

REVISTA PENSAMIENTO PENAL

VOL. 1 | NÚM. 4 | 2025

Dirección

Carlos H. González Bellene & Juan Manuel Almada

Coordinación general

Alan Rodríguez

Lucía Troncoso

Coordinación de contenido & repositorio

Alan Rodríguez

Edición

Ariadna Camila Fajner Correa

Comité académico y editorial

Alan Rodríguez	<i>Criminología y sociología jurídica</i>
Alejandra Álvarez	<i>Infancias y adolescencias</i>
Analía Reyes	<i>Juicios por jurados</i>
Andrés Bacigalupo	<i>Drogas y derecho penal</i>
Beatriz Ana Biolato	<i>Penal económico</i>
Brenda Eldrid	<i>Medios digitales y delitos informáticos</i>
Camila Petrone	<i>Ejecución penal y situación penitenciaria</i>
Carlos H. González Bellene	<i>Derecho penal & Filosofía del derecho</i>
Carlos Villanueva	<i>Juicios por jurados</i>
Daniel Schurjin	<i>Medios digitales y delitos informáticos</i>
David Rodríguez Infante	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Diana Márquez	<i>Justicia restaurativa</i>
Franco Nicolás Gorini	<i>Derecho ambiental</i>
Gabriel Fava	<i>Justicia restaurativa</i>
Gustavo R. Sain	<i>Medios digitales y delitos informáticos</i>
Jorge Perano	<i>Derecho contravencional y seguridad democrática</i>
Juan Manuel Almada	<i>Derecho penal, procesal & Justicia restaurativa</i>
Lucas Crisafulli	<i>Derecho contravencional y seguridad democrática</i>
Lucas Lecour	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Lucía Barrera	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Lucía Gallagher	<i>Ejecución penal y situación penitenciaria</i>
María Eugenia Covacich	<i>Razonamiento probatorio y ciencias forenses</i>
Martina Barraza	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Micaela Castillo	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Mirtha López González	<i>Infancias y adolescencias</i>
Pablo Garcarena	<i>Derechos humanos y crímenes de lesa humanidad</i>
Ramiro Gual	<i>Criminología y sociología jurídica</i>
Virginia Rodríguez	<i>Género y derecho penal</i>

Revista Pensamiento Penal es una revista electrónica de la Asociación Pensamiento Penal www.pensamientopenal.com.ar

ISSN 1853 - 4554

Las opiniones expresadas en este documento son exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente representan la posición de la Asociación Pensamiento Penal.



Esta obra está bajo una licencia internacional
[Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

Índice

Volumen 1 Número 4 – 2025

Artículos

Abordaje restaurativo de la intervención empresarial en el conflicto armado colombiano..... 1

MARÍA LAURA BÖHM & PILAR FERNANDA DUARTE ROMERO

Acerca de la distinción entre derecho penal sustantivo y adjetivo. *Una mirada sobre la aplicación de la ley 27.785 a los procesos en trámite* 44

LEONARDO J. GARCÍA

La cesura de juicio como avance en la especialidad procesal para niños, niñas y adolescentes 57

ÉRICA SCHÜLLER

Mecanismos alternativos en la etapa de valoración inicial del Código Procesal Penal Federal. *Experiencia de la jurisdicción de Mendoza* 67

MARÍA PILAR FIERRO RUIZ & GEORGINA A. GUERCIO

Columnas & Opinión

La violación de medidas cautelares en violencia de género y su relación con el delito de desobediencia. Un análisis del Código Penal de la Nación y de la Ley 26.485 87

DAMIÁN ANGRISANI GALERA

O Estado penal, a violência e o Sistema Penitenciário Brasileiro: contribuições críticas acerca da questão penal 94

VIVIANE ISABELA RODRIGUES

La problemática de la mal llamada «baja de la edad de imputabilidad»..... 102

NAHUEL F. DIAZ

El caso \$LIBRA: una mirada desde el derecho penal	105
PABLO OVER OBIAÑO	
El Derecho penal desde la mirada de las distintas corrientes de la Iglesia.....	110
RODRIGO MORABITO	
Una mirada a la teoría del dolo como conocimiento. <i>Acerc a la tesis de Ramón Ragués i Vallès</i>	113
MARÍA ELISA SOSA	

Abordaje restaurativo de la intervención empresarial en el conflicto armado colombiano

María Laura Böhm¹ y Pilar Fernanda Duarte Romero²

Resumen

El presente artículo estudia el vínculo entre violencia visible e invisible presente en el contexto del conflicto armado colombiano, y explora sus posibilidades de reparación. A partir de la presentación del contexto normativo, su implementación y los desafíos actuales que presenta, se explora como pregunta conductora, de qué manera una mirada restaurativa integral podría complementar el esquema actual y posibilitar la integración de las empresas en el mapa de actores vinculados no solo al conflicto sino, también, a su superación en términos de paz. Junto al estudio criminológico-victimológico del rol de los actores económicos en las afectaciones de derechos y los daños generados en el contexto colombiano, se introduce el enfoque restaurativo como herramienta para la reparación, la paz y la reconciliación. El trabajo culmina con diez propuestas para nuevos mecanismos de reparación, abriendo paso a una visión integral de reconstrucción institucional y económica orientada a la pacífica reconstrucción social.

¹ Abogada y criminóloga. Doctora en ciencias sociales (Univ. Hamburgo) y doctora en derecho (Univ. Munich), alumni de la Fundación Alexander von Humboldt. Ha sido investigadora y docente regular en universidades de Alemania (Göttingen, Múnich), Argentina (UBA) y Guatemala (USAC), y como invitada en diversas instituciones de América Latina, Europa, China y Estados Unidos. Autora en temas de criminología, política criminal, derechos humanos, economía (extractiva y transnacional), y conflictos socioambientales. Fundadora y directora desde 2021 del instituto independiente de investigación socio-jurídica «casa de estudios». Correo electrónico: marialaurabohm@lacasadeestudios.org

² Abogada y magister en derecho penal (Univ. Salamanca, Univ. Santo Tomás). Especialista en derechos humanos y derecho internacional humanitario (Univ. Rosario), especialista en derecho administrativo y constitucional (Univ. Católica, Bogotá) y especialista en derecho constitucional (Univ. Salamanca). Ha sido investigadora visitante en el «*department of foreign and international criminal law of the institute of criminal law and criminal justice*», Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). En su estudio académico y actividad profesional se ha dedicado al ámbito de la justicia transicional. Correo electrónico: pilarfduarte@gmail.com

Sumario

1.- Introducción | 2.- El abordaje estatal del conflicto y sus víctimas | 3.- Violencias visibles e invisibles, y la necesaria reparación de su impacto | 4.- Empresas y Derechos Humanos. La mirada criminológico-victimológica | 5.- El enfoque restaurativo | 6.- La reparación, los actores económicos de paz, y los desafíos del sistema judicial actual | 7.- Nuevos lentes: lineamientos superadores con base en una mirada restaurativa | 8.- Diez propuestas para la formulación de nuevos mecanismos de reparación | 9.- Conclusiones | 10.- Referencias

Palabras clave

conflicto armado colombiano – justicia restaurativa – violencia invisible – mecanismos de reparación – actores económicos

1. Introducción

Este artículo se origina en la imperiosa necesidad de abordar, desde el ámbito judicial, el derecho a la reparación integral de quienes han sido víctimas del conflicto armado colombiano. Incluso reconociendo todos los esfuerzos, compromisos y acuerdos de paz intentados y alcanzados por Colombia, el daño social e individual causado por el conflicto armado aún no ha podido ser reparado ni en forma suficiente ni satisfactoria, por lo que la garantía de no repetición tampoco se ha afianzado. La mirada aquí propuesta amplía el esquema de pensamiento y trabajo, expandiendo la potencialidad del sistema y el abanico de medidas posibles, y llevando las respuestas más allá de la lógica punitiva tradicional. En términos penales hemos transitado etapas de sistema inquisitivo y de sistema adversarial, pero la intención se mantuvo fundamentalmente en la punición. El movimiento aquí propuesto avanza incluso más allá de esto incorporando la mirada integral restaurativa con vocación fuertemente preventiva. Las víctimas, todos los actores implicados, las tierras y el territorio deben incluirse realmente en la ecuación del sistema. En lo que sigue, profundizamos introductoriamente estas ideas.

El sistema penal aplicado a la vigencia de los hechos ocurridos durante y con ocasión del Conflicto Armado en Colombia, junto con el sistema de justicia transicional actualmente implementado en el país, han andado un largo y esforzado camino. Sin embargo, la satisfacción de las necesidades y la realización de los derechos de las víctimas requiere una revisión que permita efectivizar el derecho de las víctimas y de la sociedad a una reparación individual y colectiva en miras a transitar los senderos del postconflicto y a activar mecanismos cuya correcta implementación contribuya a poner fin a décadas de un conflicto local que ha marcado la vida de varias generaciones. Es importante tener en cuenta, en este sentido, que el tejido social vulnerado se compone incluso de las fibras más sensibles que conforman la sociedad en Colombia. Los niños, los jóvenes, las familias y los ancianos han sido afectados, hombres y mujeres de comunidades especialmente vulnerables, sus territorios, la tierra y sus riquezas no han escapado al dolor y la violencia³. Las migraciones masivas de las poblaciones, los desaparecidos, las masacres, los daños ambientales, entre muchas otras formas de victimización, han vulnerado la posibilidad de realización de la dignidad humana de la población en Colombia sin atender diferencias ni discriminaciones.

Con el fin de aportar al abordaje de estos sufrimientos y con enfoque pacificador, se proponen aquí nuevas miradas para la integración del paradigma restaurativo y su aplicación en la realidad colombiana nacional⁴. El camino de la realización no es

³ A fin de simplificar la escritura y la lectura del trabajo, utilizamos la tradicional fórmula de género en singulares y plurales, incluso cuando son comprendidas las personas de género femenino y otros géneros. Este uso no implica desconocimiento ni rechazo de la relevancia del lenguaje inclusivo, sino que simplemente priorizamos en esta oportunidad la fluidez expresiva y de comprensión.

⁴ Nos referimos a una nueva mirada, dado que por supuesto que el enfoque restaurativo se encuentra ya suficientemente establecido en el ámbito institucional colombiano. Sobre las posibilidades de la mirada restaurativa en el abordaje del conflicto colombiano en su propuesta más tradicional, por ejemplo, ha sido de gran relevancia el aporte de la defensoría del pueblo (cfr. Abuchaibe Abuchaibe/ Gómez-Suárez/ Umaña Hernández, 2008). En similar sentido, véase el informe preparado por el ministerio del interior y de justicia conjuntamente con la Unión Europea, el cual ya en su momento destacaba la necesidad de la reparación integral como elemento central de la justicia transicional (MinJust/UE, 2011). Asimismo, el «*centro internacional para la justicia transicional*» ha destacado recientemente la labor colombiana, en tanto con la JEP ha incorporado en una estructura fundamentalmente penal importantes elementos de la justicia restaurativa (por ej. los TOAR - trabajos, obras y actividades con contenido reparador-restaurador, previstos en el art. 141 de la ley 1957 de

únicamente de las víctimas sino de todo el Estado cuya fuerza se despliega a través de las normas y la acción efectiva de sus funcionarios. Es tiempo de reconocer a su vez que de manera directa o indirecta ocurrieron diferentes acciones y omisiones desplegadas por todos y cada uno de los actores del conflicto, y al mismo tiempo es necesario actuar y sumar esfuerzos para que cada uno de esos actores puedan ser ahora constructores de Paz. Varios presupuestos fundamentan las reflexiones y propuestas presentadas en este artículo exploratorio – por momentos con fuertes rasgos ensayísticos.

En cuanto al «*abordaje judicial*», en primer lugar, es importante destacar que el sistema penal y los sistemas de justicia en relación con la investigación y judicialización del conflicto armado acertadamente han colocado su atención, esencialmente, en las acciones violentas y las infracciones de los bienes jurídicos tutelados por el legislador. Sin embargo, en el escenario del fin del conflicto que se desea construir, es esencial que el esquema del sistema penal que se enfoca en la sanción de personas, lo haga con vehemencia también en la reparación de los daños, porque es allí precisamente en donde se construyen las garantías de no repetición y las sendas seguras que permiten avanzar al post-conflicto. Es por ello que dentro de este análisis llamamos especialmente la atención sobre la necesidad de involucrar dentro del paradigma restaurativo a todo el mapa de actores que han participado en el escenario del conflicto armado.

En este sentido, es necesario considerar al mismo tiempo que siendo la reparación un pilar fundamental, no lo es menos el de la verdad, pues una y otra conllevan a consolidar la paz. Por esta razón es necesario tener en cuenta la capacidad y el conocimiento que tienen las personas físicas (tanto terceros civiles en particular como la sociedad civil en su conjunto), las personas jurídicas y las instituciones para participar en forma esencial en los engranajes en movimiento para la consolidación de la paz.

La expectativa de un venidero desarrollo legal con relación al tratamiento de los actores económicos no es óbice para ya ahora considerar todos los escenarios y potencialidades existentes sobre la base de una mirada de justicia restaurativa. Obsérvese que en la actualidad algunos actores del conflicto son sancionados, pero no son compelidos a reparar, por lo que sus bienes y capital no llegan a conformar un fondo común para la reparación de víctimas; al mismo tiempo que por la estructura jurídica y normativa del orden penal colombiano, los actores económicos corporativos no son llevados ante la justicia penal. Por otro lado, el esquema normativo no abarca a actores civiles y económicos ya que no son actores armados - tampoco desmovilizados -, por lo que no se pliegan al compromiso de reparación ni al de la verdad, pilares de la justicia transicional.

Desde la perspectiva de la víctima, en segundo lugar, y de manera indistinta por hechos ocurridos durante y con ocasión del conflicto armado, sin considerar quién causó el daño o cuáles fueron fundamentalmente los aportes necesarios y eficaces para su consecución, lo cierto es que las personas víctimas en su mayoría aún no han sido reparadas. Asimismo, debe reconocerse que la caracterización de las víctimas es de múltiples perfiles, y que muchos de ellos no son suficientemente vistos por el sistema jurídico, por lo que en la realidad hay más víctimas que las atendidas por el sistema judicial, y, por lo tanto, muchas de ellas no son consideradas en términos de reparación. Así, la sociedad civil con derecho a la reparación colectiva - cuanto menos en términos de verdad y en términos del desarrollo de políticas de prevención eficaces para alcanzar una sociedad mucho más

2019), en su reciente informe sobre respuestas restaurativas ante violaciones masivas de derechos humanos (ICTJ, 2024).

equilibrada y segura -, coloca al Estado frente a su deber de identificar y poner en marcha acciones de prevención eficaz en miras a reducir los diferentes detonantes que han promovido y vuelven una y otra vez a promover el conflicto.

A esto se suma, en tercer lugar, que los daños son pluridimensionales, y muchos de ellos no son abarcados por el sistema jurídico, quedando igualmente por fuera de la consideración de reparación. De esta manera, la falta de reparación integral en términos de víctimas y daños ha venido impidiendo la reconstrucción del tejido social dañado; y sobre la ruptura que persiste, no resulta viable construir una economía y un orden social pacíficos a futuro. Esa falta de reconstrucción y de construcción a futuro, en definitiva, impiden garantizar la no repetición.

Sobre estos presupuestos es que planteamos este trabajo, y para explicitar en forma sistemática su interés y su propuesta, profundizamos en los próximos párrafos en tres aspectos de los recién mencionados, sobre los cuales volveremos más adelante.

