



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

**EL ENDURECIMIENTO DE LAS PENAS Y SU
RELACIÓN CON LA DISMINUCIÓN DE LA
CRIMINALIDAD**

Trabajo Final de Graduación

Abogacía

Alumno: Lucio Roberto González

2016

RESUMEN

Título: EL ENDURECIMIENTO DE LAS PENAS Y SU RELACIÓN CON LA DISMINUCIÓN DE LA CRIMINALIDAD

Autor: Lucio Roberto González

El Sistema Jurídico Penal Argentino, está basado en el principio de legalidad de que no hay conducta reprochable de pena sin una ley que así lo establezca.

Los países del mundo, y entre ellos Argentina, no es ajena a esto. De una u otra forma, buscan una política de estado correcta y equitativa, que sea posible llevar adelante para que el problema de inseguridad pública, que en la actualidad aqueja a la sociedad, sea resuelto de manera eficaz. De allí la importancia de determinar cuál es el valor jurídico que tendría la decisión política de endurecer las penas, en relación con la disminución de la criminalidad.

No es a través de una mirada simplista, que por el sólo hecho de que se endurezcan las penas o se baje la edad de imputabilidad de los menores, los delincuentes van a verse persuadidos a no cometer delitos, sino a través de leyes que den garantías y que legitimen al Estado en su poder punitivo.

El Derecho Penal tiene un mandato muy especial, y es disminuir la violencia en la sociedad, en una sociedad que revela todos los días que está más violenta, por esto, sería oportuno hacer el siguiente interrogante, ¿Qué demuestra que con endurecer las penas se lograría una reducción de la criminalidad?

En busca de una respuesta a la relación entre el aumento de las penas y la disminución del delito, se encontró que el problema presenta algunas complejidades que se analizan en el presente trabajo, demostrando al tratar los factores más relevantes, que no representa un esquema tan simple y directo, como pareciera.

ABSTRACT

Title: THE TIGHTENING OF PENALTIES AND ITS RELATIONSHIP WITH DECREASE OF CRIME

Author: Lucio Roberto González

The Argentine Criminal Justice System, is based on the principle of legality that no improper conduct penalty without a law so provides.

The countries of the world, including Argentina, is no stranger to this. Either way, look for a policy of fair and equitable state, it is possible to carry out so that the problem of public insecurity, which currently afflicts society is resolved effectively. Hence the importance of determining what the legal value that would, have the political decision to toughen penalties in relation to the reduction of crime.

Not through a simplistic view , that the mere fact that the penalties harden or age of criminal responsibility of minors down , criminals are going to be persuaded not to commit crimes, but through laws to assure and legitimizing the State in its punitive power .

Criminal law has a special mandate and reduce violence in society, in a society that reveals every day that is more violent, so it would be appropriate to the next question, What shows that toughen penalties crime reduction be achieved?

In search of an answer to the relationship between the increase in penalties and reduced crime, it was found that the problem presents some complexities that are discussed in this paper, demonstrating to address the most important factors that, is not a scheme as simple and straightforward as it seems.

PALABRAS PRELIMINARES

El esfuerzo, el trabajo, la perseverancia y el ser agradecido, quizás sean algunas de las cualidades humanas de las que me aferro para avanzar en la vida. Estos son valores que provienen de la familia y es por ello que en primer lugar agradezco profundamente a mi padre, Leandro, quien desde que yo era muy chico me motivó a ser abogado y que desde el cielo debe estar muy alegre y satisfecho. A mi madre, Amalia, quien con mucho sacrificio nos acompañó en el camino de la vida para ser cada vez mejores personas; a mis hermanos, Leandro, Paola y Carlos, quienes siempre me dieron una palabra de aliento para seguir adelante; a mis sobrinos, Juli y Mateo, por darme cariño en esos momentos que tanto necesitaba; a mi mujer, Pamela y reciente madre de mi hija, por estar y por hacerme tan feliz al transformarme el padre de mi Fiorella, quien en las noches me acompaña a cumplir el sueño de ser abogado. A mi compañera de estudio y gran amiga, Agustina, por su paciencia, tolerancia y por ser tan solidaria siempre conmigo, en ella mi agradecimiento a toda su familia, que la siento mía; a mis amigos, los del barrio y de militancia, porque siempre supieron comprender mis ausencias y me ayudaron a enfrentar este desafío; a todos aquellos que me dieron oportunidades laborales para poder llevar adelante la carrera y fundamentalmente a Dios por permitirme cumplir los sueños y tener la familia y los amigos que tengo, que en definitiva gracias a todos ellos uno es lo que es. GRACIAS, GRACIAS y GRACIAS.

ÍNDICE

Resumen.....	2
Abstract.....	3
Palabras preliminares	4
Índice.....	5
Introducción.	8

CAPÍTULO I LA PENA

1.1 Definición	10
1.2 Antecedentes.....	11
1.3 El Ius Puniendi.....	20
1.3.1. Principios de Ius Puniendi	20
1.4 La pena como función correctiva y como función reparadora.....	27
1.4.1. Las teorías absolutas o retributivas.....	28
1.4.2. Las teorías relativas o preventivas.....	29
1.4.3. Teorías de la unión.....	32
1.5 Tipos de pena.	33
1.5.1. Multa.....	33
1.5.2. Inhabilitación	35
1.5.3. Pena privativa de la libertad. Reclusión. Prisión. Diferencias.....	37
1.5.4. Pena de Muerte.	41

CAPÍTULO II EL DELITO

2.1.	Definición de delito.....	45
2.1.2.	Sujeto y Objeto del delito	49
2.2.	Clasificación y Elementos del delito.....	50
2.2.1.	Elementos del delito	54
2.3.	Nullum crimen, nulla poena sin praeve lege.....	56
2.4.	Artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina.....	58

CAPÍTULO III LA PENA EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL ARGENTINO

3.1.	Antecedentes.....	64
3.2.	Evolución del Código Penal Argentino	64
3.2.1.	Anteproyecto de reforma del Código Penal.....	65
3.3.	Tratados Internacionales de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional.....	73
3.4.	La función social de la pena.....	75
3.4.1.	La resocialización del reo	75
3.4.2.	Justicia restaurativa.....	76
3.5.	Las penas privativas de la libertad en el Código Penal Argentino.. ..	78

CAPÍTULO IV EL INCREMENTO DE LA PENA Y LA DISMINUCIÓN DEL DELITO

4.1.	Aspectos generales.....	85
4.2.	Antecedentes del endurecimiento de la pena en los Proyectos de Código Penal.....	88
4.3.	Penalidad y criminalidad. Relación- Efectos.....	92

4.4. Baja en la edad de imputabilidad	94
CONCLUSIONES	100
BIBLIOGRAFÍA CITADA	104

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo, muestra el efecto de tipo jurídico que provoca la decisión política de aumentar las penas, frente a la desesperada necesidad de toda una sociedad de disminuir el delito y así, sentirse menos indefensos y más seguros.

Toda comunidad, frente al aumento de los niveles delictivos, solicita un incremento de las penas, especialmente, para mantener a sus autores más tiempo en las cárceles; por otro lado, si las mismas no se encuentran preparadas para cumplir con su debida función, quizá se logre un efecto bumerang, provocando que quienes delinquen no sean capaces de dejar de hacerlo. Por otro lado, pensar que, en la medida en que un país tenga capacidad operativa de contener a los reos en sus cárceles y en la medida que pueda resocializarlos, tal vez esto se pueda convertir en una salida frente a la constante demanda de justicia. Es por ello, que sostener que el aumento de las penas es la solución para disminuir el delito, es cuanto menos discutible, depende de variados aspectos jurídicos y sociales para llegar al mejor de los destinos.

Con el objeto de adentrarse en esta temática en busca de respuestas más clarificadoras, es que se parte de la definición de ‘pena’, sus diferentes tipos o clases y, las teorías que a lo largo de la historia se elaboraron sobre ella, basadas en opiniones de sus principales representantes, haciendo alusión así también en este primer capítulo, a la noción de *ius puniendis*.

El segundo capítulo gira en torno al delito, el principio *Nullum crimen, nulla poena sin praevis lege* y se analiza en relación al artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina. A partir de aquí, se considera posible examinar la pena dentro del Sistema Jurídico Penal Argentino, mostrando el comportamiento jurídico del Código Penal de este país con respecto al endurecimiento de las penas, y sus reformas,

inclusive, el actual anteproyecto de modificación. En este tercer capítulo, se cita los tratados internacionales de derechos humanos que refieren a esta temática, para centrarse por último, en la pena privativa de la libertad y la pena de muerte.

Finalmente, en el capítulo cuarto, se exponen las distintas opiniones relativas a la controversia que genera el endurecimiento de las penas y la baja en la edad de imputabilidad de los menores en relación a la disminución de las conductas delictivas.

CAPÍTULO I

LA PENA

1.1. DEFINICIÓN

El vocablo ‘pena’ proviene del “latín *poena*, 'castigo', 'tormento', 'pena', y este del griego *ποινή* *poínē*. Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta”¹.

En este sentido, “la pena es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un ‘mal’ que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito. Una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del ‘principio de legalidad’ (Bramont-Arias Torres, L., 2000, p. 70); fundamentado constitucionalmente en el artículo 18 de la Carta Magna de la República Argentina “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”

Más específicamente, refiere a “un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del Derecho y a causa de dicha infracción” (Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T., 1991, p. 616).

A lo largo de la historia, todas las sociedades han requerido una organización interna que les posibilitara establecer un orden, tendiente a una convivencia armoniosa. Con ese objetivo, los Estados implementaron como mecanismo, el control social, entendido “como el conjunto de medios, precisamente sociales o con repercusiones de esa índole, que sirve para ordenar y regular el comportamiento

¹ Diccionario de la lengua española. 2014. 23° ed. Versión electrónica. www.rae.es.

humano externo en muy diversos aspectos” (Velásquez, F., 2010, p. 6). Entre ellos es dable mencionar el Derecho, y en el mismo, el Derecho Penal; éste, tras reunir las conductas especificadas como delito y por tanto, prohibidas en la sociedad, sanciona al autor imponiéndole una pena. Es en este contexto donde surge la sanción jurídica.

Su presencia se justifica, como un medio indispensable para la coexistencia pacífica de las comunidades; convirtiéndose en el medio del que se vale el Derecho para conservar el orden jurídico y por tanto, la armonía y la paz en una sociedad.

En cuanto a sus consecuencias, “la pena es la disminución o anulación del bien jurídico libertad perteneciente a una persona; en otras palabras, la pena ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre, su libertad” (Bramont-Arias Torres, L., 2000, p. 71). Ahora bien, a pesar de ello, “el Derecho Penal moderno ha humanizado sus penas, desapareciendo con ello la afectación de la integridad corporal (torturas, azotes, mutilaciones), y ha reemplazando este tipo de penas, por la de privación de la libertad personal para delitos graves y fórmulas alternativas de punición a ésta, como multas u otras privativas de variados derechos, para delitos menores o faltas” (Villa Stein, J., 1998, p. 449).

1.2. ANTECEDENTES

En épocas primitivas, prevalecía la venganza como modo de reaccionar ante una persona que causaba un daño a otra; de forma individual y más tarde, colectiva, de esta manera el injuriado o agraviado defendía sus derechos. Pero, “cuando la sociedad se pone de parte del vengador, reconociéndose la legitimidad de la venganza e incluso ayudándole en caso necesario, es cuando puede hablarse de una venganza privada equivalente a la pena” (Alvarado Sánchez, R., 2012, p. 21). Así también, es

dable hacer notar que lo que hoy se conoce como leyes, en esa época eran los usos y las costumbres que se transmitían de manera oral, hasta la aparición de la escritura.

Ahora bien, ante la ausencia de alguna limitación, al hacer efectiva la venganza el afectado solía ocasionar un daño desproporcionado en relación al recibido; es decir, frente a una ofensa por mínima que fuese, el castigo era mayor, tanto que hasta podía ocasionarle la muerte. En este sentido, no es posible hablar de justicia, puesto que lo que en verdad se perseguía era causar el mismo daño o uno mayor, más que la reparación del mismo.

“Para evitar reacciones ilimitadas, la venganza se reguló con la Ley del Talión, que expresaba ‘ojo por ojo, diente por diente’, es decir, no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima” (Alvarado Sánchez, R., 2012, p. 21). Este término proviene del “latín *talio*, *-ōnis*, idéntica o semejante, consiste en hacer sufrir al delincuente un daño igual al que causó”. La ley surgió en la edad de piedra y particularmente, se aplicó en Medio Oriente; es posible verla plasmada entre otros, en el libro segundo de Moisés, Éxodo, capítulo 21, número 23 al 25, “Más si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe”².

Tiempo más tarde, con la llegada del cristianismo, Jesucristo, su principal exponente promueve el perdón hacia aquellos que hacen el mal, condenando la mencionada ley. “Habéis oído que se dijo: Ojo por ojo y diente por diente: yo, empero, os digo, que no hagáis resistencia al agravio; antes si alguno te hiriere en la mejilla derecha, vuelve también la otra” (Libro de Mateo, números 29 y 30)³.

² La Biblia. Libro segundo de Moisés, Éxodo. Información recuperada de <http://www.iglesia.net/biblia/libros/exodo.html#cap21> el 18/02/2016.

³ La Biblia. Libro de Mateo, Bienaventuranzas. Nuevo Testamento. Información recuperada de <http://www.laverdadcatolica.org/ElSermonDeLaMontana.htm> el 18/02/2016.

No obstante sus particularidades, se constituyó como el primer intento por implantar una medida de proporcionalidad entre el daño recibido y el que se produce a consecuencia de ello, creando un límite de algún modo, a la venganza. En el presente, aún algunos de sus preceptos siguen vigentes en comunidades musulmanas.

“Más tarde apareció otra limitación, la composición, mediante la cual la venganza del ofendido y su familia era compensada a través del pago de dinero u otros objetos de valor por parte del ofensor y su familia” (Alvarado Sánchez, R., 2012, p. 21); esta restitución pecuniaria conformaba un avance más en el camino hacia la eliminación de la venganza.

“Como estas multas e indemnizaciones pagadas para evitar la ejecución de venganzas, requerían la determinación de daños y perjuicios, se dio un tercer paso hacia su legalidad con la formación de tribunales. El jefe, los ancianos o los sacerdotes administraban justicia para poner fin a las desavenencias. Estos tribunales no eran siempre tribunales de justicia; a menudo eran juntas de conciliación voluntaria que imponía un arreglo amistoso a la disputa” (Durant, W., 1959, p. 56).

Con el desarrollo de las creencias religiosas, las comunidades se impregnaron de ideas sobrenaturales, por tanto, aquel que realizara un mal acto, ofendía a la divinidad y por ello, debía llevar adelante un sacrificio con el objeto de impedir que los dioses reaccionaran negativamente.

Por su parte, en Egipto, “el Faraón, los nobles provinciales y los escribas mantenían la ley y el orden en el Estado. El procedimiento tanto en lo penal como en lo civil, se iniciaba en el visir, que era el funcionario que se hallaba al frente de la administración; este hacía todo de acuerdo con la ley, con la costumbre y no debía mostrar parcialidad en la aplicación del Derecho. La justicia era el fin fundamental de

su labor. Luego del visir estaba el Faraón, quien constituía el Tribunal Supremo” (Durant, W., 1959, p. 58).

Existía igualdad ante la ley de las partes litigantes, en la medida en que hubiese correspondencia de recursos. Ante algunos casos se castigaba con la muerte, también, estaba presente la tortura, las mutilaciones o los destierros a las minas, entre otros. Tener como condena el embalsamado en vida, era considerado el castigo más extremo. Para aquellos de alto rango, se les evitaba la vergüenza en público y se les daba la posibilidad del suicidio como forma de pagar por su crimen.

Alrededor del año 2050 A.C., se escribe el Código de Ur-Nammu, quien fuera rey de Uruk en el Oriente Medio; aunque en verdad, el autor fue su hijo Shulgi. Este conjunto de leyes aludía a la reparación económica de los daños, incluyendo aspectos en materia civil tales como las propiedades y los arrendamientos; regía también, delitos como agresiones sexuales, homicidios y lesiones, entre otros. Este código “inauguró un momento jurídico nuevo para su época, nada fue superior a la Ley, el hecho de estar sujetos, incluso su misma familia al Código, impidió los comunes abusos de poder en la propiedad y el trabajo. Además influyó de manera notable en la legislación posterior”. (Lara Peinado, F. y Lara González, F., 1994, p. 57).

Hacia el año 1760 S.C., el rey de Babilonia, Hammurabi, promulga un conjunto de 282 leyes, con presencia de la Ley de Talión y la pena de muerte en varios casos presentes en su articulado. Este código era sagrado por cuanto estaba inspirado en creencias religiosas, tal es así, que en la estela grabada se visualiza al Dios Shamash otorgando las leyes al mencionado monarca. “En el código no se distingue entre derecho civil y penal, es decir, se dan leyes que regulan los asuntos de la vida cotidiana y leyes que castigan los delitos. Se regulan el comercio, el trabajo asalariado

los préstamos, los alquileres, las herencias, los divorcios, la propiedad, las penas por delitos de robo, asesinato, etc.” (Lara Peinado, F., 1986, p. 3).

La Ley Mosaica o “Ley de Moisés o Pentateuco como se denomina en la bibliografía cristiana, y Toráh para el pueblo judío, se constituye como la enseñanza, instrucción o ley en el mundo occidental” (Torres Santiago, O., 2011, p. 17). Si bien, no se conoce con exactitud su fecha, se cree que surgió entre los años 700 y 500 A.C. Conformadas por los primeros cinco libros de la Biblia, estas leyes significan las enseñanzas que Dios le dictó a Moisés para todo el pueblo judío. En ellas se contemplan los homicidios, lesiones, el hurto, la usura y el fraude sobre la propiedad, las brujerías y normas de comportamiento moral, con un fuerte carácter religioso por provenir de un mandato divino. Entre las penas, vale mencionar la sanción pecuniaria, la muerte por apedreamiento, la aplicación de la Ley del Talión; para aquellos pertenecientes a una jerarquía social más elevada, se los eximía de toda forma de pena física.

En Grecia, el derecho se origina ligado estrechamente con las fuerzas divinas; es posible observar en la tragedia griega, el crimen escenificado como venganza donde hay mayor intervención de los dioses que del hombre mismo. “Los conflictos se dirimían a través del ‘Juicio de Dios’, y existía, en caso de homicidio, el derecho de venganza a favor de ciertos parientes de la víctima, aunque pronto fueron sustituidos por una compensación pecuniaria voluntaria” (Bernal Gómez, B., 2010, p. 52).

Se instauró el sistema de acusación pública, mediante el cual todo ciudadano tenía la posibilidad de acusar frente a un tribunal a quien hubiese cometido un crimen. La calumnia, las injurias y la traición a la patria, fueron delitos claramente legislados en esa época.

“La mayor aportación de los griegos al derecho abarca tres temas principales: su discusión filosófico-jurídica en torno al concepto de justicia; su experimentación sobre los sistemas constitucionales en las ciudades-Estado, y su paso a través del tiempo de regímenes aristocráticos u oligárquicos a democráticos” (Bernal Gómez, B., 2010, p. 43).

El Derecho Penal durante la época romana, se fundamentó básicamente, en la Ley de las XII Tablas, conjunto normativo que representó un significativo avance por cuanto estableció la igualdad de todos los hombres ante la ley; su vigencia se extendió por casi mil años. En ellas se aludía al derecho penal, civil y procesal, con sanciones que incluían el exilio, la compensación pecuniaria, la Ley del Talión y la pena de muerte.

Durante la invasión bárbara, las prácticas jurídicas y penales tropezaron con los principios imperantes del derecho romano; la privación de la paz era el delito relevante para los pueblos germanos. Surge en esta época la llamada venganza de sangre, la que se llevaba adelante cuando la familia del ofendido daba muerte al ofensor, siempre que el delito haya sido privado, puesto que cuando era público, la muerte podía venir de la mano de cualquier integrante de la comunidad. El paso del tiempo llevó a desplazar esta práctica y convertir casi en obligatoria, la composición mediante una compensación pecuniaria.

A comienzos de la Edad Media, la atenuación de la práctica impuesta por la Ley del Talión fue impulsada por el sistema feudal frente a la insuficiente mano de obra y un elevado mercado de trabajo, predominando las penas dinerarias. De este modo, la conservación de la paz se afianzaba, siendo esta un elemento esencial del Derecho Penal.

En una segunda etapa, llamada Baja Edad Media, aquél próspero desarrollo económico de la época anterior se redujo considerablemente, lo que trajo como consecuencia un excedente de mano de obra; estos, en su mayoría, eran campesinos que se convirtieron en ladrones, intranquilizando a la sociedad. En esta etapa hubo un predominio de la pena de muerte, donde el procesado no contaba con ninguna protección, y sólo podía ser reemplazada por el exilio, como una forma de benevolencia hacia el delincuente.

