



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

Cesano, José Daniel

De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre, 2003, pp. 863  
- 889

Universidad Nacional Autónoma de México  
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710803>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## DE LA CRÍTICA A LA CÁRCEL A LA CRÍTICA DE LAS ALTERNATIVAS

José Daniel CESANO\*

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por objeto examinar la posibilidad de adopción en el derecho penal argentino de los sustitutos de la prisión como una alternativa a las penas privativas de libertad. De esta forma, el autor expone los orígenes de esta tendencia en Europa en los años setenta, como una respuesta frente a la crisis de los sistemas penitenciarios. Posteriormente, describe las principales corrientes que propusieron sustitutos penales, así como las críticas que se generaron. A partir de estas críticas se elaboró una nueva propuesta que busca, más que alternativas a la cárcel, alternativas a la pena en general; y es sobre esta propuesta que el autor realiza un estudio de derecho comparado, tomando como base el principio de oportunidad y los programas de mediación. Finalmente, analiza la posibilidad de su incorporación al sistema argentino.

**Palabras clave:** pena, sistema penitenciario, sanción penal alternativa.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to examine the possibility of adopting criminal penalties different from prison sentences in Argentina's criminal law. In this way, the author explains the origins of this trend in Europe during the 1970s, as a response to the crisis of the prison system. Moreover, he describes the most important proposals for finding alternative kinds of criminal sanctions, as well as the critique that they provoked. On the basis of that criticism, the author studies a new proposal that took such criticism into account. He incorporates an analysis of comparative law, taking into consideration the principle of opportunity and the existence of mediation programs. Finally, he analyses the possibility of incorporating such proposal in Argentina's criminal law system.

**Descriptors:** penalty, prison system, alternative criminal sanction.

\* Doctor en derecho y ciencias sociales (Universidad Nacional de Córdoba, R. A.). Profesor de posgrado en la Carrera de Especialización en Derecho Penal (Universidad Nacional de Córdoba-Universidad Nacional del Litoral).

SUMARIO: I. Introducción. II. Las alternativas frente a la pena privativa de libertad. III. La crítica a las alternativas a las penas privativas de libertad. IV. Los efectos de esta crítica. V. ¿Hay proyecciones de esta tendencia en nuestro sistema positivo? VI. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

Entre los postulados de una política criminal alternativa ocupa un lugar preponderante la siguiente tesis: la necesidad de buscar una “contracción” del sistema penal. Claro que, cuando nos referimos a este concepto, no queremos significar una verdadera “superación” del derecho penal<sup>1</sup> sino, más bien, lo que con toda precisión describe Alessandro Baratta como una “contracción y superación de la pena antes de superación del derecho que regula su ejercicio”.<sup>2</sup>

El propósito de la presente contribución se orienta a describir cómo surge este postulado, y en qué medida se ha proyectado en las manifestaciones de nuestro sistema penal positivo.

Metodológicamente, es conveniente precisar cómo abordaremos el objetivo trazado:

- a) En primer lugar, comenzaremos por analizar una de las principales respuestas que, frente a la crisis de las penas privativas de la libertad, encontraron desarrollo en la política criminal europea a partir de la década de los años setenta. Nos referimos, concretamente, a las reacciones penales sustitutivas de la prisión.
- b) En segundo lugar, abordaremos las críticas formuladas a la orientación de los sustitutos de la pena privativa de libertad;

<sup>1</sup> Como sí lo hacen las orientaciones abolicionistas más radicales. Sobre distintas concepciones que integran el abolicionismo, cfr. varios autores, *Abolicionismo penal*, trad. del inglés de Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1989.

<sup>2</sup> Cfr. Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 2000, p. 219.

esforzándonos en puntualizar no sólo algunas de las razones de estas críticas, sino también las respuestas diseñadas a partir de esa nueva concepción.

- c) Por fin, trataremos de vincular estos desarrollos con nuestra realidad legislativa más reciente, intentando auscultar el grado de aceptación de aquéllas en ésta.

## II. LAS ALTERNATIVAS FRENTE A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Los primeros años del último tercio del siglo XX fueron testigos de una crisis doctrinal generalizada de la pena de privación de libertad. Obviamente, no es este el ámbito —por elementales razones de extensión— para ocuparnos del desarrollo de los distintos factores que llevaron a esta crisis. Por esto, nos limitaremos solamente a enunciarlos:<sup>3</sup>

- Las penas de prisión constituyen un fracaso histórico: no solamente no socializan, sino que, a partir de las investigaciones sociológicas desarrolladas desde el enfoque del interaccionismo simbólico, han aportado valiosos datos para demostrar lo contrario. En tal sentido, los trabajos desarrollados por Erving Goffman<sup>4</sup> y Donald Clemmer<sup>5</sup> han puesto de manifiesto los efectos deteriorantes de las instituciones totales.<sup>6</sup>
- Por otro lado, las prisiones no sólo constituyen un perjuicio para los reclusos, sino también para sus familias; es-

3 Seguimos, en esta enunciación, el esquema que realiza Bueno Arús, Francisco, "Panorama moderno de la pena de prisión", *Boletim da Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra*, vol. LXX, 1994, pp. 247-266.

4 Cfr. Goffman, Erving, *Internados. Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1994.

5 Cfr. Clemmer, Donald, *The prison community*, 2a. ed., Nueva York, Rinehart & Winston, 1958.

6 Una síntesis de estas investigaciones puede consultarse en Cesano, José Daniel, "Consideraciones sobre el trabajo penitenciario: interpretación criminológica de un fallo", *Ciencias Penales Contemporáneas*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 1, núm. 2, 2001, pp. 407 y ss.

pecialmente cuando el internamiento representa la pérdida de ingresos económicos del cabeza de familia.

- Asimismo, y sobre todo respecto del ámbito de la criminalidad no grave, a la víctima del delito no le importa ---o no primordialmente--- la respuesta carcelaria que ofrece el sistema penal; observándose ciertas tendencias a una preferencia por construir la respuesta frente al delito a partir de consecuencias que no signifiquen ---como ocurre en el modelo del derecho penal convencional--- la internación de quien delinquiró.
- Otro aspecto que ha coadyuvado a la crisis actual viene dado por la falta de interés social por el problema de las prisiones. Apatía que no se limita al ámbito del ciudadano común sino que ---lo que es mucho más grave--- se extiende a quienes tienen a cargo la conducción del Estado. En tal sentido, y más allá de loables excepciones, es patente la falta de voluntad política de los Estados en cumplir sus propias (y buenas) leyes de ejecución<sup>7</sup> y sus propios compromisos internacionales en materia de sistemas penitenciarios. En este ámbito, tanto el derecho penal como el derecho internacional pertenecen, al menos parcialmente, al ámbito del derecho simbólico, promulgado para dar la apariencia de que el Estado o la Comunidad de Estados asumen la función de defensa de la sociedad que la propia sociedad reclama.
- Por fin, al lado de estos cuestionamientos, observamos una crítica no menos profunda. Nos referimos más concretamente a aquella concepción que censura la denominada “ideología del tratamiento” por considerarla como un mero “conductismo”; una manipulación de la personalidad

<sup>7</sup> El problema, como se aprecia, no es de falta o deficiencia de instrumento legal. Los instrumentos están y son, en algunos casos, bastante buenos. En tal sentido las reformas penitenciarias que tuvieron lugar en ciertos países europeos en la década de los setenta (como Francia e Italia en 1975; Suecia en 1976; Alemania en 1977; España y Portugal en 1979), al menos, “en el plano teórico... alcanzaron una considerable altura”; Bueno Arús, op. cit., nota 3.