En primer lugar, nuestra preocupación parte de reconocer que también empresas y empresarios han tenido un rol activo durante el conflicto armado, ya sea como financiadores o co-financiadores de grupos armados, o simplemente a través de su actividad, y que esto ha sucedido en forma dañina para personas individuales, para el tejido social y para el medio ambiente. Estas empresas y muchos de estos empresarios continúan desarrollando actividades económicas rentables en sus distintos ámbitos económicos en diversos espacios del territorio nacional colombiano, sin que la responsabilidad que acarrear en relación con el daño producido haya conllevado una activa participación en medidas de reparación en beneficio de las poblaciones afectadas por sus acciones.

En segundo lugar, consideramos ineludible reconocer que una gran cantidad de víctimas individuales y colectivas se encuentran todavía a la espera de una reparación adecuada – incluso habiendo sido reconocidas como tales por los mecanismos de justicia transicional vigentes en el país. Esto ha venido generando una paulatina revictimización a causa del paso del tiempo sin atención ni respuesta. Empieza a hacerse claro que numerosas víctimas fallecen de vejez sin haber sido reparadas, y el sufrimiento e injusticia por la falta de respuesta estatal se transfiere sin solución de continuidad a los familiares más jóvenes, con las nocivas consecuencias que esta herencia suele conllevar.

En tercer lugar, es contundente y abundante la información que evidencia que como consecuencia de la actuación empresarial durante el conflicto armado también el medio ambiente y diversos ecosistemas se han visto afectados, y no solo seres humanos y sus colectivos. Es decir, el ámbito de realización vital para personas, animales y ecosistemas se encuentra en continua amenaza de conservación en diversas zonas del país. Esta realidad exige por lo tanto ser considerada en miras a su inclusión en una mirada restaurativa.

Muchas preguntas surgen de esta realidad que exige considerar la totalidad de sus diferentes ejes. Por ejemplo: ¿Cómo lograr una visión que permita dar aplicación a la justicia restaurativa? ¿Cómo mediar en los territorios objeto de despojo material y jurídico, que a su vez vienen siendo explotados económicamente y cuyas acciones legales demandan el retorno de las poblaciones campesinas? ¿Cómo resolver la distribución de los territorios originalmente adquiridos a través de la violencia y luego ocupados por poblaciones rurales? ¿Qué medidas ofrecer a los empresarios y civiles penalmente responsables que buscan mecanismos para reparar, contribuir y mediar en la solución de los conflictos generados? ¿Puede la reparación económica de los actores contribuir al

desarrollo de programas en clave de justicia restaurativa para desescalar los daños y apoyar incluso a las nuevas generaciones en los territorios? ¿Cómo brindar información a los actores de las nuevas propuestas económicas que desean actuar sin profundizar las heridas generadas por el conflicto? ¿Cómo evitar que un adolescente solo piense en vengar a su padre muerto por grupos armados? Las preguntas son muchas y podrían continuarse.

Esta acción, en la actualidad, no puede ya tener por único interés la sanción de las personas responsables de daños, sino que debe integrar la reparación integral del daño y su prevención - como medida que fomenta incluso la no repetición. En materia de indemnización a las víctimas es necesario por lo tanto considerar que para alcanzar los estándares de reparación ordenados judicialmente, debe primero abordarse uno de los desafíos centrales, como lo es la necesaria consolidación de recursos económicos que permitan cubrir las cuantías de fondos requeridas.

La cuestión que abordamos en estas páginas es entonces: ¿Qué aporte podría realizar una mirada restaurativa al abordaje del conflicto, al tratamiento de víctimas y victimarios, y a una reparación integral que promueva al mismo tiempo la prevención? Teniendo en cuenta que la actuación empresarial ha contribuido en gran parte a la profundización de los daños generados durante el conflicto armado, y considerando por lo tanto que actores empresariales han sido parte del conflicto, sugerimos aquí que también pueden ser parte de la solución. Esto quiere decir que deberían ser integrados como actores positivamente reconstructivos de redes sociales y económicas respetuosas de los derechos cercenados durante el conflicto. Asimismo, las víctimas también deben considerarse actores esenciales en la recomposición social, entendiendo que una mirada restaurativa en las medidas adoptadas no solo les significaría una reparación material, sino que al mismo tiempo la posibilidad de reconocerse como parte activa de la reconstitución de tejidos sociales y económicos.

El camino de reparación, reconstrucción y pacificación aquí presentado parte así de una reflexión y análisis conceptuales que con arraigo en la realidad y con un claro propósito práctico, aspiran a abrir una nueva etapa en el camino de reconciliación y reconstrucción para la población en Colombia, sus ámbitos económico-sociales, y sus fuentes naturales de vida. Los mecanismos de acción ya existentes, y la posibilidad máxima de articular el Estado para reconstruir entre todos el tejido social en favor de las generaciones presentes y futuras es una oportunidad incalculable para transitar escenarios de post conflicto.

En lo que sigue a esta introducción (1.), se presentará primeramente una idea general sobre el abordaje que ha hecho el Estado colombiano en términos normativos e institucionales del conflicto armado (2.); para abordar luego el entrelazado real y conceptual que existe entre la violencia visible y la violencia invisible, y su posibilidad de reparación (3.). A continuación, se presenta una mirada criminológico-victimiológica sobre la violación de derechos humanos vinculada a la actuación empresarial (4.), y se presentan lineamientos básicos del enfoque restaurativo (5.) para su abordaje. El tratamiento previo posibilita avanzar sobre la idea de la economía de transición, entendiendo a los actores económicos como potenciales actores de reparación y paz (6.), y se integra esta propuesta con un enfoque integral, con nuevos lentes, de las posibilidades de las prácticas restaurativas en el ámbito colombiano. (7.) Finalmente, se presentan diez propuestas para la formulación de nuevos mecanismos de reparación. (8.) Reflexiones conclusivas ofrecen una ligera apertura de la puerta que consideramos que debe atravesarse para ingresar a un ámbito tan desafiante como prometedor, el de la

restauración de décadas de conflicto, y el de la reconstrucción de una institucionalidad y economías conscientes y gestadoras de esperanza y de paz.

2. El abordaje estatal del conflicto y sus víctimas

Puede afirmarse que, en el contexto y términos del orden institucional colombiano, los estándares propuestos en la constitución de 1991, fundados sobre la base de que Colombia es un Estado Social de Derecho, imponen al Estado la obligación de garantizar la protección de los derechos fundamentales, el respeto a la vida, a la libertad de locomoción, y a la familia, entre muchos otros. Sin embargo, es claro que el Estado se modula a través de la ley y de la función pública para el cumplimiento de sus fines, y es en este trasvasamiento del mandato constitucional a la realización normativa y su implementación donde se presentan las dificultades, y cobra especial relevancia la acción eficaz de las políticas públicas en general, y de la política criminal en particular. Esto es así a fin de reducir los conflictos e incrementar la posibilidad de realización de los derechos fundamentales. Es en este contexto que se debe contemplar la respuesta estatal en tiempo de post-conflicto. De manera urgente se debe ponderar la vida de las víctimas y la vida en sociedad, los recursos naturales y el abordaje de los conflictos por parte del derecho, incluso más allá de las respuestas tradicionales.

a. La respuesta institucional. Un resumen

El escenario de la vida política, económica y social de Colombia ha transitado durante décadas por un conflicto armado interno, que fue reconocido como tal mediante la ley 1448 de 2011⁵. Esta ley establece un conjunto de disposiciones en beneficio de las víctimas, entendiéndolas como aquellas personas que individual o colectivamente han sufrido afectaciones a sus derechos por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985. Dichas afectaciones se enmarcan en las infracciones al Derecho Internacional Humanitario o como violaciones a las normas internacionales de Derechos Humanos o en los eventos de delitos contra los recursos naturales y del medio ambiente, ocurridos con ocasión del conflicto interno⁶.

Esta ley significó un importante avance que se sumó a los esfuerzos previos ya consolidados por Colombia en el marco de la justicia transicional cuando con la sanción de la ley 975 de 2005⁷, que hoy cuenta con diferentes decretos reglamentarios⁸, había

⁵ Congreso de Colombia. (2011). Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.096 ([enlace](#)).

⁶ Cfr. artículo 1.2, adicionado a la Ley 1448 de 2011; artículo 3, Ley 1448 de 2011. Véanse también las sentencias de la Corte Constitucional C-250 de 2012 y C-280 de 2013

⁷ Congreso de Colombia. (2005). Ley 975 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Diario Oficial No. 45.980 ([enlace](#)).

⁸ Congreso de Colombia. (2012). Ley 1592 de 2012. Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 sobre justicia y paz. Diario Oficial No. 48.633 ([enlace](#)). «Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios». Asimismo, el decreto 3011 (2013) establece en su artículo 1 la naturaleza del proceso penal especial de justicia y paz: «el proceso penal especial consagrado en la Ley 975 de 2005 es un mecanismo de justicia transicional, de carácter excepcional, a través del cual se investigan, procesan, juzgan y sancionan crímenes cometidos en el

dado paso al proceso de reincorporación a la vida civil de grupos armados al margen de la ley. Este proceso estuvo fundamentalmente enfocado en la reincorporación de los paramilitares - también denominados grupos de autodefensas. Directamente vinculado a este proceso debe mencionarse el avance que significó la ley 1592 de 2012, la cual articuló la ley 975 de 2005 con las políticas de restitución de tierras y de reparación a víctimas⁹.

Con igual propósito de poner fin al conflicto y en similar forma se abordó la situación del grupo armado ilegal denominado «*Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo* (FARC-EP)», con el cual el Gobierno Nacional firmó el 24 de noviembre de 2016 lo que se denominó el Acuerdo Final de Paz¹⁰. En cumplimiento y desarrollo reglamentario del Acuerdo¹¹ se estableció la creación del «*sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición* (SIVJNR)», actualmente denominado «*sistema integral para la paz*» conformado por la «*jurisdicción especial para la paz* (JEP)¹²», la «*unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado* (UBPD)», y la «*comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición*». Además, el sistema cuenta con el acompañamiento de una misión de verificación de la ONU¹³.

Todo este recorrido y esfuerzos tienen el ineludible propósito de garantizar los derechos de las víctimas, investigar y sancionar las infracciones de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, ocurridas en el marco del conflicto armado. Este propósito quedó plasmado en el punto número 5 del mencionado Acuerdo, cuyo marco jurídico se desarrolla sobre la base de la justicia transicional.

Más recientemente, a su vez, se sancionó la Ley 2272 de 2022¹⁴, llamada de la «*paz total*», cuyo objeto es definir la política de paz como una política de Estado, y con ese fin la ley destacó que la cultura de la Paz Total es un concepto especial de seguridad humana. Así, dispone que

«La política de paz es una política de Estado. Será prioritaria y transversal en los asuntos de Estado, participativa, amplia, incluyente e integral, tanto en lo referente a la implementación de acuerdos, como con relación a procesos de negociación, diálogo y sometimiento a la justicia. Los instrumentos de la paz total tendrán como finalidad prevalente el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; estándares que eviten la

marco del conflicto armado interno por personas desmovilizadas de grupos armados organizados al margen de la ley que decisivamente contribuyen a la reconciliación nacional y que han sido postuladas a este proceso por el gobierno nacional, únicamente por hechos cometidos durante y con ocasión a su pertenencia al grupo. Este proceso penal especial busca facilitar la transición hacia una paz estable y duradera con garantías de no repetición, el fortalecimiento del Estado de Derecho, la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, y la garantía de los derechos de las víctimas».

⁹ En relación con este fin se advierte el permanente esfuerzo por evitar el paso problemático de tierras a manos extranjeras, y la dificultad de su regulación. Cfr. El Espectador. (2025, 23 de mayo). Proyecto para regular la compra de tierra por extranjeros está a punto de hundirse en Congreso. El Espectador ([enlace](#)).

¹⁰ Cfr. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (24 de noviembre de 2016); sentencia C-630/17 de la Corte Constitucional.

¹¹ Cfr. Las disposiciones para el cumplimiento y regulación del Acuerdo en la página oficial de la Normativa de Paz de la Función Pública

¹² Para una introducción panorámica y acceso a la regulación correspondiente, cfr. el sitio web oficial de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

¹³ Cfr. Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia. (s. f.). Inicio ([enlace](#)).

¹⁴ Congreso de Colombia. (2022). Ley 2272 de 2022: Por medio de la cual se modifica, adiciona y prorroga la Ley 418 de 1997, prorrogada, modificada y adicionada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010, 1738 de 2014 y 1941 de 2018 ([enlace](#)).

impunidad y garanticen en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación» (Artículo. 2.b.).

Entre los destinatarios de esta normativa se incluyen además de los grupos al margen de la ley, las estructuras armadas organizadas de crimen de alto impacto¹⁵.

En resumen, estos esfuerzos¹⁶ del Estado colombiano han tenido como objetivo principal promover y facilitar el fin del conflicto armado, y allí anclan entonces los dos procesos de justicia transicional de Colombia. En el proceso de justicia y paz se trazó como objetivo alcanzar la verdad, la justicia y la reparación, y las garantías de no repetición. De igual modo, el Acuerdo Final trazó como objetivos principales los siguientes: (1.) reforma rural integral, (2.) participación política, (3.) fin del conflicto, (4.) solución al problema de las drogas ilícitas, (5.) acuerdo sobre las víctimas del conflicto, (6.) implementación, verificación y refrendación. En resumen, este programa político-normativo aspira así a reducir la impunidad, a ofrecer verdad a la sociedad colombiana, a garantizar la seguridad jurídica a quienes participaron en el conflicto y a forjar una paz estable y duradera.

Son muchos los logros obtenidos en el recorrido expuesto, pero es necesario revisar su alcance en términos de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, y a partir de allí continuar trabajando. Consideramos que para alcanzar realmente el fin del conflicto se deben integrar nuevos esfuerzos que contribuyan a conocer los rostros de los dolientes, sin dejar de lado a ninguno de los actores que confluyeron en la consecución del desarrollo, escalonamiento y permanencia de la situación de conflicto armado. Por esta razón, resulta ahora imprescindible en este punto del recorrido, que se brinde la oportunidad a todos los diferentes actores de participar en los caminos de reconstrucción¹⁷. Es decir, que se integren sus voces y recursos no solo en favor del Derecho a la verdad, sino también y de manera inaplazable que se los incluya en el deber de integrar acciones para reparar de manera integral y efectiva a las víctimas y a la sociedad. Idealmente, entendemos que este esfuerzo debe ser articulado por parte del Estado a través de sus diferentes instituciones.

En este sentido, y tal como lo desarrolla la sentencia C-588/19¹⁸,

«es posible identificar varias posiciones iusfundamentales que se predicen de quienes hayan sido afectados por un hecho victimizante y que imponen deberes específicos a las autoridades, incluyendo al legislador. Configuran, al ser ensambladas como derechos, el contenido del mandato de protección de las víctimas: (i) un derecho a que el Estado adopte normas que precisen el alcance de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, así como las condiciones que permiten su exigibilidad;

¹⁵ Ley 2272 de 2022, artículo 2 (ii) «acercamientos y conversaciones con grupos armados organizados o estructuras armadas organizadas de crimen de alto impacto, con el fin de lograr su sometimiento a la justicia y desmantelamiento. Se entenderá por estructuras armadas organizadas de crimen de alto impacto, aquellas organizaciones criminales conformadas por un número plural de personas, organizadas en una estructura jerárquica y/o en red, que se dediquen a la ejecución permanente o continua de conductas punibles, entre las que podrán encontrarse las tipificadas en la Convención de Palermo, que se enmarquen en patrones criminales que incluyan el sometimiento violento de la población civil de los territorios rurales y urbanos en los que operen, y cumplan funciones en una o más economías ilícitas. Se entenderá como parte de una estructura armada organizada de crimen de alto impacto a los ex miembros de grupos armados al margen de la ley, desmovilizados mediante acuerdos pactados con el Estado Colombiano, que contribuyan con su desmantelamiento».