“En el denominado mercantilismo, se produjo la expansión del comercio por la colonización del continente americano, lo que motivó un acercamiento comercial entre los países europeos y americanos” (Mir Puig, S. 1998 p. 709.). En este contexto, era preciso conservar al delincuente para contar con mayor mano de obra, por tanto se originan las penas privativas de libertad; de esta forma, la condena la cumplía como esclavo en trabajos forzados, siendo mucho más rentable que la eliminación del mismo.

La Iglesia incorpora la pena de prisión para los delitos eclesiásticos, convirtiendo ese espacio para la penitencia y el arrepentimiento. Particularmente, los casos de delito como la herejía, aún ante la más mínima sospecha eran castigados con las formas más inhumanas de tortura; este procedimiento penal fue conocido como la santa inquisición.

Por otro lado, “el Estado intervenía algunas veces para resolver por medio judicial arbitral las contiendas jurídicas entre dos particulares; cada una de las partes exponían lo que a sus intereses creían oportuno ante el Tribunal y luego este decidía. Este procedimiento, aunque no era enteramente adecuado, era aplicado a todos los delitos” (Mommsen, T., 1986, p. 178).

“La venganza pública surge hacia el siglo XVII, donde el absolutismo monárquico se caracteriza por su despotismo y arbitrariedad; la represión penal aspira a mantener la paz y la tranquilidad social mediante el terror y la intimidación que causan la frecuente ejecución de duras penas” (Alvarado Sánchez, R., 2012, p. 22). Período caracterizado por el surgimiento de leyes crueles y severas, con castigos duros no sólo para los crímenes graves, sino también para conductas leves, con total arbitrariedad por parte de los tribunales.

Es posible observar este breve recorrido, que la pena nace “y se justifica no con el fin de garantizar la venganza, sino con el de impedirla... En este sentido bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza” (Ferrajoli, L., 1995, p. 333).

A fines del siglo XVIII, nace el Iluminismo y con ello, la Escuela Clásica del Derecho Penal, caracterizado por un mayor respeto hacia los derechos de los seres humanos. “En este primer período del desarrollo del pensamiento penal asistimos a una fundamentación filosófica de la ciencia del derecho penal, es decir, a una concepción jurídica, pero filosóficamente fundada de los conceptos de delito, responsabilidad penal y pena” (Baratta, A., 2004, p. 25).

Su principal exponente, Cesare Beccaria, expresa en su libro ‘De los delitos y las penas’ (1764), los principios humanitarios de lo cual derivan “la negación de la justicia propia del sistema inquisitivo, de la práctica de la tortura, así como la exigencia de salvaguardar los derechos del imputados por medio de la actuación de un juez obediente a la ley” (Baratta, A., 2004, p. 26). Combatió firmemente la pena de muerte y abogó por proteger al acusado por medio de las garantías procesales, creando un ambiente de humanización de la legislación penal.

Otro aporte importante de esta época, lo constituyó la obra de John Howard, un inglés inspector de prisiones, cuyas “ideas sobre infraestructura, segregación, seguridad e higiene para las cárceles y establecimientos de reclusión de Europa, al igual que su influencia en los orígenes de la Penitenciaría, fueron la expresión teórica y material del ideario humanista y racionalista de ese momento” (Caro P., F., 2013, p. 149).

Como acción contraria a la Escuela Clásica, nace la Escuela Positiva, dejando de lado la idea de la pena como castigo y asomando “por primera vez la denominación doctrinal de sustitutivo penal” (Robledo Ramírez, J., 1996, p. 183).

Enrico Ferri, les llamó “Equivalentes de las penas, Sstitutivi penali, medios con que se sustituyen las penas, justificando que las penas no atienden a la defensa social, por eso es necesario utilizar otras medidas que las sustituyan” (1850, p. 293); con ello, buscaba evitar que el hecho delictivo se repita, sustituyendo la pena aplicada por otra más benévola que favorezca la resocialización.

Sin embargo, no se mostró de acuerdo con “las detenciones en el domicilio, la caución, la amonestación judicial, la suspensión condicional, porque estas medidas nunca llegaban a la raíz de la criminalidad y que eran métodos más o menos superficiales” (Ferri, E., 1850, p. 324); no obstante, estuvo a favor del destierro temporal y de la aplicación de los trabajos forzados como una medida reparatoria de los daños ocasionados.

A lo largo de la historia, la pena ha sufrido una evolución en cuanto a la intensidad y motivación impuesta al condenado. Ha sido de alguna manera, fruto del pensamiento de cada época, llegando a ser en la actualidad, el necesario castigo y la retribución por el mal causado, teniendo en cuenta la prevención y la resocialización. Asimismo, se posiciona dentro del marco de la justicia restaurativa, focalizada en

reparar el daño producido por el delito, articulando procedimientos que involucren al delincuente activamente en ese propósito y, favoreciendo así, su rehabilitación y la atención de los reales intereses de las víctimas.

1.3. EL 'IUS PUNIENDI'

El Derecho Penal, se vale de la pena como mecanismo apropiado de posible aplicabilidad para quienes han transgredido la ley. “El derecho de castigar o ‘*ius puniendi*’, como doctrinalmente se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad y, está integrado por un sistema de principios denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una barrera, por así decirlo, ante posibles arbitrariedades” (Medina Cuenca, A., 2007, P. 87).

Esta facultad se ve plasmada en la acción de legislar, determinando las conductas indebidas que afectan los bienes que es preciso proteger, puntualizando en la ley penal, el tipo de pena; a partir de allí, encomienda esta aplicación al órgano jurisdiccional, juzgando a los infractores e imponiéndoles una pena concreta.

“La doctrina ha desarrollado principios que hoy alcanzan rango constitucional, y que se erigen como escudos protectores del individuo frente al poder estatal. El derecho penal protege los más preciosos bienes, por tanto, el Estado puede ejercer materialmente la conminación y coercibilidad cuando se transgrede la salvaguarda de dichos valores, en aras del bien común” (González Quintanilla, J.A., 1999, p. 19).

1.3.1. Principios del Ius Puniendi

Los principios de legalidad y de igualdad ante la ley, están expresamente respaldados en la Constitución de la Nación Argentina. Ambos constituyen los límites formales de la expresión de un estado de derecho.

El primero de ellos, expresado con el aforismo '*nullum crimen, nulla poena sine lege*', se encuentra presente en el artículo 18 y se complementa con el artículo 19. De acuerdo a éste, sólo es delito aquello que está claramente expresado en la ley, puesto que es la normativa legal la que los contiene; y por lo mismo no admite analogía, por cuanto es no posible aplicar a un hecho que no está puntualmente prohibido, una ley que sanciona un hecho similar. "La legalidad significa que la única fuente productora de ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento que establece la propia Constitución" (Zaffaroni, E.R. y otros, 2005, p. 112).

A su vez, al principio de legalidad se le adiciona el denominado principio de reserva, expresado en el artículo 19 infine de la Constitución Nacional, "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". "Aplicado a los hombres significa que, una vez que la ley ha regulado la conducta de los mismos con lo que les manda o les impide hacer, queda a favor de ellos una esfera de libertad jurídica en la que está permitido todo lo que no está prohibido" (Bidart Campos, G.J., 1997, p. 360).

La validez de lo anteriormente expresado, estará dado toda vez que la norma esté escrita, con un enunciado que no deje lugar a dudas sobre su contenido; debe ser estricta, exponiendo puntualmente la conducta considerada delito y, por último, debe ser previa, es decir, su existencia debe ser previa al hecho delictivo.

En cuanto al principio de igualdad ante la ley, este se encuentra puntualmente garantizado por el artículo 16 de la Constitución Nacional, que expresa, "Todos sus habitantes son iguales ante la ley"; es decir que, penalmente, toda normativa

prohibitiva impera igualmente para quien la transgrede, no habiendo distinción de ningún tipo en su aplicabilidad.

Por último, cabe agregar el principio de Seguridad Jurídica, el que hace referencia “al conjunto de condiciones que posibilitan la inviolabilidad del ser humano y que presupone la eliminación de toda arbitrariedad y violación en la realización y cumplimiento del derecho por la definición y sanción eficaz de sus determinaciones” (Alterini, A.A., 1993, p. 28); de esta forma, se otorga al ser humano de un contexto donde puede desarrollarse con total conocimiento de las consecuencias que pueden ocasionar sus conductas, en un marco de responsabilidad y plena libertad.

Así, la Constitución se instituye como un sistema que tiende a proveer de seguridad y garantías, tanto en su parte dogmática, por cuanto en ella está presente la declaración de derechos, como en su parte orgánica, al establecer claramente la división de poderes. Por ello, “las garantías constitucionales son el soporte de la seguridad jurídica; no en vano se define a las garantías, en un sentido lato, como el conjunto de seguridades jurídico-institucionales deparadas al hombre” (Bidart Campos, G.J., 1997, p. 398). Su existencia se apoya en el hecho de ser los medios a través de los cuales se consolida la presencia de los derechos.

Por otro lado, entre los principios que marcan un límite material a la legitimación del *ius puniendi*, como manifestación de un estado social, cabe mencionar el principio de intervención mínima, subsidiariedad y protección de los bienes jurídicos.

El principio de intervención mínima “debe entenderse en un doble sentido: se ha de castigar tan sólo aquellos hechos que necesiten ser penados, y para la sanción de tales hechos se deben preferir penas que, sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten menos onerosas” (Fernández Rodríguez, M.D., 1994, p. 99). La aplicación

consecuente del mismo, tendería a aminorar el sistema penal, no obstante, ante el surgimiento de áreas antes no previstas, se realice la tipificación de figuras delictivas nuevas o se incrementen las penas para delitos puntuales. Ejemplo de ello, lo configura la sanción de la Ley N° 26.388 de Delitos Informáticos (2008), mediante la cual en Argentina, se comienza a regular estos temas importantes.

“De lo que se trata, en definitiva, es de garantizar la legitimidad y eficacia de la intervención punitiva, o lo que es lo mismo, que ésta se lleve a cabo cuando sea absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos” (Mir Puig, 1998, p. 151).

De acuerdo al principio de subsidiariedad, “el derecho penal ha de ser la ‘última ratio’, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar éstos” (Medina Cuenca, A., 2007, P. 91). Así también, pueden ser suficientes en muchos casos, los medios con los que cuenta el derecho público o civil, siendo innecesaria en los mismos, la dureza de los medios penales; la subsidiariedad también debe estar presente en el ámbito de las penas, siendo excesivas las sanciones graves cuando es suficiente una menos dura.

Vinculado al anterior, está “el llamado ‘carácter fragmentario del derecho penal’, según el cual el derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes...” (Luzón Peña, D. 1996 p. 83).

El Estado interviene para castigar cuando se ha producido una situación de daño o de peligro a un bien jurídico individual o colectivo; por tanto, “los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan

bienes jurídicos; el Derecho Penal sólo puede proteger bienes jurídicos” (Mir Puig, 1998, p. 91); convirtiéndose así, en un sistema protector de la sociedad. De acuerdo al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, “sólo debe amparar como bienes jurídicos condiciones de vida social, en la medida en que afecten las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social; para lo cual los mismos deben tener una importancia fundamental” (Mir Puig, 1998, p. 93). Esto funciona como un límite al Derecho Penal frente a la posibilidad de una incorrecta aplicación de la penalidad.

Entre los principios que limitan desde lo material a la legitimación del *ius puniendi*, como manifestación de un estado democrático, es dable citar el principio de humanidad de las penas

En sí, este principio reivindica la humanización de las penas, pensamiento iniciado en el siglo XVIII, y que ha influenciado fuertemente tanto la evolución de la doctrina posterior, como así también, las reformas penales llevadas a cabo en los últimos años. Esencialmente modificó los sistemas penales apoyados en las penas corporales y la pena de muerte, imprimiéndoles un sentido más humanitario al optar por la pena privativa de la libertad; limitando asimismo en esta última, la crueldad y el dolor.

La reforma constitucional de 1994, mediante el artículo 75, inc. 22, incorporó los instrumentos internacionales en donde es dable observar, la mención a este principio; así, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 10, inc. 1, dispone que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 5, inc. 2, expresa

que “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

En el presente se ha extendido “no sólo al cumplimiento de la pena, sino también, en especial a la interpretación de las normas, las que en caso de duda deben realizarse en favor del hombre hacia el cual están dirigidas las garantías establecidas por el derecho penal para poner límite al poder punitivo. Esto es lo que se ha dado en llamar principio ‘*pro homine*’” (Zaffaroni, E.R. y otros, 2005, p. 132).

En estrecha relación con éste, se encuentra el principio de resocialización, también presente en ambos instrumentos antes mencionados, en el artículo 10, inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y en el artículo 5, inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), aludiendo a que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Ello, como requisito esencial para alcanzar la integración en la sociedad de un modo armónico, basado en el estricto respeto legal.

Otro principio, central para el Derecho Penal, es el principio de culpabilidad; este “es el más importante de los que se derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor...equivale a degradar al autor a una cosa causante” (Zaffaroni, E.R. y otros, 2005, p. 139); se resume en la expresión “no hay pena sin culpa”.

Entre sus implicancias, cabe mencionar, la intrascendencia a terceros expresada en el artículo 119 de la Constitución Nacional Argentina: la pena “no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado”; es decir, su aplicabilidad es exclusiva de la culpa individual.

Así también, “está vedado el ‘*versari in re illicita*’, razón por la cual nadie puede responder por un hecho fortuito, por desconocimiento de la ilicitud o por no haber podido adecuar su conducta a derecho” (Zaffaroni, E.R. y otros, 2005, p. 140).

En base a este principio, no es posible castigar a quienes se categorizan como inimputables, es decir, a menores de edad, o a los que se les diagnostique condiciones psíquicas permanentes o transitorias que imposibilitan el adecuado entendimiento a la norma.

Por último, “la culpabilidad no sólo limita la posibilidad de imponer pena, sino que también el grado de ella. A mayor culpabilidad mayor pena y viceversa. Se trata de la culpabilidad no sólo como fundamento de la pena sino como medida de ella” (Roxis, C., 1997, p. 813).

El principio de proporcionalidad “predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta), como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)” (Quintero Olivares, G., 1982, p. 382). En palabras de Mir Puig, S. “deberá ser proporcional a la importancia social del hecho” (1998, p. 99). Por lo tanto, se establece como un elemento que posibilita delinear lo que será la intervención penal, en un intento por interpretar aquello que la sociedad desea imponer como medida suficiente con el objeto de prevenir los hechos delictivos, al tiempo que debe suponer que la persona cuente con la garantía de que no recibirá un castigo mayor al mal causado.

En otro sentido, el principio de inocencia, “la presunción de inocencia, ha sido formulado desde su origen, y así debe entenderse, como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica” (Claria Olmedo, J., 1960, p. 232).

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1978), en su artículo 11 lo puntualiza claramente al expresar que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"; de este modo se deja traslucir el verdadero espíritu de este instrumento, es decir, que todo individuo sospechado de un hecho delictivo no debe por causa de ello, verse desprovisto de su libertad y derechos esenciales.

Conforme a este principio, "toda persona se presume inocente a menos que se demuestre su culpabilidad en un proceso penal con todas las garantías y mediante sentencia firme de un tribunal legalmente constituido; representando así, una garantía procesal insoslayable para todos y uno de los pilares del proceso penal acusatorio" (Cubas Villanueva, V., 1998, p. 25).

Estos principios respaldan un Derecho Penal que defiende los valores primordiales de toda sociedad, actuando en aquellos casos donde los mismos son atacados, y tanto en su elaboración como en el ámbito de su aplicación, garantiza el respeto a la libertad y dignidad humana.

En suma, la potestad punitiva del Estado ha de quedar limitada a proteger sólo aquellos bienes jurídicos que teniendo relevancia constitucional, menoscaben las libertades de los demás y en uso de esta facultad, deberá proponerse que la determinación de las penas esté en correspondencia con los valores constitucionalmente protegidos, tendiendo a la utilización de medidas alternativas a la privación de libertad.

1.4. LA PENA COMO FUNCIÓN CORRECTIVA Y COMO FUNCIÓN REPARADORA

El apartado relativo al fundamento y fines de la pena, es en extremo controvertido, llegando a provocar escisiones entre las diferentes posiciones dentro de la Ciencia del Derecho Penal. A pesar de los numerosos debates, no se precisan argumentos que alcancen a resolver las complejas diferencias, que es posible resumir mediante tres teorías básicas.

1.4.1. Las teorías absolutas o retributivas

Entre las figuras más relevantes que exponen estas teorías, usualmente conocidas como retributivas, se encuentran Kant y Hegel. Lo central en ellas, es la retribución, es decir, es preciso imponer un mal a quien ha cometido un delito, cumpliéndose allí con la función y el fin de la pena. Esta teoría se apoya en el postulado primordial de la ley de Talión, ‘ojo por ojo, diente por diente’.

No obstante, Roxin, afirma que: “...la teoría de la retribución hoy ya no es sostenible científicamente. Si tal como se mostró, la misión del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, entonces para el cumplimiento de esa tarea, no puede servirse de una pena que prescinda de toda finalidad social” (Maier, J.B. 1993 p. 19); es decir, el Estado no cuenta con la legitimidad absoluta para imponer un mal, considerando que con ello, puede quitar o compensar el mal provocado.

A pesar de ello, en el presente, la sociedad guarda las ideas de venganza y exige de castigo ante los delitos graves, como así también, desde una concepción religiosa, teniendo en cuenta la creencia de que la pena cumple la función expiatoria del mal provocado.

Tomando las palabras de Zaffaroni, E., “si bien ellas implicaron en su tiempo una limitación al poder absoluto del Estado, ello no trajo aparejado una proporcional

reducción de la crueldad; como expresa Nietzsche, este mundo de los conceptos morales nunca perdió del todo ‘un cierto olor a sangre y tortura’” (1987 p. 84).

Las críticas más importantes que recibe esta teoría se circunscriben en torno a que “resulta casi imposible determinar con exactitud la proporcionalidad entre el daño causado por el autor y la pena a recaer sobre el mismo; al tiempo que, el mal ocasionado por el delito no desaparece por la aplicación del mal de la pena, sino que se suman” (Bacigalupo, E. 1997 p. 32).

1.4.2. Las teorías relativas o preventivas

Contrariamente a las anteriores, estas teorías se centran en el fin que se busca con la pena, siendo ésta un medio preventivo; en este sentido se entiende que la misma, debe ser útil.

“La concepción de las teorías de prevención, se remonta a los inicios de la historia del derecho, Platón decía: *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccet*; ningún hombre prudente pena porque se ha pecado, sino para que no se peque” (Terragni, M., 2012, p. 285). De allí que sea una teoría relativa, ya que “encuentra su fundamento y fin en la disuasión futura de una infracción penal” (Terragni, M., 2012, p. 285).

En ellas se diferencian las teorías de la prevención general y las de prevención especial; las primeras, a su vez, pueden ser positivas o negativas.

a) La Prevención general positiva: el principal representante de esta teoría es G. Jakobs, quien entiende que “al imponerse una pena al autor del delito, lo que se produce es la reafirmación de la norma” (Terragni, M., 2012, p. 286). Es decir que, cuando una persona comete un delito, lo que está mostrando ante la sociedad es que la norma no tiene vigencia; no obstante, con la aplicación de la sanción, el ordenamiento jurídico expresa con la misma, la vigencia de la norma.

La principal crítica a esta teoría, radica en que “utiliza al sujeto penado como medio para reafirmar el sistema, se antepone claramente el sistema antes que el sujeto, ve al sistema penal como medio de estabilización del ordenamiento, dejando de lado la proporcionalidad de la pena” (Rusconi, M. 2007 p. 41).

b) La Prevención general negativa: se basa en la coacción que la ley provoca; en este sentido, el delincuente sirve de intimidación social, es decir, la persona condenada es usada como objeto social, a los fines que la sociedad no infrinja la ley al sentir el temor de que le ocurra lo mismo que a éste.

Su principal representante fue “Feuerbach, quien sostenía que la pena tenía efecto intimidatorio hacia la sociedad, que se hacía efectivo al aplicarse la pena en concreto a un sujeto determinado” (Rusconi, M. 2007 p. 35). La aplicación de la pena tiene como fundamentación la amenaza; es decir, funciona como coacción psicológica en los sujetos, llevándolos a evitar cometer un delito. La amenaza debe ir acompañada siempre del cumplimiento de la sanción, de lo contrario, pierde efectividad.

“Las críticas de las que fueron susceptibles estas teorías radican en el hecho de que, el efecto de coacción o intimidación no está demostrado, si esto fuera así, los sujetos que observan la condena de diversos autores de delitos, no cometerían ilícitos” (Terragni, M., 2012, p. 286); y esto no sucede en todos los casos. Asimismo, desde esta perspectiva pareciera que la persona es reducida a un grado de simple cosa.

Para las teorías de la prevención especial, el fin de la pena, consiste en separar de la vida social que gozan en libertad, a aquellos que han cometido un delito, evitando que lleve adelante otros en el futuro. El penalista alemán, Franz Von Liszt, importante exponente de la misma, “sostenía que al delincuente ocasional había que intimidarlo, para los delincuentes susceptibles de ser corregidos debería aplicarse corrección y para los habituales inocuización” (Rusconi, M. 2007 p. 37).