del interno; una negación de sus derechos y libertades fundamentales, en donde el sistema normativo de los Estados asume, más bien, una postura propia de una moral autoritaria que la de un ordenamiento jurídico democrático. Esta crítica fue muy bien captada desde los inicios mismos de la orientación político criminal que, desarrollada al amparo de la crisis de la prisión, postuló la formación de un nuevo sistema de reacciones penales. Así, el Comité Nacional Sueco para la Prevención del Delito, en julio de 1978, produjo el informe número 5, que lleva por título: “Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas”. Allí, sobre este tema, se dijo:

Las críticas contra la idea del tratamiento no suponen una oposición al tratamiento como tal, una negativa a suministrar a los delincuentes servicios y tratamientos de tipo diverso. Lo que, ciertamente, no es justificable, es fundamentar la concreta intervención penal elegida en una supuesta necesidad de tratamiento. Lo que, desde luego, se permite, e incluso es necesario, es que, al intervenir penalmente, se le ofrezca al delincuente, en la medida en que sea posible, el servicio o tratamiento que pueda precisar. Quizá de este modo puedan lograrse ciertos resultados rehabilitadores, en especial si, de acuerdo con el delincuente, se establecen diversas formas de ayuda social. Pero este argumento no justifica la obligación de la realización de tales ofertas. Los individuos sometidos en la actualidad a las sanciones penales más completas son, con frecuencia, personas no privilegiadas en muy distintos sentidos.<sup>8</sup>

Dicho en palabras de Francisco Muñoz Conde:

El tratamiento... es un derecho que tiene el afectado por él, pero no una obligación que pueda ser impuesta coactivamente. El deber de someterse a un tratamiento implica una especie de manipulación de la persona, tanto más cuando este tratamiento afecte a su

<sup>8</sup> Cfr. Comité Nacional Sueco para la Prevención del Delito, “Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas”, Informe Número 5, trad. de José Luis Díez Ripollés, introd. a la versión española de José Cerezo Mir, Estocolmo, Suecia, julio de 1978; *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXII, fasc. 1, enero-abril de 1979, p. 195.

conciencia y a su escala de valores. El 'derecho a no ser tratado' es parte integrante del 'derecho a ser diferente' que en toda sociedad pluralista y democrática debe existir. Si se acepta este punto de vista, el tratamiento sin la cooperación voluntaria del interno deberá considerarse simple manipulación, cuando no imposición coactiva de valores y actitudes por medio de sistemas más o menos violentos. El tratamiento impuesto obligatoriamente supone, por tanto, una lesión de derechos fundamentales reconocidos en otros ámbitos.<sup>9</sup>

Frente a esta crisis de las penas privativas de libertad comenzó a desarrollarse, primero en Europa y, luego, con suerte dispar, en nuestra región, una orientación político criminal caracterizada por la búsqueda de sustitutos penales que permitieran una utilización más acotada y racional de las penas privativas de libertad. Esta búsqueda de sustitutos penales para la prisión asumió en síntesis dos formas básicas de manifestación:

- La primera consistió en lo que Luis Cousiño Mac Iver describiera como la intensificación del uso de sanciones ya consagradas en los catálogos represivos, sea a través del incremento de su conminación en los tipos de la parte especial; ora estableciendo cláusulas de preferencia respecto de esas sanciones y en detrimento de las penas de encierro.<sup>10</sup> Un muy buen ejemplo de esta tendencia lo constituye lo que ocurrió con la pena de multa. En tal sentido, a partir de la 2a. ley de reforma al Código Penal alemán (de la entonces república federal), sancionada el 4 de julio

9 Cfr. Muñoz Conde, Francisco, "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito", en varios autores, *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1982, p. 148. De hecho, los autores han señalado que una de las ideas que deben inspirar a una política penitenciaria progresista está dado, precisamente, por el denominado principio de "democratización", según el cual es necesario y conveniente obtener la participación voluntaria del interno en los programas resocializadores. Sobre este principio, cfr. Mapelli Caffarena, Borja, "Presupuestos de una política penitenciaria progresista", en varios autores, Francesco Carrara. Homenaje en el centenario de su muerte, Bogotá, Ed. Temis, 1988, pp. 249 y ss. Para comprender en qué medida se introdujo este principio en nuestra ley de ejecución 24.660, cfr. Cesano, José Daniel, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Córdoba, Ediciones Alveroni, 1997, pp. 147 y ss.

10 Cfr. Cousiño Mac Iver, Luis, "La crisis de las penas privativas de libertad. Sistemas supletorios", *Revista de Ciencias Penales*, Santiago de Chile, Instituto de Ciencias Penales, 3a. época, t. XXXVII, vol. II, 1978-1981, pp. 219 y ss.

de 1969 (pero en vigencia a partir del 1o. de enero de 1975), el legislador estableció lo que Jescheck<sup>11</sup> denomina como una regla de prioridad a favor de la pena de multa. En tal sentido, el parágrafo 47, apartado II, 1a. disposición<sup>12</sup> de dicho texto legal expresa: “Cuando la ley no imponga ninguna multa y no se contemple una privación de libertad por seis meses o más, el tribunal impondrá una multa, cuando no sea indispensable una privación de libertad de acuerdo al apartado I.” Igual orientación se observa en la legislación penal austriaca, según el Código de 1974 (parágrafo 37), y en la de Portugal, a través de su texto de 1982 (art. 43.1).<sup>13</sup>

- Pero junto con esta orientación, también comenzaron a tomar fuerza sanciones que —al menos al momento en que se producía tal debate— no aparecían como formas convencionales de reacción penal. Tales sanciones se caracterizaron por afectar bienes jurídicos diversos a la privación de la libertad ambulatoria o bien, aún cuando limitaran esa libertad, no lo hacían con la intensidad que caracteriza a las penas de encierro tradicionales. Es así que, por ejemplo, en el ámbito jurídico del derecho penal inglés, tuvo un impulso vigoroso la pena conocida como *community service*. En Inglaterra, esta sanción se configura en la actualidad como pena autónoma, aunque —como lo recuerda Barbara Huber—: “Inicialmente se incorporó a la legislación [en 1972] como alternativa a la corta pena de prisión”.<sup>14</sup> La características de esta sanción, en aquella legislación, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

11 Cfr. Jescheck, Hans Heinrich, “La crisis de la política criminal”, *Doctrina Penal*, año 3, 1980, p. 50.

12 Actualmente vigente después del proceso político de unificación. Para el texto legal, cfr. Eiranova Encinas, Emilio, *Código Penal Alemán (StGB)-Código Procesal Penal Alemán*, introd. de Claus Roxin, Barcelona, Marcial Pons, 2000.

13 Sobre estas tendencias, cfr. Cesano, José Daniel, *La multa como sanción del derecho penal común: realidades y perspectivas*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1995, pp. 195-207.

14 Cfr. Huber, Bárbara, “Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido humanitario”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, septiembre-diciembre de 1994, pp. 163 y ss.



