

Breves reflexiones sobre dos cuestiones vinculadas con la parte general del futuro código penal (a propósito del Anteproyecto Zaffaroni de 2014 y del Proyecto Borinsky de 2018)

Julio Isaac Arriola

I. Presentación

I.1 Los principales destinatarios de estas líneas son los alumnos, a fin de alimentar en ellos una mirada pensante y crítica sobre la cuestión penal, propia de un compromiso efectivo y militante a favor de un estado de derecho y una democracia sustantiva. Los temas de los que me ocuparé son dos: 1) La necesidad de un marco normativo inicial que ratifique expresamente la dependencia y subordinación de un código penal a los principios constitucionales que regulan y limitan el “ius puniendi”¹ tanto en su faz constitutiva, como en su operatividad. 2) El instituto del seguimiento socio judicial a continuación del cumplimiento de la pena privativa de la libertad para determinados delitos, visto desde el prisma bloque constitucional de los derechos humanos.

II. Cuestión primera

II.1 Parece evidente que nuestro país exhibe una fragilidad institucional que recién empieza a ser superada por una incipiente democracia, no exenta de marchas y contra marchas. En efecto, existen factores de poder con especial relevancia en el armado social, que, en aras de mantener su vigencia y centralidad, puján en el ámbito del poder punitivo, por la primacía de un estado de policía, en desmedro del estado de derecho y del respeto irrestricto al bloque constitucional de los derechos humanos.

La explotación mediática de una imagen distorsionada de la inseguridad, para justificar una política de “tolerancia cero” y el fomento de una represión enderezada especialmente a las clases sociales más vulnerables, como única herramienta apta para la “solución” de los conflictos sociales es lo que hoy se pretende imponer en nuestra sociedad. Ello, insisto, de la mano de un proceso de criminalización primaria centrada en los sectores más débiles de la sociedad, utilizando los escasos recursos del Estado, para perseguir y castigar estereotipos marginales y hechos torpes, en vez de ocuparse en serio y no marketinamente de la criminalidad que realmente afecta por su incidencia a nuestra convivencia (corrupción, narco criminalidad, trata de personas, delitos contra el orden económico, etc.). Entre otras tantas razones de ese arbitrario direccionamiento está la de

¹ Poder punitivo.

que muchos de los protagonistas de la apuntada criminalidad pertenecen a esos factores de poder antes señalados.

Ello en un escenario en donde se entroniza la democracia formal y se ignora, o no se construye una democracia real, en la que el gobierno sostenga un Estado, que promueva en forma efectiva y no meramente declarativa, la realización de las personas en todas sus dimensiones, tal como se prescribe en nuestra Constitución, especialmente, en el contenido de su Preámbulo y sus arts. 14, 14 bis, 41/43 y concordantes.

A mi juicio esa fragilidad y el contexto referido avalan suficientemente la conveniencia de que en el futuro código penal² se contemple un marco normativo inicial, en el sentido aquí propiciado, como un faro, cuya luz marque la senda por la que debe transitar y no salirse el ejercicio del poder punitivo, en una comunidad que aspira a vivir conforme a un estado de derecho.

Con acierto se ha señalado que la parte dogmática de nuestra Constitución, merece ser titulada como “derecho constitucional de la libertad” porque, en paralelo con la idea de democracia, reconoce como eje principal a la persona humana en su dignidad, en sus derechos y en su libertad. Nos compete asumir el compromiso de trabajar desde la docencia por la vigencia de ese “derecho constitucional de la libertad”.

A propósito de esta introducción voy a permitirme transcribir un muy interesante artículo de Horacio Cecchi publicado en el diario Página 12, del 22/8/2019 que plantea lo siguiente:

“Un mono con navaja

Por Horacio Cecchi De qué se está hablando cuando se habla de la patada policial que provocó la muerte de una persona: se habla sobre el sentido que se le da a la peligrosidad, que es la que motivó la intervención. Se habla sobre qué se entiende de ella, porque no cualquier situación se visibiliza como peligrosa. Y se habla sobre la fuerza policial y qué se pretende con su intervención. No se trata de debatir sobre lo injustificada que fue esa reacción violenta, debate que sólo nos deja en la lectura caliente de un hecho injustificado, sino de entender por qué ocurre.

Empecemos por desarmar los hechos. La escena ocurre el lunes no laborable a las 7.43. No parece que haya provocado un caos de tránsito, ni que hubiese mucha gente en la calle que corriera peligro. No se trata de desmerecer la intervención policial que es lícita desde el momento en que responde a un pedido de ayuda de una denunciante, quien no tiene por qué tener criterio para medir peligrosidades. La mujer policía acude y, suponiendo que haya sido tal como señala la versión oficial, fue amenazada por el hombre que supuestamente portaba un cuchillo. La agente pidió ayuda e inmediatamente llegaron dos motociclistas, enseguida un tercer agente de calle, y un patrullero instante después. No se puede decir que la situación estuviera fuera de control. Enfrente tenían a un hombre "armado con un cuchillo" que no aparecía a la vista, y que estaba en evidente estado de ebriedad.

² Como se sabe, nuestro código vigente data de 1921 y ha sido objeto de más de 900 reformas que desnaturalizaron con su coherencia sistemática, su armonía y su estética original.