¹⁶ Cfr. Defensoría del Pueblo. (2024, mayo). Boletín de Paz Total ([enlace](#)).

¹⁷ En igual sentido, y con estudio analítico de la jurisprudencia de la CIDH y la Corte Constitucional de Colombia, véase el trabajo de Bocanegra Romero y García García (2022).

¹⁸ Cfr. Sentencia C-588/19, Corte Constitucional.

(ii) un derecho a que el Estado adopte normas que establezcan las condiciones para la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables y hagan posible la búsqueda de la verdad; (iii) un derecho a que el Estado adopte normas que garanticen adecuadamente la reparación de las víctimas; (iv) un derecho a que existan instituciones judiciales o administrativas, así como procedimientos efectivos ante unas y otras, para propiciar la búsqueda de la verdad y obtener la reparación en sus diversos componentes; y (v) un derecho a que no se impida u obstaculice el ejercicio de las acciones previstas en el ordenamiento a efectos de obtener la verdad, la justicia y la reparación.» (pág. 1)

No se trata, como se advierte, únicamente de la obtención de verdad, sino que el sistema reconoce el derecho a la reparación, a la necesidad de posibilitar su exigibilidad, y a que esto suceda a través de la adopción de normas, instituciones y procedimientos efectivos que garanticen dicha reparación en sus diversos componentes, es decir, en forma integral. Esto supone, como la misma sentencia lo establece, remover los obstáculos que pudieran impedir que esto se lleve a cabo.

En este contexto, por lo tanto, entendemos esencial explicar quiénes son las víctimas, si y cómo se ha dado la reparación a su respecto, y revisar los medios existentes y necesarios para que la reparación pueda darse en forma satisfactoria.

b. Las víctimas del conflicto armado

Hablar de las víctimas significa en primer lugar atender a su dignidad, hacerlas visibles no solo como víctimas, sino como personas. A ellas dedicamos este apartado en particular, y este texto en general.

La cantidad de víctimas que ha dejado el conflicto armado es difícil de calcular por la diversidad de criterios existentes. A su vez, con el correr del tiempo el número aumenta, ya que mientras más se conoce sobre el conflicto, mientras más verdad se revela, más víctimas se dan a conocer. No obstante estas dificultades, es necesario conocer la cantidad aproximada de víctimas, para comprender la magnitud y alcance del sufrimiento que debe abordarse. De acuerdo con publicaciones realizadas por el «*centro de memoria histórica*» con motivo de la conmemoración del «*día nacional de la memoria y la solidaridad con las víctimas del conflicto armado*», el registro de víctimas en Colombia en abril de 2024 superaba los nueve millones de personas. Asimismo, el centro informaba en dicha oportunidad que

«las víctimas han resistido 4491 masacres que se han documentado entre 1944 y 2023. De acuerdo con el OMC, 26.055 personas han sido afectadas por este hecho victimizante, y los presuntos responsables han sido: paramilitares (47 %), guerrillas (17 %) y agentes del Estado (8 %), mientras que el 28 % restante se distribuye entre otras clasificaciones de grupos armados»¹⁹

En igual fecha conmemorativa, en el actual año 2025, el número estimado de víctimas ya alcanzaba los diez millones, entre quienes se encuentran víctimas en el exterior, campesinos, indígenas, población afro, comunidades, partidos políticos y fuerza pública²⁰.

¹⁹ Centro Nacional de Memoria Histórica. (2024, abril 11). Hoy las víctimas son más de nueve millones ([enlace](#)). Cfr. Ramelli Arteaga, A. [Jurisdicción Especial para la Paz – JEP]. (2024, abril 9). Mensaje del Presidente de la JEP con ocasión del Día Nacional de la Memoria y Solidaridad con las Víctimas [Video] ([enlace](#)).

²⁰ Cuartas, G. [Unidad para las Víctimas]. (2025, abril). Saludo de la directora general de la unidad para las víctimas ante el Congreso de la República [Video] ([enlace](#)).

Las acciones perpetradas contra la población civil consistieron, entre otras formas, en la fragmentación de sus familias, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado, el sometimiento a trabajos forzados, los abusos y violencia sexual y de género en diversas formas, incluidas las de ver los propios pueblos ardiendo en llamas²¹.

La presencia de grupos armados es una constante en el territorio, lo que también explica que cada día exista un mayor número de víctimas pese a los esfuerzos institucionales. Estas acciones persisten aun con el paso del tiempo y dejan huellas que marcan la historia de vida de las víctimas y de la sociedad, generando traumas, miedo, zozobra, desconfianza, y un constante dolor. La gran mayoría de víctimas tuvieron que dejarlo todo y huir a la clandestinidad, donde incluso las memorias de la infancia fueron apagadas.

Es necesario entrelazar el estudio del conflicto y el impacto de la guerra con la mirada sobre las víctimas, del mismo modo que es necesario comprender que la violencia física visible está íntimamente vinculada a la violencia económica invisible. A su visibilización dedicamos el próximo apartado.

3. Violencias visibles e invisibles, y la necesaria reparación de su impacto

Si bien la violencia del conflicto armado ha mermado en los últimos tiempos (con diferencias de apreciación temporal según la fuente), la realidad hoy indica que tanto actividades de violencia como, esencialmente, el impacto y las consecuencias del conflicto, todavía están vigentes en el país. Entendemos que para iniciar prácticas reparadoras en forma integral es preciso reconocer junto a la violencia generada desde los grupos armados, también el papel preponderante que cumplieron todos y cada uno de los actores inmersos en el conflicto. En miras a la construcción de la paz, todos pueden de manera armónica aportar en la transformación. Esta postura involucra necesariamente a los actores económicos del conflicto y a los civiles condenados, muchas veces disociados del conflicto en el imaginario social y normativo y, sin embargo, directamente vinculados con él. Incluso actores económicos ilegales, como el narcotráfico, han sido motores indiscutidos de la guerra y su financiamiento, y deben considerarse en forma directa, así como deben considerarse las violencias indirectas ejercidas junto a ellos por actores legales interrelacionados con sus actividades económicas.

²¹ El más reciente análisis interdisciplinario del proyecto JEP-CEV-HRDAG trabajó con más de 112 bases de datos que consolidan a nivel nacional el registro de víctimas, exclusivamente del universo de víctimas de cinco violaciones de derechos humanos: homicidios, desaparición forzada, secuestro, reclutamiento y desplazamiento forzado. Cfr. Comisión de la Verdad. (s.f.). Principales cifras del Informe Final de la Comisión de la Verdad ([enlace](#)). En particular, la Comisión de la Verdad arrojó los siguientes datos en su informe final: «La Comisión procesó datos a partir de la información relatada por 9.621 víctimas del conflicto armado. Producto de esta base de datos, se encontraron 23.968 víctimas que sufrieron 35.406 hechos y 46.938 victimizaciones. Las 46.938 victimizaciones se refieren a: desplazamiento: 12.190 (26 %); amenazas: 8.457 (18 %); homicidio: 6.956 (14,8 %); tortura: 2.589 (5,5 %); exilio: 2.379 (5,1 %); desaparición: 1.961 (4,2 %); despojo: 1.677 (3,6 %); secuestro: 1.663 (3,5 %); atentado: 1.545 (3,3 %); violencia sexual: 1.294 (2,8 %); reclutamiento: 1.136 (2,4 %); ataque indiscriminado: 880 (1,9 %); detención arbitraria: 835 (1,8 %); extorsión: 824 (1,8 %); confinamiento: 807 (1,7 %); pillaje: 751 (1,6 %); ataque a bien protegido: 611 (1,3 %); trabajo forzoso: 383 (0,8 %). de los hechos analizados, 35,9 % fueron responsabilidad de grupos guerrilleros, 32,8 % de grupos paramilitares, y 12,3 % de la fuerza pública. La Comisión escuchó más víctimas de las guerrillas (35 %), que del paramilitarismo (31,7 %) y de la fuerza pública (12,5 %).»

a. Las violencias del conflicto en la Colombia actual

En general, hay acuerdo en cuanto a que el conflicto no ha terminado, y que por el contrario persiste la presencia de grupos armados, aunque no como se los encontraba en tiempos de pleno conflicto. Existen las llamadas «disidencias», es decir, aquellos grupos conformados por quienes no aceptaron desmovilizarse ni plegarse a las propuestas estatales. Muchos de estos grupos disidentes, como lo habían hecho los grupos armados en tiempos de conflicto activo, siguen aspirando a la obtención de poder militar y financiero, de reconocimiento político, e incluso de supremacía ideológica. Los intentos de gobierno mencionados en apartados previos por conseguir «la paz total» se encuentran, por lo tanto, con esta dificultad en cuanto a la voluntad de los actores que son destinatarios de los programas y medidas propuestas, y parte signataria de posibles nuevos acuerdos de paz. De hecho, existen zonas en que se viven hoy focos de violencia y desprotección a veces hasta más severos que los que se habían vivido en tiempos del conflicto armado²². Empiezan a repetirse incluso conocidas dinámicas de violencia como hurtos, extorsiones, homicidios y sicariatos, integradas en una cultura de violencia.

Es sabido que la violencia genera más violencia, la falta de perspectivas recrudece la mirada y mina la esperanza de una vida pacífica. El estudio, el trabajo simple y el disfrute de una existencia significativa y positiva se perciben en una gran parte de la población como ilusiones irrealizables, utopías. La violencia es cotidiana para las generaciones jóvenes cuyos adultos han vivido el conflicto y continúan sufriendo su impacto, como si el tiempo no pasara. La historia no se cierra, se perpetúa, porque las conductas individuales tienen lugar en el contexto de estructuras y sistemas que se reproducen a sí mismos. La problemática que se vive tanto en los territorios como en las ciudades no escapa a los niños que siguen siendo reclutados para ser formados en la escuela de la guerra. Hoy nuevas familias huyen ante la posibilidad de un reclutamiento forzado.

Como vimos en el apartado anterior, las cifras dadas por las distintas instituciones son contundentes. Cabe entonces preguntarse, ¿no es suficiente todo lo que se vivió? ¿Podemos permitirnos retornar al momento cero del conflicto? ¿O incluso, aceptar que se retome y profundice? ¿Hasta qué punto estamos en condiciones y con la voluntad de atender integralmente a estas dinámicas de violencia y los medios por los que se sostienen? ¿Cuál es el compromiso con las víctimas del conflicto?

Existe una realidad: sin medios económicos, y sin una fuerte voluntad política y privada esta violencia no dejará de existir. Tanto la economía ilegal del narcotráfico, por un lado, que continúa en posesión de bienes con fuerte utilidad social²³, como la economía legal de empresas y empresarios que financian a grupos armados y disidencias (con mayor o menor simpatía al respecto), deben ser integradas y reconocidas como fuerzas sostenedoras del conflicto, o de su reactivación. Si la economía es parte del

²² A modo de ejemplo puede mencionarse que las disidencias de las FARC han tomado control territorial e incluso por mar en zonas costeras, como es el caso de Pasto. Allí, en concreto en «El Catacumbo», entre febrero y marzo de 2025 se ha llevado adelante el «secuestro» de la población civil, la cual se ha visto sometida a nuevas normas impuestas con violencia e incluso se ve expuesta en su conjunto a amenazas de tomar represalias en caso de que se colabore con el ejército si este se acerca a retomar el control del lugar. Cfr. por todos UN News. (2025, febrero 19). El Catacumbo: huyendo del trueno de la violencia ([enlace](#)).

²³ La actualidad de esta inquietud se refleja en el encuentro que tuvo lugar en Bogotá en marzo de 2025, en el cual distintos organismos colombianos e internacionales se reunieron para conversar y acordar formas de aprovechamiento de bienes ilícitos para fines comunitarios. Ver al respecto El Tiempo. (2025, marzo 30). La UE apoya a Colombia para fortalecer el modelo de uso social de bienes ilícitos vinculados al crimen organizado ([enlace](#)).

conflicto, sin lugar a dudas también puede ser parte de su cese y reparación —y este es el centro neurálgico de estas páginas—. La violencia física debe entenderse como directamente vinculada con y nutrida por formas invisibles de violencia.

En este sentido, resulta esclarecedora la idea de la violencia invisible que abarca tanto manifestaciones de violencia estructural como de violencia cultural.

b. Violencias visibles e invisibles en la conceptualización de Johan Galtung

Johan Galtung explica tres expresiones de la violencia, y coloca así junto a la violencia directa, que es física y visible, dos modalidades de violencia que como tal permanecen invisibles. Se trata de formas indirectas de violencia estructural y cultural.

La violencia estructural es una propuesta que permite pensar, investigar y potencialmente también actuar sobre la violencia (Galtung, 1969: 168), y puede definirse como el conjunto de los obstáculos físicos y organizativos evitables que en las relaciones estructurales impiden a las personas satisfacer sus necesidades básicas o alcanzar su verdadero potencial. Cuando en tierra fértil hay niños muriendo de hambre, o cerca de fuentes de agua natural los pobladores no tienen qué beber, o cuando los pueblos indígenas y campesinos no pueden vivir sin intromisiones y en condiciones de vida digna de acuerdo con sus requerimientos básicos, podríamos estar, en principio, frente a casos de violencia estructural. Aparentemente no hay violencia en muchos contextos, porque no se presentan casos de homicidio, robo o lesiones, o no se considera violenta la actuación de ciertos actores, porque no han intervenido en tales tipos de delitos. Sin embargo, la falta de violencia física puede ser en muchos casos una apariencia de un alto el fuego que encierra una violencia latente²⁴. Esta violencia se hace presente a través de manifestaciones culturales que aceptan un pasado o los efectos de la violencia física como naturales o inevitables, sin intervenir en ella, o que siguen abonando intereses y contiendas entre actores potencialmente contrincantes. La «*violencia cultural*» trata así de las prácticas y discursos más o menos institucionalizados que en diversas formas legitiman o justifican que haya quienes sufran violencia estructural junto a las diversas formas de violencias físicas.

Por ejemplo, en el devenir del conflicto armado se han dado interrelaciones entre actores privados civiles y económicos, actores estatales, y actores armados, entrelazándose así acciones violentas visibles (como el desplazamiento para la liberación de tierras), con fines económicos aparentemente pacíficos en sus actividades industriales o comerciales y, a primera vista, lejanos a los mecanismos visibles de violencia. Sin embargo, estas actividades han sido igualmente determinantes en forma invisible para la generación de daño y afectación de derechos. Esto explica la dificultad de estudio e investigación, y mucho más, de reparación.