Con el objeto de evitar que se repita la comisión de un delito, es preciso atender a tres aspectos de la pena; primero a la intimidación destinada al delincuente que sirve como aviso de la sanción que le es dable recibir en caso de cometer un delito. Por otro lado, la resocialización, en base a la cual la persona que ha delinuido puede ser corregida a través de la educación que recibe mientras da cumplimiento a la sanción. Finalmente, la inocuización destinada a neutralizar al delincuente mediante la aplicación de una sanción penal que puede ser por tiempo indeterminado, o hasta en ocasiones, castigándolo con la pena de muerte.

En este sentido, “las penas buscan la prevención del delito respecto del autor que cometió el ilícito penal, es decir la prevención de la pena consiste en hacer que el sujeto no vuelva a delinquir. Se trata de prevenir el delito resocializando o rehabilitando al delincuente” (Bramont-Arias Torres, L. 2000 p. 76).

En el marco de las teorías de la prevención especial, aquella considerada positiva tiende a que el individuo condenado alcance su resocialización; no obstante, se le critica “si realmente es legítimo exigir la resocialización del reo y si verdaderamente podría resocializarse dentro de un establecimiento penitenciario, al tiempo si sería posible un tratamiento a tales fines” (Bacigalupo, E. 1997 p. 39).

La teoría de la prevención especial negativa, “se basa también en la coacción, como en la prevención general, sólo que aquí se dirige al mismo autor del hecho, su fin es evitar que el sujeto condenado cometa nuevos delitos en el futuro” (Bacigalupo, E. 1997 p. 41).

Cabe expresar que, la aplicación de una pena no se lleva adelante con el fin de intimidar a una persona que potencialmente pueda llegar a cometer un delito, ni porque se considere pertinente imponer un tratamiento al sujeto. “Se le castiga porque culpablemente ha cometido una infracción. El ‘para qué’ se castiga, puede determinar

una disminución o suspensión de la sanción; pero no sobrepasar en intensidad los límites de la culpabilidad” (Hurtado Pozo, J. 1987 p. 50).

Las críticas a estas teorías están centradas en la insuficiente demostración de que aquél que ha cumplido la pena aplicada, realmente no vuelva a cometer un delito; más aún, en ocasiones la realidad ha mostrado que muchos de ellos se convierten en reincidentes. En este sentido, es importante mencionar que es la misma sociedad la que tiende a veces, a discriminar a las personas que estuvieron privadas de su libertad, negándoles la posibilidad de que alcancen a llevar una vida como los demás.

En suma, “las teorías utilitaristas critican a las retribucionistas que no pueden fundar su castigo mirando el pasado sino que deberían avocarse al futuro, no pueden basarse sólo en la ofensa cometida por el autor del hecho” (Rabossi, E.A., 1976, p. 29); existiendo en sus bases una fuerte sed de venganza.

En el otro extremo, “los retribucionistas señalan de los partidarios de la teoría utilitarista que su fundamento de la pena puede dar lugar a castigar inocentes, dado que hay que valorar las consecuencias valiosas” (Rabossi, E.A., 1976, p. 29); de acuerdo a esta posición, la prevención no siempre se logra a través del castigo, puesto que existen también otros medios válidos.

1.4.3. Teorías de la unión

Como un punto medio entre las teorías antes explicitadas, se posicionan las teorías de la unión o mixtas, buscando proporcionar soluciones que sin embargo, no llegan a ser totalmente satisfactorias. En este camino, toman de ambas teorías aquello que consideran óptimo, aún con las dificultades que esto implica, puesto que una observa el pasado y la otra el futuro. Por lo mismo, se detienen en parte del fenómeno de la pena, entonces las teorías de la unión surgen bajo el paradigma de la superación de la parcialidad.

Lo más relevante de estas teorías se centra en la retribución del delito que se cometió, y sólo en este punto, reconocen el castigo con una finalidad específicamente preventiva. No obstante, “la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un efecto preventivo general en la comunidad” (Roxin, C., 1976, p. 19).

Por tanto, no es posible aseverar que la pena tenga una sola función ni un único fin; por el contrario, es pluridimensional y sus funciones varían de acuerdo al momento al que se atiende. Así, en el proceso mediante el cual el legislador prohíbe una acción y suma una amenaza que se traduce en una pena, se da relevancia a la prevención general negativa, ya que se busca intimidar a los integrantes de una sociedad para que eviten de este modo, cometer un delito. Si, pese a ello, la conducta prohibida se lleva a cabo, se le debe aplicar al autor de la misma, la pena predicha, prevaleciendo entonces, la idea de prevención general positiva, sin descartar aristas de las teorías preventivas especiales.

Por último, mientras se ejecuta la pena, particularmente en el caso de privación de la libertad, predomina el concepto que sostiene la prevención especial, puesto que, toda persona recluida en prisión debe transcurrir por un proceso de educación y socialización que lo prepare para una vida en sociedad, buscando asegurar que no repita las conductas delictivas.

1.5. TIPOS DE PENAS

El Código Penal Argentino, establece en el artículo 5, las siguientes penas: “la reclusión, la prisión, la multa y la inhabilitación”.

1.5.1. Multa

La multa es “una pena pecuniaria; afecta el patrimonio del condenado pues impone la obligación de pagar la suma de dinero indicada por el juez en su resolución, conforme a los parámetros que la ley indica” (Terragni, M., 2012, p. 298); en muchos casos es sustitutiva de la pena privativa de libertad, cuando ésta es de corta duración y, particularmente se la considera pertinente en aquellos delitos relativos al lucro.

Es decir, la multa consiste en el pago al Estado, de una suma de dinero que ha fijado una sentencia condenatoria, tal como lo establece el artículo 21 del Código Penal Argentino; al tiempo que puntualiza que si “el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio”, aunque “el tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldo u otras entradas del condenado”, pudiendo incluso “autorizar al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre”, o bien “a pagar la multa por cuotas”.

En cuanto a los delitos cometidos con ánimo de lucro, el artículo 22 bis del Código Penal expresa que “podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aún cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquella”.

Ahora bien, la aplicación de la multa como pena puede en ocasiones ser injusta, por cuanto, para algunas personas implica una reducción significativa de su patrimonio, viéndose así, impulsados a enmendar y no replicar dicha conducta. No obstante, para otros sujetos de elevada capacidad económica, la imposición de la multa no entraña ningún sacrificio, restándole importancia; en este sentido, no se cumpliría el propósito resocializador que persigue la multa.

Una opción ante esta situación, es el sistema de origen brasileño que tiende a salvar esta distancia, denominado sistema del día-multa. A través del mismo, “la ley

fija el número de días a cumplir, cada día equivale a un monto dinerario que debe resultar acorde a la situación económica del imputado y proporcional a lo que correspondería en caso de cumplir con privación de libertad” (Lurati, C., 2008, p. 73); esto posibilita que todos aquellos a los que se le aplicó una multa, resulten igualmente afectados en su patrimonio.

En suma, “la pena de multa es un mal personal e intransferible, caracterizado por la índole retributiva de la sanción y el propósito de inculcar para el futuro hábitos de conducta adecuados” (Terragni, M., 2012, p. 301).

1.5.2. Inhabilitación

La pena de inhabilitación implica “la suspensión de un determinado sector de los derechos que corresponden a un sujeto de derecho, impuesta a título de sanción cuando las leyes represivas la enlazan como consecuencia de determinada acción delictuosa” (Cafetzoglus, A., 1977, p. 117); de esta forma, incapacita al sujeto en el área de aquellos derechos donde ha mostrado no poseer la aptitud requerida para el ejercicio de los mismo.

Las inhabilitaciones se dividen en absolutas o especiales dependiendo de los derechos a los que afecta; al tiempo que pueden ser perpetuas o temporales. La primera, es decir, la absoluta, se encuentra regulada por el artículo 19 del Código Penal Argentino, y refiere a “la privación del empleo o cargo público, del derecho electoral; la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas; o la suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro”. Es dable aclarar que, la denominación de absoluta, no es estrictamente correcta, por cuanto no incluye todos los derechos del sujeto; se aplica a éste, al calificarlo inhábil moralmente para ejercer determinados derechos.

El artículo 20 explicita la inhabilitación especial, estableciendo que la misma implica “la privación del empleo, cargo, profesión, y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere”.

Este tipo de inhabilitación como pena, asume el carácter de una sanción de seguridad preventiva, puesto que su aplicación tiende a limitar la actividad del sujeto en el terreno en que cometió el delito; por lo mismo, es factible de asumir formas muy variadas. Por ejemplo: un juez puede aplicar una pena de inhabilitación ante un accidente de tránsito que provocó lesiones graves, suspendiendo al responsable, su registro de conducir.

Seguidamente, en el artículo 20 bis, se hace referencia a la inhabilitación especial complementaria, es decir, alude a aquellas sanciones aplicables que complementan a las puntualmente expresadas en cada artículo. En este sentido, la incompetencia refiere a “la falta de habilidad, de capacidad; supone torpeza e ineptitud. Se trata de la actitud de un individuo que, en el desempeño de un empleo, cargo público, profesión o actividad, no se muestra con la destreza exigible a tales personas” (Terragni, M., 2012, p. 318).

El artículo 20 ter particularmente, refiere a la rehabilitación, especificando que “el condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado”, como así también, “el condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado”, siempre bajo determinadas circunstancias; no obstante, “cuando la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismo cargos”.

En otro sentido, la inhabilitación puede dividirse “por su aplicación, en principal, cuando es la única pena que prevé el tipo en cuestión; o accesoria, cuando acompaña a otra pena principal que prevé el tipo” (Terragni, M., 2012, p. 311).

Ejemplo de la inhabilitación aplicada como pena única, se dispone en el artículo 235 del Código Penal Argentino, al estipular que “los funcionarios públicos que hubieren promovido o ejecutado alguno de los delitos previstos en este título (Título IX relativo a los Delitos contra la seguridad de la Nación), sufrirán además inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena”.

La inhabilitación accesoria se establece en el artículo 12 del Código Penal al enunciar que “la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta 3 años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”.

Asimismo, es dable agregar la pena conjunta, expuesta en el artículo 207 del Código Penal al establecer que “en el caso de condenación por un delito previsto en este capítulo (Capítulo IV Delitos contra la Salud Pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas.), el culpable, si fuere funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte, sufrirá, además, inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena. Si la pena impuesta fuere la de multa, la inhabilitación especial durará de un mes a un año”.

1.5.3. Pena privativa de la libertad. Reclusión. Prisión. Diferencias

El Código Tejedor incluía dentro de su articulado el presidio, penitenciaría, prisión y el arresto, todas ellas como penas privativas de la libertad; clasificación que

se sostuvo en el código del año 1886, y que exigía, un tipo particular de establecimiento carcelario para cada reo, dependiendo del tipo de pena aplicado. Así también, se establecía el confinamiento y destierro como penas tendientes a limitar la libertad.

Tras diversas modificaciones a lo largo de los años, el Código Penal vigente, sostiene sólo dos tipos de pena, la reclusión y la prisión, tal como lo determina el artículo 5 antes mencionado. No obstante, las legislaciones actuales tienden a unificarlas.

A las anteriores se le suma “la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple...” (art. 52).

La pena privativa de la libertad es “la pérdida de libertad ambulatoria de un penado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo, determinado previamente por una sentencia judicial y ejecutado conforme a la legislación vigente de forma que favorezca la resocialización” (Mappelli Caffarena, B. y otro, 1996, p. 63).

Históricamente, la diferencia radicaba en que la reclusión era aplicable como pena infamante, quitándole al responsable su fama, reputación y honor; la prisión por el contrario, no guardaba ese carácter. Dicha distinción se conservó moderadamente en el Código Penal del año 1921; así, quienes estaban sujetos a reclusión eran dispuestos para trabajos públicos, mientras que los sancionados con prisión, ejecutaban trabajos puertas adentro del establecimiento destinado a los mismos.

Conforme al Código Penal vigente, el artículo 6, alude a la pena de reclusión, y el artículo 9, a la pena de prisión; estos, conjuntamente con el artículo 7 que expresa que, “los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieran reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de

trabajo especial que determine la dirección del establecimiento”, si bien, no se derogaron formalmente, perdieron vigencia a partir del decreto-ley 412 del año 1958, correspondiente a la Ley Penitenciaria Nacional. Esta normativa legal, no expresa diferenciación entre una y otra, al tiempo que elimina los términos recluso y preso, determinando por medio de su artículo 15, la sola expresión de ‘interno’. Igualmente en el artículo 57 de la Ley N° 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. (1996).

“En rigor, las diferencias que subsisten en la ley obedecen al diferente modo de ejecución de ambas penas, que era más rígido en los casos de reclusión que en los de prisión” (Terragni, M., 2012, p. 293).

Los artículos 11, 12 y 13 del Código Penal Argentino, enmarcan las disposiciones comunes a la pena de reclusión y prisión. Así, el artículo 11 refiere a que “el producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará...” a diferentes circunstancias claramente puntualizadas. A continuación, en el artículo 12, cuando ambas superaron “los tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta...”. Por último, el artículo 13, puntualiza las condiciones bajo las cuales los condenados a una u otra, pueden alcanzar la libertad, sumando en caso de que el juez lo considere pertinente, las conductas contempladas en el artículo 27 bis.

El artículo 50 del Código Penal establece que, “Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena”; unificando ambas y otorgando la posibilidad de contemplar como reincidente al condenado.

En Argentina, “las penas privativas de la libertad no revisten nunca el carácter de perpetuas, ni aún en los casos previstos por ley, ya que por medio del instituto de la

libertad condicional, aún cuando se prevé la perpetuidad, el condenado podrá salir en libertad a los 35 años de efectivo cumplimiento, sea pena de reclusión o prisión” (Terragni, M., 2012, p. 289), toda vez que haya cumplimentado con lo exigido en el artículo 13.

No es posible hacer depender a la pena de reclusión o prisión perpetua, exclusivamente de lo puntualizado en el artículo 14 donde manifiesta las condiciones bajo las cuales se niega la libertad condicional; basado en este sólo argumento como modo de extinguir la condena a perpetua, sería factible de considerarla inconstitucional.

Por otro lado, y como expresión más profunda, “la condena perpetua no permitiría dar la posibilidad de resocialización al reo, sólo sería tendiente a inocuizar al delincuente mediante el encierro hasta a su muerte. Darle carácter de perpetuidad a la pena, tornaría ausente de fin a la pena” (Mahiques, C.A. y otro, 2007, p. 1325).

En febrero del año 2005, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la reclusión perpetua, siendo ambas condenas indistintas, puesto que los condenados pueden solicitar la libertad condicional pasados los 20 años siempre que cumplan con el artículo 13 del Código Penal. De este modo, quedó atrás la distinción entre reclusión perpetua y prisión perpetua, considerando implícitamente derogado el artículo 24 del Código Penal por la Ley N° 24.660, a través del caso “Méndez, Nancy Noemí s/ Homicidio”.

Es dable citar dos ejemplos en la Argentina, que de alguna forma son contrarios a las reglas. Uno de ellos, es el caso de Carlos Robledo Puch, considerado uno de los asesinos más destacados de la historia de este país. Fue detenido a la edad de 20 años, en 1972; en el presente lleva 44 años en el penal a pesar de que sus abogados han solicitado en reiteradas oportunidades que se le conceda la libertad, más aún, en

febrero de este año, él mismo ha pedido que se le otorgue un indulto extraordinario, que ningún juez quiere conceder. Otro caso es el de Claudia Sobrero, quien alcanzó su libertad antes de cumplir los 30 años presa; aún así, es considerada la mujer que en Argentina, recibió la pena más dura y que más años pasó en la cárcel.

1.5.4. Pena de Muerte

La pena de muerte “es la sanción jurídica capital, la más rigurosa de todas, consistente en quitar la vida a un condenado mediante los procedimientos y órganos de ejecución establecidos por el ordenamiento jurídico que la instituye”. Este castigo es aplicable desde la antigüedad bajo diferentes formas, con la intención no sólo de quitar la vida, sino también, provocar sufrimiento físico y humillación.

Ante esta medida, se encuentran posiciones contrarias; por un lado aquellos que entienden que la vida es el más importante de los derechos a defender, para ellos la pena de muerte se convierte en un asesinato que el Estado legaliza. Por el otro, se encuentran los que consideran justo quitar la vida a quienes han cometido algún delito aberrante, siendo la muerte la única respuesta como castigo ante tal conducta.

Platón desarrolló una teoría en la cual justificaba la pena de muerte, como medio político para extirpar de la sociedad a un elemento dañino y perjudicial, entendiendo que, “a aquellos cuyo cuerpo está mal constituido, se les dejará morir y se castigará con la muerte a aquellos otros cuya alma sea naturalmente mala e incorregible. Es lo mejor que puede hacerse por ellos como Estado” (1983, p. 128). Se apoyaba en el hecho de que, quien cometía un delito, era incorregible y que podía perturbar a otros integrantes de la sociedad; así la muerte, se convertía en el recurso disponible para dar una solución a la comunidad.

Santo Tomas de Aquino, en su máxima obra ‘La Summa Teológica’, sostiene que “todo poder correctivo y sancionario proviene de Dios, quien lo delega a la

sociedad de hombres; por lo cual el poder público está facultado como representante divino, para imponer toda clase de sanciones jurídicas debidamente instituidas con el objeto de defender la salud de la sociedad. Por ello, es conveniente y lícito eliminar al criminal pervertido mediante la pena de muerte para salvar al resto de la sociedad” (1994, parte II, cap.2, párrafo 64).

De allí surgen los argumentos retensionistas, es decir, aquellos que se definen a favor de la pena de muerte, y su justificación radica en el hecho de que todo sujeto que llevó adelante un delito grave, debe responsabilizarse por el acto realizado, por tanto, es justo que pague por sus acciones. Tras este argumento, mora una fuerza que impulsa a las personas a pedir que se haga justicia ante hechos aberrantes.

Para otros, la pena de muerte sirve como acto intimidatorio para los que aún no han cometido un delito, llevándolos a desistir en el intento por realizarlo. Este argumento no sólo la considera imprescindible como medio disuasivo, sino también, como una forma de menguar el dolor provocado a la víctima y sus familiares.

Por otro lado, se encuentran las razones que se elevan en contra de la pena capital, como la contracara argumentativa de lo anteriormente expresado. En primer lugar, pareciera que la pena capital sólo se sostiene como una forma de venganza injustificada moralmente; por un lado se defiende la vida, sea en este caso, la de la víctima, y por el otro, el modo elegido es cercenando la vida con esta medida. Si bien, pueda concebirse la idea de que un individuo sienta deseos de venganza, “el Estado no puede ponerse al mismo nivel que el individuo aislado. El individuo aislado actúa por rabia, por pasión, por interés, por defensa. El Estado contesta de manera meditada, reflexivamente, racionalmente” (Bobbio, N., 1998, p. 63).

Otro argumento abolicionista, se desarrolla sobre la base de la inexistencia de conclusiones rotundas que avalen el carácter preventivo que algunos consideran que posee la pena de muerte.

En este sentido, Beccaria, C., en su libro “De los delitos y de las penas” (1764), afirma que “la pena de muerte no es útil ni necesaria, por tanto, debe abolirse. No impide los crímenes ni tiene un eficaz efecto disuasorio. Para cualquier criminal, pasar la vida en la cárcel privado de su libertad, es peor que una condena a muerte”

Finalmente, se plantea el argumento de la posibilidad de error, es decir, condenar a una persona inocente. Condenar a muerte a una persona que en verdad no cometió un delito, sería una enorme torpeza judicial y moral.

Por otro lado, los Organismos Internacionales se declaran firmemente contrarios a la pena capital, entendiéndola como una violación a los derechos humanos. Entre los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos derivados de ellos, cabe mencionar a modo de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la ONU, en diciembre de 1966, que alude expresamente a la pena de muerte en su artículo 6.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, en su artículo 4 Derecho a la vida, expone los aspectos más relevantes de la pena de muerte, puntualizando en el inc. 3, “No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”.

En Argentina, por medio de la Ley N° 23.077 de 1984, fue abolida definitivamente la pena de muerte, respaldada en este caso, por un impedimento internacional que quita toda posibilidad de restablecerla. En su caso, si se hiciese, violaría un tratado internacional y, constitucionalmente, el orden interno, por cuanto Argentina, adhiere sin reservas específicas, al Pacto de San José de Costa Rica que

prohíbe dicho aberrante castigo que, por otra parte, queda fuera inclusive del concepto de pena, pues su única función es suprimir definitiva e irreversiblemente a un ser humano.

A partir de la reforma constitucional de 1994, y con la incorporación de este Pacto al ordenamiento jurídico con rango constitucional, y por aplicación del principio de irreversibilidad de los derechos humanos, según el cual una vez que algún derecho se integra al sistema jurídico de un Estado democrático, no es posible después darlo por inexistente o derogado, ni siquiera mediante una reforma constitucional sería posible restablecer la pena de muerte.

Por otro lado, en agosto de 2008, la Cámara alta dio por aprobadas las modificaciones al Código de Justicia Militar, eliminando definitivamente la pena de muerte.