Consiste en que el autor es condenado a la prestación de determinados servicios durante un período que oscila entre cuarenta y doscientos cuarenta horas, siendo necesario su consentimiento. Esta última exigencia se explica, entre otros motivos, porque la imposición de un trabajo contra la voluntad del condenado se considera poco adecuada desde un punto de vista resocializador. El mal de la pena reside en la privación del tiempo libre del delincuente. Junto a ello se llama la atención, también, sobre el carácter reparador que el trabajo social representa para la comunidad. Por otra parte, se entiende que esta pena facilita la resocialización en la medida que el delincuente permanece en su entorno social, fomentándose un comportamiento favorable al trabajo mediante la realización de una actividad habitual. Además, se espera que por esta vía el condenado consiga una mayor confianza en sí mismo y desarrolle el sentido de la responsabilidad social.<sup>15</sup>

Otra de las proyecciones de esta manifestación estuvo dada por la estructuración de nuevas penas que, aunque afectaran en cierta forma la libertad ambulatoria, no lo realizaban con la rigurosidad de la clásica prisión. Es ese orden mencionamos, a título de ejemplo, el arresto de fin de semana que fue considerado en el proyecto español de 1980. Sobre tal previsión, Enrique Gimbernat Ordeig diría que se trata de una sanción que “aún siendo una pena corta privativa de libertad, es perfectamente sostenible también desde un punto de vista de prevención especial, pues el arresto de fin de semana no obliga al delincuente ni a abandonar su familia ni a dejar su trabajo”.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 164.

<sup>16</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, “El sistema de penas en el futuro Código Penal”, en varios autores, *Política criminal y reforma...*, cit., nota 9, p. 338. De hecho, el Código Penal vigente la prevé como pena “menos grave” en la enumeración que realiza en el artículo 33, acápite 3, letra “i”. A su vez, el actual artículo 88 autoriza a la sustitución judicial de las penas de prisión que no excedan un año por la de arresto de fin de semana. Para el texto de los artículos mencionados, cfr. *Código Penal y Legislación Complementaria*, 23a. ed. act. a septiembre de 1997, Madrid, Civitas, 1997. En la doctrina, cfr. el interesante trabajo de Barquín Sanz, Jesús, “Sistema de sanciones y legalidad penal”, *Aequitas, Revista Jurídica del Poder Judicial*, México, núms. 38-40, pp. 271-314.

### III. LA CRÍTICA A LAS ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Cuando ya había comenzado a materializarse aquella propuesta político criminal que bregaba por la utilización de medidas penales sustitutivas de la prisión, comenzó a gestarse un movimiento crítico a aquella concepción.

Uno de los momentos centrales de esta crítica estuvo representado por la aparición de dos obras fundamentales. Nos referimos concretamente a la investigación de Andrew Scull, bajo el título *Decarceration. Community Treatment and the Deviant. A Radical View* (Descarcelación. Tratamiento comunitario y la desviación. Un punto de vista radical), en 1977 y, años más tarde, en 1985, a la de Stanley Cohen, intitulada *Visions of Social Control* (Visiones de control social). Ambos trabajos, si bien tuvieron por objeto analizar el cambio maestro que representó el paso a la denominada era de la “desinstitucionalización”,<sup>17</sup> se caracterizaron también por mostrar el surgimiento de nuevas formas de control social: el control dentro de la institución cerrada, daba paso, ahora, a redes de control dentro de la ciudad.<sup>18</sup>

A partir de estas elaboraciones, comenzó a repararse en que las alternativas a la cárcel redundaban en unas redes más fuertes, amplias e intensas que comportaban un mayor control social. De esta manera, como refiere Elena Larrauri:

Las alternativas permitían abarcar a un mayor número de clientes,... estaban más difundidas y... resultaban más intromisivas y disciplinarias. Todo el arsenal de alternativas acababa configurando... un ‘archipiélago carcelario’. Quizás sí desaparecería la cárcel pero ésta sería sustituida por una sociedad disciplinaria.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Así lo expresa Melossi, Darío, *El estado del control social*, México, Siglo XXI Editores, 1992, p. 161.

<sup>18</sup> Cfr. *ibidem*, p. 161.

<sup>19</sup> Cfr. Larrauri, Elena, “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, enero-abril de 1991, p. 46.

No menos pesimista con relación a este problema se muestra Massimo Pavarini, si se repara en el siguiente pasaje:

La circunstancia de que el ordenamiento contemple abstractamente algunas medidas alternativas de aplicación discrecional, no da ninguna seguridad respecto a su actuación efectiva. Al mismo tiempo, la ampliación de la gama sancionatoria, favorece la posibilidad de punir ‘de todas formas’ donde, en ausencia de alternativas entre privación de libertad y libertad, consideraciones de oportunidad hubieran sugerido no castigar. En conclusión, no se sabe si, siguiendo esta estrategia de alternativas, las alternativas a la cárcel serán aplicadas en lugar o junto a la cárcel: ¿alternativas a la privación de libertad o alternativas a la libertad?<sup>20</sup>

Inclusive, documentos de Naciones Unidas mostraron cierta cautela en lo que respecta al uso de sustitutos penales de la prisión. En tal sentido, las reglas mínimas sobre las medidas no privativas de libertad (conocidas como Reglas de Tokio) en su artículo 2.6 expresan: “Las medidas no privativas de la libertad [se refiere a los sustitutos penales de la prisión] serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención”; y por su parte, la regla 2.7, advirtiendo quizá las observaciones que acabamos de reseñar —en el sentido de que las medidas sustitutivas significan, en cierto aspecto, un peligroso reforzamiento de las redes de control social formal— tuvieron el cuidado suficiente de afirmar que: “La utilización de medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de los delitos, y no estarán encaminadas a obstaculizar ni a diferir las iniciativas en ese sentido” (el énfasis nos pertenece).<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Pavarini, Massimo, *Los confines de la cárcel*, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, 1995, p. 96. Esto, por cierto, también es advertido por los abolicionistas. Así, Thomas Mathiesen ha expresado que: “en segundo lugar, se reforzó la premisa de que al trabajar por la abolición de las cárceles, las llamadas ‘alternativas’... constituían un peligro importante ya que se podían transformar fácilmente en nuevas estructuras carcelarias con funciones similares a las propias cárceles”; cfr. Mathiesen, Thomas, “La política del abolicionismo”, en varios autores, *op. cit.*, nota 1, p. 110.

<sup>21</sup> Para el texto de estas reglas, cfr. la valiosa compilación realizada por la Oficina de Derechos Humanos y Justicia del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, *Documentos de Naciones Unidas sobre Protección de Personas Detenidas o en Prisión*, Córdoba, Ed. Mediterránea, núm. 1, 2000, pp. 245 y ss.

Sobre la base de estas críticas se pudo decir que las alternativas, más que sustitutos para las penas de encierro, constituían un auténtico complemento de la cárcel. Y este efecto de “complemento” parecía deberse a varios motivos:<sup>22</sup>

- En primer lugar, por su presunta benevolencia, las alternativas eran aplicadas más frecuentemente de lo que hubiera sido una condena de cárcel. Pero como al mismo tiempo el cumplimiento del sustituto penal normalmente se aseguraba con una prisión subsidiaria, en forma paralela surgían nuevos motivos de encarcelamiento si aquéllos no se ejecutaban. Así, para poner sólo un ejemplo, en Inglaterra, la *community service*, en caso de incumplimiento, conduce a la imposición de penas privativas de libertad. Y de hecho, Huber señala, con base en literatura específica, que en 1991 cerca de un tercio de las órdenes no cumplidas acabaron en una pena privativa de libertad.<sup>23</sup>
- En segundo lugar, al descomprimir inicialmente el número de condenas a prisión, la cárcel, al poco tiempo, expandía su capacidad, por lo que los tribunales nuevamente podían sentenciar a esa pena.
- Por fin, el fracaso de estas alternativas, respecto de los considerados delincuentes duros, relegitimaba que para éstos la cárcel era la única posibilidad.