Los riesgos que corrían los policías fueron evaluados por ellos mismos, desde el momento en que ninguno sacó su arma. Nadie se consideró en peligro. Ya vimos, que, ante la menor sospecha de peligro, la orden de este gobierno es "anular al enemigo". Chocobar es el mejor ejemplo, aunque son múltiples las intervenciones letales de la policía en supuesto riesgo. El ejemplo de Chocobar, es aplicable al caso, porque Pablo Kuoko, su víctima, efectivamente llevaba un cuchillo, en el bolsillo, corría escapando y fue baleado de espaldas. Con este criterio de peligrosidad vigente, si ahora los policías no sacaron sus armas es porque no tenían el más mínimo motivo.

La intervención se produce entonces en el momento en el que el policía de apellido Ramírez se acerca al hombre que está parado, inmóvil, con las manos detrás. No tenía un arma al punto de que el otro motociclista se aproxima por su espalda y se agacha para verificar si tenía o no un cuchillo. Tan oculto lo tenía que ni de espaldas se lo podía ver. En ese momento, es cuando Ramírez le arroja la patada que termina provocándole la muerte. Marcelo D'Alessandro, secretario de Seguridad porteño, alegó que los policías no usaron armas ni tonfas. No es cierto: la patada policial es un arma. De hecho, lo mató utilizándola. Es un arma, como el puño de un boxeador. Así se lo juzgó a Monzón cuando dio el golpe a Alicia Muñiz que la arrojó al vacío.

D'Alessandro, sostiene que de haberse utilizado una pistola "Taser", se hubiera evitado la muerte. No es cierto. Si es que no moría de un infarto, también hubiera golpeado la cabeza contra el asfalto derrumbado por el impacto policial.

El criterio de peligrosidad que propone Patricia Bullrich, y sus sucedáneos porteños bonaerenses, consiste en anular todo aquello que se salga de la estabilidad emocional de un gobierno cada vez más inestable. Los policías son entrenados para anular y no para solucionar. Están educados para golpear y no para ayudar. Por eso, tres policías por la espalda no alcanzaban porque la intención no era contener. Lo que querían hacer era anularlo, así lo hizo Ramírez. Cumplió órdenes y lo anuló. Cada vez es mayor la población que queda colgada de la cornisa, propensa a ser identificada por la policía callejera como "individuos peligrosos". La función de este gobierno es desplazar hacia el margen, y educar al resto a temer a los desplazados. El criterio de peligrosidad, está puesto en los marginados para que no se vea lo peligrosa que es la inestabilidad de la economía y que no se tema al propio gobierno. Un verdadero mono con navaja."

I.2 En los fundamentos del proyecto auspiciado por la administración Macri y redactado por una comisión presidida por el profesor Borinsky (en adelante: PB), usaré como modelo a criticar, se argumenta en contra de esta iniciativa en los términos siguientes: *"Razón por la cual los principios se excluyen del texto legal. El Código Penal de 1921 no preveía la incorporación de los principios constitucionales. Se debatió en la Comisión acerca de la conveniencia –o no- de incluir un catálogo de principios constitucionales dentro de los primeros artículos. Sin desconocer su importancia, se consideró que ello resultaría sobreabundante pues, en definitiva, el texto surge de distintos ordenamientos jurídicos, incluidos los tratados internacionales (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional). Por otro lado, se hizo hincapié en el deseo de lograr un nuevo Código Penal de manera tal que sea ágil, moderno y posible, entre otros, para el operador jurídico. Siguiendo esta línea, se consideró que la incorporación de los principios constitucionales llevaría a una alteración sistemática del código que redundaría*

negativamente en la tarea del operador jurídico. Por último, también se señaló, como argumento contrario a la incorporación al Código Penal de un catálogo con principios constitucionales, las distintas extensiones de las garantías constitucionales que le dan los diferentes ordenamientos jurídicos...”

I.3. En mi opinión, las razones expuestas precedentemente carecen de validez y de peso, en orden a justificar la exclusión de un marco normativo constitucional en el inicio del código penal.

No estoy de acuerdo con que la incorporación de tal marco al código penal sea sobreabundante. Al contrario, su inclusión remarcaría el vínculo que debe ligar al ejercicio del poder punitivo con el estado de derecho, a los efectos de restarle su calidad de irracionalidad expansiva que hoy poco se discute.

La expresión “sobreabundancia” significa abundancia excesiva y no me parece que ese marco sea abundante, ni mucho menos excesivo. En todo caso vale para este caso afirmar que lo que abunda no daña, sobre todo cuando esa “sobreabundancia” se refiere a la **columna vertebral** de un sistema regulatorio del poder punitivo acorde con un estado de derecho, que torna pertinente y necesaria su inclusión en el inicio de la parte general de un código penal.

La aspiración a que el nuevo código penal sea “... ágil, moderno y posible, entre otros, para el operador jurídico...” no puede esgrimirse en contra de esta propuesta. ¿En qué afectaría la inclusión de la cuestión constitucional a que el código sea ágil, moderno y posible? En absolutamente nada. ¿Acaso los principios contenidos en nuestra Carta Magna, incluyendo por supuesto los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, no resultan de obligada y principal referencia normativa de cualquier operador jurídico en sede penal (jueces, fiscales, defensores, etc.)?