Cada año más países suprimen la pena de muerte en sus normativas legales. Al día de hoy, ha sido abolida y hasta penalizada en la gran mayoría de los países, siendo Estados Unidos, Japón e India, algunas de las excepciones.

En lugares donde aún se permite este modo de actuar de una moral tan cuestionable, su propósito es castigar asesinatos, actos de espionaje, traición política y delitos sexuales, tales como el adulterio o la sodomía.

Si bien este tipo de sentencias hace surgir innumerables debates, los seres humanos son versátiles y cambiantes, por tanto, ante la variación de determinados factores inconvenientes para algunas personas, las posiciones se revierten. Quien se opone acérrimamente a la pena de muerte, puede llegar a exigirla si él o alguien cercano es víctima de un delito grave.

CAPÍTULO II

DELITO

2.1. DEFINICIÓN

El hombre es un ser social por naturaleza, conceptualización ya realizada por Aristóteles y, por ese mismo carácter de social precisa de otros seres humanos para alcanzar la satisfacción de sus necesidades; esto lo lleva a una convivencia dentro de una comunidad donde se proveen mutuamente unos con otros. No obstante, para que ello se cumpla y se desarrolle ordenadamente, es ineludible la existencia de un sistema normativo respetado por todos. La evolución de las sociedades, desde formas más arcaicas hasta alcanzar sistemas de gobierno más adecuados y organizados, determinaron los conceptos de orden jurídico y, como contraparte de éste, aquello considerado antijurídico, es decir, la ejecución de actos opuestos a la paz y armonía en la comunidad. Por lo mismo, dichas conductas demandan castigo.

En este contexto asoma el concepto de delito, el cual también se fue modificando a lo largo de los tiempos aunque siempre estuvo presente como contrapartida de los valores que toda sociedad busca proteger. Esa misma evolución determinó que actos puntuales que no fueron considerados delitos siglos atrás, hoy lo son; como así también, las particularidades de cada sociedad, lleva a que en algunos países ciertas conductas sean consideradas normales y en otras, se tipifiquen como delito.

“Todas las personas tenemos una idea aproximada de lo que es delito, y más allá de que podamos definirlo de una u otra manera sin negar su realidad social, resulta ser también el producto de una definición, porque el delito es un ente conceptual producto de la cultura y no un ente material” (Langon, M., 2006, p. 147).

Desde su etimología, el vocablo delito “proviene del verbo ‘*delinquere*’, que significa resbalar, desviarse, abandonar una ley”⁴.

El Código Penal Argentino no incluye en su articulado una definición puntual de delito. “La doctrina siempre ha reprochado al legislador que debe abstenerse de introducir definiciones en los códigos, pues es trabajo de la dogmática” (Polaino Navarrete, M., 2015, p. 21). No obstante, ordenamientos jurídicos como por ejemplo el de Chile, lo define en su artículo 1 como “toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”; y el Código Penal de España explicita que “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley” (art. 10).

“El delito fue siempre una valoración de la conducta humana, condicionada por el criterio ético de la clase que domina la sociedad” (Muñoz Conde, F. y otro, 2004, p. 205); por ello ha tenido diversas definiciones, que es dable agrupar a partir de dos concepciones básicas, las formales o nominales y las substanciales o materiales.

a) Concepciones formales o nominales: de acuerdo a ellas, el delito involucra una conducta prohibida por la ley, tras la cual deviene una pena. Por tanto, es la ley que nomina, determinando y nombrando todo hecho que a partir de ella, será contemplado como delito. Si en su caso, dicha ley es derogada, la conducta que allí encuadraba deja de ser delito. Desde esta mirada, el delito es concebido como artificial, e incluye la concepción jurídica y la filosófica.

-La Concepción Jurídica: “El delito es todo acto humano voluntario que se adecua al presupuesto jurídico de una ley penal” (Rodríguez, M.C., 2009, p. 29). Toda ley conlleva un presupuesto y una consecuencia, por tanto, comete delito quien realiza una conducta antes puntualizada como presupuesto.

⁴ Diccionario de la lengua española. 2014. 23º ed. Versión electrónica. www.rae.es.

Esta concepción fue desarrollada por Romagnosi, J.D. y Carrara, F. El primero de ellos expresa que el delito “es la agresión al bienestar, si queda impune destruiría a la sociedad. Para que no ocurra tal cosa, la sociedad y el Derecho deben eliminar la impunidad” (Rodríguez, M.C., 2009, p. 30).

Para Carrara, F. “el delito es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad ciudadana, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (Rodríguez, M.C., 2009, p. 30). Al considerar al delito como una creación de la ley, entiende que es un ente jurídico, definiéndolo como infracción y no como acción, debido a que a partir de su establecimiento como delito, el límite de lo prohibido queda claramente asentado.

Con la expresión ‘acto externo’, alude a que sólo es delito la conducta que la persona exterioriza y no sus pensamientos. Así también, incorpora como necesaria la voluntad al decir que es un acto positivo, al tiempo que dicha acción está basada en el libre albedrío, donde el ser humano decide hacer efectivo un comportamiento considerado delito, por ello es moralmente imputable. Por último, es políticamente dañoso puesto que al afectar los derechos subjetivos de un ser humano, de una o de otra forma, lesiona a la misma sociedad.

La crítica más destacada que recibe esta concepción se fundamenta en que “el delito no puede ser algo creado por la ley, la ley solamente lo define, es más, sólo lo describe en el tipo; éste sólo da lugar a las *especies delictorum*, es decir, los delitos en particular” (Pessina, E., 1936, p. 287).

-La Concepción Filosófica: De acuerdo a ella, “el delito consiste en la vulneración de un deber” (Pessina, E., 1936, p. 288). Esta posición pierde fuerza frente a determinados deberes, tales como el deber de no ausentarse en el trabajo, existiendo en contraposición el llamado derecho a huelga, garantizado

constitucionalmente en muchos países, como es el caso de Argentina, a través del artículo 14 bis de su Carta Magna.

Esta concepción pretende formular un concepto de delito universal, útil para todos los tiempos y países. No obstante, la pretendida validez se debilita, por cuanto el paso del tiempo y el cambio de ideas, lleva a derogar una ley provocando que aquella conducta considerada delito, deje de serlo.

b) Concepciones substanciales o materiales. Estas líneas “establecen elementos del delito como presupuestos para que un acto voluntario humano sea considerado como delito; así el delito, es un acto humano típicamente antijurídico culpable y sancionado con una pena de carácter criminal”. (Machicado, J., 2010, p. 6).

Estos pensamientos se basan en el método analítico y se subdividen en la concepción dogmática y la sociológica del delito.

-La Concepción Dogmática: entre sus principales exponentes, es dable citar a Ernst Von Beling y Karl Binding. Apoyados en sus ideas, el delito “es la acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable” (Machicado, J., 2010, p. 8). Por tanto, son dejadas de lado todas las conductas o actos involuntarios, reflejos o patológicos. Asimismo, para la existencia certera de delito, la conducta o acto debe ajustarse al tipo penal, caso contrario no es dable considerarlo delito, de allí que, “todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido” (Bernaes Ballesteros, E., 1999, p. 89).

Como un acto típicamente antijurídico implica que la conducta pone en riesgo, lesiona o daña un bien que previamente se encuentra jurídicamente protegido, salvo en aquellos casos donde prima la necesidad, en situaciones de legítima defensa, o cuando se da cumplimiento a un deber o se ejerce un derecho.

-La Concepción Sociológica del delito. Uno de sus representantes más destacados, Rafael Garófalo, explicitó que “el delito es la lesión de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, según la medida en que son poseídos por la comunidad y en la medida en que son indispensables para la adaptación del individuo a la sociedad” (Terragni, M., 2012, p. 109), dándole especial relevancia a la influencia de esta última.

No obstante, fue Enrico Ferri quien más notabilidad otorgó al factor social, aduciendo que las leyes penales en su conformación, deben atender prioritariamente a la peligrosidad social que domina a todo delincuente, y no tanto al delito en sí. La excepcional importancia dada al factor social se basaba en la influencia que esta variable tenía sobre el delito, puesto que en él influía tanto la constitución física y psíquica del sujeto, como así también, las costumbres, la familia y la educación, y hasta factores climatológicos o ambientales en general.

En suma, Muñoz Conde y García Arán, expresan que la Dogmática jurídico-penal, ha concluido que “el concepto de delito responde a una doble perspectiva: por un lado, el delito se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre la conducta, llamado antijuridicidad. Por el otro, el delito se presenta como un juicio que se hace sobre el autor de ese hecho, denominado culpabilidad”. (2004, p. 205).

2.1.2. Sujeto y Objeto del delito

“El Sujeto del delito es la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica” (Muñoz Conde, F., 1999, p. 186). Siempre es una sola persona quien puede llevar adelante la comisión de un delito; en caso de asociación, se sigue considerando la pena que como consecuencia del delito realizado, enfrentará cada uno de sus integrantes.

A su vez, el sujeto puede ser “activo, es decir, la persona que realiza la acción típica, y sujeto pasivo, el titular del bien jurídico protegido; y este último, no es más que el interés al que la ley penal pretende proteger” (Muñoz Conde, F., 1999, p. 186). Por tanto lo son “el hombre, la persona jurídica, el Estado o la colectividad” (Jiménez de Asúa, 1965, p. 20).

“El Objeto del delito es la persona o cosa sobre la que recae la acción del sujeto activo, ya sea la persona individual o colectiva, los animales o las cosas inanimadas” (Muñoz Conde, F., 1999, p. 318). Si bien es posible distinguir conceptualmente el objeto material y el sujeto pasivo, en algunos casos es factible que coincida, como por ejemplo, en el delito de homicidio donde es la misma persona sobre la que se ejecutó la acción, privándola de la vida.

Así también, no necesariamente en todo delito está presente el objeto material, tal como sucede por ejemplo, en los casos de omisión simple o falso testimonio. Asimismo, no es posible considerar al instrumento o elemento del delito, es decir aquello con lo que se llevó adelante la acción, como el objeto material del delito.

“El objeto jurídico o bien jurídicamente protegido es el bien tutelado por el Derecho mediante la amenaza penal” (Muñoz Conde, F., 1999, p. 319); es decir, aquello que la ley tiende a cuidar y tutelar de potenciales vulneraciones.

2.2. CLASIFICACIÓN Y ELEMENTOS DEL DELITO

“El delito es un concepto genérico, por tanto divisible en especies o categorías; enunciarlas significa clasificar los delitos” (Fernández Madrazo, A., 1997, p. 53). El Código Penal puntualiza los diferentes tipos legales a los que alude dicha clasificación.

a-Por su gravedad: dependiendo del sistema imperante, los delitos se dividen en crímenes, delitos y contravenciones, cuando es tripartito. El sistema bipartito, los subdivide en delitos y contravenciones. En el primer caso, no hay esencialmente una distinción entre crimen y delito más de la que es dada por su gravedad; las sociedades tienden a reaccionar más enérgicamente ante los crímenes, por considerarlos más graves.

Por otro lado, la distinción entre delito y contravención reside en que en el primero, el daño es verdadero y legítimo, existe una intensión manifiesta y se exponen en el Código Penal. La contravención es un peligro simple que no guarda mala intensión y se plasma en disposiciones especiales referidas a cada área en particular.

“Ferri, E. sostiene que no hay entre delitos y contravenciones diferencia sustancial desde el punto de vista jurídico, a pesar de que admite que las contravenciones tienen psicológicamente, y por tanto, moral y socialmente, un valor distinto al de los delitos y por ello exigen distinta regulación” (Fernández Madrazo, A., 1997, p. 56); de ahí que estas infracciones son sancionadas a partir de leyes especiales.

No obstante, Zaffaroni, E., considera a la “legislación contravencional como la hija menor o hermana desheredada de la coerción penal, mirada con cierto desprecio por los penalistas; sin embargo, desde el punto de vista de los derechos humanos constituye uno de los artículos más importantes de la legislación penal” (Zaffaroni, E.R., 1984, p. 197). Estas normativas poseen una significativa cercanía con la comunidad; así también, muchas veces cuentan con insuficientes garantías favoreciendo la arbitrariedad por parte de la policía, menoscabando la dignidad humana. Se constituyen como un apartado relevante y una herramienta de control

social al inmiscuirse en ámbitos exclusivamente privados donde no puede hacerlo el código penal, tales como espectáculos públicos, artísticos, religiosos, etc.

Continuando con la clasificación, los delitos se diferencian:

b-“Por la forma de la acción: el delito se clasifica en delito de comisión (hacer lo que la ley prohíbe), de omisión (no hacer lo que la ley manda), de comisión por omisión (hacer lo que no se debe, dejando de hacer lo que se debe).

c-Por la forma de ejecución: se describen el delito instantáneo, permanente, continuado, flagrante y, conexo o delito compuesto” (Machicado, J., 2010, p. 15). En el primero de ellos, la acción es coincidente con la consumación, como sucede en los casos de hurto; contrariamente, en aquellos considerados permanentes, tras la consumación, la vulneración jurídica prosigue, como en el caso de rapto. El delito continuado es aquel que realiza un mismo individuo mediante una serie de actos que se constituyen como prácticas parciales de un mismo delito.

El delito flagrante “es el que se ha consumado públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo en que lo cometía” (Machicado, J., 2010, p. 17). Por último, el delito conexo o compuesto es aquella acción que ha requerido para su ejecución, la realización previa de otros actos, por ejemplo, el robo de las llaves de un vehículo para poder sustraerlo.

d-Por las consecuencias de la acción, el delito puede ser formal toda vez que la ley no requiere de los resultados que el sujeto deseaba para atenderlo como tal. Ejemplo de ello, los casos de envenenamiento considerados delito más allá del resultado que la acción provocó. Por otro lado, “el delito material o de resultado es el que se consuma mediante la producción de un daño efectivo que el delincuente se propone” (Fernández Madrazo, A., 1997, p. 58).

e-Por la calidad del sujeto se clasifican en: delito impropio, cometido indistintamente por cualquier sujeto; en el articulado del Código Penal se inician con expresiones tales como ‘Toda persona que...’, o ‘Los que...’. El delito propio es aquel en cuya comisión interviene un individuo que posee condiciones particulares en relación a su posición, cargo o profesión; reconocibles en el Código Penal cuando expresan ‘El médico que...’ o ‘La madre...’.

f-Por la forma procesal: “el delito de acción privada donde se enjuicia y se persigue sólo a querrela de parte ofendida, por ejemplo los delitos contra el honor, difamación e injuria. El delito de acción pública a instancia de parte; es aquel en que el fiscal puede perseguir sólo a pedido de la parte damnificada u ofendida, por ejemplo, abandono de familia. Por último, el delito de acción pública, donde puede demandar quienquiera, incluso el Ministerio Público de oficio; por ejemplo, el homicidio” (Machicado, J., 2010, p. 20).

g-Por las formas de culpabilidad: en el delito doloso, existe claramente la voluntad y el conocimiento en la realización del acto; su característica principal, es la sola intención de consumar el delito. En el delito culposo, la consecuencia puede haber sido advertida pero la intención está ausente; en este tipo de delito, el acto es producto de la negligencia, la imprudencia o el desconocimiento de la normativa, no obstante, pudo preverse.

h-Por su naturaleza intrínseca, los delitos pueden ser: común cuando daña un bien de un particular. Delito político cuando la estabilidad del Estado y la seguridad se ven vulneradas. Delitos contra la Humanidad, son aquellos que vulneran derechos esenciales de los seres humanos como la vida.

k-Por el daño causado al objeto de la acción. En relación a éste, es dable distinguir: “el delito de lesión, es aquel que se consuma produciendo un daño o una

lesión efectiva de carácter físico o material; y el delito de peligro es aquel para cuya configuración no se requiere la producción de un daño, siendo suficiente con que se haga correr un riesgo genérico o concreto al bien jurídico protegido por la norma” (Fernández Madrazo, A., 1997, p. 59).

2.2.1. Elementos del delito

A través del método analítico es posible subdividir el concepto de delito en categorías o elementos, todos interdependientes, con el objeto de optimizar la aplicabilidad de la ley penal, y consiguientemente, del principio de legalidad.

Zaffaroni, E. alude a cuatro categorías características, como son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

-La acción, desde una concepción finalista, “es un hacer voluntario final. Es sinónimo de acción, de acto, de hecho humano voluntario. Y puede consistir tanto en una comisión (un hacer), como en una omisión (un no hacer)” (Zaffaroni, E.R., 1973, p. 128). Bacigalupo, E. se refiere a “un ‘comportamiento exterior evitable’, cuando el autor habiendo podido actuar de un modo distinto no lo hizo” (Bacigalupo, E., 1994, p. 88). Desde una concepción causal, implica un movimiento voluntario del organismo humano tendiente a provocar un cambio que vulnera la norma explícitamente prohibida.

Por tanto, la conducta, para ser incluida dentro del campo delictivo, debe materializarse en el mundo externo y debe ser voluntaria, quedando así excluidos los actos realizados sin plena consciencia y los actos reflejos. “En estos supuestos no existe conducta, por tanto no hay delito” (Muñoz Conde, F. y otro, 2004, p. 218).

-Tipicidad, “es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (Muñoz Conde, F. y otro, 2004, p. 251). Es decir, la figura debe estar previamente descrita en la ley, luego el acto humano voluntario

cometido por una persona debe ajustarse correctamente a la misma, caso contrario, no es delito.

-Antijuridicidad, “es la contradicción de la acción prohibida con todo el ordenamiento jurídico; es decir, cuando la conducta típica no está amparada por ninguna de las ‘causales de justificación’, tales como, estado de necesidad, legítimo ejercicio de un derecho, legítima defensa propia, y legítima defensa de terceros” (Terragni, M., 2012, p. 173); las que se encuentran explicitadas en el artículo 34 del Código Penal, incisos 3, 4, 6 y 7. Esto justifica que la condición de antijuridicidad viene dada por su carácter valorativo y no meramente, por el tipo penal; de allí que, el homicidio ejecutado en legítima defensa deja de ser delito, si bien, está tipificado.

-El último elemento del delito a considerar alude a la culpabilidad, entendida como “la reprochabilidad del injusto penal o de la acción típicamente antijurídica, a su autor” (Terragni, M., 2012, p. 198); es decir, “la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera, no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena” (Machicado, J., 2010, p. 38). La culpabilidad comprende la faz subjetiva del acto delictivo, por cuanto se relaciona con la personalidad y espiritualidad del individuo en el instante en que comete el delito, teniendo relevancia el modo en que el mismo, interpreta las circunstancias que lo rodean y su reacción ante ellas. Si dicho acto se constituye en un tipo penal merecedor de una pena, es preciso considerar las condiciones particulares del sujeto a sancionar.

Lo antes expresado guarda relación con la imputabilidad, es decir, “la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión” (Terragni, M., 2012, p. 205). Sin embargo, frente a determinados actos, el individuo pierde su imputabilidad, su capacidad de

culpabilidad, por concurrir en él situaciones particulares. Así lo puntualiza el artículo 34, inc. 1 del Código Penal al expresar que no es punible “El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”. Se incluyen de este modo como causas de inimputabilidad, sujetos con enfermedades mentales, perturbaciones de la consciencia, disminuidos intelectualmente, como así también, los menores de edad.

2.3. NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SIN PRAEVIE LEGE

“*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*’, es un aforismo latino que expresa ‘Ningún delito, ninguna pena sin ley previa’”. El mismo fue incorporado en el Código Penal de Baviera en el año 1813 por el penalista Paul Von Feuerbach, imposibilitando la aplicación retroactiva de las normas penales.

Se constituye en un principio limitador, denominado principio de legalidad penal, el cual basado en la máxima antes expresada, implica que “para que una conducta sea calificada como delito, debe ser descrita de tal manera con anterioridad a la realización de esa conducta, y el castigo impuesto debe estar especificado previamente por la ley” (Márquez Piñero, R., 1992, p. 129). Por lo tanto, un acto es delito siempre que la normativa legal lo dispusiese como tal, al tiempo que también habrá debido establecer la pena con la que será sancionado el autor del delito.

Confluyen así, dos garantías, “la garantía criminal, es decir, nadie puede ser penado, sino por hechos previamente determinados por la ley como delitos; y una garantía penal, donde nadie puede ser castigado por penas, diversas de las previamente establecidas por la ley” (Márquez Piñero, R., 1992, p. 130).

Ahora bien, la exigencia de que las penas estén puntualizadas en la normativa legal, no implica necesariamente que se deba fijar a priori la pena correspondiente a cada delito en particular, teniendo en cuenta hasta las más detalladas circunstancias, puesto que así, la función del juez se reduciría a una aplicación automática de las penas. Por el contrario, el magistrado requiere un margen de apreciación que le posibilite fijar la sanción pertinente de acuerdo a las circunstancias del acto y su autor.