Un sistema que no atiende daños generados tanto física como económicamente, y que por lo tanto no procura su reparación, podría entenderse como una naturalización de lo sufrido, una indiferencia que solo alimenta nuevo dolor y violencia - a través de violencia cultural. Por esta razón es inevitable revisar las posibilidades del sistema normativo e institucional existente, a fin de incentivar la visibilización de las violencias, generalmente

²⁴ «Bajo violencia cultural entendemos aquellos aspectos de la cultura, de las esferas simbólicas de nuestro mundo —piénsese en religión e ideología, en lengua y arte, en ciencias empíricas y formales (lógica, matemática)—, que pueden ser utilizadas para justificar o legitimar violencia directa o estructural» (Galtung, 1998: 341).

invisibles para el derecho, como diría Galtung, y activar de la forma más integral posible la capacidad restauradora y sanadora del sistema.

c. El abordaje de la violencia estructural y la garantía de no repetición

Solo el dolor, el sufrimiento y la lucha de innumerables personas a lo largo de los siglos han dado lugar al reconocimiento de los derechos fundamentales – también los de la víctima. Desde la antigüedad se han fundado los cimientos de una justicia que admite diversos modos de aplicación y, sin embargo, el Estado (premoderno, moderno y postmoderno) se ha visto marcado por un punitivismo que anega siglos de historia judicial y penal a nivel mundial, presentándose como la única vía, e impidiendo advertir la importancia del tratamiento reparador de los conflictos, y la atención de la víctima. Los mecanismos estatales puestos en marcha en Colombia para el abordaje y superación del conflicto, sin dudas han hecho enormes esfuerzos por integrar las necesidades de la víctima en los procesos, y así lo demuestran las leyes sancionadas al respecto y las instituciones puestas en marcha para su implementación, como se vio en el apartado anterior. Y, sin embargo, este camino todavía requiere de muchos otros esfuerzos integradores. En lo que sigue presentamos resumidamente en qué consisten los desafíos actuales, en miras a integrar realmente la perspectiva de la víctima, y en especial observando las violencias estructurales que, siendo debidamente atendidas, facilitarían la posibilidad de cumplimiento de la garantía de no repetición.

La ya mencionada ley 975 de 2005 contiene disposiciones para la reincorporación a la sociedad de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que aceptan plegarse a ella y sus lineamientos, es decir, se refiere específicamente a los actores de violencia visible, pero no a los vinculados a las violencias invisibles²⁵.

La ley abraza el ideario restaurativo desde el momento en que coloca su mirada, como tercer principio, en el objetivo de la «reparación». En la ley se estipula cuáles son las personas que tienen derecho a esa reparación, es decir, las víctimas reconocidas por esta justicia transicional (art. 5, ley 975²⁶), y se establece que esa reparación debe ser integral (art. 6, Ley 975²⁷). Se indican para ello los pasos que deben darse a través de diversas instancias para la recepción de los dichos de las personas que se postulan ante esta

²⁵ Ley 975 de 2005 modificada por los decretos 1592 de 2012, y el decreto 3011 de 2013. Esta ley tiene por objetivo organizar los ámbitos de investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales y se aplica únicamente a personas que se desmovilizaron, y que fueron autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, y que además «hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional» (art. 2, Ley 975). Esto implica aceptar los tres principios de verdad, justicia y reparación que guían la ley. El combatiente de grupo armado (paramilitar o guerrillero) que pasa a ser desmovilizado, en el marco de la ley se compromete a decir verdad, a recibir una pena mínima, y a reparar.

²⁶ «Definición de víctima. Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por miembros de grupos armados organizados al margen de la ley».

²⁷ «Derechos de las víctimas. Las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral. La definición de estos derechos se encuentra desarrollada en la ley 1448 de 2011. Para estos efectos las víctimas tendrán derecho a participar de manera directa o por intermedio de su representante en todas las etapas del proceso a las que se refiere la presente ley, de conformidad con lo dispuesto en la ley 1448 de 2011. La magistratura velará porque así sea».

jurisdicción especial (llamados «*postulados*»), tanto en relación con los hechos cometidos como con los bienes obtenidos por ellos o por el grupo armado durante su participación en el grupo, y que deben ser puestos a disposición para ser destinados a la reparación integral de las víctimas.²⁸⁻²⁹

La ley implícitamente realiza, por lo tanto, un vínculo directo entre actores involucrados en violencia física, con actores propios del ámbito civil, económico e incluso institucional que pudieran haber facilitado la obtención de recursos o bienes, bajo coacción, o en forma voluntaria, según el tipo de relación que hubiera tenido lugar entre ellos. En todo caso, conocer la posibilidad de que actores económicos financiaran o facilitaran de algún modo la actuación de los grupos armados, implica reconocer que la violencia física no ha tenido lugar en forma aislada, sino solo junto a distintas formas de violencia económica – estructural. Si esta economía y estas estructuras de generación y distribución de riqueza no se modifican, la violencia física fácilmente podría volver a emerger, como de hecho sucede, y la garantía de no repetición devendría ilusoria. El triángulo de la violencia que Galtung explica, en el cual las violencias física, estructural y cultural se retroalimentan, sería la figura que mejor representa la situación colombiana.

Consideramos, en este contexto, que tres aspectos requieren de especial ponderación.

En primer lugar, el hecho mencionado en la introducción de este trabajo, relativo a la necesaria y oportuna consideración de un mapa total de actores, y los daños directos e indirectos causados a las víctimas y a la sociedad. Es necesario que no solo personas pertenecientes a grupos armados puedan ser considerados en miras a la reparación, sino también aquellas personas vinculadas al mundo económico, tales como empresarios o integrantes de empresas, cuando sus acciones hayan estado ligadas a las acciones y daños generados por los grupos armados.

En segundo lugar, solo se considera víctimas a aquellas que han sufrido daños directos físicos, psíquicos, emocionales o económicos a consecuencia de acciones realizadas por los actores armados en transgresión de las prohibiciones penales. De esta manera, es claro que víctimas que pueden referir el impacto de la actividad económica, pero que no pueden atribuir en forma directa ese impacto a una acción de grupo armado específico, podrían no ser consideradas víctimas. Este es el caso de personas pertenecientes a grupos o habitantes de regiones que en forma colectiva se han visto afectadas en sus derechos, y sufren pérdidas y desplazamientos. Del mismo modo quedan por fuera del concepto

²⁸ Ver en especial arts. 11D, 23 y 23A de la Ley 975 de 2005 sobre los bienes y su efectivización, así como el art. 44 de la misma ley que ofrece un listado de actos para la contribución a la reparación integral de las víctimas. Allí se mencionan como posibles: «1. La declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas vinculadas con ella; 2. el reconocimiento público de responsabilidad, la declaración pública de arrepentimiento y el compromiso de no incurrir en conductas punibles; 3. la participación en los actos simbólicos de resarcimiento y redignificación de las víctimas a los que haya lugar de conformidad con los programas que sean ofrecidos, para tal efecto; 4. la colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas y la localización de los cadáveres de las víctimas, de los que tenga conocimientos».

²⁹ En la práctica, la reparación económica por los daños está dada por los bienes que el postulado adquirió durante o con ocasión del conflicto armado, y que pueden ser perseguidos si ellos no los entregan. Los mecanismos de investigación incluyen los vinculados a blanqueo de capitales, a patrones de ocultamiento de bienes, o rastreo de dinero que se ha sacado del país. La entrega de los bienes por parte del postulado puede tomar las formas de bienes entregados (aquellos que poseían), ofrecidos (los que pertenecían al comandante, por ejemplo), o denunciados. Hecha la verificación por la fiscalía a cargo, estos bienes se efectivizan ante el tribunal mediante una medida cautelar de manera que queden fuera del comercio, y se entregan al fondo de reparación de víctimas para ser integrados al inventario de bienes. De esta manera, luego de realizada la extinción de dominio a su respecto, pueden ser monetarizados, y efectivamente estar disponibles para la reparación de víctimas.

de situaciones menos definibles en términos personales, como el daño colectivo social, ambiental, y afectaciones a valores culturales e identitarios, que resquebrajan la sociedad, minan la positiva actividad social, y oscurecen la esperanza de vida digna incluso de varias generaciones.

En tercer lugar, la propuesta de reparación integral de las víctimas ofrece un abanico de medidas diversas, y no solo pecuniarias. Sin embargo, estas medidas se plantean en la ley de una manera taxativa que hace difícil que la decisión judicial pueda considerar otras formas de reparación, tal vez igualmente útiles y valiosas para las víctimas.

Teniendo en cuenta estos tres aspectos, tal vez sea preciso retomar aquí la idea de que nada de lo desarrollado hasta ahora será suficiente en términos de reparación y de garantía de no repetición, si no se considera el daño infligido a las víctimas y a la sociedad por quienes siendo parte del andamiaje de guerra fungieron como terceros financiadores del conflicto en Colombia.

Los sistemas existentes han dado todo de sí, y en su conformación actual es difícil exigir mucho más de ellos. Por eso estamos convencidas de que ha llegado el momento de observar qué ámbitos y personas han quedado hasta ahora rezagados de la atención estatal, y requieren también de escucha y respuesta, e incluso de nuevas miradas que puedan abarcarlos suficientemente. Es probable que estas personas sean tanto las víctimas como los actores económicos deseosos de actuar y ser reconocidos como personas constructivas y sanadoras de cara al futuro. Esta invitación a la reflexión y estas propuestas de giro epistémico superador en relación con la función de los sistemas transicional y penal la extendemos a todas estas personas, y la desarrollamos en los próximos apartados.

d. Actores y daños por integrar en la red de reparación estructural

i. *Empresas y civiles*

Resulta innegable considerar que muchos territorios víctimas de la violencia generalizada con el tiempo se han convertido en campos de desarrollo económico y empresarial, y que, transversalmente, en algunos casos, se han desarrollado proyectos agroindustriales o de explotación minera en terrenos vinculados a procesos de restitución. Todo esto impide en algunos casos la ejecución efectiva de sentencias, así como el retorno de poblaciones campesinas. En este contexto, y con una nueva mirada hacia la reconstrucción del tejido social tanto empresarios, como los civiles condenados pueden tener un rol importante junto con el Estado y la sociedad hacia la reconstrucción integral post-conflicto.

Pensemos, en primer lugar, que durante siglos una posición jurídica benéfica (violencia estructural y cultural) hacia actores económicos de poder ha ampliado las brechas de las diferencias sociales y ha llevado a escenarios de marcada pobreza e indiferencia social en los que los diálogos entre actores económicos y la población local han sido muy difíciles. El extremo de la economía indiferente a las necesidades sociales ha sido altamente dañino, y el extremo opuesto podría ser igualmente problemático. Es por ello que es preciso imaginar una solución que pueda ayudar a convertir las relaciones económicas, sociales y gubernamentales en una dinámica equilibrada y para mejorar la vida en sociedad, fomentando un diálogo abierto y propositivo que revise las diferencias

estructurales generadoras de injusticia y dolor. Esa violencia invisible puede y debe ser atendida por el conjunto de la sociedad.

En estudios criminológicos se ha reconocido que es habitual que se desarrollen estructuras económicas y adquieran roles esenciales actores de alto nivel en términos de influencias y acceso a espacios de poder, que se convierten por lo tanto en actores de alguna manera protegidos, para los cuales los límites entre lo legal y lo ilegal (Böhm, 2017) se hace borroso. Esto sucede a menudo cuando el Estado facilita las condiciones de actuación de ciertas industrias y empresas relevantes para la economía nacional. Se reciben y hasta solicitan inversiones (nacionales y extranjeras) bajo ciertos privilegios o permisos, y cuando el impacto de su actividad industrial o comercial es altamente dañino, en protección de la inversión en cuestión, difícilmente se acepta catalogarla como criminal (Böhm, 2019). En diferentes países en conflicto esta dinámica también sucede, y de acuerdo con esta lógica –que se advierte y ha sido estudiada criminológicamente en distintos contextos internacionales– muchas empresas y empresarios se han visto arropados y protegidos por el Estado no obstante las actividades comisivas y omisivas de alto impacto dañino en que hubieran podido estar involucrados (Böhm, 2020).

Es importante considerar que el beneficio económico para la propia empresa y, en algún punto, para la economía regional o nacional, no siempre ha ido de la mano con el beneficio para la población local. El desarrollo de la infraestructura, incluso, para el mejor desempeño de las actividades de la empresa, no necesariamente ha conllevado una mejora en la calidad de vida y bienestar de los pobladores. Muchas veces ha sucedido que los territorios, su gente y sus riquezas son explotadas. En el caso colombiano, estas circunstancias se han sumado a los hechos victimizantes causados por los grupos armados ilegales cuestionablemente financiados en algunos casos por economías «legales». Esto terminó por fortalecer estructuras ilegales, causando graves perjuicios y facilitando así el control territorial de zonas en conflicto. El recrudecimiento de la violencia trajo como consecuencia la migración de las poblaciones que han sido obligadas a desplazarse, o han sido incluso sometidas a condiciones de vida violatorias de sus derechos fundamentales.

Si se atiende a la gran influencia y poder de control, definición de infraestructura y manejo logístico en las zonas en las que han llevado y llevan adelante sus actividades muchas empresas vinculadas al conflicto en el territorio colombiano, es claro que incluso no habiendo sido condenadas por el sistema penal, muchas de ellas han tenido participación en el contexto de violencia, en forma más o menos directa, a través del financiamiento de grupos armados o del asentamiento en tierras despojadas.

En este contexto, consideramos que realizar un análisis minucioso posibilita advertir cómo se da un avance en etapas que se suceden en líneas de tiempo, o capas que se van superponiendo en el actuar de algunos actores económicos, en vínculo con los actores estatales, complejizando así una realidad en que se transversalizan problemas para quienes ingresan a territorios marcados por el conflicto armado. Podemos imaginarlo así: en una «*primera etapa*» se dan movimientos de atracción e ingreso de inversiones, en que la promesa de nuevas actividades se vive como positiva para la economía y la sociedad, fundamentalmente a partir de la generación de nuevos puestos de trabajo. En una «*segunda etapa*», empiezan a desarrollarse actividades que resultan a menudo dañinas, y que, si bien siguen en curso (ignoradas o permitidas), generan afectaciones a una población que comienza a sufrir sus efectos, como puede ser la contaminación o el ejercicio de prácticas que afectan los derechos de los trabajadores o reducen la posibilidad de realización de los derechos de la población local, o la libertad de comercio y el libre ejercicio de profesiones

u oficios, al tiempo que se reducen las posibilidades educativas para niños y jóvenes. En una «*tercera etapa*», ante las infracciones a través de acciones u omisiones de conductas debidas, interviene casi explícitamente la indiferencia estatal por su falta de monitoreo, de adopción de medidas cautelares y de recepción de avisos y denuncias, y la subestimación de posibles investigaciones de las situaciones y fenómenos criminológicamente relevantes que afectan a los territorios; por esta razón, las sanciones o decisiones judiciales alcanzadas se vuelven mínimas en relación con la envergadura y cantidad de los casos problemáticos. En una «*cuarta etapa*», en los casos en que pudo haberse realizado una investigación que llegó a condena, el freno de la actuación se da por la dificultad de vincular la sanción con la necesidad de reparación y de verdad.

Ante este avance paulatino de toma de territorios y economías, y a fin de posibilitar la integración de los pilares fundamentales que consolidan la verdad, la justicia y la reparación restaurativa en todos los casos, es necesario llamar la atención del sistema sobre la imprescindible comunicación entre los actores, en forma temprana e integral, como veremos en las propuestas de este trabajo. Los procesos de justicia restaurativa admiten la confrontación con el dolor generado silenciosamente por el conflicto, y de esto se tratan estas reflexiones.