Jugar a las escondidas con este delicado y crucial tema encubre, a mi entender, la intención de “liberar” al operador del respeto a rajatabla de esos principios, dejando abierta la puerta para la expansión del poder punitivo a expensas de la persona y de sus derechos.

A diferencia de lo que se argumenta en el proyecto de referencia, las posibles divergencias literales e interpretativas de las garantías constitucionales no afecta su letra, ni su vigencia, siendo que su esencia se mantiene y en muchos supuestos su aplicación extensiva “in bonam parte” enriquece su alcance en pro del respeto por la persona y sus derechos esenciales. A modo de ejemplo, traigo a colación una sentencia firme del Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional Nro. 2 de Bariloche, Río Negro, de fecha 06/09/2011, recaída en la causa “Palma Arturo y Ñancunao Mirta s/ usurpación”, en la que se estableció como doctrina lo siguiente: “Pobladora Mapuche que, con intención de proteger un bosque de cipreses sagrados para la Comunidad de los Huaytekas, impidió

la circulación por un camino vecinal a los representantes de una empresa petrolera quienes, según sostuvo, irían a derribarlo. Falta de comprensión de la norma penal por haber internalizado un conjunto de valores diferentes, incluso incompatibles con los compartidos por la cultura dominante” (elDial.com - AA6FFC Publicado el 14/10/2011). Este interesante precedente comporta, en mi opinión, una acertada inteligencia de la norma del art.75 inciso 17 de la Constitución Nacional en cuanto manda reconocer y respetar la preexistencia cultural y étnica de los pueblos aborígenes de un modo amplio e integral; ello, desde la aplicación al caso del error de prohibición en la modalidad del puro error de comprensión basado en la pertenencia del sujeto activo a una cultura diferente de la dominante.

1.4. La incorporación de los principios constitucionales al código penal, refuerza su procedencia, su fuerza vinculante en la interpretación y aplicación del derecho penal y consolida el **estado constitucional de derecho** en perjuicio del **estado legal o de policía**. En paralelo concurre a la limitación de la congénita irracionalidad del poder punitivo y de su fuerza expansiva. En el apuntado sentido, un sustento normativo de indiscutible jerarquía en pro de la propuesta, que definiendo, se deriva, en mi opinión, de una interpretación “pro homine”³ los arts. 2 y 29 inciso d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por el primero se prescribe que “Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

En la segunda de las normas mencionadas se expresa que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza...”.

1.5. En el Anteproyecto Zaffaroni⁴ (en adelante: AZ) la manda contenida en su art. 1º reconoce, su necesidad y conveniencia en razones históricas y su texto prescribe “...I. Principios constitucionales y de derecho internacional. Las disposiciones del presente código se interpretarán de conformidad con los principios constitucionales y de derecho internacional consagrados en tratados de igual jerarquía...”.

En efecto, el origen de nuestra legislación penal resulta anclado en el derecho continental europeo del siglo XIX. Es sólo después de la 2da. Guerra Mundial que se

³ Este principio indica que, en caso de duda, se decida siempre en la dirección que más refuerce la impronta garantizadora del derecho de que se trate.

⁴ Que funcionó a instancias del decreto PEN n° 678/12 -administración Kirchner-, fue redactado por una Comisión presidida por E. Zaffaroni e integrada por León Carlos Arslanián, María Eugenia Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo.

verifica un proceso global de constitucionalización a través del modelo austríaco de un tribunal o corte constitucional de su Constitución de 1921, encargado de proveer a ese control cualificado.

Asimismo, a esas razones cabe sumarles, como ya lo apunté, las que fluyen de colocar expresamente en la parte general del código penal a todo el “ius puniendi” bajo el arco de la supremacía irrenunciable de los principios y garantías de jerarquía constitucional, con lo que, reitero, se fortalece el respeto a la persona humana y a su dignidad.

Conuerdo con que el pasaje de un **estado legal** a un **estado constitucional** dejó como huella, tanto en jurisprudencia, como en doctrina, un peligroso culto a la letra de la **ley infra constitucional** en desmedro de la obligada primacía de la **ley constitucional** o una interpretación de la primera en transgresión y olvido de la segunda.

En paralelo, no cabe duda que dicha implementación operará como un dique de expresa contención frente a intentos de instalar en su contenido normas propias de un derecho penal autoritario. Que lamentablemente están presentes en el proyecto Borinsky⁵.

Por otro lado, tal como con acierto se destacó en el XIX Encuentro de Profesores de Derecho Penal, celebrado en Mar del Plata el 26 y 27 de septiembre de 2019, en la Facultad de Derecho de la UNMDP⁶, en el actual Código Civil y Comercial de la Nación, se prescribe la vinculación de sus normas y la sujeción de los casos a la Constitución Nacional y a los Tratados sobre Derechos Humanos en los que nuestro país sea parte⁷.

I.6. Por su parte, el AZ, en su art. 1, inciso 2do., enuncian esos principios cuya **observancia rigurosa y obligatoria** prescribe.

En primer lugar, se alude a la **legalidad estricta**. En este sentido me interesa destacar que el principio de legalidad. se satisface solo y solo si, la descripción de la conducta prohibida se hace con claridad, evitando ambigüedades o textos vagos que conviertan al juez en un segundo legislador, transgrediéndose el principio constitucional de reserva (CN, art.19 párrafo final).