#### IV. LOS EFECTOS DE ESTA CRÍTICA

¿Cuál fue la principal consecuencia de esta crítica? Pareciera que la consecuencia más importante ha sido la elaboración de una propuesta que implique una alternativa global al sistema de control penal, superando la dicotomía entre pena-medida, y sin que ello signifique una renuncia a las garantías de la persona que es el otro problema de las alternativas globales.

<sup>22</sup> Seguimos, en este punto, los lineamientos de Larrauri, Elena, *op. cit.*, nota 19, p. 46.

<sup>23</sup> Cfr. Huber, Bárbara, *op. cit.*, nota 14, pp. 164 (nota 36).

Por eso, si tuviéramos que sintetizar esta evolución en unas pocas palabras, diríamos que de la crítica a la cárcel se pasó a una crítica de las alternativas, y como consecuencia de esta última, más que alternativas a la cárcel, se busca ahora alternativas a la forma convencional de manifestación del castigo penal; es decir, alternativas a la pena en general.

Y en este marco ha sido Juan Bustos Ramírez quien, en nuestro criterio, ha perfilado mejor la nueva propuesta. Este autor, en un reciente trabajo, expresó:

Dado que el derecho es proceso y el derecho penal es proceso penal antes que nada, resulta que una alternativa global tiene que partir de esta consideración, es decir, ella ha de ser buscada fundamentalmente en el interior del sistema procesal penal. Ello significa, en primer lugar, dar amplia cabida al principio de oportunidad, de modo de evitar que el control penal se ejerza sobre una gran cantidad de hechos en que la ilegitimidad de la intervención aparece más patente y que realmente pueden encontrar ubicación en otros ámbitos del derecho o de la convivencia social. En segundo lugar, dar amplia cabida a las formas de mediación dentro del proceso penal, de modo de llegar a una conciliación entre víctima, autor y Estado, con utilidad para los tres intervinientes en la interacción punitiva. Para la víctima en cuanto se siente realmente reparada y amparada por el sistema en sus derechos, para el autor porque logra una reconciliación con el otro y para el Estado tanto por el hecho de que el autor se integra en forma voluntaria de modo positivo como en cuanto mediante la administración de justicia vela por los derechos y las garantías de los ciudadanos, que es su papel primigenio.<sup>24</sup>

Sin duda, no puede pasar inadvertido que el programa propuesto se inscribe en una tendencia que, desde hace décadas, viene marcando a los distintos esfuerzos por construir respuestas frente al conflicto penal. Nos referimos a la reasunción del protagonismo

<sup>24</sup> Cfr. Bustos Ramírez, Juan, "La problemática de las medidas substitutivas y alternativas", en varios autores, *De las penas, Libro homenaje al profesor Isidoro De Benedetti*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, pp. 94 y 95.

de la víctima, como una figura central en la búsqueda de aquella solución. En este marco se ha comenzado a hablar, desde hace algunos años, de un nuevo concepto que nos parece conveniente recordar aquí. Hablamos de la idea de una “justicia reparatoria” que, como bien la conceptualiza Fortete:

Incorpora a la víctima y a la comunidad en la solución del conflicto, ya que parte de la definición del crimen como un problema de orden interrelacional. En este modelo, entre todos debe intentarse reparar la relación quebrada; cuando alguien delinque, no sólo viola una norma, un bien jurídico abstracto, sino que lesiona concretamente a una persona, a una comunidad, y es por ello que en el proceso de reparación deben intervenir activamente todas las partes involucradas.<sup>25</sup>

Pero esta propuesta ¿ya tiene alguna recepción legislativa? Veamos en primer lugar lo que ocurre en el derecho comparado.

### 1. El principio de oportunidad

Si nos limitamos al derecho continental europeo, el panorama permitirá advertir la convivencia de orientaciones que sostienen una legalidad más estricta junto con otros sistemas legislativos que admiten, con mayor o menor extensión, la introducción de criterios de oportunidad como excepción a aquélla.

Entre los primeros —esto es, quienes parecen sostener la legalidad como principio, sin otorgar mayores concesiones a la opor-

<sup>25</sup> Cfr. Fortete, César, “La diversión: una vía alternativa para la resolución de conflictos penales”, *Ley, Razón y Justicia*, Neuquén, Ediciones Alveroni, año 2, núm. 2, septiembre de 1999-enero de 2000, pp. 110 y 111. Coincide con la caracterización que hacemos en el texto; Olson, Cynthia, “Aplicando la mediación y los procesos de consenso en el marco de la justicia restaurativa”, en Carranza, Elías (coord.), *Justicia penal y sobrepoblación carcelaria. Respuestas posibles*, México, Siglo XXI, 2001, pp. 215 y 216: “Este enfoque (la justicia restaurativa) pretende transformar el sistema de justicia penal por medio del reconocimiento de las siguientes situaciones: de que las víctimas mismas, individualmente consideradas, así como la comunidad resultan perjudicadas por los actos delictivos; de que los delincuentes deben asumir la responsabilidad por su conducta y tener la oportunidad de reparar el daño y de rehabilitarse; y de que es preciso trasladar nuestro énfasis filosófico de lo retributivo a los restaurativo. El Estado se convierte así en socio de las comunidades”.

tunidad— se mencionan los casos de España<sup>26</sup> e Italia. Sobre todo, con relación a la situación de este último país, existe una previsión de carácter constitucional que —según la opinión de cierta doctrina— constituiría un serio obstáculo para dar cabida a los criterios de oportunidad.<sup>27</sup> Nos referimos, concretamente, al artículo 112 de la Constitución italiana.<sup>28</sup>

La aplicación del principio de oportunidad, sin embargo, también tiene, y desde hace bastante tiempo, concretas manifestaciones en los sistemas jurídicos de aquel ámbito cultural. Como, por ejemplo, sucede en Alemania y Francia.

No es nuestro propósito describir con detalle cada una de estas experiencias. Sin embargo, nos parece conveniente, a título ilustrativo, recordar el caso alemán, por cuanto —como se ha dicho— “la influencia reciente que la evolución de su legislación procesal ha tenido... en los documentos de (los países) de la Comunidad Europea”, justifica su brevísima consideración.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> En donde incluso, a nivel doctrinario, encontramos opiniones abiertamente contrarias a la aplicación de la oportunidad. Sobre este aspecto, cfr. Santana Vega, Dulce María, “Principio de oportunidad y sistema penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, mayo-agosto de 1994, pp. 105 y ss. Sin embargo, debe reconocerse que el artículo 173.3 del Código Penal, al regular el delito de amenazas, introdujo un cuño a la legalidad que ha sido interpretado por un sector de la doctrina como la recepción de un criterio de oportunidad, acotado a esa forma de delincuencia. Dice el precepto en cuestión: “Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados”. Valiosas observaciones sobre este texto legal pueden encontrarse en el trabajo del profesor de la Universidad de Granada: Barquín Sanz, Jesús, “Notas acerca del chantaje y de la cláusula de oportunidad de su persecución”, en varios autores, *Los derechos humanos. Homenaje al excelentísimo señor don Luis Portero García*, Ed. Universidad de Granada, 2001, pp. 67-86.