El sector empresarial, que es el que en general día a día contribuye con el desarrollo económico de un país, apuesta a los diálogos reconstructivos, y a la generación de empleo. En este esfuerzo, en el caso colombiano, debe atenderse a que las acciones mancomunadas y estratégicamente armonizadas con el Estado son un punto de apoyo necesario para avanzar en una ruta dirigida a restaurar el tejido social. Un diálogo que posibilite la reparación restaurativa de la sociedad debe aceptar que existió la financiación de grupos armados por parte de diversos grupos empresarios -incluso algunos condenados en Estados Unidos. No reconocer los daños causados sería contribuir con un mensaje equivocado que desdibuja la realidad e impide así la prevención y la garantía de no repetición.

Construir un puente de diálogo puede devenir en empresarios socialmente responsables y empáticos con el dolor generado en su entorno si tienen lugar la comunicación, la sensibilización y un acompañamiento adecuado. De esto estamos convencidas por la experiencia que nos brindan nuestros ámbitos de estudio académico y el conocimiento obtenido de la práctica profesional. La pregunta aquí es, entonces, la siguiente. Cuando los actores están listos para su reconocimiento de lo sucedido y su aporte hacia la reconstrucción, ¿qué herramientas puede ofrecer el sistema estatal y social? ¿Pueden canalizarse formas de presencia, de apoyo financiero o material, de restauración ambiental o social, a través de la organización de los recursos y mecanismos existentes? Queremos pensar en ofrecer herramientas al Estado para que pueda invitar a empresas y empresarios a canalizar su voluntad de participación reconstructiva y sanadora, atendiendo así las necesidades y condiciones generadas por la violencia estructural. Incluso en áreas en que no había habido violencia, esta comienza a extenderse, en zonas cada vez más cercanas a las ciudades. Y aquí el rol de los actores económicos es nuevamente clave, en términos preventivos. ¿Qué nuevas oportunidades pueden ofrecer? ¿Qué prácticas de pacificación pueden surgir de su articulación con actores locales y con espacios intermedios (ONGs, agrupaciones sociales, referentes culturales, religiosos, etc.)? y ¿cómo pueden constituirse en actores de pacificación que brinden alternativas frente a la violencia, al tiempo que sostienen ética y responsablemente su actividad industrial y giro comercial? ¿Qué apoyo o incentivo pueden recibir del Estado?

Estas preguntas constituyen el núcleo de lo que venimos estudiando, y también la base para los lineamientos que esperamos ofrecer para su discusión, concretización e implementación.

ii. Las víctimas en espera de reparación

La falta de reparación y los años de espera de las víctimas genera que la herida abierta no pueda cicatrizar. Es desesperanzadora la mirada de las nuevas generaciones que se posa inerte frente a la inacción prolongada y la espera que profundiza el dolor, la falta de oportunidades que se suma a la incapacidad de poder hacer algo o de recuperar los espacios perdidos, o de vivir en paz desde donde los dejó el conflicto. En muchas regiones existe un dolor que impide la proyección personal y colectiva, demasiada es el ansia de venganza que movilizan a muchos jóvenes a sumarse a grupos y prácticas violentas, inúmeros son los campesinos que ansían recuperar sus tierras. Los estudios, los trabajos, los espacios sociales más cotidianos se vuelven un obstáculo a ese deseo y necesidad de hacer justicia, y lamentablemente el Estado y la sociedad no llegan a ofrecer una alternativa, porque, en primer lugar, la atención brindada a las víctimas se encuentra desbordada por las verdaderas necesidades de estas víctimas, y por otro lado, en términos de empatía social y en términos materiales lo ofrecido ha resultado esforzado pero insuficiente. Junto a otros mecanismos, el derecho podría ofrecer algo diferente, pero para esto es imprescindible que acepte mirar a las personas y su dolor.

La víctima que no se ha visto atendida y que continúa expuesta a las consecuencias del conflicto, vive una situación actual de daño social. E incluso, si tiene hijos que viven en ese mismo contexto en el cual la violencia no se ha detenido ni sanado, la violencia sigue siendo la misma, la familia continúa transitando el mismo escenario, e hijos y nietos podrían verse igualmente enfrentados a dinámicas de violencias ya conocidas.

Esto significa que el daño generado y sufrido, que integra además del daño material, también el daño psicológico, social e incluso ambiental, no es un daño concreto limitado al sufrimiento de una persona individual, sino que trasciende y permea a las siguientes generaciones. Es un daño que encierra un profundo dolor en el presente, y que incluso alimenta en forma latente una potencial violencia de futuro. Ese daño, el vinculado a la violencia invisible, es el que todavía no ha sido suficientemente atendido por el sistema, y entendemos que esto debe modificarse.

Por otro lado, en los casos en que la respuesta estatal pudo brindar reparación pecuniaria por lo sufrido, debe reconocerse que no solo el dinero en algún momento se agota, sino que además la reparación debe exceder la idea de lo pecuniario contemplando verdaderamente la dimensión de lo humano.

Lo expuesto fundamenta y moviliza nuestra propuesta de reparación integral, de trabajo compartido y responsable entre víctimas y victimarios, de fomento del involucramiento pacificador de la sociedad; por esto insistimos en el tejido de una red de mecanismos responsables de programas interdisciplinarios de reconstrucción y pacificación nacional.

Para tejer esta red precisamos de otras miradas, de otros esquemas de pensamiento más allá del jurídico, y de otros recursos también materiales – muchos de los cuales se encuentran a disposición de actores económicos y tal vez simplemente precisan ser convocados. Para comprender de manera más acabada esta perspectiva, nos adentramos en el próximo apartado en consideraciones conceptuales en relación con cómo los

actores económicos pueden ser parte de conflictos estructurales, y quiénes se ven habitualmente afectados por ellos.

4. Empresas y Derechos Humanos. La mirada criminológico-victimológica

Desde la década de 1940, la criminología se ha dedicado especialmente a presentar el concepto de «*delito de cuello blanco*» (Sutherland, 1983) y con más énfasis en los últimos años, a desentrañar las formas en que empresas y empresarios se han involucrado más o menos directamente en actividades socialmente dañinas de alta gravedad, las que no siempre han sido reconocidas como ilegales (Eisenberg/ Kölbel, 2017, §47, nm 4; Fernández Steinko, 2008, 2013; Huisman, 2008; Huisman/ van Sliedregt, 2010; Godson, 2003: 826; Ruggiero, 1996), pero han llegado incluso a resultar violatorias de derechos humanos y generadoras de graves afectaciones en el medio ambiente (Böhm, 2016, 2019; Goyes & South, 2016a, 2016b, 2019). Puede haberse tratado de actividades esencialmente legales e igualmente ser causantes de consecuencias nocivas, como sucede en el caso de uso de químicos cuestionables para la extracción de minerales (Bundschuh *et al.*, 2012: 18, 23; Pieth, 2019: 126), o como cercar una fábrica y su terreno, lo que impide que las comunidades locales puedan acceder diariamente a las fuentes hídricas (Opel, 2016: 20, 22 s., 47; Sandoval Vinelli, 2018), o el participar en el desplazamiento de poblaciones para la extensión de terrenos cultivables. Es decir, empresas y empresarios se han presentado a menudo y actuado en las regiones afectadas viviéndolas como áreas económicamente rentables para el desarrollo de sus negocios, en muchos casos montados en «*economías sucias*» (Ruggiero, 1997) y «*economías de violencia*» (Albrecht, 2007), practicando lo que se ha dado en llamar «*criminalidad de los poderosos*» (Pearce, 1976; Jäger, 1989; Scheerer, 1993; Barak, 2015; Barak, 2017). Esto ha tenido lugar incluso llevando adelante prácticas ambientalmente destructivas afines a la «*financierización de la naturaleza*» (Bruckmann 2017), y al «*necrocapitalismo*», que explica que la falta de regulación en las prácticas del mercado capitalista implica una expansión y prácticas que generan muerte (Banerjee, 2008; Böhm, 2019).

Entendemos que tanto en conflictos pasados, como en conflictos actuales y en el abordaje de sus consecuencias, el Estado debe actuar sobre las causas mismas de estas prácticas empresariales, para así trabajar en términos de prevención y protección de víctimas y potenciales víctimas. De lo contrario, la falta de protección continuará generando una severa afectación de los derechos de las poblaciones locales y aledañas, como consecuencia de la inacción estatal (Bebbington, 2012: 6; Ezeonu, 2015: 99; Svampa & Viale, 2014: 217, 360). Es habitual advertir, por ejemplo, que la rama ejecutiva promueve ciertas industrias, sin que se prevea suficientemente la imposición de sanciones administrativas en caso de que la actividad resulte por sus formas o dimensiones, social y ambientalmente dañina (Bruckmann, 2017; Gorenstein, 2016: 20 ss.; Gudynas, 2015: 22; Opel, 2016: 187; Raskovsky, 2020: 156 ss.; Zabalo, 2008).

¿De qué manera estas ideas pueden ayudar a esclarecer la situación colombiana? Para poder pensar en forma real y útil en la manera de integrar a los actores económicos en la reconstrucción del tejido social, es necesario aceptar y fortalecer las prácticas que en algunos casos han comenzado a implementarse por operadores del sistema. Este acompañamiento requiere no solo de voluntad política, sino de conocimiento, es decir,

de una plataforma de reflexión, análisis y proyección sostenida en los resultados alcanzados en estudios sobre la realidad de los actores económicos.

Con la intención de aportar al estudio y comprensión de estas realidades, en este apartado resumimos tres consideraciones afines a un abordaje que puede complementar, integrar y expandir los mecanismos existentes.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que cada actor, y por lo tanto, cada empresa y cada empresario, son diferentes. Una propuesta de tratamiento único no puede funcionar. Distintos criterios marcan diferencias esenciales en el modo en que cada actor recibirá, asumirá e implementará las invitaciones y requerimientos que pudiera recibir por parte del Estado. Así, se ha puesto en evidencia que cuando empresas transnacionales desarrollan actividades extractivas en América Latina, por ejemplo, el modo en que estas actividades se llevan adelante y la forma en que el Estado trata con ellas (desde su legislación hasta una eventual investigación de daños ocasionados), depende de las más diversas condiciones que incluyen en primer término y, esencialmente, el «tipo de industria (hidrocarburífera, mineral, energética o agraria, etc.), la modalidad de desarrollo (escala y mecanismos de extracción, etc.), y la riqueza natural extraída (oro, plata, litio o petróleo, etc.); en segundo término, la forma de relación entre la empresa y el Estado está dada por el país de origen de la empresa, cuando es transnacional, advirtiéndose que existen similitudes en empresas de contextos regionales iguales, ya que tanto la cultura empresarial como el contexto de la cultura jurídica marcan fuertemente las formas de desarrollo de las empresas en cuestión (Böhm, 2020; Böhm, 2020a). Una empresa europea tiene su casa matriz en un Estado que se encuentra comprometido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, mientras que una empresa de capital de origen chino o estadounidense es ajena a ese compromiso. El Estado de origen tiene a su vez un impacto directo en el vínculo que pueda establecerse entre la empresa, el Estado e incluso la población local donde se lleva adelante el emprendimiento, ya que factores vinculados al idioma, y a la mayor o menor distancia o empatía cultural, pueden definir un mayor o menor respeto en el trato con trabajadores y pobladores, así como un mayor o menor rechazo a los vínculos que puedan surgir con terceros actores (por ejemplo, grupos armados paramilitares o guerrilleros). El recorrido o historia previa entre dichos países (el de acogida, y el de origen de la empresa) también marcan fuertemente un diálogo de más o menos entendimiento o respeto. Dado que estos factores han sido profundamente estudiados para empresas extractivas transnacionales con desarrollo de actividades en América Latina, estos resultados se corresponden igualmente a la situación de empresas también regionales (del contexto latinoamericano), y es trasladable a empresas nacionales de gran y mediana envergadura en el contexto colombiano.

¿Hasta qué punto han aceptado las empresas ser parte de una red de violencias por propia voluntad, y hasta qué punto se han visto forzadas a hacerlo? Esta pregunta debería ser respondida caso a caso, aunque tal vez no sea esa la pregunta prioritaria en la actualidad, sino más bien el responder ¿de qué manera llegar a cada una de las empresas que desarrollan hoy sus actividades en el contexto colombiano, y que lo hicieron en tiempos del conflicto, para conversar y evaluar el modo en que esas circunstancias propias de cada empresa pueden ser en el presente aprovechadas en forma positiva para el apoyo que puedan dar a la reconstrucción social? Una empresa de producción frutícola fuertemente enraizada en las prácticas y culturas colombianas deberá ser vista de modo distinto a una empresa de producción de aceite de palma o una empresa carburífera canadiense, y distinto a un pequeño empresario cafetero. Distinta será a su vez la situación de una empresa que haya llegado a desarrollarse y consolidarse en el mercado

durante los tiempos más violentos del escenario de conflicto. El compromiso empresarial con la sociedad puede ser distinto en cada caso, y estar al mismo tiempo marcado por el andamiaje normativo correspondiente. Colombia, por ejemplo, mediante la ley 2155 de 2021 de inversión social³⁰, ha dado pasos significativos en la consolidación de mecanismos para la disminución de la pobreza, y esta legislación vincula también a los empresarios con asiento en el territorio.

En segundo lugar, la información obtenida en relación con cada empresa, su relación previa con el Estado colombiano y su población, su cultura jurídica y empresarial, brindará al mismo tiempo información importante en cuanto al vínculo que se haya establecido con el Estado y con actores locales. En este sentido, es importante mencionar que la confección de un mapa de actores ha permitido en estudios previos establecer claras líneas de interrelación entre actores económicos, estatales, población local, y medio ambiente, de modo que el daño social generado por la confluencia de intereses entre programas económicos y programas políticos ha podido ser rastreados en cada detalle, según el marco témporo-espacial que se ha dado al estudio de la actividad en cuestión. Estudios que se basan en la utilización de la herramienta conceptual de la criminalidad estatal-corporativa (*«state-corporate crime»*, v. Kramer, 1992, 2006; Böhm, 2023; Böhm, 2024), han posibilitado y brindado herramientas para definir hechos, interacciones, daños y contexto de abordaje jurídico de dichos daños. Se hace referencia así a *«la interacción entre agencias gubernamentales y empresas privadas que acarrearán un severo daño social»* (Matthews & Kauzlarich, 2000: 282). Una contribución fundamental de esta aproximación es que sugiere que cuando se investigan crímenes al interior de una compañía, se debe tener en cuenta que ni las grandes empresas ni sus economías pueden crecer, y que sus redes de actividades no se pueden desarrollar a menos que estén directamente relacionadas con las políticas, actividades e intereses del Estado (Matthews & Kauzlarich, 2000: 282).

En el caso colombiano, para la integración y expansión de las posibilidades de actuación de la justicia transicional en clave de economías de transición, es de extrema relevancia considerar que estas herramientas de diagnóstico en términos de actores, acciones y daños requieren de una tarea transdisciplinar que abarque la mayor cantidad de factores y dimensiones posibles, a fin de que los mecanismos de reparación integral sean genuinamente integrales, y en miras a la pacificación de las prácticas y los contextos. Revisar la mirada estatal desde sus distintas agencias, y adecuar los mecanismos existentes de acuerdo a los compromisos internacionales, normativos nacionales, así como reglamentos y protocolos en el ámbito judicial, se vuelve esencial.