Además, resulta positivo prescribir que las conductas dolosas (acciones/omisiones) deben realizarse con **voluntad directa** por parte del sujeto activo, **salvo previsión legal expresa** de sanción por imprudencia o negligencia (delitos culposos en la terminología tradicional). Esta fórmula elimina el reproche penal por una **responsabilidad objetiva** (respondo penalmente por eventos no queridos por mí o ni causados por mi comportamiento imprudente o negligente). También se prescinde del

⁵ Como se verá cuando trate la cuestión segunda del presente.

⁶ Panel sobre el proyecto de Nuevo Código Penal, parte general con la intervención de los profesores Daniel Erbeta, Javier A. De Luca, Fernando Córdoba y Mario Villar y la profesora Andrea Zarini como moderadora.

⁷ Cód. cit., arts. 1 y 2.

denominado **dolo eventual**, cuya forzada construcción se hizo con la finalidad de poder castigar con la escala penal del delito doloso conductas que sólo resultan gravemente imprudentes o negligentes. **No es racional (art.1ro. CN), ni respeta el principio de proporcionalidad equiparar el reproche penal frente a quien quiso la muerte del otro y quien la causa por su conducta gravemente imprudente**, pese a la repulsa que algunos de estos casos (muertes o lesiones graves/gravísimas en el tráfico vehicular) despierten en la opinión pública, especialmente fogueada por los medios masivos de comunicación. En el mismo sentido, considero que hay culpa o imprudencia grave -y no dolo eventual- en el supuesto en que en la fabricación de un producto para el consumo humano se incurra por descuido en un defecto que lo torne tóxico y como consecuencia de ello mueran algunas personas.

El requerimiento de una **voluntad directa** para que la conducta pueda ser considerada dolosa no deja espacio para la aplicación del “**versari in re illicita**”: quien quiso la causa quiso el efecto, aunque ni siquiera lo haya podido prever. Esta forma de imputación también resulta una proyección de la responsabilidad objetiva que desconoce el principio de culpabilidad por el hecho. Su exclusión del ámbito del “**ius puniendi**” pareciera responder además y según algunos a la función motivadora de la norma penal, por la que se insta a las personas que se abstengan de llevar a cabo comportamientos que puedan causar resultados lesivos a terceros (en el sentido de afectación del bien jurídico) **que sean previsibles y evitables**. En un estado de derecho respetuoso de la persona no tiene sentido prohibir y castigar procesos meramente causales, **siendo que el delito siempre resulta ser en su base un hecho humano voluntario**, incluso en los delitos imprudentes, en los que la lesión a un bien jurídico de tercero obedece a que la persona programó y ejecutó un plan deficiente para cumplir una determinada finalidad y, debido a esa defectuosa programación causó el resultado lesivo.

La exigencia de una **voluntad directa** en el sujeto activo para afirmar que actuó con dolo se completa con el retorno al maestro Feuerbach como lo destaca Zaffaroni que, a los efectos de una respuesta punitiva más intensa pero siempre dentro del campo de los delitos culposos, distinguió entre **culpa simple** y **culpa temeraria**, acorde con la intensidad del deber de cuidado infringido, previéndose en la parte especial el agravamiento de la respuesta penal cuando el caso encuadre en la segunda de esas categorías (ver art. 83 del AZ).

Resulta asimismo plausible dejar sentado⁸, aunque parezca redundante, que el principio de legalidad comprende a la respuesta punitiva cualquiera sea el nombre que a la misma se le atribuya siempre que posea la naturaleza de tal. Ello significa afirmar la calidad de pena a las **medidas de seguridad post delito para inimputables**⁹ y mostrar

⁸ Como lo hace el AZ en su art. 2 inciso a) párr. final.

⁹ Las únicas compatibles con el esquema y límites constitucionales del “ius puniendi” si se cumplen con ciertos presupuestos en el caso concreto.

que con ese rótulo aplicado a otros supuestos, como veremos al tratar la cuestión segunda, se elude la aplicación de los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad a su respecto. Vale aquí recordar la idea de sanción penal defendida por Zaffaroni, a la que adhiero: **la misma es toda coerción que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara ni restituye y tampoco detiene las lesiones en curso, ni diluye los peligros inminentes**¹⁰.

II Cuestión segunda

II.1 En el proyecto Borinsky, se contempla para la persona condenada a pena privativa de la libertad en orden a determinados delitos considerados graves o muy graves la posibilidad de que, luego de cumplida la condena, se le apliquen un menú de medidas que, de un modo u otro, significan claras restricciones a su libertad. Se las denomina “**medidas de seguimiento socio judicial**”; están previstas en el art.10 del mismo¹¹, y como se observa, cinco de estos instrumentos se encuadran como **obligaciones** y los seis últimos como **prohibiciones**, lo que revela, según mi punto de vista, la naturaleza punitiva de todas ellas.

A continuación, se articula un sistema de revisión de la o las medidas aplicadas para resolver si procede su revocación. El precepto dice así: *ARTÍCULO 11.- El órgano competente podrá revisar en todo momento la idoneidad de la medida de seguimiento socio judicial o el logro de su finalidad. La revisión será obligatoria, por primera vez, a más tardar, en UN (1) año desde su disposición, y deberá ser reiterada cada SEIS (6) meses, **debiendo ser dejada sin efecto en caso de que existieran indicios serios de que el condenado se encontrase en condiciones de ajustar su conducta a la legalidad.** Para*

¹⁰ Zaffaroni, Aliaga y Slokar, “Manual de Derecho Penal Parte General”, EDIAR, 2005, p. 56.