<sup>27</sup> Lo que no significa desconocer que en la reforma introducida por la ley 689/1981 se hayan transformado delitos otrora de acción pública ejercibles de oficio, en tipos delictivos que exigen, como condición de punibilidad, la querrela.

<sup>28</sup> Así piensan Anitúa, Gabriel I. y Borinsky, Mariano H., “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos”, en Hendler, Edmundo S. (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1999, p. 467. También, haciendo alusión a la norma constitucional, Delmas-Marty, Mireille y cols., *Procédures Pénales d'Europe*, Presses Universitaires de France, 1995, p. 383: “L'article 112 de la Constitution énonce que ‘Le ministère public a l'obligation d'exercer l'action pénale’, ce qui signifie qu'il ne peut de façon discrétionnaire se refuser à soumettre les faits dont il acquiert connaissance, dès lors qu'ils entrent dans une qualification légale, à l'appréciation du juge”.

<sup>29</sup> Cfr. Anitúa, Gabriel I. y Borinsky, Mariano H., *op. cit.*, nota anterior, p. 463.

Según el parágrafo 152, acápite 2, de la Ordenanza Procesal Penal vigente, la fiscalía “está obligada, en tanto que no haya sido determinada otra cosa legalmente, a proceder judicialmente debido a todos los delitos perseguibles, en tanto que tengan cabida suficientes puntos de apoyos reales.” Como se advertirá, se ha establecido aquí, como principio, la legalidad. Sin embargo, como bien lo recuerda Claus Roxin, “el principio mencionado es quebrantado por tantas excepciones que en el ámbito de la criminalidad más leve y, en gran parte, también en el de la criminalidad media, rige, en la práctica, el principio de oportunidad”.<sup>30</sup>

En efecto, a partir del parágrafo 153, el legislador alemán ha previsto un nutrido grupo de criterios de oportunidad que debilitan, en grado sumo, la fuerza de la legalidad procesal, proclamada como principio. Estos criterios, que dependen de una decisión del órgano promotor (esto es: la fiscalía) sintéticamente expuestos, se refieren a:<sup>31</sup>

- Cuando el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal.
- Cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo.
- Cuando a la persecución penal se le opone intereses estatales prioritarios.
- Cuando el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal.

## 2. Los programas de mediación

También en Europa continental encontramos —dentro de los marcos de la legislación procesal penal común— distintos modelos legislativos que han receptado propuestas mediadoras para el derecho penal.

Así, en Francia, junto con los criterios de oportunidad, la Ley de Enjuiciamiento Penal prevé el instituto de la mediación.

<sup>30</sup> Cfr. Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 90.

<sup>31</sup> Seguimos aquí los desarrollos de *ibidem*, pp. 90 y ss.



En efecto, la Ley 93-2 del 4 de enero de 1993 añadió un último párrafo al artículo 41 del Código de Procedimiento Penal que señala:

El Fiscal puede, con carácter previo a su decisión sobre la acción pública y con el acuerdo de las partes, decidir recurrir a una mediación si estima que tal medida es susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin al problema resultante de la infracción y a contribuir a la rehabilitación del autor de la infracción.

Se trata —como se ha reconocido en la literatura especializada— de la oficialización de la mediación penal, que pone en manos del fiscal, y dentro del marco de uno de los institutos tributarios del principio de oportunidad, una nueva opción respecto al curso por dar al ejercicio de la acción penal.<sup>32</sup> De esta manera, el procurador, cuando avizora como posibles los fines de la norma (reparación, solución del conflicto, rehabilitación del infractor), decide de común acuerdo con las partes habilitar la instancia, la que es realizada por un mediador especial, dependiente del aparato judicial. Éste notifica al procurador del éxito de su misión y el caso se archiva (sin que se continúe el proceso formal). Si la mediación fracasa, en cambio, el Ministerio Público puede continuar, libremente, con el ejercicio de la acción penal.<sup>33</sup>

Programas con esos matices también pueden observarse en Gran Bretaña<sup>34</sup> y en Canadá.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> San Martín Larrinoa, María Begoña, *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos. Del presente francés al futuro español*, Gobierno Vasco, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, 1997, pp. 101 y 102.

<sup>33</sup> Anitúa, Gabriel I. y Borinsky, Mariano H., *op. cit.*, nota 28, p. 471.

<sup>34</sup> Cfr., al respecto, Desdevises, Marie-Clet, "L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes: l'exemple britannique", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, núm. 1, enero-marzo de 1993, p. 60: "L'accord sur la réparation des intérêts civils peut avoir une incidence sur les poursuites pénales. Selon l'étape de la procédure au cours de laquelle est organisée la médiation, les effets sur l'action publique sont variables: un rapport sur la médiation est transmis aux autorités chargées de la mise en oeuvre des poursuites, qui peuvent juger inutile de les exercer".

<sup>35</sup> Al respecto, Brian Tkachuk nos informa que el primer proyecto de mediación entre víctima y agresor se desarrolló en Notario en 1974, y fue el punto de partida para el desarrollo de programas similares posteriores; cfr. Tkachuk, Brian, "Alternativas a la prisión:

## V. ¿HAY PROYECCIONES DE ESTA TENDENCIA EN NUESTRO SISTEMA POSITIVO?

### 1. El principio de oportunidad

La doctrina especializada más reciente, y sobre todo, teniendo a la vista lo utópico de la realización práctica del rígido principio de legalidad procesal derivado del artículo 71 del Código Penal vigente (utopía demostrada, inclusive, empíricamente),<sup>36</sup> se viene pronunciando, decididamente, a favor de la incorporación en nuestro sistema positivo de criterios de oportunidad.

La conveniencia político criminal de la adopción de un tal sistema ha sido sintetizada, adecuadamente, por Jorge de la Rúa:

- De una parte, la incorporación de criterios de oportunidad evitará (o, al menos, intentará evitar) el colapso del sistema judicial. En efecto:

No hay Estado en el mundo contemporáneo que pueda admitir una regla que someta a juzgamiento y condena a todos los autores de todos los delitos que se cometen en el ámbito de ese Estado. La aplicación de la regla (de la legalidad) en la fase inicial de la promoción de la acción genera tal cantidad de causas que obviamente el sistema no puede absorber y consecuentemente provoca algo que es quizás uno de los factores más perturbadores de la eficiencia de nuestro sistema judicial: el descrédito de la sociedad.<sup>37</sup>

- Pero, además, a ese factor se le suma una razón no menos atendible; cual es:

una perspectiva canadiense e internacional”, en Carranza, Elías (coord.), *op. cit.*, nota 25, pp. 249 y ss.

<sup>36</sup> Sobre esto no puede dejar de mencionarse —a pesar de sus años— porque constituye un auténtico hito en las investigaciones criminológicas desarrolladas en nuestro medio, el trabajo de Cosacov, Gustavo, *El mito de la no impunidad*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1988.

<sup>37</sup> Cfr. Rúa, Jorge de la, “Disponibilidad de la acción penal”, *Tribuna*, Colegio de Abogados de la Ciudad de Córdoba, año II, núm. 9, sección doctrina, p. 242.