En tercer lugar, una evaluación de mirada amplia sobre el fenómeno de la violencia y en aplicación del concepto de violencia estructural de Johan Galtung, antes presentado, ha puesto de manifiesto que la presencia y desarrollo de la actividad empresarial en un determinado contexto nunca es un hecho aislado. Un entramado de condiciones estructurales y contextuales son la tierra en la cual se cultivan relaciones, prácticas y donde se viven los efectos de estas relaciones y prácticas. Se advierte una y otra vez el recorrido de círculos viciosos entre la violencia estructural (incluidas aquí la jurídica, económica y ambiental), la violencia cultural (incluidas la discriminación cultural y las cosmovisiones de progreso económico no sostenible) y la violencia física (individual o colectiva, por parte de acciones y omisiones legales o ilegales) (Böhm, 2019; 2023).

³⁰ Congreso de Colombia. (2021, 14 de septiembre). Ley 2155 de 2021: Por medio de la cual se expide la Ley de Inversión Social y se dictan otras disposiciones ([enlace](#)).

En un contexto previo de violencia estructural y cultural, por ejemplo de marginalización de espacios rurales o de sometimiento de grupos políticos, si tiene lugar un nuevo emprendimiento o se continúan emprendimientos previos por parte de actores económicos, es muy probable que su forma de incorporarse a ese escenario sea a través del tejido de alianzas, acuerdos, o simples aceptaciones de imposiciones generadas por ese contexto y sus actores; las mismas empresas y empresarios pueden ser incluso parte de esos actores que renuevan dinámicas de aprovechamiento y sometimiento, activando una y otra vez prácticas propias de la que hemos llamado «*criminalidad del maldesarrollo*» (Böhm, 2019). Estas prácticas y actitud empresarial – en correspondencia con el mayor o menor permiso estatal – sin lugar a dudas abonan nuevamente la violencia estructural y cultural, profundizándola, y participando incluso muchas veces de formas visibles y físicas de expresiones de la violencia vivida. De acuerdo con esto, la participación económica en las violencias invisibles y visibles no solo debe ser abordada judicialmente, ni solo por medios de sanciones punitivas, sino que debe promoverse una reconstitución de los tejidos. Es necesario plantear una nueva configuración estratégica que incluya la identificación de estructuras y relaciones. Si se atiende a que una característica esencial de la violencia estructural y cultural es que suponen obstáculos que son evitables pero que están presentes impidiendo la satisfacción de necesidades básicas y la realización de derechos fundamentales, es claro entonces que para desandar la violencia estructural, es imperioso comenzar a levantar esos obstáculos, a actuar donde es necesario y posible, y a revisar dónde se encuentran esas oportunidades de intervención que coadyuven a la realización y satisfacción de necesidades. De esa manera, una base de violencia estructural invisible comienza a deconstruirse, de la mano del desarmado de convicciones y discursos de violencia cultural - también invisible.

Probablemente por esta razón, aunque no se ha conceptualizado de esta forma, en el sistema transicional colombiano se han integrado mecanismos de reparación junto y más allá de los de sanción. Una mirada victimológica integral, que incluye una concepción integral sobre lo vivido, necesariamente incluirá entonces víctimas consideradas directas, pero también víctimas indirectas, y simplemente personas afectadas por el conflicto, atendiendo a una amplia e inclusiva mirada en términos espaciales y temporales, esto es, conocedora del desplazamiento del conflicto, del daño y del dolor generados, que se movilizan con las personas y trascienden generaciones. Las víctimas de violencia estructural y cultural, muchas veces mudas para el sistema, retomarían su voz para explicitar sus necesidades más profundas, en muchos casos todavía desoídas. En el sistema colombiano no se puede permitir el que existan «*víctimas invisibles*» (Spapens, 2014), ni «*socialmente prescindibles*» (Fattah, 2010). Para esto, la distancia social entre la sociedad toda, y las víctimas, se debe seguir reduciendo. Esto sería genuina reparación y reducción del daño social (Rivera Beiras, 2014) causado por el conflicto. De esta manera, se hace urgente extender un puente entre la justicia y el derecho para poder abordar los problemas estructurales y los desafíos de la reparación no solo en la violencia visible sino también en la invisible.

El próximo paso, de acuerdo a esta mirada de invisibilidad de violencias y de abordaje integral, consiste en que no solo las víctimas deben estar en el foco de las reparaciones, sino que también debe ser asumida en forma intensiva y decisiva la forma de involucramiento de los actores económicos y el potencial de su aporte en términos de resignificación para un trabajo genuino en la no reiteración. El sistema de transición que ha desarrollado Colombia abarca gran parte de estas necesidades, y se encuentra ahora en el momento de expandir su mirada a fin de abordar incluso la idea de la reparación

efectivamente en términos de educación y capacitación, de revisión de fuentes de trabajo y de trato con la naturaleza y el medio ambiente. El círculo vicioso y profundizador de las violencias solo puede abordarse de una forma en que la propia idea del (mal)desarrollo y las economías ilegales sea puesta en cuestión, para que se renueve en el territorio colombiano una mirada que efectivamente promueva la sana y pacífica vida.

De las consideraciones criminológicas y victimológicas expuestas en este apartado se desprende con claridad la necesidad de un abordaje integral, que incluya una invitación genuina a la participación de las empresas. Una revisión profunda del enfoque restaurativo -ya presente de forma esencial en el sistema de justicia transicional colombiano- puede aportar nuevas perspectivas y matices para ese abordaje, apoyándose en la normativa y las instituciones actualmente vigentes.

5. El enfoque restaurativo

El abordaje, reparación y superación de los conflictos locales depende fuertemente, como se vio, de la capacidad del Estado de abordar el problema en todas sus dimensiones. Ello implica necesariamente que todos los actores tengan un grado de participación en la reconstrucción del tejido social, aspirando a que no vuelva a dañarse. Esta es precisamente la idea central de la mirada restaurativa, y las prácticas que se derivan de ella.

Las prácticas restaurativas tienen como eje la idea de conflicto de dos o más personas con dificultades entre sí –leves o de extrema gravedad y dolor – y que requieren de pasos para poder desandar o al menos reparar ese camino de conflicto. Un eje de esta idea, que integra diversas prácticas, está dado por las así llamadas «3 R», que pueden pensarse como un camino de tres momentos, en que solo puede avanzarse al siguiente, una vez superado el anterior: «*responsabilización*», entendida como el reconocimiento genuino de la responsabilidad que pueda caber a una o a ambas partes en el conflicto. «*reparación*» – material y/o inmaterial – a fin de restablecer en la medida de lo posible el desequilibrio generado por la situación de conflicto; y «*reintegración a la sociedad*», fundamentalmente de la parte ofensora, quien luego de reconocer su responsabilidad y reparar el daño en la medida de lo posible, podrá retornar al ámbito social sin la carga estigmatizante del reproche penal y social, y con la posibilidad de transitar caminos de construcción reparadora (Wachtel, 2015; García Fernández, 2014; Costanzo, 2024a). Lo restaurativo implica precisamente la reparación voluntaria y el restablecimiento de los vínculos y, por lo tanto, una posibilidad de abordaje del conflicto desde un lugar totalmente ajeno en el sistema penal habitual. Un ejemplo paradigmático de mecanismo restaurativo es la mediación, cuya práctica brinda la posibilidad de alcanzar una conexión de cada participante con el más profundo sentir humano, con la responsabilización y, en consecuencia, con la voluntad de reparación e incluso sentidos ofrecimientos de perdón.

Las prácticas restaurativas suelen ser trabajadas en el ámbito civil o de delitos relativamente leves – el caso más habitual es el de jóvenes vinculados a algún delito de bagatela –, pero esto se puede usar en muchos otros ámbitos.

Colombia es sin duda uno de los países que más ha avanzado en este sentido a través de su voluntad restauradora en relación al conflicto armado interno, pero son precisamente las dificultades de llevar la mirada a su máxima expresión, así como los desafíos de la implementación, las que han puesto los límites que aquí intentamos explicar y superar. Por una parte, la voluntariedad en la participación de las partes es eje de una

mirada restaurativa, ya que únicamente un genuino reconocimiento de lo acontecido y realizado puede movilizar la intención de abordarlo y componerlo. Esto no puede llevarse adelante de manera aislada o compartimentada sino en forma integrada, ya que así sucedieron los hechos victimizantes ocurridos durante y con ocasión del conflicto armado en Colombia. Dicho abordaje no admite diferenciación o clasificación de actores, víctimas o mecanismos de reparación. Es preciso resolver el problema de fondo de una manera eficaz en favor no solo de las víctimas sino de la sociedad toda.

Tomando las palabras de Howard Zehr, pionero en el estudio de las prácticas restaurativas:

«Desde el punto de vista filosófico, la retribución y la restauración tienen muchas cosas en común. Ambas argumentan que debemos tratar a las personas que han causado el daño como agentes morales. También las dos alegan que el ‘agresor’ está en deuda con la ‘víctima’ y las dos intuyen que de alguna manera hay que restablecer el equilibrio perdido. La diferencia principal es cómo restaurar este equilibrio. La retribución sostiene que el castigo —el hecho de infringir un daño— restaurará el equilibrio; en cambio, la justicia restaurativa nos dice que a menudo el castigo es contraproducente y genera insatisfacción, de manera que sólo un proceso de restauración producirá el equilibrio. Eso normalmente implica que la persona causante del daño se responsabilice y haga un esfuerzo para ‘solucionar las cosas’, aunque sólo lo pueda hacer de manera simbólica.»³¹

Son múltiples las bondades de la justicia restaurativa y sus prácticas son componedoras, por lo tanto, incluso en los casos donde se ha generado dolor, pérdida y abandono. Es precisamente en este tipo de conflictos en los que pueden desplegar su potencial profundo de pacificación, ya que el sufrimiento y las pérdidas padecidas colocan al ser humano en un lugar de completa fragilidad. Solo queda hacer duelo, de a poco sanar, y reconstruirse con ánimo de reconciliación. Solo esta actitud amansa, fortalece y eleva el espíritu. El abordaje de estos mecanismos, por lo tanto, debe realizarse con altos estándares de profesionalización y acompañamiento para transformar esas circunstancias en oportunidades de profunda resiliencia.

La responsabilización del sujeto a través del reconocimiento del daño causado y la escucha y presencia por parte de la víctima, posibilitan además que puedan evaluarse las medidas restauradoras que la víctima realmente pudiera precisar: «*no solo*» las que el sistema indique, «*no solo*» las que el ofensor proponga, sino fundamentalmente aquellas que de acuerdo a lo sufrido materialmente la víctima siente en su interior que pudiera ser verdaderamente sanadoras para ella. El ámbito normativo, en este contexto, únicamente cumple la función de dar un marco que impida arbitrariedades o planteos irrealizables. Fuera de este límite, una práctica restaurativa puede acudir absolutamente a toda acción que redunde positivamente en la armonización del conflicto pasado, de sus consecuencias presentes, y la prevención de reiteraciones (garantía de no repetición). Por esto una debida reparación es la base para la reintegración. Esta se da no solo respecto del actor ofensor, sino que también en relación con las víctimas —que han sido escuchadas, han escuchado, y han podido participar de encuentros redignificantes. Se trata de recuperar herramientas internas y externas para poder reactivar con sus propias manos la construcción de sus proyectos de vida, sabiéndose acompañadas por el apoyo y empatía social que esta tarea pueda requerir.

³¹ Martínez Domingo, S., & Riera Casals, E. (2023, mayo). Entrevista con Howard Zehr, referente de la justicia restaurativa [Entrevista]. Instituto Catalán Internacional para la Paz ([enlace](#)).

En resumen, la mirada restaurativa pone su énfasis en el diálogo, en la comunicación y la reparación del vínculo entre las partes, de modo de posibilitar una co-construcción de caminos de paz³². Cualquier sistema de justicia actual, independientemente de cuál sea el ámbito en el cual se desarrolle requiere, por lo tanto, de una gran cuota de creatividad, para que los límites jurídicos tradicionales no terminen constriñendo la posibilidad de acceder a las necesidades humanas tanto de víctima como de ofensor, y de la sociedad toda. Incluso el principio de legalidad, que de alguna manera podría considerarse amenazado por propuestas creativas, no solo no se vería afectado, sino que la mirada amplificadora hacia nuevos mecanismos integradores y pacificadores, restaurativos, reforzarían el sentido y respeto a la aplicación de dicho principio en el ámbito penal³³. La revisión de lo existente, en este sentido, solo puede colaborar con el fortalecimiento de lo que sí aporta, y la superación de los obstáculos todavía existentes. No es otra cosa lo que aquí proponemos.

6. La reparación, los actores económicos de paz, y los desafíos del sistema judicial actual

Teniendo en cuenta el contexto que hemos presentado hasta aquí, es claro que cuando se llega a la instancia de resolución, sería lo ideal que el sistema judicial que se encuentre conociendo del caso (sea inquisitivo, adversarial o transicional) tenga la suficiente visión y capacidad operativa para realizar un juicio normativo íntegro, que incluya la revisión de constitucionalidad, y que le permita así acudir a las normas correctas y suficientes con miras a implementar de manera integral el derecho adecuado. Es decir, sería lo ideal contar con un sistema laxo que habilite la integración de posibles respuestas reparadoras. En la realidad actual, sin embargo, no obstante ser amplio el abanico de posibilidades, resulta a menudo muy restringido, ya que los límites planteados por la ley son muy precisos y contundentes, y el reconocimiento de los derechos humanos afectados parece desvanecerse sin suficiente tratamiento. La precisión y delimitación estricta de las facultades estatales, que en el ámbito del derecho penal son necesarias y fundamentales para la protección de los derechos del acusado, marcan una frontera difícil de franquear por parte del ámbito judicial tendiente a la reparación de las víctimas.

Cabe aquí entonces preguntarnos, ¿de qué manera puede integrarse la mirada restaurativa a los mecanismos existentes? ¿De qué herramientas restaurativas puede valerse el funcionario a cargo, para invitar a quienes sí podrían aportar a la reconstrucción integral, en forma concreta, por ejemplo, a través de aportes al fondo de víctimas, en

³² Para comprender con mayor profundidad y cercanía las posibilidades de esta mirada, concretada por ejemplo en una mediación, recomendamos ver el documental *«reunión con un asesino»* (Jackson, 2001), que relata la preparación, realización y efectos de una mediación entre un hombre que está cumpliendo pena por la violación y el asesinato de una joven mujer, y la madre e hija de aquella mujer. El encuentro se da luego de que el joven cumpliera ya 15 años de pena, por lo que es ahora un adulto que continúa cumpliendo pena. El autor del asesinato pudo pedir disculpas, pudo explicar sus condiciones de vida antes y luego de aquel hecho; la madre y la hija de la víctima pudieron hacer preguntas. El dolor de la violencia carcelaria y el arrepentimiento de lo hecho, el dolor de ellas acarreado durante todo ese tiempo, todo ese dolor se fue mitigando a partir de ese encuentro que permitió conocerse, esclarecer, hablar y comprender lo sucedido desde un lugar totalmente humano -no juzgador, no burocrático ni vengativo-.

³³ Cfr. en similar sentido Torres-Vásquez/Cruz-Orduña (2022), quienes reflexionan en forma *«holística»* entre la relación del principio de legalidad y la justicia restaurativa, analizando en el contexto constitucional colombiano la comprensión de la justicia restaurativa como una tercera vía legítima para el abordaje del conflicto, y en particular, para la atención y participación activa de las víctimas.

reconocimiento de su vinculación (más o menos directa) con las circunstancias y acciones que generaron el daño que debe repararse? ¿Qué mecanismos podrían paulatinamente apoyar a los territorios para acallar la necesidad de venganza, las prácticas de generación ilegal y violenta, la financiación ilegal y poner fin al ciclo de violencia, construyendo en cambio prácticas de paz?