¹¹ Su texto es el siguiente: ARTÍCULO 10.- En los casos previstos por los artículos 80, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126,127, 128, 130 y en el Libro Tercero del presente Código o aquellos delitos que hubieran sido calificados en la sentencia como constitutivos de violencia de género, el tribunal podrá ordenar que con posterioridad al cumplimiento de la pena impuesta, se disponga un seguimiento socio judicial al que el condenado *estará obligado a someterse*, consistente en medidas de vigilancia y asistencia *destinadas a prevenir la comisión de nuevos delitos*, por el período que se deberá establecer en la sentencia y el que no podrá superar de DIEZ (10) años. A tal fin, el tribunal podrá imponer, según las características del hecho por el cual fuera condenado, el cumplimiento de UNA (1) o más de las siguientes medidas:

1°) La obligación de estar siempre localizable mediante dispositivos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

2°) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el órgano competente establezca.

3°) La obligación de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el órgano competente señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

4°) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

5°) La obligación de seguir tratamiento médico o psicológico externo, o de someterse a un control médico periódico.

6°) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del órgano competente.

7°) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el órgano competente.

8°) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el órgano competente.

9°) La prohibición de acudir a determinados lugares o establecimientos.

10) La prohibición de residir en determinados lugares o establecimientos.

11) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza” (los resaltados me pertenecen).

ello, deberán valorarse los informes emitidos por los profesionales que asistiesen a la persona sometida a las medidas, las evaluaciones del servicio penitenciario acerca de la situación y **la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reiteración delictiva**. El órgano judicial competente resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refiere el tercer párrafo, una vez oída a la propia persona sometida a la medida, así como al MINISTERIO PÚBLICO FISCAL y las demás partes. En caso de solicitarlo, podrá oírse a la víctima, aunque no hubiera sido parte en el proceso...” (resaltados y subrayados me pertenecen).

En la fundamentación de este instituto se explica que “**Seguimiento socio judicial** Se incorpora el seguimiento socio judicial como una medida de seguridad posterior al cumplimiento de la pena, siguiendo al modelo del Código Penal de Francia. El seguimiento socio-judicial está previsto para determinados delitos muy graves, tales como el homicidio agravado, el abuso sexual agravado, otros ataques graves contra la integridad sexual y los delitos que se cometan en un contexto de violencia de género. El instituto consiste en la imposición de determinadas medidas de vigilancia y asistencia **destinadas a prevenir la comisión de nuevos delitos** que el condenado debe respetar durante un plazo máximo de 10 años, con posterioridad al cumplimiento de la pena impuesta. Las medidas a imponerle al condenado pueden consistir en la obligación de estar siempre localizable mediante dispositivos electrónicos que permitan su seguimiento permanente, la obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el órgano competente establezca, la obligación de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia y/o del lugar o puesto de trabajo, la prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del órgano competente, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a sus familiares, la prohibición de comunicarse con la víctima, o con sus familiares, la prohibición de acudir a determinados lugares, la prohibición de residir en determinados lugares, la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza, la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares y la obligación de seguir tratamiento médico o psicológico externo, o de someterse a un control médico periódico...” (el subrayado y resaltado me pertenecen).

II.2. La pobreza de estos aparentes fundamentos es notoria. Se limitan a citar como fuente al código penal alemán, sin comentario o aclaración alguna (ni siquiera la mención de los artículos pertinentes del mismo) y a la simple enumeración de las medidas contempladas en el anteproyecto. Las llamadas “**medidas de seguimiento socio judicial**” no son otra cosa que **penas**; ello en el correcto significado del término “pena” que ya señalé en la cuestión primera citando a Zaffaroni.

Va de suyo que esta caracterización de la sanción penal supone defender una visión realista de la misma y crítica de las concepciones que le atribuyen de modo exclusivo alguna función de prevención general o especial y que consideran al delito cometido como un mero síntoma que legitima tales funciones. En todo caso podrá discutirse si la sanción penal, en especial la privativa de la libertad, cumple una función simbólica de naturaleza motivacional para el resto de la sociedad a través de su rol confirmatorio de la norma (prevención general positiva) y, por otra parte, reconocer que durante la ejecución de la pena privativa de la libertad el Estado está obligado a cumplir con los fines propios de la prevención especial positiva en punto a la resocialización de la persona condenada (art.18 última parte CN y normas análogas de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos).

No dudo es que **el perfil esencial de la sanción penal**, en cualquiera de sus modalidades (art. 5 CP), es su **carácter retributivo** (la pena es un castigo que se aplica a quien comete un delito, por el solo hecho de haberlo cometido)¹², lo que significa afirmar que entre el injusto y la pena ese carácter comporta una condición de legitimidad del castigo y ello justifica su respeto¹³.

Mi perspectiva crítica, sobre las medidas (penas) pos condena privativa de la libertad, parten de una visión minimalista del sistema penal, en la que éste debe ser percibido y construido a partir de la libertad, respetando a rajatabla, entre otros, al principio de culpabilidad por el hecho, lo que resta todo fundamento racional y constitucional a que después de cumplida la pena se pueda someter a la persona a un mecanismo de arbitrario invasivo de libertades y derechos, basada en discutibles juicios de peligrosidad y pronóstico de reincidencia.