No obstante, el principio de legalidad penal imposibilita el designio de la pena a la exclusiva voluntad del arbitrio judicial. Así, Roxin, C. advierte que “sería inconstitucional y nulo un precepto penal que se formulara del siguiente modo: ‘el que dañe una cosa ajena será castigado’, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer” (1997, p. 141). Del mismo modo, es inadmisibles “un marco penal que comprenda desde la pena de multa mínima hasta la pena de prisión perpetua. La doctrina exige en general, como mínimo, una fijación de la clase de pena” (1997, p. 174).

El fundamento en el que se basa la existencia de este principio, radica en la seguridad jurídica; en ausencia de ella, los integrantes de una sociedad vivirían con el temor de que cualquiera de sus actos, a posteriori, la ley los considere delito. Por el contrario, al poseer el conocimiento de las normas legales de su país y, consecuentemente, sus sanciones, es consciente de cuáles son las conductas que van en contra de las mismas al momento de ejecutarlas.

Este principio legal básico ha sido incorporado a numerosos códigos penales de Estados constitucionales, incluidas la mayoría de las democracias modernas, no sin antes atravesar un proceso evolutivo dificultoso y extendido.

En la República Argentina, el principio de legalidad se consagra en el artículo 18 de la Constitución Nacional; por tanto, alcanza jerarquía constitucional y a partir

de allí, la ley penal define los delitos y determina las sanciones que le corresponden, dejando en manos del magistrado judicial, la posibilidad de fijar la pena entre un mínimo y un máximo en base a su apreciación.

2.4. ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

Este apartado es denominado el artículo de las garantías, por cuanto allí se reúnen los principios esenciales tendientes a resguardar la libertad y la seguridad de las personas; al tiempo que buscan asegurar la dignidad del ser humano para una adecuada convivencia en sociedad. Por tanto, las garantías constitucionales suponen “el conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con el objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea transgredido por un órgano de autoridad política” (Sagües, N.P., 2007, p. 616).

Su incorporación, conjuntamente con la declaración de los derechos de las personas, dentro del cuerpo de la Carta Magna, “se presenta hoy como condición de legitimación del estado de derecho: si no hay un adecuado régimen constitucional en materia de derechos y garantías, el estado del caso no tiene justificación, ni es un auténtico estado constitucional” (Sagües, N.P., 2007, p. 275).

Así como en el párrafo antes expuesto, es habitual hacer alusión a las garantías conjuntamente con los derechos, no obstante, cabe hacer una distinción mínima teóricamente. Por tanto, “mientras los derechos importan facultades o atribuciones, las garantías significan herramientas o medios para efectivizar los derechos, ‘el derecho es lo protegido, la garantía la protectora’” (Sagües, N.P., 2007, p. 614). La Constitución Nacional pone a disposición de los integrantes de la sociedad, las garantías como instrumentos para la defensa de sus derechos frente a otros, haciendo

las veces de límite, impidiendo al Estado y a las personas que habitan bajo su jurisdicción, la vulneración de los derechos.

Asimismo, la reforma constitucional de 1994, al incorporar los tratados internacionales de derechos humanos, aseguró y otorgó mayor amplitud a las garantías existentes en su texto y de las cuales ya gozaban los imputados.

El artículo 18 de la Constitución Nacional puntualmente consagra las garantías de legalidad, ley previa e irretroactividad. Sus aspectos sobresalientes se detallan a continuación:

El mencionado artículo se inicia con la expresión “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. La misma es aplicable a todo proceso judicial que involucre de algún modo, la limitación de los derechos constitucionales de un individuo. Esta garantía conlleva el requisito de que el acto reprochable, esté puntualmente plasmado en la ley, y que, la supuesta responsabilidad que le cabe al autor del acto sea verdaderamente probada en un juicio donde a su vez, se le otorguen todas las posibilidades de defenderse. “La garantía del juicio previo evita el ejercicio abusivo de los derechos, los excesos del poder y la arbitrariedad en la solución de las controversias” (Bramont-Arias Torres, L., 2000, p. 139).

En relación con lo anterior, todas las personas tienen derecho a ser juzgadas por un juez que entienda particularmente, sobre la materia de que trata el caso, asegurando así, que se encuentre en condiciones de comprender todas las circunstancias que rodean al acto que se va a juzgar. En igual sentido, el individuo no podrá ser “juzgado por comisiones especiales”, es decir, por órganos no jurisdiccionales que hayan sido dispuestos por los otros poderes de la Nación; esto permite garantizar la imparcialidad, evitando que sus derechos se vean afectados.

El principio que alude a la irretroactividad de la ley penal, refiere a que un hecho que no era delito en el momento en que se cometió, se pueda convertir en tal, con posterioridad a la comisión del mismo. Por tanto, constitucionalmente, a ninguna persona se la puede sancionar por un acto delictivo que en el tiempo de su ejecución, no estaba puntualmente tipificado como delito en una normativa legal. Mismo principio enunciado en el artículo 2 del Código Penal Argentino.

Otro apartado del artículo 18, puntualiza que “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”, imponiendo la obligatoriedad de letrados durante el proceso judicial, siendo en caso necesario, que el Estado proporcione el patrocinio gratuito.

Esta garantía asegura que todo individuo en iguales condiciones, puede presentarse ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia. Relacionado con el derecho a la jurisdicción, Bidart Campos, G. señala que “no se agota con el acceso al órgano jurisdiccional. Subsiguientemente importa que se cumpla el derecho de defensa y que la pretensión se resuelva mediante sentencia oportuna en el tiempo, debidamente fundada y justa” (1978, p. 195).

Derivada de la garantía de defensa en juicio, la presunción de inocencia determina que ninguna persona será señalada culpable hasta tanto el proceso judicial conforme a las disposiciones legales vigentes, arroje como resultado una sentencia que lo declare como tal.

En cuanto a la autoincriminación, el artículo 18 expresa que “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”; es decir que aquel, de quien se sospecha la comisión de un delito, no está obligado a prestar declaración. Ésta, debe provenir de su libre voluntad, dejando en claro que su negativa no conlleva ninguna consecuencia

perjudicial en el futuro, tanto en sus posibilidades de demostración de inocencia como en el debido respeto de todos sus derechos.

Más adelante, el artículo 18 continúa con la expresión “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

Cabe aclarar que por medio del término ‘domicilio’, se interpreta de manera extensiva tanto el espacio que sirve de morada como así también, aquellos en los que la persona desarrolla actividades relativas a su trabajo o profesión.

La presente garantía constitucional tiene a proteger los ámbitos de carácter privado, con el objeto de recabar información de la persona, sin la debida autorización de un juez; la misma, se traduce en una orden de allanamiento que especifique claramente el lugar y aquello que se espera encontrar.

Las excepciones a esta garantía sólo se consideran válidas ante riesgo o peligro de muerte; estas situaciones justifican la intromisión de la autoridad sin la debida orden, en un domicilio privado.

Por último, el artículo puntualiza dos aspectos importantes, por un lado, “Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes”, como parte de antiguos resabios anteriores a la Constitución.

Por otro lado, “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...”, es decir, que toda la organización carcelaria debe evitar el castigo de los reos, tendiendo a crear las condiciones adecuadas para la rehabilitación del mismo, y su posterior reinserción en el seno de la sociedad. Este punto, particularmente se complementa con las normas establecidas

sobre el tema, en los tratados internacionales de derechos humanos, que tienen hoy, jerarquía constitucional.

Complementando al anterior, el artículo 19 de la Constitución Nacional refiere al principio de reserva, considerado una de las garantías troncales que tiende a proteger a todas las personas que integran una sociedad. Se denomina así, puesto que “hace reserva de la zona de libertad en la que el Estado no puede penetrar; e incluso en la otra, en la que sí puede actuar, debe hacerlo mediante leyes” (Terragni, M., 2012, p. 44).

Su primer párrafo expresa que, “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. A partir de aquí, es posible deducir que, conjuntamente con otras garantías penales, la reserva nace como un límite substancial al Estado, de modo tal que en el ejercicio de su poder, no pueda entrometerse en aquello que perjudique a terceros.

El artículo finaliza con la frase “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. En este sentido, Quiroga Lavié, H. expresa que “la reserva de la ley es como la tipicidad constitucional, no hay obligación penal ni civil sin ley. Así, todo lo no prohibido está permitido y a veces está permitido expresamente, sin que por ello cambien los efectos jurídicos de la permisión” (2000, p. 120).

En suma, la principal y más significativa razón de ser de las garantías, “deriva de la necesidad de poner un límite a la violencia, ya que sus efectos destructores pueden socavar las bases de la convivencia. Así como el delito puede entenderse como una agresión a bienes imprescindibles para la coexistencia, y para ello se requiere de un poder general que controle a los individuos, cuando tal poder se ejerce

indiscriminadamente se genera el mismo efecto que se pretendía evitar” (Vázquez Rossi, J., 2008, p. 148). Es decir, en el intento de preservar los bienes, el Estado puede terminar provocando algunos males, convirtiéndose éstos, en males mayores de los que originariamente pretendía evitar. De esta forma, las garantías funcionan como márgenes de seguridad que impiden el exceso de autoridad.

La necesidad de evitar esto último, conduce a “dotar al individuo de una valla protectora de garantías constitucionales, llevándolo a una situación que implica respetar la dignidad del ser humano integrante de la sociedad jurídicamente organizada” (Vázquez Rossi, J., 2008, p. 150).

Asimismo, reforzando lo anteriormente expresado, es dable citar el artículo 28 de la Constitución Nacional, el cual expresa que “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Por su naturaleza, los derechos y garantías son esencialmente inalterables, es decir, que toda ley que provenga del Congreso de la Nación, no deberá en ningún caso, afectar el contenido de los mismos o adular su esencia determinada constitucionalmente, para bien de todos los habitantes del país.

Es posible que la sociedad toda, coincida en que las personas culpables de un delito merecen ser castigadas y que, el problema de la delincuencia requiere soluciones rápidas y efectivas, sin embargo, “los valores como los establecidos en la sección Declaraciones, Derechos y Garantías de la Constitución Nacional deben ser firmemente respetados en forma prioritaria. De lo contrario, podemos hallarnos todos los habitantes de este país a merced de la arbitrariedad, la fuerza y la opresión; representando esto último, un precio excesivamente alto a pagar por ello. Las garantías están en el texto de la Constitución, es sólo cuestión de aplicarlas” (Carrió, A., 1994, p. 459).

CAPÍTULO III

LA PENA EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL ARGENTINO

3.1. ANTECEDENTES

A pesar de los intentos reconstructivos, el Derecho Penal Argentino, no muestra entre sus raíces la influencia de un derecho penal aborigen; en cambio, si revela el claro acogimiento de la legislación y doctrinas provenientes de Europa.

Hasta la sistematización del Derecho Penal a través del Proyecto Tejedor, la única fuente de la legislación dominante en el territorio del Río de la Plata, fueron las normativas penales procedentes de España, que más tarde pasaron a las Provincias Unidas y posteriormente, al espacio que hoy comprende la República Argentina. “La nueva Recopilación, las Leyes de Indias, Las Partidas, el Fuero Juzgo, las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación, que constituyen esa fuente, reflejaban la recepción del derecho romano y del canónico” (Núñez, R.C., 1999, p. 31).

A partir del año 1810, conjuntamente con ellas, comenzaron a regir leyes especiales con vigencia en las provincias, como la ley N° 49 de 1863, mediante la cual se determinaban los crímenes que al tribunal nacional le competía juzgar, al tiempo que puntualizaba su penalidad; delitos tales como la piratería, la sedición, los actos que comprometen la paz y la seguridad de la Nación, entre otros. Por medio de esta ley, se otorgó el debido reconocimiento a las provincias para elaborar sus códigos penales particulares, conformándose la doble fuente del Derecho Penal de ese momento.

3.2. EVOLUCIÓN DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

El profesor Carlos Tejedor realizó en el año 1864, el primer ensayo de codificación, cuya parte general replica los principales lineamientos del Código Penal de Baviera de 1813, realizado por Paul A.V. Feuerbach. “En menor medida recibió el aporte de la doctrina española a través de Joaquín Francisco Pacheco, comentarista del Código español de 1848/50 y de la doctrina francesa a través de Chauveau” (Núñez, R.C., 1999, p. 32). En la Parte segunda, prevalece el código de España, como así también, fuentes del código de Perú, del año 1862.

A este proyecto se lo autorizó a través del artículo 108 de la Constitución Nacional; si bien no contó con la debida sanción de carácter nacional, no obstante, lo arrojaron ocho provincias, incluida Buenos Aires, aunque en esta última con ciertas reformas. Varias de sus disposiciones, siguen vigentes en el actual Código Penal.

En el año 1880, Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García revisaron el antes mencionado Proyecto Tejedor, sin embargo, esta nueva elaboración del Código fue rechazada, aunque la provincia de Córdoba lo adoptó con algunos cambios en el año 1882. El congreso decidió sancionar el primer Código Penal Argentino en el año 1886, tomando como base el Proyecto Tejedor, y comenzó a regir al año siguiente.

Años más tarde, en 1890, se conformó una comisión a solicitud del Poder Ejecutivo Nacional con el objeto de introducir una reforma; el nuevo texto finalizado al año siguiente, supo llenar vacíos existentes relativos a la aplicabilidad de la ley penal. Si bien, sostuvo las fuentes de origen español, mostró aportes de otros códigos que contenían lo más adelantado en legislación criminal, tales como el código belga, italiano y holandés. Su contenido fue la base de las modificaciones que mediante la Ley N° 4.189 de 1903, se realizaron al Código de 1886.

El Diputado Rodolfo Moreno (h), redactó y presentó el Proyecto de 1917, en un intento por poner fin al largo proceso de reformas al que fue sometido el Código de

1886; este legislaba únicamente sobre delitos y “fue objeto de críticas por el sector positivista, porque hace tabla rasa de los delitos de los adelantos producidos en el derecho penal durante el siglo XX” (Núñez, R.C., 1999, p. 34). A pesar de ello, fue sancionado como Código Penal y promulgado como Ley N° 11.179 en el año 1921, entrando en vigor al año siguiente.

Entre sus aspectos más relevantes, cabe mencionar la introducción al derecho positivo de instituciones como la libertad y la condenación condicional, por otro lado, las sanciones a reincidentes y a menores y, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena.

A partir de allí, se sucedieron diferentes reformas, algunas de ellas parciales, con orientación positivista o neo – positivista. En el año 1960, la redacción de un proyecto por parte de Soler llenó un vacío presente hasta el momento, relativo a la ampliación de la aplicabilidad de las medidas de seguridad a los semiimputables no peligrosos y peligrosos. Específicamente, en cuanto a las penas, anticipa “atenuantes especiales y generales; adopta el sistema de días multa y de la multa conjunta, que es aplicable si el hecho ha sido cometido por codicia; y, excluye la regulación de los delitos cometidos por menores de 18 años” (Núñez, R.C., 1999, p. 36).

A esta reforma le siguieron otras hasta que en 1994, el Poder Ejecutivo impulsó el proyecto de reforma propiciado por el profesor E.R. Zaffaroni, y que oportunamente, presentó ante el Ministerio de Justicia de la Nación. Desde ese momento, en gran medida sus modificaciones se llevaron adelante a través de decretos y leyes.

3.2.1. Anteproyecto de reforma del Código Penal

En el año 2012, la presidenta de Argentina en ese momento, Cristina Fernández de Kirchner conformó la ‘Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de

Reforma, Actualización e Integración del Código Penal' mediante el decreto 678/12. Esta nueva elaboración del Código Penal persigue unificar en un único cuerpo, toda la legislación vigente en la materia que estuvo dispersa a lo largo del último siglo.

Las numerosas modificaciones a las que fue sometido el texto en un intento por actualizarlo, finalmente provocaron muchas de las veces, contradicciones y desproporciones entre los delitos puntualizados y sus correspondientes penas, provocando un importante desequilibrio.

El trabajo realizado por la antes mencionada comisión, fue llevado adelante con el aporte de docentes, investigadores, juristas, instituciones universitarias, organizaciones civiles, etc., sus resultados, proporcionaron importantes lineamientos, entre ellos:

-Con el objeto de organizar y sistematizar en un único cuerpo normativo todas las conductas ilícitas, este proyecto las puntualiza, concediendo previsibilidad al Derecho Penal. Por lo mismo, este proyecto de código cuenta con 27 artículos menos, consecuencia de las correcciones que le hicieron, tanto por las imprecisiones que contenía como por la reiteración de palabras.

-En el texto propuesto, desaparece la libertad condicional y es reemplaza por el cumplimiento efectivo de un período de tiempo en prisión. Lo que se busca es que toda pena se cumpla completamente, sea prisión u otra pena alternativa.

-Se suma "la aplicación de penas alternativas a la prisión (arresto domiciliario, multa, detención de fin de semana, trabajo comunitario), para delitos menores; siempre y cuando se establezca un cuerpo de personal especializado dedicado a su ejecución efectiva, transparente e independiente" (Durrieu Figueroa, R., 2014, p. 18). Esto último, se constituye en la mayor preocupación, por cuanto no se prevén recursos

políticos o económicos para llevar adelante efectivamente, la conformación de los mismos.

-Se clarifican los criterios que determinan la aplicabilidad de la pena, no siendo confusos impidiendo la arbitrariedad de las sentencias. Asimismo, se especifican los atenuantes y agravantes que se deben tener en cuenta.

-En la parte especial, primer título, se agrupan los delitos contra la humanidad, tales como genocidio, desaparición forzada, esclavitud, tortura, entre otros. Así también, se particulariza el principio de jurisdicción universal a partir del cual, todo tribunal penal tiene competencia en el juzgamiento de los delitos antes mencionados.

-En cuanto a los delitos cometidos por funcionarios, estos fueron claramente definidos; se alude a la intervención en asociaciones ilícitas, la ausencia de controles y la colaboración hacia quien comete una irregularidad.

Entre las principales críticas que ha recibido el presente anteproyecto, es dable mencionar entre otras, las siguientes:

Por un lado, se entiende que una reforma configura esencialmente, mantener la tradición jurídica argentina en la temática, apoyada en las bases constitucionales que hacen las veces de soporte de los contenidos; por otro lado, una sustitución completa del Código Penal, que es lo que se considera que este texto propone, entraña la transformación de la filosofía que envuelve al Derecho Penal Argentino. Lo que se teme es que en realidad, esto sea lo que esté sucediendo con este anteproyecto, llevando a que el nuevo Código Penal sea verdaderamente una sustitución del anterior.

El punto quizá más controvertido es el relativo a la eliminación de la reincidencia como una circunstancia agravante al momento de determinar la pena. Quienes defienden esta posición se apoyan en el principio de que “nadie puede ser

condenado dos veces por la comisión de un mismo delito”, es decir, cuando se condena a un reincidente no deberían pesar los delitos cometidos con anterioridad y que fueron debidamente juzgados. Por otro lado, quienes plantean “la constitucionalidad de la reincidencia, la consideran un instrumento válido para graduar la pena aplicable; resulta razonable ser más severo con quien vuelve a violar la ley después de haber sido ya condenado” (Durrieu Figueroa, R., 2014, p. 20). Se suma a esto, la evidencia de que existe “una propensión significativamente mayor a cometer delitos de quienes ya los cometieron en el pasado. Un Código Penal que ignore esta realidad y trate a reincidentes y no reincidentes por igual será inútilmente severo con los no reincidentes y expondrá a toda la sociedad a la mayor criminalidad de los reincidentes”. Esta posición parece deshacer el argumento que refiere a la violación del principio antes mencionado, al tiempo que incorpora el principio de estricta justicia que le cabe a todos los integrantes de la sociedad, conservando el derecho a la protección por parte del Estado, ante la posibilidad de ser víctimas de un delito.

Otro punto criticado, es aquel que elimina los llamados delitos de peligro abstracto; así, el artículo 1, inc. c, del anteproyecto expresa: “Ofensividad: No hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico”. La crítica se debe a que ciertos delitos de este tipo han sido reconocidos como necesarios y válidos, al tiempo que, “su conveniencia debe darse punto por punto, delito por delito, y no en forma genérica y absoluta tal cual se propone en el anteproyecto” (Durrieu Figueroa, R., 2014, p. 21).

Es también motivo de debate, la supresión del denominado ‘dolo eventual’; “eliminar la responsabilidad penal de quien cometa un delito con ‘dolo eventual’, significa, ni más ni menos, que declarar la impunidad o atipicidad de las conductas

delictivas dolosas que no son cometidas con el denominado ‘dolo directo’ o ‘dolo indirecto’” (Durrieu Figueroa, R., 2014, p. 22). Excluir esta categoría, conduciría a obstaculizar aún más, las investigaciones relativas a delitos económicos y financieros, puesto que la comisión de estos, generalmente es con dolo eventual; mismo con los delitos llamados de ‘guante blanco’, como trata de personas, drogas o lavado de dinero entre otros, dando origen a mayor impunidad al proceso investigativo de estos actos.

El dolo eventual, es sustituido en el anteproyecto por una nueva evaluación, que dependiendo de su gravedad será culpa simple o temeraria, con distintas penas para cada caso; esto queda expresamente puntualizado en el art. 83.