La regla que a todo delito debe juzgárselo y aplicársele una pena no aparece como el desiderátum de un sistema jurídico, sino que debe examinarse qué casos por su insignificancia, por su falta de efecto de prevención especial o por su perjudicialidad ameritan que no se realice el proceso.<sup>38</sup>

Pese a estas muy atendibles razones que también compartimos,<sup>39</sup> lamentablemente, y dentro de la estructura del Código Penal, hasta la fecha no se ha establecido un auténtico principio de oportunidad a semejanza de lo que puede observarse en algunas de las experiencias legislativas extranjeras de la que dimos cuenta en el acápite precedente (particularmente, el caso alemán).

Encontramos sí, algunos institutos que pueden considerarse, en cierta forma —y según la interpretación que de ellos se realice—, como casos próximos a la disponibilidad de la acción penal. Así, la suspensión del proceso a prueba que introdujo la Ley 24.316 ha sido considerada por algunos autores como una hipótesis de disponibilidad;<sup>40</sup> interpretación favorecida por la doctrina judicial al interpretar que la falta de conformidad fiscal a que alude el párrafo 4o. del artículo 76 bis, resulta vinculante para el órgano jurisdiccional en el sentido de no permitir, en tal hipótesis, la concesión del beneficio.<sup>41</sup>

Asimismo, y dentro de nuestra legislación penal económica, algunos intérpretes han calificado al artículo 16 de la Ley 24.769 (que se refiere a la posibilidad de extinguir la acción penal si el obligado tributario acepta la liquidación o determinación realizada por el organismo recaudador, y paga el monto de la misma en forma incondicional y total antes de formularse el requerimiento fiscal de elevación de la causa a juicio) como un caso de oportunidad.<sup>42</sup>

38 Cfr. *Ibidem*, pp. 242 y 243.

39 Cfr. Cesano, José Daniel, "La incorporación del principio de oportunidad en la legislación penal argentina: sugerencias para la construcción de un modelo", *Zeus*, Rosario, año XXV, t. 77, núms. 5928 y 5929, 18 y 19 de mayo de 1998, pp. 2-4.

40 Cfr. Vitale, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, pp. 29 y ss.

41 Véase Cámara Nacional de Casación Penal, Plenario número 5, in re Kosuta, L. L., t. 1999-E, pp. 828 y ss.

42 Véase Chiara Díaz, Carlos A., *Ley Penal Tributaria y Previsional Número 24.769*, Santa Fe, Ed. Rubizal-Culzoni, 1997, pp. 307-309.

Sin embargo, si el principio de oportunidad es entendido, en un sentido más estricto, como aquellos casos en los cuales el ministerio fiscal, como titular de la acción penal, dándose todas las condiciones para promover y ejercer la acción penal tendente a la condena y aplicación de pena al autor de un delito, dispone no promover o ejercer dicha acción, tal concepto no se adecuaría en forma muy exacta a los supuestos casos de disponibilidad arriba individualizados, pues la viabilidad de ambos institutos está supe-  
ditada a una decisión jurisdiccional.<sup>43</sup>

No obstante lo dicho, existen distintos proyectos que derechamente están tratando de introducir este principio con perfiles propios, en nuestro Código Penal.

Veamos un caso. Por resolución del Ministerio de Justicia de la Nación, núm. 420/1997, se designó una comisión con el objeto de que preparase un Proyecto de Ley de Reformas puntuales al Código Penal de la nación. El 21 de diciembre de 1998, la comisión (integrada por David Baigún, Edgardo Donna, Carlos Chiara Díaz, Mario Liporace, Óscar Roger, Marta Paz y Nelson Pessoa) entregó el texto del anteproyecto al ministro de justicia (doctor Raúl E. Granillo Ocampo).

En su exposición de motivos, y con relación al tema de nuestro interés, la comisión expresó en el modelo:

Propuesto, los poderes discrecionales del Ministerio Público Fiscal se circunscriben a la posibilidad de renunciar a la persecución penal; no promoviendo la acción o desistiendo de su ejercicio, cuando le es permitido, si ya hubiera sido promovida. Asimismo, proponemos que las condiciones para la aplicación del principio de oportunidad se encuentren taxativamente enunciadas en la ley, para lo cual se detallan los casos en varios supuestos que se incorporan como un nuevo artículo 74 del Código Penal.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Así lo piensa Rúa, Jorge de la, *op. cit.*, nota 37, p. 243.

<sup>44</sup> Para el texto del anteproyecto y su exposición de motivos, cfr. Romero, Gladis Nancy, "Proyecto de Ley de Reformas puntuales al Código Penal de la nación", en varios autores, *Algunas cuestiones de derecho penal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 1999, pp. 167 y ss.

El mencionado artículo 74 dispone que la acción penal podrá renunciarse o suspenderse únicamente cuando:

- Así lo prevea una ley especial.
- Si el hecho investigado se encuentra amenazado con una pena menor de tres años de prisión; y siempre que: a) el imputado no registrare condena, b) si por la naturaleza de los hechos y el daño causado, el interés público en la persecución resultare insignificante, c) si el imputado reparare adecuadamente el daño causado u ofreciere hacerlo en la medida razonable de sus posibilidades.
- Cuando el hecho cometido por imprudencia, negligencia o impericia hubiese tenido como consecuencia directa para el autor un daño físico o moral grave, y a causa de ello, la pena fuera inadecuada.

El federalismo jurídico propio de nuestra forma de Estado ha llevado a la curiosa circunstancia de que, aun cuando el principio de oportunidad no ha sido acogido en el marco de nuestro Código Penal, algunos estados provinciales ya lo han hecho, o están en vías de hacerlo, a través de sus sistemas procesales.

Por cierto que esta realidad merece nuestro reparo desde una estricta óptica constitucional, por cuanto consideramos que la regulación de los mecanismos jurídicos vinculados al ejercicio y extinción de la acción penal constituyen materia propia del Código Penal y, como tal, competencia exclusiva del Congreso de la Nación.<sup>45</sup>

No sólo es justo reconocer que esta tesis (es decir: la que postula que las provincias pueden válidamente legislar en materia de ejercicio de la acción penal pública) tiene algunos prestigiosos defensores, como es el caso de Alberto M. Binder;<sup>46</sup> sino que la vigencia de estos casos exige que, al menos, los mencionemos.

<sup>45</sup> Cfr. Rúa, Jorge de la, op. cit., nota 37, p. 244; Cesano, José Daniel, "La incorporación...", cit., nota 39, núm. 5928, p. 4.

<sup>46</sup> Cfr. Binder, Alberto M., "El régimen de la acción penal como derecho público provincial", en varios autores, *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 291-293. Muy interesantes reflexiones sobre esta materia pueden leerse en Frascaroli, María Susana, "¿Legalidad o disponibilidad de la acción penal en el derecho argentino?", Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Lerner, nueva serie, núm. 3, 2000, pp. 129 y ss.