Con motivo del XX Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, el Papa Francisco, en su discurso dirigido a sus integrantes del 15/11/2019 señaló, entre otras tantas cosas trascendentes, que *“...Lo primero que los juristas deberían preguntarse hoy, es qué pueden hacer con el propio saber, para contrarrestar este fenómeno, que pone en peligro las instituciones democráticas y el desarrollo mismo de la humanidad. En concreto, el reto actual para todo penalista es contener la irracionalidad punitiva, que se manifiesta, entre otras cosas, en el encarcelamiento masivo, el hacinamiento y la tortura en las cárceles, arbitrariedad y abusos por parte de las fuerzas de seguridad, la ampliación del alcance de la pena, la criminalización de la protesta social, el abuso de la prisión preventiva y el repudio de las garantías penales y procesales más básicas...”*¹⁴.

Desde hace mucho la dogmática penal, partiendo de los sistemas normativos penales en vigencia ha elaborado dos conceptos enfrentados entre sí: **culpabilidad** y

¹² Silvestroni, Mariano H “Teoría constitucional del delito”, Ediciones del Puerto, 2004, p. 26.

¹³ Silvestroni, ob. cit., p. 28 y su cita n° 60 de Ferrajoli.

¹⁴ El subrayado me pertenece.

peligrosidad, orientados a legitimar el mecanismo dualista de sanciones penales. Así, mientras que la culpabilidad sostiene la aplicación de una pena al **protagonista responsable** de un injusto penal (acción típica y antijurídica), la **peligrosidad** como estigma atribuible a quien comete un delito, **resulta aplicable tanto al inculpable, como al sujeto responsable al que también le cabe esa descalificación**¹⁵.

No en vano, señala el profesor Silva Sánchez, con cita del profesor Hassemer, que *“...es preciso concluir que, tras dos siglos de trabajo sobre el Derecho penal de la culpabilidad, ahora sea el turno del Derecho penal de la seguridad. Que sea también una ultima ratio y que respete los derechos y libertades del afectado depende, en buena medida del trabajo académico...”*¹⁶. Con justeza, Ferrajoli califica de medidas de policía a todas las sanciones de defensa y de control social diferentes de las penas, pero que igualmente comportan restricciones a la libertad en sus diferentes dimensiones y de otros derechos fundamentales, **cuyo presupuesto es la cualidad de sospechoso o peligroso derivadas de perfiles sintomáticos tales como el rol de condenados, reincidentes, ociosos, vagabundos o similares**¹⁷.

En el campo de lo que este autor llama **sistemas subjetivistas**, lo que se reprime es no tanto o no tan solo comportamientos determinados, que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de terceros individuales o colectivos, sino *“...actitudes o situaciones subjetivas de inmoralidad, peligrosidad o de hostilidad al ordenamiento más allá de su exteriorización en manifestaciones delictivas concretas...”*¹⁸.

Otra cosa muy distinta es que algunas de esas llamadas medidas se legislen como penas alternativas a la de privación de la libertad y sin limitarlas a ciertos delitos que son seleccionados en forma arbitraria como indicadores de la futura peligrosidad de la persona que, por tan solo ese dato, se lo mantiene en el ámbito del poder punitivo exorbitante¹⁹.

II.3. El otro aspecto crítico que me interesa destacar de estas penas encubiertas del PB es su naturaleza inconstitucional desde la óptica del principio de culpabilidad en cuanto a la necesidad de proporcionalidad en el tipo y cuantía de la sanción a imponer y la gravedad del hecho juzgado y el grado de intervención en el mismo del enjuiciado. **Se impone la afirmación sin retaceos que la medida de la pena debe ser la medida de la culpabilidad y que la culpabilidad por el acto realizado conlleva el máximo de reproche posible y, por ende, el máximo de pena a imponer a la persona culpable**²⁰,

¹⁵ Para una explicación de esta temática, véase; la Introducción de Muñoz García Conde al libro de Roxin “Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal”, REUS S.A., 1981

¹⁶ Silva Sánchez, Jesús María, “En busca del Derecho Penal Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena”, editorial II B de f, 2017, p. 249.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón Teoría del garantismo penal”, Editorial Trotta, 1995, ps. 769 y 765.

¹⁸ Mismo autor, ob. cit., p. 100.

¹⁹ Ver Anteproyecto Zaffaroni, su regulación como penas alternativas; Título III, Capítulo II, arts. 22/33.

²⁰ Resulta interesante y sugestivo detenerse en la concepción de la culpabilidad de Zaffaroni, quien incluye en su construcción el grado de vulnerabilidad del sujeto activo frente al poder punitivo. Pero ello importaría un tratamiento ajeno a los propósitos de este artículo.

no pudiendo legitimar el plus de pena por razones de prevención en cualquiera de sus formatos y etiquetas que rebasen el reproche por la culpabilidad por el acto.

