3.- Positivismo Penal.....	Pág. 21
4.4.- Derecho Penal del Enemigo.....	Pág. 23
5.- Abolicionismo Penal.....	Pág. 30
6.- Justicia Restaurativa.....	Pág. 39
6.1.- Justicia restaurativa en el fuero de responsabilidad penal juvenil.....	Pág. 43
6.2.-La visión de Gargarella.....	Pág. 47
7.-Conclusión.....	Pág. 50

## BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO Enrique, “*Derecho Penal y Estado de Derecho*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.-

BELOFF Mary, “*Justicia restaurativa como justicia: Garantías, protección especial y reparación del conflicto como bases de la política criminal juvenil*”. Editorial Jusbaire, Buenos Aires, 2017.-

BONESSANA Césare, Marqués de Beccaria, “*De los Delitos y de las Penas*”, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, 1993.-

BUSTOS RAMIREZ Juan y otros. “*Pena y Estado. Función simbólica de la pena*”. Editorial Cono Sur Ltda. Santiago de Chile, 1995.-

CESARONI Claudia, “*La Vida como castigo*”, Editorial Norma, Buenos Aires, 2010.-

CIAFARDINI, Mariano Alberto y BONDANZA, Mirta Lilian. “Abolicionismo Penal”. Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1989.-

FERRAJOLI Luigi, “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*” Editorial Trotta, Madrid, 1995.-

FERRAJOLI Luigi, “*El Derecho Penal Mínimo*”, “Prevención y Teoría de la Pena”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995.

FERRAJOLI Luigi. “*Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio*”. Doxa. N. 28 (2005). ISSN 0214-8876,

FERRAJOLI Luigi, “*Escritos Sobre Derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del Garantismo penal*”. Editorial Hamurabi, Buenos Aires, Junio 2021.

FOUCAULT Michel, “*La vida de los hombres infames*”, Editorial La Piqueta, Madrid, 1990.-

GARGARELLA Roberto, “*Castigar al Próximo. Por una refundación democrática del Derecho Penal*”. Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

HIGHTON Elena, ALVAREZ Gladys, GREGORIO Carlos, “*Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*”. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

HULSMAN, Louk, en “Criminología crítica y control social.1.-El poder punitivo del Estado. “*El Enfoque Abolicionista: Políticas Criminales Alternativas*”, Págs: 75-104. Editorial Juris, Rosario, 1993.

JACOBS Günther y CANCIO MELIÀ, Manuel, “*Derecho Penal del enemigo*”, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2007.

KRAMER Heinrich y SPRENGER Jacob; “*Malleus Maleficarum, Estudio Preliminar de Eugenio Raúl Zaffaroni*”, Remanso Editor, Rosario 2021

LOUK HULSMAN, JACQUELINE BERNAT DE CELIS, “*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia Una Alternativa*” EDITORIAL ARIEL, BARCELONA, Septiembre 1984.-

NINO Carlos- ZAFFARONI Eugenio Raúl, “Debate entre Carlos Nino y Eugenio Zaffaroni”, Revista Jurídica “No hay Derecho”, II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8; y III, 8 (1993), pp. 25-26.-

ROXIN Claus, “*Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*”, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2006.-

ROMERO BERDULAS Carlos M., “*El mal y el bien del Derecho Penal*”, Sobre “*Mallum Passionis y una respuesta fundada en el realismo*”. Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2021.-

TIEGHI, Osvaldo Nelo, “*El abolicionismo radical y el abolicionismo Institucional*”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 2 N°2, pp. 309-319 (1995).

ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro, “*Derecho Penal, Parte General*”, Editorial EDIAR, Segunda Edición, Segunda Reimpresión, Buenos Aires, 2011.

Manual sobre programas de justicia restaurativa. Oficina de las Naciones Unidas contra La Droga y el Delito. (UNODC). Nueva York, Enero 2006.-