Por un lado, entendemos que la mirada punitiva, ya aplicada en relación con la sanción aceptada por los desmovilizados en el marco de la justicia transicional, no es la que se precisa ampliar a los espacios económicos, y mucho menos teniendo en cuenta que se trata de personas jurídicas, respecto de las cuales a nivel jurídico-penal no se han desarrollado los suficientes lineamientos para establecer su responsabilidad penal. Por otro lado, advertimos que el no actuar ha dado lugar a nuevas formas de pobreza y atraso social. Por esta razón, consideramos que estos caminos restaurativos posibilitan precisamente ampliar la red de intervención eficaz de la justicia. En este sentido, las propuestas integradas de reconstrucción focalizadas en las posibilidades que pueden brindar los actores económicos son una ruta que necesariamente se debe explorar.

La solidaridad es una conquista que beneficia a todos, al tiempo que complementa la obligación de reparar el daño causado. El individualismo de los sectores económicos que miran hacia atrás y refieren con indiferencia a las acciones que consideran ajenas no tiene en cuenta que muchas de las acciones y recursos con los que se financiaron grupos armados, les permitieron crecer en los territorios como empresa e incluso consolidarse en la historia económica y bursátil; su crecimiento fue en muchos casos posibilitado por el beneficio obtenido de la mano de obra de muchos trabajadores que en el escenario del conflicto lo perdieron todo.

Muchos intereses económicos han movilizado el provecho de empresarios en contexto de conflicto, y esos mismos intereses han sido capaces de enervar las economías del conflicto. Hoy nos encontramos en situación de poder brindar un contexto distinto, que sea igualmente enervado por la economía, una economía de transición, que desde sus bases y hasta sus más concretas y reticulares acciones, actúe en favor de la paz.

La justicia de transición debe así expandir su comprensión y abarcar el profundo significado de cultivar una economía de la transición. Las empresas, que con sus aportes han alimentado el conflicto, ahora pueden alimentar la paz. Sabemos de muchos empresarios y de muchas empresas que verían como una oportunidad el sumarse a este camino de reconstrucción.

Desde su propia naturaleza económica la empresa siempre se ha ocupado de minimizar riesgos corporativos para aumentar beneficios, y su influencia en los espacios de poder y toma de decisiones han generado que sus acciones dañinas hayan sido tratadas solo en forma marginal por el Estado (desde evitar posibles prohibiciones penales, pasando por la falta de reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hasta la difícil investigación y eventual condena de sus actos). Sin embargo, los tiempos que corren ponen de manifiesto que incluso empresas de gran envergadura han sido alcanzadas por el trabajo investigativo del Estado. El manto de protección que durante tanto tiempo cubrió lo sucedido para evitar responsabilidades se está rompiendo por la fuerza que tienen las marcadas consecuencias sobre toda la sociedad.

Entendemos que el alcance que ha tenido la labor del Estado para abordar el conflicto no debería desperdiciarse en un afán exclusivamente punitivo o de cierre. El círculo vicioso de las economías vinculadas a la violencia física, y de la violencia física vinculada a las economías de violencia estructural invisible, es decir, las bases indiscutibles del

conflicto seguirían sin ponerse en cuestión si la energía estatal se centra en la sanción y en los actores punibles.

El sistema de *«jurisdicción para la paz»*, por ejemplo, se ha enfocado exclusivamente en los actores desmovilizados, y esto permea, por supuesto, también a las disposiciones de programas restaurativos. Los actores económicos, empresariales, vinculados al conflicto, pero no pertenecientes a grupos armados, han quedado por fuera de la atención directa en términos de reparación. Así, por ejemplo, en el decreto sobre programas restaurativos para la reconciliación nacional, se hace referencia a autoridades locales, organizaciones de la sociedad civil y religiosas, la defensoría del pueblo, casas de justicia, centros de convivencia ciudadana y establecimientos de reclusión, como aquellos actores que colaborarán en el diseño e implementación de los programas restaurativos previstos³⁴. No se menciona la participación de actores económicos, quedando así por fuera del andamiaje de apoyo tanto su perspectiva social como sus recursos materiales y logísticos para la reconstrucción física, emocional y cultural de vínculos, y de los recorridos personales y colectivos de las víctimas.

Sostenemos por lo tanto que es de máxima prioridad dar cauce a los avances estatales para poder ofrecer a las empresas y los empresarios – alguno de los cuales están siendo juzgados – la posibilidad de mirar con nuevos ojos lo sucedido y, fundamentalmente, lo que podría suceder. ¿Cuál sería la proyección si las empresas se sumasen a la tarea de reparación, reconstrucción, y generación de economías de transición a la paz, como fundamento para la prevención y garantía de no repetición, y como genuina vía hacia el desarrollo sostenible y respetuoso de derechos humanos, del medio ambiente, y de los sueños de paz del país entero?

No hay mucho más tiempo para poder avanzar en esta nueva dirección. Muchas víctimas han fallecido sin haber recibido lo mínimo de una reparación integral y digna. En algunos casos tampoco les fue posible retornar a sus territorios. Es casi como si toda la información relativa a las víctimas y sus pretensiones y derechos de reparación se redujese a listados de nombres y cifras, cuidadosamente actualizados. A todo esto se suma lo ya innegable: los fondos económicos para la reparación son insuficientes.

Invitar e integrar actores económicos implicaría a mediano y largo plazo una regeneración en términos materiales, culturales, identitarios, de propósito y resignificación de los roles sociales atribuidos y cumplidos por distintos actores de la economía, del Estado, y de la sociedad toda. ¿Cómo sería pensar en integración, y no en resquebrajamiento ni exclusión? ¿Cómo sería educar para la reconciliación, y la paz, y no para la indiferencia, la tristeza y el castigo?

Esta mirada restaurativa integral no solo sería acorde con las necesidades de las víctimas, en términos de reparación, sino con las necesidades de la sociedad en términos de pacificación. Esta mirada incluiría una transformación profunda de los tejidos jurídicos e institucionales en relación con las actividades económicas, su monitoreo y su rol en la sociedad. Así, el desarrollo agroindustrial, los megaproyectos industriales, la cría y exportación de ganadería y el espacio territorial requerido para ello, por ejemplo, podrían revisarse en términos de utilización de territorios para programas de agricultura ambientalmente sostenible, y sostenedora de economías rurales. Esto podría ser redituable en términos económicos para las empresas, fortaleciendo al mismo tiempo su compromiso con la construcción de paz física, económica, jurídica y social.

³⁴ Decreto 3391 del 29 de septiembre de 2006.

Cada investigación por parte del Estado tendría una multiplicidad de objetivos vinculados no solo a la comprobación de situaciones y acciones jurídicamente reprochables en términos de delito y sanción, sino que al mismo tiempo cada intervención estatal podría ser la ocasión para la visibilización del daño, de las trazas de conflicto en niveles menos visibles, como los intereses económicos, los patrones de conducta social y su identidad cultural subyacente, y el vínculo de muchas violencias y actividades económicas con espacios tan silenciosos como el agua, la tierra fértil y el aire no contaminado. Dando un lugar inclusive al medio ambiente y a las riquezas de la tierra que son a menudo la causa lejana de conflictos (pensemos tan solo en minerales cubiertos de sufrimiento, como el coltán) originados por una difícil relación y codicia movilizadas por ansias de crecimiento y progreso, por acuerdos entre unos cuantos actores ilegales con intereses económicos y ambiciones de control territorial, convergentes en grupos armados.

Todo lo anterior confluye en la dinámica de las economías ilegales, una mirada integradora y restaurativa atendería esas necesidades, y podría revisar formas de abordaje que rescaten los aspectos positivos de la actividad económica en todas sus dimensiones (inversión, mercados, crecimiento, expansión, creación de empleos, producción alimentaria, apoyo a los avances tecnológicos), filtrando y evitando los efectos colaterales de su ejercicio sin control (contaminación, supresión de derechos laborales, afectación de condiciones vitales de la población local, pérdida cualitativa y cuantitativa de tierras, entre muchos otros). Es necesario, en este contexto y de cara a las nuevas dinámicas de violencia y nuevos conflictos, considerar el cuidado de los recursos naturales. Así por ejemplo es necesario vigilar desde la Amazonía hasta las cuencas hidrográficas de «*la mejor esquina de América*», la tierra fértil, la calidad del aire y la recuperación de los suelos; se debe considerar ineludiblemente una mirada preventiva y de protección del medio ambiente. No es extraño considerar que si se quiere recuperar la frescura del agua que se encuentra en la tierra para sostén de la vida de todos, es importante fortalecer y expandir los mecanismos que permiten controlar y mantener la soberanía y el control de los territorios con miras a preservar los recursos naturales y en particular el agua (literal y metafóricamente) para beneficio de toda la nación colombiana.

Todo esto se vería abordado por mecanismos de mirada restaurativa, integradores de todo el espectro de actores involucrados y afectados por el conflicto nacional.

7. Nuevos lentes: Lineamientos superadores con base en una mirada restaurativa

La necesidad de cambio ha sido constante, y hoy es importante avanzar hacia un sistema de justicia que integre a las víctimas y a la sociedad, sin dejar de lado al victimario y a actores que de una u otra manera han colaborado con la generación del daño, a quienes se llama a hacerse conscientes de los perjuicios causados y a repararlos con acciones de paz, enfocadas incluso según la situación de las distintas víctimas y sus necesidades³⁵. Se trata en definitiva de posibilitar una experiencia de justicia más humana, como dijera Zehr (1990), haciendo un «*cambio de lentes*».

³⁵ Sobre el enfoque diferencial, véase el sitio web del Ministerio de Justicia y del Derecho. (s.f.). Enfoque diferencial en justicia transicional ([enlace](#)).

La justicia restaurativa implica reconocer que cada uno hace parte importante y necesaria en el marco de las relaciones por reconstruirse. Se trata de sumar a quienes aún no han tenido la oportunidad de responsabilizarse, brindándoles la oportunidad de establecer diálogos con un valor reconstructivo. De acuerdo con la estructura planteada en este trabajo, en el cual hemos tratado fundamentalmente reflexiones relativas a las empresas, las víctimas, y los daños generados por el conflicto armado, en este apartado se ofrecen lineamientos ordenados de igual manera, y se orientan primeramente a la revisión de la idea de responsabilización empresarial reparadora; de disposición conciliadora por parte de víctimas y colectivos de víctimas; de trabajo a partir de la mirada pacificadora en los sistemas estatales; y, en forma de conclusión preliminar, de profundización en la integración de prácticas restaurativas para llevar adelante dicha pacificación.

a. La responsabilización reparadora de empresas y empresarios

La responsabilización reparadora de empresas y empresarios se refiere a la necesidad de instaurar y cultivar una conciencia de respeto en los actores económicos. Ese respeto no es ni más ni menos que la aceptación de que la actividad económica es esencial, muchas veces privilegiada y por lo tanto responsable en términos de aporte a la construcción de tejido social pacífico, productivo y sostenible. La acción empresarial acorde con principios vinculados a la prevención y protección en relación con posibles afectaciones de derechos debe ser controlada por el Estado, pero, en primer lugar, debe ser comprendida y desarrollada desde la empresa misma.

Esta necesidad implica el diseño, implementación y divulgación de programas de educación y formación para la paz, considerando también diálogos con sentido terapéutico y sanador.

Estos programas, en primer término, deben ofrecer una solución concreta de asesoramiento y mediación para el abordaje de problemáticas ya existentes entre las empresas, el Estado y las poblaciones locales afectadas. Al mismo tiempo, cuando las empresas y los empresarios comienzan nuevas actividades en regiones que hasta el momento no estaban en sus áreas de desarrollo, se debe contemplar el asesoramiento y capacitación en torno a desafíos que presenta el contexto sociopolítico-económico colombiano en relación con esas áreas específicas.

En este sentido, la integración y el diálogo de empresarios y empresas como pertenecientes a las comunidades en las que deciden instalar sus actividades es esencial. La idea de pertenencia genera una actitud de cuidado y respeto que no es posible cultivar si la distancia social percibida es de ajenidad e incluso de superioridad en relación con la población local.

Esta posibilidad de integración no solo puede generar un cuidado empresarial del contexto de su trabajo, sino también reducir fuertemente la sensación de inseguridad latente que dificulta un sano desarrollo de su actividad económica. La sensación de inseguridad, generada por la idea de ajenidad y amenaza frente a la mirada local, solo puede resultar perjudicial, ya que, a modo de protección y defensa, las empresas muchas veces han decidido plegarse a las prácticas dañinas – más o menos violentas –, que les generan sensación de empoderamiento. ¿Cómo sería generar ese empoderamiento por prácticas positivas, en forma integrada y compartida con la comunidad?

Entendemos que esta posibilidad se daría a partir de una comprensión del actor empresarial en su doble perfil: (a) como ofensor o apoyo de ofensores, y por lo tanto como responsable de daños que se han generado (al menos en forma colateral); y/o (b) como actor social beneficiado por el conflicto (al menos en forma colateral). Ya sea en uno o en otro de estos roles, o incluso en ambos a la vez, queda así explicada la razonabilidad de activar su colaboración en programas de reparación. El actor económico (empresario o empresa) es parte de la comunidad, entendida como participante cultural y estructural esencial en el conflicto, y en su resolución. En este sentido, el actor económico como persona física o jurídica debe ser entendido como socialmente responsable, es decir, con capacidad de respuesta ante la sociedad. Esta idea abre casi explícitamente la posibilidad de pensar en la articulación de programas de reparación con programas y mecanismos correspondientes a las más actuales propuestas de responsabilidad social empresarial. Estas ideas exploratorias requerirán, por supuesto, de mayor recorrido.

Empresas que son capacitadas y educadas en diálogos abiertos y cuidadosos con los actores locales pueden ser así integradas; esta integración trae consigo un mayor respeto y voluntad de aporte, y reduce la actitud defensiva tan perjudicial. En este contexto, el beneficio de la actividad inmediatamente repercute en el aporte local a través de fuentes de trabajo, cuidado y cultivo de tierra y riquezas naturales, actuación acorde con el cuidado del medio ambiente y los ecosistemas, en una sinergia productiva y pacificadora con los pobladores y economías locales. La responsabilidad social empresarial entrelazada con las prácticas restaurativas puede resultar, en este sentido, increíblemente creativa y productiva – además de reparadora.

Es decir, cuando se evalúan formas de reparación por parte de las empresas, esta idea debe entenderse en sentido amplio, de modo que no solo contemple la tasación del daño emergente y del lucro cesante; sino que integre especialmente el desarrollo creativo de formas de integración con mirada preventiva en la actividad empresarial, en un círculo virtuoso de reconstrucción económica y social, de provisión y capacitación de fuentes de trabajo, y de producción en forma sostenible. Un espacio social económicamente pacífico implica un espacio en que paulatinamente las violencias estructurales y culturales se reducen, y con dicha reducción, se reducen también los riesgos de violencia directa.