No se cuenta con antecedentes en otros países de esta supresión del dolo eventual, generando una crítica no sólo a este punto, sino extendida a todo el anteproyecto en general y refiere a la ausencia de un debido análisis del derecho comparado. Este, “es una herramienta metodológica fundamental a la hora de ofrecer propuestas de modificación en materia penal. Se enriquece el debate y se objetivizan las discusiones jurídicas” (Durrieu Figueroa, R., 2014, p. 17).

El anteproyecto, propone elevar la edad de inimputabilidad penal de los menores, de 16 años como se puntualiza en el presente, a 18 años. La incongruencia se observa al registrarse en Argentina, un proyecto de ley del año 2009 y que obtuvo media sanción del Senado Nacional, pretendía reducir la edad a 14 años, argumentando en ese momento que una persona de esa edad, ya poseía capacidad de comprensión de lo que es un delito, sea robar, asesinar, etc.; mucho más por tanto, lo puede entender una persona de 17 años. La modificación se hace más reprochable al eliminar el agravante que implica para un adulto, la participación de un menor en la

comisión de un delito, obligándolo en algunos casos con el objeto de alcanzar mayor impunidad.

En cuanto al beneficio de la libertad condicional, que en el presente se puede acceder a partir de haber cumplido con los dos tercios de la condena, el anteproyecto propone que el beneficio sea efectivo al haber alcanzado la mitad de la pena, en los casos en que ésta haya sido determinada entre 3 y 10 años, presentando como requisitos un domicilio fijo y la certificación laboral. Por tanto, hoy, una persona condenada a 9 años de cárcel, puede solicitar el beneficio de la libertad condicional al haber cumplido los 6 años de prisión; con la nueva propuesta, si la persona es condenada a cumplir 8 años de cárcel, a los 4, ya está en condiciones de solicitar el beneficio.

Así también, “dejarían de ser delitos de acción pública y se convertirían en delitos dependientes de instancia privada, es decir, que requieren la denuncia de la víctima, actos tales como el hurto, el daño, la emisión de cheques sin fondo y las defraudaciones o estafas, entre otros” (Durrieu Figueroa, R., 2014, p. 29). Por tanto, para dar curso a una investigación relativa a actividades delictivas patrimoniales, es imprescindible que el damnificado lleve adelante formalmente la denuncia; de esta manera, se restringe la actuación de la fiscalía en temas de competencia pública.

Se suprime “el agravante de robo cometido con arma que no sea de fuego o con arma que no sea apta para el disparo, como ser un cuchillo o un arma descargada; esta conducta pasa a ser un robo simple, con pena de 1 mes a 6 años de prisión” (Durrieu Figueroa, R., 2014, p. 31); en el presente, la utilización de un cuchillo en un delito de robo, le corresponde una pena que va de 5 a 15 años de prisión.

En materia de delitos sexuales, el anteproyecto propone suprimir el delito de estupro, las exhibiciones obscenas como conducta delictiva y el delito de corrupción

de menores de 18 años que en el presente, se expone en el artículo 125 del Código Penal. En general, se disminuyen las penas que le corresponden a los delitos relativos a la integridad sexual.

A los efectos de citar sólo brevemente, otros ítems que propone modificar este anteproyecto, cabe mencionar: “la impunidad para casos graves de violación de derechos intelectuales, el art. 150 del anteproyecto sólo penaliza una lista reducida y limitada de ellos; desaparece la figura de homicidio en ocasión de robo, se quita el agravante del homicidio causado en ocasión de robo, pero se deja el agravante por lesiones en ocasión de robo, lo cual parecería contradictorio; en el secuestro extorsivo, además de disminuirse la pena, se eliminan todos los agravantes que existían; se reducen las penas de todos los delitos contra la seguridad pública; en la violación se elimina el agravante por la muerte de la víctima” (Durrieu Figueroa, R., 2014, p. 35).

El trasfondo de las críticas efectuadas a estas y otras propuestas de modificación, guarda estrecha relación con el perjuicio que ocasiona al principio de proporcionalidad del Derecho Penal, puesto que se trata de delitos que por su significación, se crearon para resguardar bienes jurídicos inherentes a la vida en sociedad, por tanto, merecen ser debidamente penalizados.

Por otro lado, en las palabras emitidas en la Prolusión al Poder Ejecutivo, realizada por la comisión que tuvo a su cargo la elaboración de este anteproyecto, expresan que “el texto que elevamos no es totalmente nuevo ni por completo original, pues se ha procurado respetar al máximo lo que queda del Código de 1921 y, en la incorporación de los dispositivos legales descodificados, se ha intentado limitar nuestra labor a mejorar sólo su técnica legislativa. Estas precauciones se adoptaron tanto para respetar la tradición positiva legislativa, doctrinaria y jurisprudencial

Argentina, como también para evitar eventuales escándalos de impunidad en función de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna” (Zaffaroni, E.R., 2013, p. 4).

Si bien, las críticas parecen elevarse desde distintos ámbitos, destinadas a diferentes áreas del texto, y en aparente contradicción a la intención manifestada por quienes trabajaron en la propuesta, se trata de un documento sujeto a modificaciones y que se nutre de esas críticas seriamente fundamentadas; puesto que no todo, es realmente reprochable. El texto es en sí, extenso y reclama debates desapasionados que otorguen el verdadero valor a sus aspectos positivos y negativos; por lo mismo, es rechazable la propuesta de poner el anteproyecto de reforma en manos de un plebiscito público que sólo posibilite a la sociedad, optar por una respuesta afirmativa o negativa a un hecho trascendental y que reclama un respetuoso debate.

3.3. TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

Es dable hacer mención a los instrumentos jurídicos internacionales que adquieren el carácter de tratados, convenios o acuerdos, y que puntualizan en su contenido las obligaciones que le caben a los Estados que adhieren a mismos.

La superioridad de ellos por sobre leyes nacionales ocurre en algunos países, en tanto que en otros, se llevan adelante procesos internos mediante los cuales, obtienen el carácter de ley nacional. Generalmente, los Estados, cuando han ratificado o adherido a un instrumento internacional deben posteriormente, emitir decretos, reformar la legislación existente o presentar nuevas leyes, con el objeto de que el tratado tenga efectos plenos dentro del territorio de ese país.

En Argentina, la adhesión a instrumentos internacionales de derechos humanos ha llevado a su incorporación a través de la Constitución de la Nación Argentina, en

su Artículo 75, inciso 22, el que expresa que corresponde al Congreso “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. A continuación, cita aquellos ya incorporados y, a futuro, nuevos instrumentos internacionales precisarán de la aprobación del Congreso para alcanzar la jerarquía constitucional.

A los fines del presente trabajo, cabe citar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969), en cuyo artículo 1, insta a los Estados Parte “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”; y en su artículo 8, alude a las Garantías Judiciales.

De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), expresa en el artículo 2 que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto...”; y a continuación, por medio del artículo 3, exhorta a los Estados Parte “a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos”. El artículo 6 refiere a la pena de muerte, el art. 7 a las torturas y tratos inhumanos; y los artículos 9, 10 y 11, a la pena de privación de la libertad.

La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, que entró en vigor en el año 1969, enuncia en el artículo 5, inc. a, “el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia”; y en el artículo 6, insta a los Estados Parte a

asegurar “a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes”.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979), especifica que los Estados Parte deben proveer “la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer” (art. 2, inc. c); al tiempo que, “reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales” (art. 15, inc. 2).

Por su parte, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Ginebra 1984), expone en su articulado, garantías relativas al derecho a la jurisdicción.

Esta breve exposición, sirve a los efectos de mostrar como los instrumentos internacionales se ocupan de delinear el camino a seguir por los Estados Parte que adhieran a ellos; estos los incorporan a través de sus legislaciones internas con el objeto de resguardar y respetar los derechos fundamentales de todos los seres humanos que conviven bajo su jurisdicción.

3.4. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PENA

En el contexto de las sociedades actuales y bajo la influencia de los tratados internacionales, los magistrados deben tener presente la función reeducativa que debe poseer la sanción estipulada por ellos. De allí que, los jueces, bajo su estricto criterio

racional al momento de dictar sentencia, deban buscar esa reeducación tendiendo a que el reo la pueda lograr a través de otras medidas que no impliquen privarlo de uno de los derechos más preciados que le caben al ser humano, y que es, su propia libertad.

Por otro lado, en aquellos casos donde sólo es procedente la privación efectiva de la libertad, la situación se torna más compleja por cuanto, sólo se considera pertinente el encierro del reo en un establecimiento penitenciario como consecuencia de su acto dañino, con el objeto de que el mismo, reflexione sobre sus conductas; no obstante, estos espacios no suelen ser el entorno más apropiado para la resocialización y posterior reinscripción de la persona sancionada. No obstante, los ordenamientos jurídicos deben propender a ese ideal resocializativo, que conlleva la posibilidad de corregir en el ser humano, sus aspectos conductuales considerados peligrosos para la sociedad en la que habita.

3.4.1. La resocialización del reo

“La noción resocializadora es entendida no como una reinscripción del interno a una sociedad que lo rechaza o que aquél no acepta, sino como una modesta posibilidad de ser capaz de llevar una vida de libertad sin delito” (García Valdés, C., 1982, p. 29). A esta primera conceptualización se la puede considerar un tanto limitada, por cuanto deja de lado el componente estrictamente social; es decir, la tarea que implica para el delincuente lograr vivir en una comunidad sin cometer delitos, resulta más compleja aún sin la presencia de la sociedad en ese camino. Un tanto más amplia, la resocialización es posible entenderla como “el proceso de reaprendizaje de las expectativas sociales de los roles que motivan la conducta, y esta debe darse en espacios funcionales que permitan el entrenamiento de la integración permanente a la sociedad” (Acosta Muñoz, D., 1996, p. 147).

Tal vez sea posible también, aceptar la idea de reintegración por encima de la resocialización, por cuanto esta última se puede considerar casi como una utopía frente a las inadecuadas condiciones que presenta la cárcel y que impiden su real materialización. La reintegración a la sociedad se hace realizable en la medida en que se conserve y estimule, un verdadero proceso comunicativo y de constante interacción entre ambos ámbitos “en el que los ciudadanos reclusos en la cárcel ‘se reconozcan’ en la sociedad externa y la sociedad externa ‘se reconozca’ en la cárcel, proceso que el reo no debe intentar conseguir a través de la prisión, sino a pesar de ella, y sumando una humanización de las mismas que mejore las condiciones generales de vida existentes” (Baratta, A., 1990, p. 88).

Un concepto totalizador de resocialización debería incluir un extenso conjunto de acciones que incluyan al reo, comprometiéndolo a implicarse en las mismas durante su estadía en la prisión, sin dejar de lado un contacto permanente con la comunidad, teniendo como objetivo más importante impedir la realización de un nuevo acto desajustado o dañino, sintiendo a su vez, la motivación de observar los ordenamientos legales y poder así, reinsertarse en la sociedad.

No obstante, “hablar de resocialización del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad en la que va a integrarse el delincuente tiene un orden social y jurídico que se estime correcto” (Muñoz Conde, F., 1982, p. 390). Desde esta mirada, la sociedad requiere de un proceso resocializador, lo que no significa que el delincuente no se responsabilice de su conducta incorrecta dejando en manos de la sociedad toda rectificación.

3.4.2. Justicia restaurativa

Buscar una posición intermedia que fomente la conciliación entre víctima y victimario, proponiendo penas alternativas a la prisión o, llegando a despenalizar a

aquellas figuras delictivas que no engendren en sí, peligro social, es lo que pretende la justicia restaurativa; sin eliminar la pena de privación de la libertad, pero explotando ese período de tiempo, para fomentar en el recluso la absorción de nuevos aspectos sociales y culturales, que le sirvan como herramientas para mejorar las condiciones de vida al finalizar la condena.

Esto se presenta en primera instancia, como un camino complejo, puesto que la misma sociedad presenta inconvenientes en su propio proceso socializador tanto en la familia como en las instituciones educativas. Por otro lado, imponer un proceso socializador a quien lo rechaza o siente que no lo necesita, sin que comprenda claramente los objetivos y sus razones, puede significar un atropello a sus derechos fundamentales como persona. Más aún, cuando este proceso se debe llevar adelante dentro de la cárcel y justamente éstas, no proveen las condiciones básicas adecuadas, ni los medios para hacerlo efectivo, terminan convirtiéndose “según se ha definido frecuentemente, en una escuela de delincuencia” (Giménez-Salinas Colomer, E., 2001, p. 64), mostrando en muchos casos, resultados que son distantes de la función social de la pena.

3.5. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO. DERECHO COMPARADO

“Hoy constituye un principio ampliamente aceptado en la doctrina penal que la comisión de un hecho ilícito tiene como consecuencia directa la imposición, por parte del Estado, de una pena o de una medida de seguridad con el objeto de hacer efectivas las distintas funciones que la sociedad y el propio Estado han determinado para el Derecho Penal” (Duran, M., 2009, p. 8). Por ello, el Código Penal Argentino, reúne en el artículo 5 las posibles penas que pueden imponer los tribunales; de ellas, la

reclusión y la prisión, son penas privativas de la libertad. Estas, “impactan de manera decisiva sobre la idea de que la pena se tiene, en tanto mecanismo de restricción de derechos que se aplican a quien viola las normas de convivencia” (Sarrulle, O. E., 2006, p. 32).

En el Código Tejedor se puntualizaban diferentes variantes de las penas privativas de la libertad que fueron posteriormente reemplazadas en el código de 1921, por dos, la prisión y la reclusión, las cuales se conservan hasta la actualidad con algunas variaciones procesales.

Como modo de diferenciarlas, originariamente se dispuso mediante un decreto presidencial del año 1922 que, la pena de reclusión se llevaría a cabo en el penal de la ciudad austral de Ushuaia, y la pena de prisión en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires. No obstante, al poco tiempo, un nuevo decreto establecía que ambas se podían cumplir en esta última institución mencionada y con ello, se daba un tratamiento homogéneo a las dos penas tendiente a favorecer su fusión. Es decir que, tal como lo planteaba el código penal, la pena de reclusión no alcanzó a ser efectiva en la realidad. El único lugar en que por sus características, se podría afirmar que se concretó este tipo de sanción, fue “en el Penal de Sierra Chica, a 340 kilómetros de la Ciudad de Buenos Aires; un sistema concebido con características auburnianas aunque en sus celdas convivieron hasta tres reclusos y la principal explotación fueron las canteras de granito que se trabajaban a pico y pala” (Neuman, E., 2000, p. 121); allí, un grupo mayor a 400 hombres, vestidos con traje a rayas, numerados y constantemente vigilados por guardias armados, realizaban trabajos muy pesados y recibían paupérrimas retribuciones.

La Ley Penitenciaria Nacional anterior a la N° 24.660, estableció aunque implícitamente, la generalización del régimen carcelario para todo el país, suprimiendo definitivamente el trabajo forzado y el confinamiento.

“La reclusión y la prisión son penas privativas de la libertad ambulatoria que no se diferencian en su ejecución, por lo que puede afirmarse que se trata de una misma pena con diferentes denominaciones. Si bien la pena de reclusión fue pensada como una sanción más severa por el carácter infamante que tenía la imposición al recluso de trabajos públicos de manera forzada, sin embargo, se podría decir que en la realidad penitenciaria la ejecución penal de la pena de reclusión fue siempre exactamente la misma que para la pena de prisión” (Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. 2005, p. 895).

Entre las disimilitudes remanentes entre una y otra, la que plantea más controversia es la relativa a los cómputos de los días que la persona estuvo con prisión preventiva. El artículo 24 del Código Penal, puntualiza que “por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación...”.

Sirva como ejemplo, un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se ha expedido sobre el tema: “8 CSJN: Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado, 22 de febrero de 2005. M. 447. XXXIX. La defensa de una mujer condenada por homicidio cometido bajo emoción violenta, llegó recursivamente ante el máximo órgano jurisdiccional del país pidiendo la declaración de inconstitucionalidad del citado artículo 24, para que se le computaran los días de prisión preventiva de la misma forma que si hubiese sido condenada a prisión, y no reclusión. La condenada sufrió tres meses y diecisiete días de prisión preventiva, y su defensa cuestionó la conversión de esos días, en virtud de la cual su defendida iba a

tener que estar privada de su libertad cuatro años, tres meses y diecisiete días, esto es aproximadamente un 13% más de la pena impuesta”.

Puede ser el caso, de que la pena de reclusión sea considerada virtualmente derogada al no existir diferencias en su ejecución con la de prisión, por tanto, cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión. O por el contrario, sencillamente se declara inconstitucional el cómputo diferenciado de los días transcurridos en prisión preventiva, de acuerdo al artículo 24.

Esto vale como prueba de que la reforma integral del Código Penal, debe contemplar específicamente la derogación definitiva de la pena de reclusión.

Por otro lado, el Código Penal Argentino no atribuye a las penas privativas de libertad una finalidad, como tampoco lo hace la Constitución Nacional ya que el precepto previsto en el artículo 18, alcanza sólo a la institución denominada ‘cárcel’, haciendo referencia al lugar de alojamiento para procesados; no obstante, puede admitirse que esta garantía consagrada constitucionalmente deba alcanzar igualmente a los condenados. “Tanto la reforma constitucional de 1949 como los proyectos de reformas al Código Penal de 1960, 1973 y 1974, asignan al cumplimiento de la pena una acción educadora, preparando gradualmente al condenado para la vuelta a la vida libre” (Devoto, E., 1988, p. 2).

Distintos códigos penales en el derecho comparado asignan ese sentido de reforma, con una verdadera directriz educativa, por el contrario, el código de Yugoslavia, continúa reafirmando el propósito de castigo de la misma.

En Argentina, el objetivo de la pena privativa de la libertad, se encuentra claramente establecido en el artículo 1 de la Ley Penitenciaria Nacional el que alude a “la readaptación social del condenado”. En este sentido, en las leyes penitenciarias de

Alemania, Italia, España y Portugal, entre otros países, “el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad del crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no sólo quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también, que sea capaz de hacerlo” (De León Villalba, F., 2003, p. 31).

La doctrina alemana, en cuanto a los fines de la pena, se encuadra en el marco de la prevención general positiva; así, la finalidad última de las penas privativas de libertad, deja de lado la intimidación y persigue la estabilidad de la confianza de todos los habitantes para la conservación del orden político. De esta forma, esta postura se aparta de la idea de la privación de libertad como medida preventiva y, por consiguiente, resocializadora.

En Italia, tanto la Constitución de 1947 como el Código Penal de 1991, estipulan la función resocializadora de la pena privativa de libertad; al tiempo que se deduce del artículo 2, 24 de su Carta Magna, la inaplicabilidad de penas inhumanas como la tortura o los tratos humillantes.

La doctrina en Francia tiende a diferenciar tres funciones en la ejecución de las penas privativas de libertad, la educativa, inocuizadora y la de justicia; fusionando de algún modo, tanto los fines intimidatorios como preventivos. “La pena connota un carácter retributivo que normalmente, se ve favorecido por la aplicación real de las mismas, no obstante, desde el punto de vista del órgano judicial y la Administración penitenciaria, como principio general, prevalece la prevención especial, sin perder de vista el contexto preventivo general de las mismas” (De León Villalba, F., 2003, p. 33).

Por otro lado, en Inglaterra, ninguno de sus ordenamiento alude particularmente a la finalidad de la pena; como excepción la Magna Carta de las Libertades establece a través de su regla 39 que, “ningún hombre libre podrá ser preso ni llevado a la cárcel, ni desposeído de su feudo, de sus libertades o sus franquicias, ni puesto fuera de la ley o desterrado, ni molestado de ningún otro modo, salvo en virtud de sentencia legítima de sus pares o de las leyes del territorio”. Asimismo, cabe destacar que este país no adhirió a la Carta Europea de Derechos Humanos, como así tampoco, a las Reglas mínimas europeas para el trato de presos.

Por último, es dable aclarar que casi todos los delitos prevén como sanción, la pena privativa de libertad y, por el contrario, es reducido el número de conductas que contemplen sanciones alternativas a aquella. En este contexto, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, se convierten en los lineamientos favorables para la incorporación de las mismas en los ordenamientos penales de todos los países del mundo.

Llamadas también Reglas de Tokio, estas fueron aprobadas por la resolución 45/110 del año 1990, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Su texto está integrado por principios básicos, cuyos objetivos tienden a “1.1.promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión”. Por ello, “1.4.los Estados Miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito”. Al tiempo que, “1.5.introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de

los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”. Estas medidas alternativas a la pena de prisión, serán seleccionadas en base a “3.2.criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas”.

Cuando la pena de prisión se materializa casi exclusivamente como la única sanción previsible ante los delitos, estos lineamientos se convierten en el marco legítimo de un derecho penal con rostro humano. No obstante, su aplicación requiere por parte de la sociedad, de un cambio de visión respecto del delincuente, es decir, la mirada que permita reconocer que detrás de él, hay un ser humano. Esto si bien no es imposible, conlleva sus dificultades; quién cometió un delito, entiende el daño que ha provocado, en ocasiones manifiesta su arrepentimiento y sus deseos de reintegrarse a la sociedad respetando sus normas de convivencia, sin embargo, en otros casos no es así. Al momento de determinar la pena, se opta por una de estas sanciones alternativas sin tener la plena seguridad de que se está frente a un delincuente honestamente arrepentido, que pretende reivindicarse, por tanto, cabe preguntar, qué opinión tendría la madre de un chico asesinado por este delincuente, sobre las sanciones que se le están aplicando. De allí que, la comunidad se convierte en el espacio de las más variadas controversias a favor y en contra de estas penas alternativas a la prisión.