**Puntualmente:**

- El Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza (Ley 6730, sancionada el 16-11-1999 y promulgada el 24-11-1999), en su artículo 26, establece distintos criterios de oportunidad. Algunos de ellos se caracterizan por subsumir bajo esa denominación institutos de fondo o de forma ya conocidos, y que no encuadrarían con el concepto más estricto que hemos dado con relación a la oportunidad (así, se mencionan como casos de oportunidad la suspensión del proceso a prueba —inciso 3o.— o el juicio abreviado —inciso 4o.—). Pero otros configuran auténticos casos de oportunidad similares a los previstos, por ejemplo, en la Ordenanza Procesal alemana o en el anteproyecto de reformas puntuales al Código Penal. Tales son las hipótesis de: insignificancia (inciso 1o.) o solución de conflicto (inciso 2o.).
- También constituye un típico caso de oportunidad el previsto por el artículo 64 de la ley de protección integral de niños y adolescentes de la Provincia del Neuquén (núm. 2.302). Allí, dentro de las disposiciones que regulan el enjuiciamiento penal de niños y adolescentes, el mencionado artículo 64 establece, en sus párrafos 3o. y 4o:

Tanto si la denuncia ha sido interpuesta ante la policía como ante el fiscal, éste último, sin perjuicio de la investigación que sea necesaria en cada supuesto, podrá promover la acción penal o solicitar el archivo de las actuaciones. Si el juez de garantía se opusiere al archivo, la causa será enviada en consulta al fiscal de cámara, quién acordará intervención a otro fiscal u ordenará el archivo definitivo. Si se le hubiere acordado intervención a otro fiscal, éste último tendrá plena libertad de promover la acción penal o insistir en el archivo. La insistencia en el archivo será irrevisable. La solicitud de archivo tomará en consideración las circunstancias que se vinculen con la gravedad del hecho, la forma o grado de participación, la reparación del daño causado en la medida de lo posible o el compromiso de reparación asumido por el niño o sus padres, las consecuencias del hecho, el contexto familiar y social de aquél, y el pronóstico

sobre el logro de los objetivos de mantenimiento o fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.

- Por fin, y también en la Provincia del Neuquén, el Proyecto de Reforma del Código Procesal Penal, actualmente elevado a la Cámara de Diputados para su consideración, igualmente introduce casos de oportunidad. En efecto, en su artículo 37,<sup>47</sup> prevé los siguientes: a) insignificancia; b) casos que encuadrarían en el instituto que se conocen como “pena natural”; c) cuando la pena a imponerse carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que pueda esperarse por los restantes hechos y d) en los delitos patrimoniales sin grave violencia física o en los culposos, cuando exista conciliación entre las partes y el imputado haya reparado el perjuicio causado. Como nota característica de este proyecto, debe mencionarse lo dispuesto en el artículo 38, con base en los efectos que produce la aplicación, por parte del Ministerio Público Fiscal, de estos criterios de oportunidad. Dice la mencionada norma: “La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad, permitirá declarar extinguida la acción penal pública con relación al participante en cuyo favor se decide”.

## 2. Los programas de mediación

Sabido es que la Ley 24.573, en su artículo 2o., expresamente excluyó la mediación en casos penales. Y como bien lo reconoce la doctrina más reciente que se viene ocupando de estas cuestiones, las disposiciones provinciales que, de manera específica, se ocupan de los temas de mediación, por regla, han seguido esa tesitura.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Utilizamos la versión publicada en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, año VI, núm. 10-B, 2000, p. 684.

<sup>48</sup> Cfr. Cafure de Batistelli, María Esther, “Mediación penal”, Pensamiento Penal y Criminológico, año II, núm. 2, Córdoba, Ed. Mediterránea, 2001, p. 37. Por cierto que esta situación quizá sea —por lo menos en ciertos ámbitos provinciales— meramente provisoria. Ya

La provincia de Córdoba, sin embargo, a través del artículo 3o. de la Ley 8.858, posibilita que la acción civil articulada en sede penal pueda ser remitida a mediación y resuelta en ese ámbito. Tal disposición, empero, como se ha reconocido, “no se trata de una instancia de mediación, en el aspecto estrictamente penal, sino una cuestión accesoria pero de relevante importancia como es la reparación del daño”.<sup>49</sup>

La situación hasta aquí descrita no debe ser entendida en el sentido de que nuestro sistema penal sea totalmente ajeno a la instancia de mediación. Bien es verdad que, como se acaba de ver, ni la ley nacional específica ni las disposiciones provinciales en la materia la han consagrado. Más una reciente reforma de la parte especial del Código Penal ha previsto lo que la doctrina denomina como “la primera admisión legislativa de conciliación en materia penal”.<sup>50</sup> Nos referimos, concretamente, al nuevo artículo 132 del Código Penal, texto según la Ley 25.087.<sup>51</sup>

Tal disposición consagra, acotada al ámbito de ciertos delitos contra la integridad sexual, la figura del avenimiento entre víctima y victimario.

Obviamente, uno de los puntos más delicados para que se produzca el avenimiento en esta forma de delincuencia está dado por la necesidad de lograr que el acercamiento entre víctima y ofensor se realice en un auténtico pie de igualdad.<sup>52</sup> Cuestión muy

que, como desarrollamos en el acápite anterior, si algunas legislaciones locales vinculan los criterios de oportunidad con supuestos de soluciones conciliatorias, no es improbable que también esas provincias tomen iniciativa en esta materia.

<sup>49</sup> Cfr. *ibidem*, p. 37.

<sup>50</sup> Véase Víctor F. Reinaldi, en adiciones a la obra de Núñez, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2a. ed. act., Córdoba, Ed. Lerner, 1999, p. 127.

<sup>51</sup> Más detalles en Cesano, José Daniel, “Reparación y resolución del conflicto penal: su tratamiento en el Código Penal argentino”, en varios autores, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2001, pp. 528 y ss. Por su parte, José Ignacio Cafferata Nores formula importantes apreciaciones en relación al significado de este instituto dentro de un modelo de sistema compositivo. Cfr. Cafferata Nores, José Ignacio, “El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual”, en *id.* y Arocena, Gustavo A., *Temas de derecho procesal penal (contemporáneos)*, Córdoba, Ed. Mediterránea, 2001, pp. 15 y ss. También puede verse un interesante tratamiento de la cuestión en el trabajo de Arocena, Gustavo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2001, pp. 184 y ss.

<sup>52</sup> Precisamente, las dificultades que se vislumbran para resguardar esta exigencia hace



## **difícil de lograr porque, por una parte, nada garantiza la libertad de decisión de una víctima que puede estar fuertemente condicio-**