Asimismo, considero que la incertidumbre que provoca en el condenado por alguno de los delitos previstos en el art. 10 del PB sobre si además deberá soportar una o más restricciones a sus derechos luego de cumplida su condena, por un plazo que puede llegar a los 10 años, **conlleva una grave violación del mandato de certeza** derivado del principio de legalidad visto, desde su perfil “in bonam parte” (art. 18 CN y su doctrina). El condenado tiene derecho a conocer los alcances de la sanción, que se le impone por el delito cometido; lo que incluye saber si esa pena incluye además restricciones a su libertad luego de cumplida la misma. Ello, más allá de la inconstitucionalidad de esas restricciones.

Además, estas penas basadas exclusivamente en la supuesta peligrosidad del condenado por ciertos delitos y en un cuestionable pronóstico de inclinación del mismo a delinquir en un futuro autorizan a sostener su calidad de crueles y degradantes y, por tanto, prohibidas constitucionalmente (art. 18 última parte CN y las cláusulas contenidas en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes). Adviértase que entre los tantos sinónimos de la palabra “cruel” relativos al tema figuran expresiones tales como “inhumano”, “draconiano”, “excesivo”, etc. A su vez el término “degradante” significa, entre otras cosas, **rebajar a alguien en sus derechos, humillarlo o envilecerlo injustamente.**

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXVI, segundo párrafo, se establece que “...*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas...*” (resaltado y subrayado me pertenecen).

Una pena es cruel cuando resulta inhumana; es decir cuando desconoce o transgrede la dignidad inherente a toda persona humana. Y toda pena, aunque se la llame medida, que no sea consecuencia directa de la culpabilidad por el hecho cometido, sino que su imposición después de la condena cumplida derive de etiquetarlo como una “**persona peligrosa**” y que ello importe endilgarle sin una base seria que la respalde un pronóstico de reincidencia es, en buen romance, **una pena inhumana.**

Por otro lado, sin bien la expresión “**inusitadas**” significa literalmente algo que es poco frecuente, no habitual, ello también resulta aplicable a una pena que se impone en función de una selección caprichosa o arbitraria de ciertas categorías de personas por lo que son o por su conducción de vida.

En una dirección parecida a la que expongo en el presente, la colega Carla Auad²¹ refiriéndose a las reglas de conductas previstas para los casos de condena condicional de la pena privativa de la libertad, contenidas en el art. 27 *bis* del CPA, alude a que algunos autores han puesto en crisis ciertas reglas allí previstas por considerarlas dotadas de un sentido paternalista incompatible con un estado de derecho que gira en torno a la libertad de la persona humana (residencia o patronato, abstención de abusar de bebidas alcohólicas, de consumir estupefacientes, de conseguir un trabajo, etc.). Pero también esta autora, en el mismo comentario, destaca que otras de tales reglas han sido tachadas de inconstitucionales **porque revelan que son penas**, aunque se las designe como reglas de conducta porque afectan la libertad y otros derechos de las personas (prohibición de concurrir a ciertos lugares o de tener contacto con ciertas personas, la obligación de terminar la escuela primaria o aprender algún oficio, etc.). Resulta claro que estas consideraciones son aún más pertinentes con relación a las “medidas de seguridad y seguimiento” pos condena auspiciadas por el Proyecto Borinsky.

En un interesante trabajo de la Profesora Nuria Torres Rosell²² vinculado con la libertad vigilada y al seguimiento continuado de penados, referido al sistema penal español y, tangencialmente, a los países que han convertido en derecho positivo tales instrumentos con matices diversos (EEUU, Reino Unido, Francia, Alemania), admite sin rodeos que las tales “medidas”, no son otra cosa que penas, que afectan la dignidad y la libertad de la persona que ya cumplió con la pena impuesta por el hecho o los hechos cometidos, sin perjuicio de la clara transgresión al principio constitucional de la culpabilidad por el hecho y su proyección limitativa sobre el tipo y cuantía de la sanción penal a imponer. **Es que la libertad con condicionamientos traducidos en obligaciones y prohibiciones impuestas a la persona que ya cumplió con su condena deja de ser libertad en el verdadero sentido de su significado y constituye la continuación de la injerencia del poder punitivo sobre la persona, a la que se le atribuye con ligereza la calidad de peligroso y se le pronostica sin fundamento serio un futuro en el mundo del delito.** Con todo dolor debo afirmar que con estas modificaciones una vez más el estado de policía se impone por sobre el estado de derecho.

En cuanto a los fines que se le asignan al sistema de instrumentos tecnológicos aplicados al seguimiento permanente y continuado de una persona tras el cumplimiento de la pena privativa de la libertad impuesta, Torres Rosell, pese a lo expresado sobre la culpabilidad como fundamento y límite de la sanción penal, señala que ese seguimiento y medidas restrictivas pos condena responde a la voluntad estatal de mantener a la persona sometida a una vigilancia intensiva de su vida en comunidad, lo que se sostiene justificado

²¹ Código Penal de la Nación Comentado y Anotado, dirigido por Marcelo Alfredo Riquert, Tomo I, p 164; ERREJUS, 1ra edición, 2018.