CAPÍTULO IV

EL INCREMENTO DE LA PENA Y LA DISMINUCIÓN DEL DELITO

4.1. ASPECTOS GENERALES

“No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infabilidad de ellas, la vigilancia de los magistrados y aquella severidad inexorable del juez que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave. La seguridad del castigo hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad” (Beccaria, C., 2007, p. 100).

Estas palabras de Beccaria emitidas en el año 1764, quedaron impresas en la mente de los seres humanos y fueron transmitidas aún en los espacios académicos. No obstante, el evidente divorcio entre teoría y práctica demostró en muchos países, que en su política legislativa, este principio beccariano según el cual la gravedad de las penas no disminuye los delitos, ha perdido un peso importante.

La imperante necesidad de seguridad existente en los pueblos a lo largo de la historia, ha sido uno de los principios impulsores de toda sociedad organizada y una faz relevante de todo gobierno que ha buscado legitimar su poder. Frente al delito, el medio inmediato de respuesta ha sido la vía represiva simbolizada a través del sistema penal. Es a partir del surgimiento de las escuelas de Derecho Penal, hacia finales del siglo XVIII, que se comienza a pensar en la prevención del delito como el objetivo primordial de este sistema, sea por medio de la intimidación que la amenaza de la pena provoca en el ser humano o a través de una metodología de rehabilitación de aquellos que infringieron la ley.

Claro está que a toda comunidad, la conforman personas que actúan de acuerdo al comportamiento de la mayoría, sea en ámbitos públicos o privados, y por otro lado, se encuentran aquellos cuya conducta se aleja en mayor o menor medida, de dicho patrón. Estos últimos, son generalmente repudiados por la sociedad, y por ello merecen un castigo por parte de la justicia. De allí que, “si una comunidad quiere incentivar el progreso, la vida pacífica, ordenada y buena, y propender en definitiva a la realización del bien común, es menester confeccionar un catálogo de los actos contrarios al interés social, y luego aceptar que esos actos han de ser penalizados. Ese es el origen del Derecho Penal; ahí radican los fundamentos de su pretendida legitimidad y de su aceptación social” (Cofre Lagos, J.O., 1999, p. 21).

En casi todos los países, es posible observar durante las dos últimas décadas, un incremento considerable de la criminalidad y, la aparición y desarrollo de un nuevo fenómeno que trae aparejado, como es, el sentimiento de inseguridad de los ciudadanos. Esto ha llevado a un cambio en las reformas legales orientadas a elevar la severidad de las penas y reducir la edad para ser penalmente responsables, mayor organización policial con importante presencia en las calles, como así también, recurrir con más frecuencia a la pena privativa de libertad.

No obstante, siguiendo a Jiménez de Asúa, quien toma la noción freudiana del castigo, realiza un análisis más profundo de la estructura psíquica al explicitar que “si un sujeto advierte que otro de su misma especie arremete contra intereses jurídicamente tutelados e irroga perjuicios y daños, y éste no es punido, será un aliciente para que quien observó tal inicuo comportamiento, lo practique y desarrolle sin reparo; contrariamente, si el sujeto que arremetiera y dañara, fuera ejemplarmente sancionado, éste a través de sus frenos inhibitorios, desistiría en la prosecución de

tales conductas reprochadas por la sociedad y sancionadas por la legislación punitiva” (Jiménez de Asúa, L., 1981, p. 41).

Esto último no siempre es así; la regla de que ‘a mayores penas menores delitos’ no tiene tanto peso como parecería a simple vista, puesto que algunas personas no piensan en las consecuencias durante la ejecución de su acto, y hasta muchos la ignoran. Sin dejar de mencionar que, durante la comisión de un delito, en ocasiones están poniendo en riesgo su vida, de manera que la gravedad de la pena pasa a ser bastante irrelevante.

De allí es posible entender que, plantear un incremento de las penas como solución a la urgente necesidad de disminuir los delitos, implica la intervención de múltiples factores que a su vez, deben ser estudiados desde diversas miradas, no sólo del Derecho, sino también, desde la Sociología, la Pedagogía, Psicología Jurídica y Social, por mencionar algunas, en cuanto que los diversos factores se van concatenando hasta provocar consecuencias inmanejables.

Así, la amenaza de pena no es lo único que inhibe la propensión a delinquir de ciertas personas; intervienen también, variables morales, económicas, culturales, etc. que influyen taxativamente en mayor o menor medida, sobre la propensión a delinquir.

La ola de endurecimiento de las penas y mayor encarcelamiento que se viene implantando en las legislaciones penales, no asegura que llevará a una disminución en los índices de criminalidad como se espera. La solución al problema pasa por parámetros diferentes a la reforma legal; pero sucede que en muchas sociedades, existe un mito de que si se tienen problemas de seguridad, se solucionan con sólo cambiar la ley. El problema central no está en las leyes, es preciso asimismo, atender a su aplicación y a mejores condiciones sociales.

4.2. ANTECEDENTES DEL ENDURECIMIENTO DE LA PENA EN LOS PROYECTOS DE CÓDIGO PENAL

"...A medida que pasan los años, la situación se hace cada vez más difícil para las personas privadas de libertad... La sociedad demanda más castigo, sin detenerse a cuestionar si es positivo o negativo para la prevención de la delincuencia... El poder político cree que tiene la legitimidad para endurecer las leyes penales....Y lo hace sin un debate social real y sincero... A cada noticia sensacionalista, nuevo cambio legal... Mientras tanto, principios preciosos del humanitarismo penal se han ido escondiendo vergonzantemente debajo de la alfombra del puro y duro retribucionismo. Sólo va quedando una estructura física de hormigón, que genera indefensión jurídica, destrucción emocional y relacional; en ocasiones la muerte. Y dentro personas..." (Ríos Martín, J. 2004, p. 5).

Las palabras del jurista español, que antecede estas líneas, retrata la actual realidad donde confluyen los avances en materia de emergencia y necesidad de cambio legislativo, con la responsabilidad que le cabe a los diferentes responsables de un Estado para velar por quienes están privados de libertad. Esto es dable observarlo cuando se somete un digesto punitivo a reformas, tipificando nuevas conductas delictivas, endureciendo las sanciones, eliminando derechos penitenciarios para algunos delincuentes, sin que los legisladores logren armonizar estos cambios con los preceptos constituciones y penales existentes.

Sólo a los fines de ejemplificar lo antedicho, cabe citar las Leyes N° 25.892 y N° 25.948, ambas del 2004, que establecen un nuevo régimen para la libertad condicional, donde es posible advertir la discriminación que se marca sobre algunos delincuentes al privarlo de las condiciones cualitativas de la pena. Así, la primera normativa modifica mediante su artículo primero, el 13 del Código Penal, elevando

“el tiempo mínimo de cumplimiento efectivo de encierro en los supuestos de penas perpetuas a 35 años para acceder a la libertad”; y por su art. 2, modifica el 14 del Código Penal, excluyendo a los condenados por la comisión de delitos graves o aberrantes.

Así también, la normativa legal N° 25.948 que modifica la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660 (1996), suprime determinados beneficios a los detenidos. En ésta, llama aún más la atención, el uso del término ‘beneficios penitenciarios’ cuando en realidad, basados en los principios de un Estado de Derecho, se considera pertinente referirse a ‘derechos penitenciarios’, dejando atrás la división entre ambas expresiones. “La doctrina penal-penitenciaria es conteste en sostener la naturaleza de ‘derechos’ respecto de determinadas cuestiones surgidas de la relación jurídica Estado-Preso, desde el derecho a la preservación de la integridad física-psíquica del privado de libertad durante el encierro hasta las modalidades que permiten su salida anticipada al medio social en procura de su resocialización” (Zaffaroni, E.R., y otros, 2005, p. 715).

Otro ejemplo de endurecimiento de penas, dada su resonancia social, fue el caso de la llamada ‘Ley Blumberg’, nombre que recibe debido a que su principal impulsor fue el empresario Juan Carlos Blumberg, cuyo hijo Axel fue secuestrado y asesinado en el año 2004. Blumberg llevó adelante dos manifestaciones multitudinarias, una hacia el Congreso y la segunda, hacia Tribunales, con un inusual apoyo de la sociedad en reclamo de una reforma de la legislación represiva en general y una mayor eficiencia del Poder Judicial. En abril de ese año, fue aprobada la Ley N° 25.886, modificando la figura de los delitos con armas, en el Código Penal Argentino. Al siguiente mes, entró en vigor la Ley N° 25.882 reformando el artículo 166 del Código Penal, sancionando “la portación de armas con pena de prisión no excarcelable”, y la

Ley N° 25.891, de Servicios de Comunicaciones Móviles, estableciendo que “La comercialización de servicios de comunicaciones móviles podrá realizarse, únicamente, a través de las empresas legalmente autorizadas para ello” (art. 1), al tiempo que éstas, “deberán registrar y sistematizar los datos personales de los adquirientes” (art. 2). Asimismo, a través de la misma, se crea “el Registro Público Nacional de Usuarios y Clientes” (art. 7).

Atendiendo a la situación en otros países, cabe citar como ejemplo de endurecimiento de penas, a España; en este país, el proyecto de reforma del Código Penal vigente desde 1995, fue aprobado por el gobierno en septiembre de 2013; el mismo estableció una “nueva pena de prisión permanente revisable contra los delitos más graves” como asesinos múltiples, pederastas o terroristas, adiciona herramientas para perseguir la corrupción, así también, atiende a delitos específicos como la piratería y los incendios forestales, incrementando sus penas.

Por otro lado, incorpora la llamada ‘libertad vigilada’, una medida de seguridad imputada conjuntamente con la condena, pero cuya ejecución se lleva adelante luego de dar cumplimiento efectivo a la pena privativa de libertad.

El texto incorpora nuevos tipos tendientes a la protección de las mujeres y personas con discapacidad, tales como el hostigamiento o el matrimonio forzado. En el ámbito de los delitos sexuales, con el objeto de resguardar a los menores, eleva la edad mínima de consentimiento sexual de 13 a 16 años, y endurece las penas para aquellas conductas que atentan contra la libertad sexual de los menores.

En cuanto a actos relacionados con malversación de fondos o administración desleal, la sola prueba de un contrato que acredite el sobre precio o la verificación de los servicios no realizados, sirven a los fines de la sanción, prescindiendo de la prueba de enriquecimiento ilícito.

En septiembre de 2013, el Parlamento de Perú promulgó una ley que reforma el Código Penal de ese país, endureciendo las penas correspondientes a delitos puntuales, enmarcado en un contexto de lucha contra la inseguridad ciudadana. Así, el Código vigente desde 1991 contenía la figura de ‘raptó de un niño’, esta fue retirada y en su reemplazo se instauró el delito de secuestro; por tanto, sustraer a un menor de 18 años es penado con cadena perpetua, de acuerdo a dicho ordenamiento jurídico. En aquellos casos donde las mujeres cometen este ilícito por la frustración de no poder concebir, el juez debe analizar la condición psicológica de la procesada. Respecto a las personas que explotan a adolescentes laboral o sexualmente, estas pueden ser procesadas por trata de menores y proxenetismo, con penas que van de cuatro a ocho años.

La norma incluye el artículo 317-A, el que expresa que quien “realice actos de acopio de información; o realiza actos de vigilancia o seguimiento de personas; o tiene en su poder armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos para facilitar la comisión del delito, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”.

Con anterioridad, ya había sido aprobada la Ley N° 195-2011 tendiente a reformar el inciso 5 del artículo 108 del Código Penal, elevando la pena mínima privativa de libertad, de 15 a 20 años para todos aquellos que cometan asesinato de integrantes de la policía, jueces, o autoridad elegida por el pueblo, en el ejercicio de su labor.

Estas y otras medidas, lo que buscan es que, en medio de la inseguridad ciudadana en que viven, se restablezca el principio de autoridad con el respeto a los miembros de la Policía Nacional del Perú, las Fuerzas Armadas, así como a las

autoridades judiciales. La posición está basada en que la inseguridad se está haciendo tan común en el país, que consideran necesario dictar leyes más drásticas.

4.3. PENALIDAD Y CRIMINALIDAD. RELACIÓN. EFECTOS

Si bien, la criminalidad ha estado presente en todas las épocas y en todas las sociedades, su crecimiento en la actualidad la llevó al centro de las preocupaciones, estableciéndose como un problema que precisa rápida solución. En este marco, persiste el desacuerdo en torno a si el aumento de la penalidad constituye el medio más adecuado para enfrentar el comportamiento delictivo.

Los que ocupan una posición en favor del recrudecimiento de la pena privativa de libertad, tal vez no han alcanzado a notar que las sanciones imputadas hasta el presente no han permitido reducir los niveles de reincidencia; de ahí que, es posible que al agudizar la severidad penal tan sólo se llegue a sobrecargar el Sistema Judicial en su conjunto, sin que a la larga se vea aminorado el fenómeno criminal. Pareciera que en realidad, “se espera demasiado cuando se supone que a través de las penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad existente” (Roxin, Claus, 2000, p. 2).

La privación de la libertad como respuesta a este fenómeno, no se la debería enaltecer como si fuese el único medio de garantizar la paz y tranquilidad de una sociedad, “precisamente por ser un recurso violento y dañoso, se recomienda que sea usado sólo como *ultima ratio*” (Vélez González, M.A., 2014, p. 391). Esto no significa que se deba prescindir de esta metodología tendiente a regular los actos de los seres humanos, puesto que sin ella, las sociedades se verían envueltas en un manto de incertidumbre e inseguridad debido a la presencia de conductas lesivas que recaerían en sus integrantes. Claro está, que “la existencia de las leyes penales y de

sus mecanismos de aplicación aportan en la práctica un relativo orden social” (Vélez González, M.A., 2014, p. 391). “La misión del Derecho es proteger la convivencia humana en comunidad. Nadie puede, a la larga, subsistir abandonado a sus propias fuerzas; toda persona depende, por la naturaleza de sus condicionamientos existenciales, del intercambio y de la ayuda recíproca que le posibilita su mundo circundante” (Jescheck, H., 1981, p. 4).

Ahora bien, si la sola presencia de las normativas legales, no proporcionan la solución esperada, será entonces, “la esfera jurídica la que deba actuar como factor regulador coadyuvante de otras políticas sociales de lucha contra la criminalidad” (Vélez González, M.A., 2014, p. 391).

Por otro lado, la pena privativa de libertad acarrea como efecto inmediato y a la vez, perdurable en el tiempo, la estigmatización que “trasciende el eventual cumplimiento de la pena formal, deviniendo en una sanción casi perpetua y de erosión lenta” (Vélez González, M.A., 2014, p. 398). La sociedad tiende a marginar al delincuente aún después de haber cumplido su condena, generando en él una disminución de la autoestima que le hace perder su valor como persona, formándose una imagen negativa de su propia persona y conduciéndolo en ocasiones, a repetir aquellas conductas delictivas que en última, son las que la comunidad esperaba de él.

Otro de los efectos humanos y socialmente negativos del aumento de la penalidad, es que esta suele ser distribuida inequitativamente en la población, recayendo en particular, en el conjunto de la sociedad más vulnerable y más desprotegido por el sistema penal. Estos ámbitos, por sus características particulares, tanto económicas como culturales, tienden a contribuir aún más a la reproducción de actos delictivos.

En suma, los perjuicios ocasionados por el quehacer penal, asimismo no son los esperados y se suelen ver reflejados en el aumento de la delincuencia y en la inestabilidad social. Es preciso por tanto, mediar los conflictos y restituir el orden a través de una conveniente orientación y prevención de las conductas de los integrantes de una sociedad.

4.4. BAJA EN LA EDAD DE IMPUTABILIDAD

“Cuando hablamos de chicos en conflicto con la ley penal, la prioridad debe ser la prevención y el tratamiento; el castigo, en sí mismo, lo único que consigue es sacarnos de encima la bronca que sentimos como adultos por el fracaso de nuestro sistema social y educativo”. Esta frase de Atilio Álvarez, dispara hacia el punto más álgido del debate que se observa en los últimos tiempos en la sociedad: la relación entre adolescencia y criminalidad. La polémica se agudiza aún más, cuando un caso resonante involucra a un menor en un acto delictivo, rápidamente la comunidad se fragmenta, posicionándose por un lado los que pugnan por bajar la edad de punibilidad; por el otro, los que reclaman políticas preventivas eficientes que tiendan al análisis y resolución de aquello que origina esos comportamiento entre la juventud.

En Argentina, la Ley N° 22.278 de Régimen Penal de la Minoridad, en sus artículos 1 y 2, modificados por la Ley N° 22.803, puntualiza la edad de punibilidad de los menores. Artículo 1: “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación”. “Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1” (art. 2).

Esta misma ley, en su artículo 10, refiere a la privación de libertad de aquellos menores entre 18 y 21 años; sin embargo, la Ley N° 26.579 modifica los artículos del Código Penal, expresando que, “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años” (art. 126); y “Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día que cumplieren los DIECIOCHO (18) años” (art. 128).

Asimismo, este tema ha sido disipado con distintos resultados en la mayoría de los países de América. En los últimos años, las reformas legislativas en este sentido, llevaron a fijar la edad en un rango que va desde los 14 a los 18 años; en países como Uruguay, Nicaragua, Guatemala se determinó en 13 años y, en Costa Rica, Honduras, México, 12 años.

En casi todos los países, se aplica excepcionalmente ante la presencia de delitos graves, la privación de libertad del menor, o la ‘internación’, término utilizado en algunas normativas legales. En Sudamérica, la pena de reclusión se especifica entre 3 y 5 años generalmente; elevándose en los países de América Central, tal es el caso de Costa Rica, donde alcanza los 15 años. Estos y otros aspectos, se encuentran reglamentados en sistemas especialmente instituidos para los menores que han mostrado conductas ilícitas, y cuyo objetivo central tiende a la educación y resocialización de los mismos, bajo el resguardo de todos sus derechos.

En este sentido, Brasil se diferencia del resto por ser pionero en este tema; posee un código especial para menores de edad donde se prohíbe el uso del término ‘penal’, define una responsabilidad distinta a la que le cabe a un adulto e instituye una justicia juvenil exclusiva para los mismos.

Todos estos regímenes especiales deben ser elaborados sobre los preceptos derivados de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), para el caso de aquellos Estados que adhirieron a este instrumento. Así, siguiendo su texto,

define 'niño' como "todo ser humano menor de 18 años de edad" (art. 1), otorgando suficiente flexibilidad al expresar que "salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Por otro lado, insta a los Estados Partes a "reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño..." (art. 40, inc. 1. Asimismo, deberán tomar "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 culpable de haber infringido esas leyes" (art. 40, inc. 3).

De aquí se deduce claramente la debida existencia de dos sistemas penales, uno para menores de edad y otro destinado a adultos que infringieron la ley. Esto conlleva la especialización de todo el sistema destinado a la justicia penal juvenil, lo que en otras palabras se traduce en: "órganos judiciales capacitados para actuar cuando los delitos son cometidos por adolescentes; procedimientos adaptados a las necesidades de los mismos; establecimientos de ejecución de las penas diferentes de los destinados a la población de mayores de 18 años; y, sanciones penales y las medidas alternativas al proceso penal distintas de las del régimen general" (Unicef, 2008, p. 38).

Argentina es una excepción en la región, debido a que si bien, la antes mencionada convención alcanzó jerarquía constitucional, aún conserva el régimen Penal de Minoridad (Leyes N° 22.278 y N° 22.803), de 1980. Basado en él, este país se convirtió en el único de América Latina que sancionó a menores de 18 años con la

pena de prisión perpetua, vulnerando los derechos esgrimidos por los instrumentos internacionales.

A modo de ejemplo, cabe citar un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante el cual sanciona al Estado Argentino “por la aplicación de la pena punitiva máxima, al considerar que no cumplen con ‘la finalidad de la reintegración social de los niños y las expectativas de resocialización’. Además, por su desproporcionalidad, la imposición de dichas penas constituyó un trato cruel e inhumano, y violó el derecho a la integridad personal de sus familiares”⁵. A partir de allí, la Corte impuso a Argentina una serie de medidas tendientes a la reparación inmediata y al pago de una indemnización monetaria a los involucrados; su sanción se fundamentó en el hecho de que, este país “incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, ya que el ordenamiento legal argentino permite la posibilidad de imponer a niños, sanciones penales previstas para adultos. Por lo tanto, el país deberá readecuar un sistema jurídico juvenil, junto a políticas públicas orientadas a la inclusión del niño y a la prevención, en el marco de la CIDN”.

Por último, cabe señalar las razones que se consideran relevantes y que sirven de sustento para evitar bajar la edad de imputabilidad. En primer lugar, porque es válido apoyarse en el principio de no regresividad, es decir, no volver a instancias donde puntualmente un derecho ya está protegido, sólo cabe avanzar sobre el mismo.