que un sector de la doctrina se muestre muy cauta en orden a la aplicación de este nuevo instituto. Sobre estos problemas nos parece de gran utilidad reproducir las conclusiones de Fortete, César, "El avenimiento en los delitos sexuales. Entre el conflicto y la posibilidad", Ley, Razón y Justicia, Alveroni Ediciones, año III, núm. 5, pp. 208 y 209: "El avenimiento implica un modo compositivo de resolver el conflicto y su aplicación se limita a un espectro reducido de delitos sexuales. Por su naturaleza compositiva, el avenimiento debería estar sujeto, entonces, a ciertas reglas y técnicas que tiendan a garantizar a las partes plena libertad e igualdad de negociación y el cumplimiento de lo pactado. Por otro lado, la agresión sexual entre personas unidas afectivamente se da en el contexto de una relación abusiva basada en la desigualdad de posiciones: un agresor dominante y una víctima doblegada y cada vez más vulnerable. Por ello, nos preguntamos ¿será posible un avenimiento sincero en este contexto? Si el proceso tradicional no ha sido capaz de garantizar los derechos mínimos a las víctimas de delitos, si no permite que se las escuche ni atiendan sus necesidades elementales ¿qué hace suponer que frente a este cuadro de desigualdades, sola frente a su agresor, la víctima tendrá plena autonomía para cerrar un acuerdo? En este sentido, Bovino cree que precisamente la existencia de las relaciones de desigualdad o las presiones que se instalan sobre la mujer, exigen salidas alternativas para la mujer agredida que no quiere soportar el tratamiento penal coercitivo y que esas circunstancias deben ser tomadas en cuenta para que en la búsqueda de reparación la víctima sea escuchada y atendida. Agrega que deben propiciarse mecanismos de participación que neutralicen las desventajas de la mujer agredida y que permitan un pie de igualdad en la negociación con el agresor y que los órganos de la justicia penal deben brindar apoyo para que el equilibrio de fuerzas se conserve, ya que el éxito del acuerdo dependerá del grado de poder negociador que tenga la víctima. Sin embargo, no hay que olvidar que la mujer que ha padecido una agresión sexual dentro del contexto de una relación abusiva ha pasado por procesos de desvalorización y pérdida de su autoestima, ha sido degradada y humillada, y probablemente está aterrada por las represalias que su agresor pueda tomar por haberlo denunciado, por lo cual está expuesta a sufrir coerciones y distintas formas de presiones y manipulaciones por parte del agresor. Esta circunstancia, sumada a las dificultades familiares y económicas que la situación pueda traer aparejada y al desconocimiento de sus derechos, pueden precipitar una decisión en la que la víctima ya no podrá regresar. Por ello es que nos hacemos eco de los temores expresados por Marcela Rodríguez, quien sin manifestarse en contra señala que ante el contexto de una relación abusiva enmarcada en un reinado de poder y terror, pretender utilizar figuras como el avenimiento puede resultar peligroso y puede someter a la mujer a nuevas situaciones de violencia, ya que, debido al temor a nuevas represalias, la mujer puede terminar accediendo a cualquier arreglo, por desventajoso que resulte. Frente a este contexto, el único modo de lograr que el avenimiento cumpla con su objetivo, esto es, alcanzar una respuesta más ajustada al interés de la víctima sin que ésta esté expuesta a posibles manipulaciones o a nuevas victimizaciones, es interpretándose el avenimiento desde su propia naturaleza compositiva. En este sentido, es imprescindible que se implementen los mecanismos adecuados que permitan que las víctimas lleguen a una mesa de negociación con la preparación y acompañamiento especializado que permitan un acuerdo sin doblegamientos ni exposiciones a futuras victimizaciones. También y para evitar la reproducción del ciclo de violencia, deberán instrumentarse mecanismos de control y tratamiento que brinden el apoyo necesario a la víctima y victimario en la reconstrucción de sus vidas afectivas. Esta será la única manera de que un instrumento que ofrece bondades a la víctima y al victimario no termine atrapado en la lógica del formalismo del aparato judicial y, con ello, cómplice de la decisión de la víctima de cambiar sus planes, creyendo que puede escapar a su realidad".

nada tanto por la relación afectiva preexistente, cuanto por el agravio sufrido en el ataque sexual. De otra parte, la intervención del juez es posible pero, como también se ha señalado con agudeza, siendo el avenimiento el resultado de un proceso, a veces largo y complejo, el recargo de tareas de la magistratura penal puede colisionar con aquella otra exigencia, pudiendo frustrarse los fines del instituto. Por esto ha podido expresar Cafure de Batistelli que en estos casos:

La mediación penal aparece como una herramienta muy útil para una justa resolución. Interviene un tercero imparcial, adiestrado en las técnicas de la comunicación humana, que investiga en el campo de los intereses de las partes y que es capaz de proponer el mejor acuerdo negociado, que tienda a proteger los intereses del menor y a lograr el arrepentimiento del desviado evitando su recaída en el delito.<sup>53</sup>

En cuanto al contenido de la propuesta, se remarca —correctamente— que puede ser muy variado:

Al no fijar la ley como única forma de avenimiento ‘el casamiento con la ofendida’, se abre un catálogo de soluciones alternativas, por ejemplo: reconocimiento de paternidad, pago de cuota alimentaria, ofrecimiento de vivienda, reparación económica del daño material y moral causado, asistencia con fines educativos [, etcétera].<sup>54</sup>

Pese a este novedoso instituto, debemos señalar que en la materia de mediación penal, nuestro país aún se encuentra bastante rezagado.

Sin embargo, es de esperar que en un futuro no muy lejano, este instituto encuentre una difusión mucho más extensa. Quizá, el legislador pueda apreciar que la opinión pública está muy lejos de rechazar estas formas de solución del conflicto penal.

<sup>53</sup> Cfr. Cafure de Batistelli, María Esther, *op. cit.*, nota 48, p. 40.

<sup>54</sup> Cfr. *ibidem*, p. 40. Considera igualmente un contenido amplio del avenimiento a partir de cánones de interpretación semántico y genético: Arocena, Gustavo A., *Delitos contra...*, *cit.*, nota 51, pp. 189 y 190.

Mas aún, de hecho y de modo informal, estos procedimientos conciliadores se realizan con resultados francamente alentadores respecto a delitos considerados normativamente de menor gravedad, como lo ha demostrado la escrupulosa y muy sólida investigación llevada a cabo por Norberto Barmat en el ámbito del interior de la Provincia de Córdoba y con relación a la justicia de paz y a la instancia policial.<sup>55</sup> Esta es otra razón más para pronosticar un buen futuro a estas nuevas orientaciones.

## VI. CONCLUSIÓN

Llegamos así al final de nuestra exposición. Sólo nos gustaría insistir con una idea. Hace casi ciento veinte años, en 1882, Franz von Liszt describió, en Marburgo, su célebre programa. Allí, este autor, entre muchos otros conceptos, expresó el siguiente:

Nuestra concepción de la pena como protección jurídica de bienes exige inexcusablemente que, en el caso de que se trate, se aplique la pena (en contenido y alcance) que sea necesaria, para que a través de ella, se proteja el mundo de los bienes jurídicos. La pena correcta, es decir, la pena justa, es la pena necesaria.

Y, enseguida, coronaba su razonamiento diciendo: “No es posible concebir un mayor pecado... que un dispendioso uso de la pena, como atentado contra la existencia corporal, ética y económica de un ciudadano, en situaciones en que no sea exigida por las necesidades del ordenamiento jurídico”.<sup>56</sup>

Si, en definitiva, intentamos mantenernos coherentes con este principio consustancial con el nacimiento mismo del derecho penal moderno, en el sentido de que la pena es sólo una necesidad, la conclusión que se impone no es otra que la siguiente: habrá que prescindir de la pena cada vez que se muestre como innecesaria; incluyendo,

<sup>55</sup> Cfr. Barmat, Norberto Daniel, *La mediación ante el delito. Una alternativa para resolver conflictos penales en el siglo XXI*, Córdoba, Ed. Lerner, 2000.

<sup>56</sup> Cfr. Liszt, Franz von, *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, Edeval, 1984, pp. 106 y 107.

dentro de esta idea, no sólo la manifestación convencional del ius puniendi; esto es, la cárcel; sino, también, aquellas penas sustitutivas que se han ideado en su lugar.

Para la realización de este modelo, las vías procesales que hemos reseñado, naturales en ciertos sectores del derecho extranjero, y balbucientes aún, entre nosotros, nos están mostrando un buen camino para mantener esa coherencia.