²² Publicado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194, del mes de junio de 2012, bajo el título “Libertad Vigilada y Seguimiento Continuo de Penados – Contenido e implicaciones político criminales”.

por el pronóstico de un elevado riesgo de reincidencia delictiva cuya predicción se deriva del propio hecho cometido y del análisis de sus circunstancias personales que lo convertirían en un **“sujeto peligroso”**. Es claro que estos razonamientos se corresponden con un derecho penal de autor, en el que el poder punitivo de corte expansivo opera sobre la conducción de vida de la persona ya penada y no por lo que hizo u omitió hacer poniendo en peligro concreto o lesionando bienes jurídicos de terceros, sino porque se le asigna un perfil de débil o nulo fundamento y con una clara impronta estigmatizante²³.

En mi opinión, hay en toda esta corriente político criminal originada en los países centrales un cambio trascendente de paradigma, que prescinde abiertamente de un derecho penal liberal y humanista plasmado en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos y defiende un derecho penal vigilador (versión concreta del “Gran Hermano”), que clasifica a ciertas personas como peligrosas, les adjudica futuras reincidencias (como a las condenadas por agresiones sexuales) y se centra fundamentalmente en el control y gestión de riesgos que ellas significan, al par que pretende ser una respuesta palpable y efectiva a los ojos de la ciudadanía frente al temor que despierta la inserción de esas personas peligrosas en la comunidad. Dato éste último expandido por los medios de comunicación en forma permanente y nada inocente.

Resulta interesante lo que apunta el profesor Riquert²⁴, cuando afirma que esas medidas pos condena no son otra cosa que la realización de la finalidad resocializadora de la pena y que, como tal, tratándose de casos en los que en general las penas que se imponen son de larga duración esa finalidad resocializadora bien podrían ser implementada durante la ejecución de la pena principal. Desde esta óptica, tales medidas pos condena mostrarían el fracaso del Estado, en satisfacer el objetivo constitucional de la pena privativa de la libertad en el tramo de su ejecución (art. 18 última parte CN y las normas similares de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos). Asimismo, el autor citado, señala que “Por decirlo en forma directa, respondiendo al impulso o pulsión por mayor represión de determinados sectores sociales, como respuesta “simbólica” se negó la posibilidad de una fase del tratamiento penitenciario a homicidas, violadores y otros autores de delitos graves”²⁵, sometiendo a los mismos con la imposición de esas medidas pos condena a una libertad condicional de muy grave intensidad.

Finalmente, adhiero a la advertencia de no descartar que en un futuro, quizás más cercano de lo que creemos, estas medidas pos condena se conviertan de ser excepcionales en normales en el ámbito de un poder punitivo propio de un derecho autoritario.

²³ Estigma: señal de bajeza moral, de infamia o deshonor (Larousse Diccionario Básico de la Lengua Española, primera edición, 3ra. Reimpresión, p. 317).

²⁴ Marcelo A. Riquert, “La medida de seguridad pospena en casos de violencia de género”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, año IX N° 6 Julio 2019, p. 122.

²⁵ Ob. cit. p. 125.

El cierre

Espero haber hecho honor al propósito que me animó escribir estas breves líneas, que por supuesto lejos están de agotar los temas asumidos. Como dije al principio, son los alumnos de grado los principales destinatarios del presente para reforzar en ellos una conciencia democrática y una defensa ineludible del estado de derecho, en su esfuerzo por neutralizar el imperio de un estado de policía que aliente sistemas penales autoritarios en desmedro de la persona y de su innata dignidad.

El lenguaje oral o escrito, condición primaria del ser humano, debe tener un uso claro y preciso. Sobre todo, cuando nuestro oficio consiste en la construcción de conceptos e ideas que concurran a la limitación racional del poder punitivo, a fin de afianzar la convivencia en paz y libre de ataduras arbitrarias en el contexto de un real estado democrático de derecho. Como nos enseña el poeta²⁶: **no usamos el lenguaje, somos lenguaje.**

²⁶ Rodolfo Alonso, Contrapa del diario Página 12, del 01/08/2019.

Abreviaturas

PB: Anteproyecto de Código Penal Comisión Borinsky

AZ: Anteproyecto de Código Penal Comisión Zaffaroni

CPA: Código Penal

Bibliografía

Alonso, Rodolfo, “No usamos el lenguaje, somos lenguaje”, Contratapa del diario Página 12 del 01/08/2019

Anteproyecto de Código Penal de la Nación; Infojus, 1ra. Edición, 2014

Bidart Campos, Germán J., “Manual de la Constitución Reformada”; EDIAR, sexta reimpresión, 2009

Bonilla Leonardo, José Martín, “Eficacia y Constitucionalidad del Derecho Penal del Enemigo”, Ensayo por el que obtuvo el primer puesto en el concurso de ponencia estudiantiles en el XXIV Congreso Latinoamericano, XVI Congreso Iberoamericano y IV Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología (Machala – 2012)

Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal”, Editorial Trotta, 1995

Proyecto de la Administración Macri, redactado por una Comisión presidida por el profesor Borinsky

Riquert, Marcelo A., “La medida de seguridad pospena en casos de violencia de género”, Revista de Derecho Penal y Criminología dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Año IX N° 6 Julio 2019, ps 115 y ssgtes

Silva Sánchez, Jesús María, “En busca del Derecho Penal Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena”, editorial IIB de f, 2017

Silvestroni, Mariano H., “Teoría constitucional del delito”, Editores del Puerto, 2004

Torres Rosell, Nuria, “Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados Contenido e implicaciones político criminales”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2012, ps 1/45

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, “Manual de Derecho Penal Parte General”, EDIAR, 2005