Por otro lado, contemplar la pena de privación de la libertad destinada a un menor que se involucró en la comisión de un delito, sólo a fines de proveerle un castigo, no sería pertinente. Huelga agregar por todo lo expresado hasta aquí, que esa finalidad no es conducente si se piensa en el menor y en su necesidad de educación, contención y socialización.

⁵ Fallo de la CIDH (2011). Información recuperada de http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=373&lang=es el 06/06/2016.

Ante las voces que reclaman más leyes, es dable aclarar que las normativas legales se encuentran vigentes y sólo está ausente su debido cumplimiento. Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26.061), puntualizan en su articulado los derechos inalienables de los mismos, no obstante, en Argentina muchos de ellos no satisfacen aún sus necesidades básicas de vida.

Así también, Argentina adhirió al Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en 2004, sin embargo, todavía no están en marcha cabalmente, los mecanismos esenciales que den cumplimiento a la prevención de aquello que explicita el texto de este instrumento internacional, por tanto, lejos puede estar de crear espacios bajo esas condiciones, destinados a los menores.

En cuanto al Sistema Penal, a este le cabe la responsabilidad de dejar de lado toda decisión que se considere discriminatoria y que arrastre como consecuencia, la estigmatización de los menores. Habida cuenta que, todo ser humano que debió pasar por una institución penal, no abandonó la misma sin una huella en su cuerpo o en su psiquismo; estas son siempre dolorosas y marcan el resto de la vida, más aún cuando se suscitan en un niño o un adolescente.

En suma, esta franja etaria es la más vulnerable y por tanto, la que suele ser utilizada por los adultos para la comisión de delitos; en los casos en que no es así, igualmente se desarrollan dentro de un entorno que por diferentes circunstancias, los lleva por el camino de la ilegalidad. La privación de libertad, de no contar con toda una organización que garantice sus derechos, llanamente, no es el contexto más adecuado para re encausarlo a una vida diferente.

No se pretende agotar en este trabajo, un tema tan amplio, con tantas aristas y diversas opiniones, más aún cuando no hay una teoría y praxis que confirme la existencia de una correlación directa entre el endurecimiento de las penas y la disminución de los delitos. La sola legislación más severa, no significa necesariamente una disminución de delitos, sí seguro, un mayor número de personas en la cárcel sin posibilidad de reinserción.

CONCLUSIONES

La sanción ha recorrido un largo camino, modificándose la concepción que sobre ella se construía desde múltiples miradas, lo que posibilitó imprimirle aunque lentamente, un sentido resocializador de importancia jurídica y social. Desde la perspectiva de la doctrina se deja entrever que en el presente, este constituye un fin prioritario de la sanción penal. No obstante, se vuelve más complejo cuando se pretende obtener a través de la pena privativa de la libertad.

Por sí sólo, el incremento de éstas, por diferentes razones no alcanza para reducir la comisión de delitos. En este sentido, es difícil priorizar una causa por cuanto los diferentes factores se entrecruzan, aportando cada uno de suyo, diferentes niveles de influencia sobre el fenómeno delictivo, que a su vez particularizan cada caso.

Tal y como se expuso en el presente trabajo, el presupuesto de que a mayor pena menor delito, no necesariamente se convierte en una regla general; por un lado, aquellas personas que delinquen, en el mismo momento en que ejecutan el acto no están pensando en las consecuencias que podría acarrearle el mismo. La mayoría de las veces ignoran las normativas legales o no las conocen con precisión. Asimismo, es dable recordar que la vida de ellos está en riesgo durante la comisión del delito, por tanto el mayor o menor peso que pueda tener la pena es irrelevante en esas ocasiones.

Por otro lado, la impunidad se convierte en una causa de peso ante el aumento de los delitos. Esto, en ocasiones otorga una tranquilidad que impulsa al delincuente en su camino delictivo. El ser humano que opta voluntariamente por este tipo de actos, no siempre cuenta con el conocimiento acabado de lo que marcan las normativas legales, por tanto, no mide cuál será la sanción ni mucho menos, cuántos años pasaría en prisión; mucho más lejos aún, no piensa siquiera en que será detenido.

Aquí le cabe, a todos quienes son responsables de aplicar el Derecho Penal, hacerlo efectivo, contemplar las normativas legales vigentes e imputar correctamente en tiempo y forma.

Por otro lado, el tema se amplifica por cuanto las conductas delictivas son variadas, desde las más simples que atentan contra bienes jurídicamente protegidos, pero no necesariamente contra la vida de las personas, hasta aquellos actos aberrantes, que en ocasiones no encuentran en sí, explicación alguna. Asimismo, todo delincuente no proviene del mismo estrato social provocando a veces, diferencias tanto en el tipo de delito cometido como en la forma en que se lleva adelante el proceso judicial y sus consecuencias.

Esto abre un terreno que precisa atención particularizada, por cuanto deja de ser un proceso justo. Así por ejemplo, es posible que un delito grave o aberrante, constituya en su base motivos que rozan la patología, por ello debe ser adecuadamente diagnosticado para proveer la atención psiquiátrica correspondiente en vías de un mejoramiento de la salud psicológica del delincuente.

En cuanto a las diferencias provenientes de distintos estratos sociales, se pueden observar dos vertientes que reafirman aún más estas diferencias, derivadas de la falta de respeto al principio constitucional de que todos son iguales ante la ley; por un lado, quienes se encuentran económicamente mejor posicionados, cuentan con los medios suficientes para protegerse mejor de los delincuentes, sus viviendas se convierten en fortalezas, sus movimientos son cuidadosamente preparados y hasta son acompañados por personal de custodia. Todo ello requiere una erogación de dinero importante, que para aquellos que no lo tienen, quedan más expuestos a las intenciones del delincuente. Por otro lado, cometido el acto delictivo, enfrentar la justicia no es lo mismo para quienes cuentan con mayores medios que para aquellos económicamente

desfavorecidos y provenientes de sectores marginados de la sociedad. Estos últimos son los más vulnerables y sobre ellos suele caer todo el peso de la ley.

Así también, es conveniente expresar que toda persona debidamente condenada a una pena privativa de libertad por un período de tiempo determinado, pierde el derecho a la libertad lo que no significa que deba ser despojada de los restantes derechos que le caben a todo ser humano. Si lo deseable es que esa etapa dentro de una institución penitenciaria, sirva a los fines de educar y resocializar a quien delinquirió, ese espacio debe poseer características lo más parecidas a la vida normal en sociedad, porque ya el encierro es de por sí, un castigo.

Asimismo, es dable recordar que cuando los mecanismos judiciales determinan la privación de libertad de un ser humano, paralelamente el Estado está asumiendo el deber de cuidarlo, de proveerle seguridad y de protegerlo dándole las condiciones básicas de bienestar; esto incluye infraestructura, alimentación, salud, actividades laborales y recreativas, etc., porque finalmente, esa convivencia con otros en un espacio de respeto y asimilación de formas de vida correctas, es lo que luego trasladará fuera de los muros, a la sociedad real.

Factores como el incremento de las penas, tipificar nuevas conductas delictivas, disminuir la edad de imputabilidad de los menores, extender las facultades policiales, etc. son relevantes y deben ser convenientemente abordados, analizando las características que asumirán dentro de un contexto particular de sociedad. Sin embargo, es esa sociedad toda la que debe construir una consciencia colectiva apoyada en los verdaderos valores que requieren priorizarse.

La formación desde el seno de una familia capaz de transmitir ejemplos de estudio, trabajo, respeto por los otros, seguida por instituciones educativas que provean las herramientas necesarias para la convivencia en grupo, el desarrollo de las

capacidades personales, conlleva a moldear desde niño, comportamientos adaptados y respetuosos de las leyes.

No es posible creer en la utopía de que todos los integrantes de una comunidad sean capaces de vivir sin delinquir, como así también, de que no existan sectores de la sociedad con menores recursos económicos, pero esto no es justificativo para cometer un delito; cuando subyacen valores fuertemente arraigados, las soluciones se buscan lejos de las transgresiones a la ley.

Por lo antedicho, le cabe al Estado la tarea de trabajar fuertemente en todo lo atinente a la protección de la familia y a la educación, imprimiendo los principios que se desea que predominen.

Atendiendo a los motivos por los cuales una sociedad no puede dejar de lado la pena privativa de libertad, no le es posible por lo mismo, prescindir de las instituciones carcelarias, pero en ellas sí debe predominar el tratamiento reeducativo como un fin innegable, llevado adelante en constante interacción con la misma comunidad de donde la persona surgió, donde delinquiró y a la que deberá volver arrepentido de sus actos, convencido de lo negativo de los mismos. Esa vuelta a la sociedad evitando toda conducta errada, debe darse no tanto por el temor de volver a la prisión, sino esencialmente porque supo asimilar los valores y principios que le posibilitan a todos los seres humanos una convivencia pacífica en sociedad. Al tiempo que esta, sepa contar con la preparación pertinente que le posibilite la debida recepción de estas personas nuevamente en el seno de la comunidad. Así también, el Estado puede reforzar la protección y proveer las herramientas adecuadas durante un período de tiempo posterior a la salida de la prisión, con el objeto de optimizar la readaptación esperada y evitar la reincidencia. Pensar en un cambio cultural lento y sinuoso, se considera la salida viable para la disminución de las conductas delictivas.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Muñoz, D. (1996). “Sistema Integral de Tratamiento Progresivo Penitenciario”. Bogotá, Colombia: Instituto Nacional Penitenciario (INPEC).
- Alterini, A.A. (1993). “La Seguridad Jurídica”. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Alvarado Sánchez, R. (2012). “Perspectiva histórica y problemas actuales de la institución penitenciaria en España”. Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca.
- Amnistía Internacional. Argentina. Sitio on line oficial. Información recuperada de: <http://www.amnistia.org.ar/> el 18/05/2016.
- Bacigalupo, E. (1994). “Lineamientos de la Teoría del Delito”. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (1997). “Derecho Penal. Parte General”. (2º ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Baratta, A. (1990). “Resocialización o Control Social”. Traducción de Mauricio Martínez. Ponencia presentada en el Seminario "Criminología Crítica y Sistema Penal". Lima, Perú.
- Baratta, A. (2004). “Criminología crítica y crítica del Derecho Penal”. (8º ed.). Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina S.A.
- Beccaria, C. (2007). “Tratado de los Delito y de las Penas”. Buenos Aires: Heliasta.
- Bernal Gómez, B. (2010). “Historia del Derecho”. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bernal Ballesteros, E. (1999). “La constitución de 1993. Análisis comparado”. (5º ed.). Lima: RAO.
- Bidart Campos, G. (1978). “Manual de Derecho Constitucional Argentino”. (6º ed.). Buenos Aires: Ediar.

- Bidart Campos, G.J. (1997). "Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino". Buenos Aires: Ediar.
- Bobbio, N. (1998) en: "Contra la pena de muerte", recogido en: Marazziti, M. 'No matarás. ¿Por qué es necesario abolir la pena de muerte?'. Barcelona: Ediciones Península.
- Bramont-Arias Torres, L. (2000). "Manual de Derecho Penal". Parte General. Perú: Edit. Santa Rosa.
- Cafetzoglus, A.N. (1977). Revista Jurídica de San Isidro, N° 12/13, octubre. San Isidro, Colegio de Abogados. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Caro P., F. (2013). "John Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII". Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología N° 27. San Sebastián: Eguzkilore.
- Carrió, A.D. (1994). "Garantías constitucionales en el Proceso Penal". (3° ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Claria Olmedo, J. (1960). "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo I. Buenos Aires: Ediar S.A.
- Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. (1991). "Derecho Penal. Parte General". (3° Ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Cofre Lagos, J.O. (1999). "Sobre la potestad punitiva del Estado. Legitimidad y racionalidad". Revista de Derecho, edición especial, ISSN 0718-0950, v. 10. Valdivia: Universidad Austral de Chile.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1969).

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979).
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984).
- Cubas Villanueva, V. (1998). “El Proceso Penal. Teoría y Práctica”. (3º ed.). Lima: Palestra Editores.
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1978).
- De León Villalba, F.J. (2003). “Derecho y prisiones hoy”. España: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha.
- Devoto, E. (1988). “Readaptación social y realidad penitenciaria argentina”. Cuadernos de investigaciones N° 7. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales ‘Ambrosio L. Gioja’. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.
- Diccionario de la lengua española. 2014. 23º ed. Versión electrónica. www.rae.es.
- Duran, M. (2009). “Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional”. Política Criminal N° 8, A1-8, pp. 1-24.
- Durant, W. (1959). “Nuestra herencia oriental”. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Durrieu Figueroa, R. (2014). “Los pros y contras del Anteproyecto del Código Penal”. Buenos Aires: La Ley ISSN 1989-6913, N° 8376.
- Fernández Madrazo, A. (1997). “Derecho Penal. Teoría del Delito”. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Fernández Rodríguez, M.D. (1994). “Los límites al ius puniendi”, en Anuario de Derecho y Ciencias Penales. Tomo XLVII. Facsímil III. Madrid, septiembre-diciembre.
- Ferrajoli, L. (1995). “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Ferri, E. (1850). “Sociología Criminal”. Tomo I. Trad. Antonio Soto y Hernández, Madrid: Centro Editorial Góngora.
- García Valdés, C. (1982) “Comentarios a la legislación penitenciaria”. España: Editorial Civitas.
- Giménez-Salinas Colomer, E. (2001). “Penas privativas de libertad y alternativas”. Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. España.
- González Quintanilla, J.A. (1999). “Derecho Penal Mexicano”. México: Porrúa.
- Gutiérrez, M. (2012). “Lápices o rejas. Pensar la actualidad del derecho a la educación en contextos de encierro”. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Jescheck, Hans-Heinrich. (1981). “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. (Vol. 2). Traducción, adiciones de Derecho Penal Español y notas a cargo de Muñoz Conde, F. y Mir Puig, S. Barcelona.
- Jiménez de Asúa, L. (1965). “Tratado de Derecho Penal”. Tomo III. (3º ed.). Buenos Aires: Lossada S.A.
- Jiménez de Asúa, L. (1981). “La Ley y el Delito”. (12ª ed.). Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Hurtado Pozo, J. (1987). “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Lima: EDDILI.

- La Biblia. Libro de Mateo, Bienaventuranzas. Nuevo Testamento. Información recuperada de <http://www.laverdadcatolica.org/ElSermonDeLaMontana.htm> el 18/02/2016.
- La Biblia. Libro Segundo de Moisés, Éxodo. Información recuperada de <http://www.iglesia.net/biblia/libros/exodo.html#cap21> el 18/02/2016.
- Langon, M. (2006). “Manual de Derecho Penal”. Montevideo: Ediciones del Foro.
- Lara Peinado, F. (1986). “El Código de Hammurabi”. Madrid: Editorial Tecnos.
- Lara Peinado, F. y Lara González, F. (1994). “Los primeros Códigos de la humanidad”. Madrid: Editorial Tecnos.
- Lurati, C. (2008). “El sistema de pena única en el Código Penal Argentino. La unificación de penas y condenas y su máximo posible”. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Luzón Peña, D.M. (1996). “El ‘ius puniendi’ la potestad punitiva”. Curso de Derecho Penal. Parte general. Madrid: Editorial Universitas.
- Machicado, J. (2010). “Concepto de Delito”. Apuntes Jurídicos. La Paz: Ed. Mateo Serra.
- Mahiques, C.A. y Grassi, A.P. (2007). “La prevención especial a la deriva, o una inconfesada vuelta a la inocuización”. La Ley 2007-F, 1322.
- Maier, J.B. (1993). “Fin y Justificación de la Pena y Medidas de Seguridad. Determinación Judicial de la Pena”. Buenos Aires: Del Puerto.
- Mappelli Caffarena, B. y Terradillos Basoco, J. (1996). “Las consecuencias jurídicas del delito”. Madrid: Ed. Civitas.
- Márquez Piñero, R. (1992). “El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo”. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Medina Cuenca, A. (2007). “Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de libertad”. IUS. Revista del Instituto de Ciencias

Jurídicas de Puebla A.C., núm. 19. Puebla, México: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

-Mir Puig, S. (1998). "Derecho Penal. Parte General". (5° ed.). Barcelona: Tecfoto.

-Mommsen, T. (1986). "Derecho Penal Romano". España: Editorial Orbis.

-Muñoz Conde, F. (1982). "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito". España: Ediciones de la Universidad de Salamanca.

-Muñoz Conde, F. (1999). "Teoría general del delito". (2° ed.). Colombia: Temis.

-Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2004). "Derecho Penal. Parte General". (6° ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

-Neuman, E. (2000). En Zaffaroni, Baigún, Terragni: "Código Penal", Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi.

-Núñez, R.C. (1999). "Manual de Derecho Penal". Parte General. (4° ed.). Córdoba: Marcos Lerner.

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

-Pessina, E. (1936). "Elementos de Derecho Penal". (4° ed.). Traducción del italiano por González del Castillo, H. Madrid: Reus.

-Platón. (1983). "Las leyes". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

-Polaino Navarrete, M. (2015). "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Tomo I. (2° ed.). Madrid: Tecnos.

-Quintero Olivares, G. (1982). "Acto, resultado y proporcionalidad". En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. T. XXXV, Fase. II. Mayo- Agosto.

-Quiroga Lavié, H. (2000). "Constitución de la Nación Argentina Comentada". (3° ed.). Buenos Aires: Zavalia.

-Rabossi, E.A. (1976). "La justificación moral del castigo". Buenos Aires: Astrea.

- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (1990).
- Ríos Martín, J.C. (2004). “Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel”. (3º ed.). Madrid: Colex.
- Robledo Ramírez, J. (1996). “Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales, estudio de su regulación en España y México”. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas.
- Rodríguez, M.C. (2009). “Breve introducción a las teorías criminológicas”. Madrid: Reus S.A.
- Roxis, C. (1976). “Sentido y Límites de la Pena Estatal”. En problemas básicos de Derecho Penal, traducido por Luzón Peña. Madrid: Ed. Reus.
- Roxis, C. (1997). “Derecho Penal. Parte General”. Tomo I. Traducción Luzón Peña, D.M. y otros. Madrid: Ed. Civitas.
- Roxin, Claus. (2000). “Problemas actuales de la Política Criminal”. Conferencia dictada en el ciclo ‘Puntos de discusión de vanguardia en las Ciencias Penales’. Munich.
- Rusconi, M. (2007). “Derecho Penal. Parte General”. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Sagües, N.P. (2007). “Manual de Derecho Constitucional”. Buenos Aires: Astrea.
- Santo Tomás de Aquino. (1974). “Summa teológica”. Madrid: Ediciones Rialp.
- Sarrulle, O. E. (2006). “El sentido de la pena en el Derecho Argentino”. En M. Gerez Ambertín, Culpa, responsabilidad y castigo, en el discurso jurídico y psicoanalítico. (Vol. I, pp. 31-36). Buenos Aires: Letra Viva.
- Terragni, M. (2012). “Derecho Penal. Parte General”. Santa Fe: Editorial Universidad Nacional del Litoral.

- Torres Santiago, O. (2011). “El Mito de Adán”. Puerto Rico: Editorial Letras de América.
- Unicef. (2008). “Adolescentes en el Sistema Penal”. ISBN-13: 978-92-806-4043-0. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Argentina.
- Vázquez Rossi, J. (2008). “Derecho procesal penal. La realización penal”. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Velásquez, F. (2010). “Manual de Derecho Penal”. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Vélez González, M.A. (2014). “Formas de reacción social a la criminalidad de carácter punitivo”. Revista de Derecho. ISSBN 978-9929-40-617-9. Guatemala: Universidad San Carlos de Guatemala.
- Villa Stein, J. (1998). “Derecho Penal. Parte General”. Lima: Edit. San Marcos.
(Villa Stein, J., 1998, p. 449).
- Zaffaroni, E.R. (1973). “Teoría del delito”. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E.R. (1984). “Sistemas penales y derechos humanos en América Latina”. Primer informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Buenos Aires: Depalma.
- Zaffaroni, E.R. (1987). “Tratado de Derecho Penal”. Parte General. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E.R., Alagia, A. y Slokar, A. (2005). “Derecho Penal. Parte General”. (2º ed.). Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E.R. (2013). “Anteproyecto de reforma del Código Penal Argentino”. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e

Integración del Código Penal de la Nación, designada por Decreto 678/12. Buenos Aires.

Legislación

-Código Penal Argentino

-Código Penal de España (2011).

-Constitución de la Nación Argentina (1994).

-Constitución de España (1978).

-Decreto-ley 412. Ley Penitenciaria Nacional (1958).

-Ley N° 22.278 (1980). Régimen Penal de la Minoridad

-Ley N° 24.660 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. (1996).

-Ley N° 25.882 (2004).

-Ley N° 25.886 (2004).

-Ley N° 25.891 (2004). Servicios de Comunicaciones Móviles

-Ley N° 25.892 (2004).

-Ley N° 25.948 (2004).

-Ley N° 29.859 (2013). Incorpora el artículo 317-A al Código Penal de Perú