De acuerdo con estos criterios, es claro que la actuación estatal acorde a derecho y respetuosa de los derechos fundamentales, reparadora de daños anteriores y preventiva de daños futuros, solo puede darse en forma positiva y constructiva si la integración de esta mirada restaurativa no se realiza bajo presión, por obligación o respondiendo a una amenaza estatal, sino a través de programas de convocatoria e invitación a prácticas y esquemas de economías de transición a la paz. Una invitación desde el Estado y las víctimas a las empresas y a las personas empresarias, como actores de paz, puede finalmente comenzar a derretir aquella armadura empresarial. Esto solo se hace entre todos.

b. La disposición conciliadora de comunidades e individuos en espera de reparación

La voluntad reparadora, de acuerdo con los principios de la justicia restaurativa, no es suficiente cuando únicamente tiene lugar desde una de las partes. Si la responsabilización y reconocimiento de roles pasados y actuales de los actores económicos tienen lugar, esta

debe ser acompañada de una disposición conciliadora por parte de la víctima, que acepta el diálogo constructivo, y coopera en términos de recuperación de su digna existencia.

A menudo los contextos de victimización colectiva tienen luego como consecuencia una actitud pasiva o aletargada por parte de las personas y grupos victimizados. Y a menudo, esta actitud es promovida por sistemas que confían en que la resolución del conflicto tenga lugar por la sola acción de una medida sancionatoria punitiva o por una compensación pecuniaria obligada a la parte ofensora. Sin dudas, este no es un abordaje suficientemente constructor de paz, ni reparador y sanador en forma profunda y sostenible.

Una mirada restaurativa invita no solo al ofensor, sino también a la víctima a tomar una actitud proactiva y de conciliación, removiendo el dolor y el rencor de su corazón para andar los caminos de reconciliación que puedan estar también en la voluntad del ofensor. El compromiso de las víctimas en forma individual y colectiva es, en este sentido, imprescindible, para así poder retomar sus propios pasos sobre terreno firme y pacífico.

La mirada restaurativa reequilibra a todos los actores involucrados en el conflicto, lo que implica que se intente disolver las diferencias que enfrentan históricamente y en el presente a unos con otros. La idea de integración y pertenencia antes presentada, por supuesto implica la receptividad de los espacios victimizados para aceptar el trabajo conjunto en la construcción de paz, de la mano del Estado y de los ofensores, y en particular, de los actores económicos que esperan realmente responder a esa mano extendida dispuesta a estrechar poco a poco lazos de reparación.

De esta manera resulta imperativo considerar legal y articuladamente a todos los actores del conflicto al momento de plantear espacios de reparación. No solo grupos armados ni únicamente empresarios que de manera equivocada y profundamente errada tejieron las redes del conflicto. Una nación entera, desde distintos lugares, ha sido parte de él. Por esto, al momento del abordaje, junto al reconocimiento explícito y judicial de las categorías de víctimas y ofensores, de investigados y condenados, es importante comenzar a cultivar una actitud de unidad e integración, como la única manera de superar los dolores del conflicto armado en Colombia.

Incluso tratándose de un conflicto y víctimas reconocidos por el Derecho Internacional Humanitario, la respuesta no puede continuar realizando una partición entre actores que deben cumplir y hacer algo, y actores a los que solo les resta esperar una respuesta. La actitud proactiva y conciliadora de las víctimas requiere acompañamiento, educación y capacitación, sin lugar a dudas, y programas llevados adelante en este sentido no tardarán en dar sus frutos en términos de empoderamiento de individuos y colectivos, de redignificación y realización de derechos, y especialmente como co-constructores de los caminos de producción y paz que el país tanto anhela.

c. Pacificar para prevenir y reparar el daño social

La idea de pacificación por la que venimos abogando se basa en la necesidad real y humana de trascender estados dolorosos, de avanzar en la proyección y construcción de un futuro compartido, es decir, integrado y, por ende, de todos. Siempre existirán distintas miradas, intereses y convicciones entre personas y colectivos diferentes. Estas diferencias, sin embargo, no tienen por qué significar confrontación. Las diferencias pueden más bien ser parte esencial de una cooperación enriquecedora y equilibrada. De

esto se trata la pacificación, de la integración de partes diversas. Eso es lo que consideramos esencial y un terreno por abonar y cultivar en Colombia.

Esto implica, por ejemplo, fomentar el diálogo entre actores económicos industriales y comerciales, y actores de economías cooperativas solidarias. Todos los actores precisan de los demás, y la conciliación de los aportes así aprendida y cultivada, la educación y capacitación en este sentido, es la clave para la conciliación en relación con el pasado, en el presente, y para el futuro.

Esta integración y pacificación abarca en primer lugar a las personas, pero no se queda allí. Una amplia conciencia de unidad necesariamente abarca con su mirada y en su cuidado a una diversidad de especies, al medio ambiente, a los ecosistemas, y a las riquezas naturales. Todos los seres, sintientes o no, son parte de un mismo sistema que se correlaciona en el lenguaje de la vida. La integración pacificadora, por lo tanto, necesariamente implica la existencia de una sinergia sincrónica entre la actividad estatal, empresarial y social en concordancia con los requerimientos y cuidados del ser humano, y de la mayor cantidad de seres. Esto que puede resultar extraño al abordarse en la transición de un conflicto armado, es, sin embargo, necesario para caminar a un contexto de paz, y en realidad es probablemente el factor más importante. Sin vida natural no habrá vida humana tampoco, el respeto de la tierra y el reconocimiento de la dignidad humana precisa considerar todos estos valores y abordarlos integralmente en una vida sana en términos físicos, económicos y culturales.

La mirada restaurativa en ese sentido implica reconocer como seres afectados y que requieren también a los ríos y los bosques, el aire y la tierra. Tanto en la reparación y recuperación de espacios vitales saludables, como en el compromiso de no desarrollar actividades que vuelvan a colocarlos en riesgo, nuevamente advertimos que el compromiso de responsabilización, reparación y reintegración lleva a una reconciliación y apertura de un continuo restaurativo entre pasado, presente y futuro.

La responsabilidad de actores económicos y grupos de víctimas se fusiona aquí con una fuerte responsabilidad estatal para la puesta en marcha de mecanismos suficientes, así como de la sociedad toda para la cooperación y construcción de miradas respetuosas de toda la vida.

El mensaje de los mecanismos restaurativos es una clara invitación a detener la producción de daños individuales, colectivos, sociales y ambientales, una invitación a la unión y la reconciliación.

Ocuparse de las consecuencias de la guerra y las dinámicas asociadas a ella exige, entonces, la observación de los daños, en toda su complejidad. Comprender los daños permite tomar acción desde las políticas públicas en general, y no solo desde la política criminal o el sistema penal. Los sistemas de transición, los mecanismos de justicia y paz, deben incorporar herramientas propias de una economía y planes de desarrollo sostenibles, estructurando un marco que permita el diálogo entre todos los actores. La integración de los criterios que se vienen mencionado habilita la ampliación de la respuesta estatal a todas las consecuencias que requieren atención y siguen siendo obstáculo para la construcción de paz. Una mirada integrada será cuidadosa de los términos en que se aceptan nuevas inversiones, por ejemplo, a fin de reducir riesgos de repetición en relación con el vínculo con actores y prácticas de violencia.

El Estado Social de Derecho se basa en el reconocimiento y respeto de la dignidad humana, de los derechos fundamentales y civiles, en la promoción de los derechos

sociales y económicos, la protección de los más vulnerables, y la búsqueda de un bienestar social integral.

Actores económicos con voluntad reparadora y preventiva, víctimas con voluntad proactiva y conciliadora, un Estado con ánimo integrador y pacificador, una sociedad reconocida como unidad y soberana, son la base para que los próximos mecanismos tengan posibilidad de generar avances pacificadores.

d. Conclusión preliminar

El trabajo que aquí presentamos en forma exploratoria en cuanto a la potencialidad de la mirada restaurativa no es algo nuevo, ya que el sistema de Justicia Transicional activo en Colombia precisamente parte de esa mirada. De hecho, sobre esa base es que realizamos estas reflexiones y planteamos estos lineamientos finales. Advertimos, sin embargo, circunstancias que requieren de una pronta complementación para atender aspectos que potenciarían y expandirían el impacto de los esfuerzos y el trabajo que se vienen realizando.

En este contexto, sostenemos que el sistema y operadoras y operadores de justicia deben realizar su acción ya no solo en relación con las condiciones y caminos de víctimas y ofensores, sino que deben incluir la proyección y convocatoria de actores económicos.

8. Diez propuestas para la formulación de nuevos mecanismos de reparación

Si las consideraciones relativas a la integración de los actores económicos se toman en cuenta en el marco del sistema colombiano, y se fusionan al mismo tiempo con las reflexiones que vertimos en apartados anteriores, podemos pensar en explorar y vislumbrar lineamientos de actuación que podrían sumarse sin mayor dificultad y paulatinamente, con sus debidos mecanismos, a los programas ya existentes, a fin de reforzar y complementar las posibilidades de implementación de dichos programas. En este primer boceto presentamos algunos de estos lineamientos, inspirados por propuestas que hemos ofrecido con anterioridad y que se corresponden con parámetros ya explorados de política criminal y restaurativa transagencial (Böhm 2019: 226 ss.; Böhm 2023: 308 ss.).

1. *Mapa estático de actores*: en primer lugar, es necesario preparar mapas estáticos de actores a nivel nacional, regional y local, que permitan vislumbrar la diversidad de actores involucrados en distintos contextos y momentos del conflicto, para así facilitar las propuestas de articulación. Este mapa modelo o plantilla incluye el relevamiento de actores de distintos niveles jerárquicos, víctimas y victimarios, actores estatales y privados, económicos y gremiales, organismos de la sociedad civil, y todo tipo de actores que tengan o hayan tenido vinculación con el conflicto. Todos son considerados según el fragmento temporal requerido (mapa diacrónico y sincrónico). Se trata fundamentalmente de la identificación y reconocimiento de los actores llamados a la reconstrucción del tejido social. Dado que una finalidad esencial de los mapas en este contexto es la identificación de actores económicos involucrados en el conflicto en forma directa o indirecta, la construcción de los mapas debe estar a cargo de instancias interagenciales compuestas de actores estatales, pero también empresariales, y por

supuesto también de otros organismos de la sociedad civil (culturales, académicos, rurales, etc.). Las interacciones entre los actores son parte esencial del contenido del mapa, lo cual se explicita a través de la ilustración en mayor o menor grado, en positivo o en negativo, con o sin identificación jerárquica, entre otros factores a ser definidos.

2. *Consideración de temporalidad y territorialidad*: un segundo lineamiento para la complementación de los sistemas de justicia con mirada restaurativa consiste en la atención que debe prestarse al desarrollo del conflicto en términos temporales (extendido a lo largo de décadas) y territoriales (en distintos espacios según el momento). Esto último incluye el relevamiento de la calidad cultural e identitaria de los distintos espacios perdidos o por recuperarse. El reconocimiento de territorios y espacios ancestrales, así como la puesta en marcha de programas y la recuperación de recursos con énfasis en el respeto por las sociedades y por la tierra como territorios y espacios sagrados, es un factor esencial en la construcción de prevención eficaz, ya que la identidad y su reconstrucción se verían fortalecidas en términos de paz. Al mismo tiempo, el reconocimiento temporal y territorial permite la identificación de factores de producción para la satisfacción de necesidades esenciales. En este sentido, cabe recordar que el factor tiempo ha sido esencial en el desarrollo y crecimientos de diversas formas de economía, también durante el conflicto. Es decir, si actores económicos participaron en forma dañina realizando a veces solo pequeños aportes a grupos armados, y estos aportes significaron el sostenimiento de economías de violencia, del mismo modo, a lo largo del tiempo, pequeños aportes a los fondos de reparación, las víctimas y la sociedad, podrían significar el sostenimiento y apoyo a economías de transición a la paz. El tiempo es el que permitirá ese crecimiento acumulativo.

3. *Actividades y acontecimientos*: las prácticas, acciones, omisiones y todo tipo de intervenciones que los actores tengan o hayan tenido con el conflicto armado deben quedar registrados en planillas sistematizadas de relevamiento y descripción. Estas actividades y estos acontecimientos relevantes se refieren a lo sucedido antes, durante y luego de hechos severamente dañinos y violatorios de derechos esenciales fundamentalmente por parte de actores armados, pero incluyendo los vinculados a actores no armados directa o indirectamente relacionados con aquellos. En términos de reparación y de prevención, en primer término, es esencial la atención a las diversas formas de actividad dañina, a modo de catálogo, permitiendo de esta manera la conformación de instancias de alertas tempranas, control y seguimiento que al mismo tiempo prevengan y posibiliten intervenciones reparadoras en espacios de posible escalonamiento de acciones violentas y de necesaria reparación todavía pendiente.

4. *Multidimensionalidad del daño*: el daño registrado debe ser relevado y explicado en un documento diseñado para reflejar la multidimensionalidad de su naturaleza, que excede el concepto de pérdida de una ganancia o pérdida real meramente individual. Los daños generados por el conflicto armado se han extendido más allá de la afectación personal y su dimensión colectiva y social ha excedido, al mismo tiempo, lo meramente material o visible. Los daños pueden entenderse según sus dimensiones temporales, territoriales, subjetivas y objetivas, y de este modo deben ser suficientemente incluidas – considerando también su impacto en las vidas humanas, en el medio ambiente y el ecosistema. Este relevamiento, por lo tanto, implica la realización de catálogos que sirvan al mismo tiempo como registros para el control temprano de posibles daños futuros que podrían emanar de ciertas constelaciones económicas, políticas o sociales, y al mismo tiempo como registro de cataloguización y medición de daño social - sin dudas, de los más difíciles de evaluar. De esta detallada e integral mirada multidimensional del daño emanará una

tercera finalidad, tal vez la más importante, y esta es el reconocimiento de los daños que deben ser reparados, así como propuestas de abordaje de dicha reparación.

5. *Diagrama de trazabilidad retrospectiva y prospectiva de acuerdo a actividades y daños*: el relevamiento de los daños registrados, presentados y observados, según el caso, en sus diversas dimensiones, debe plasmarse en un esquema modelo (y luego adaptarse según cada fragmento o caso) que se desarrolla en dos ejes al estilo del diagrama cartesiano. El eje horizontal refleja la dimensión temporal (antes, durante y después del núcleo de eventos bajo estudio), y el vertical, la intensidad del daño generado o en riesgo de generarse de acuerdo al tipo de actividad del que se trate y de la información reunida en relación con los daños relevados (iv.). En el diagrama se ubican los actores del mapa también en forma diacrónica y sincrónica (i. y ii.), sus acciones (iii.), y se observan cambios y fluctuaciones de roles e impacto de pasado, presente, y proyección futura. Este diagrama permite la identificación específica de afectación y/o responsabilidad, incluso en términos colaterales, ya que el articulado de interacciones relevado en el mapa de actores se continúa aquí en relación con acciones e impacto concretos a lo largo del tiempo.

6. *Diseño de mecanismos restaurativos*: en el contexto de la JEP y del sistema penal, pero también por fuera de ellos, es necesario el diseño de mecanismos y programas que sean suficientemente creativos para abarcar a todos los actores y sus actividades e interrelaciones, suficientemente amplios para cubrir los distintos tipos de daños y su multidimensionalidad, y suficientemente flexibles para poder atender temporal y territorialmente en forma adecuada las demandas que puedan ir emergiendo de las necesidades de las víctimas, los victimarios, los actores de apoyo económico, y la sociedad toda. Este diseño responderá al marco que se le habilite legalmente, pero será idealmente cobijado por la sociedad como espacio de emergencia de propuestas colectivas, públicas y privadas, en términos de pacificación. En relación con la actividad económica, esencial para la reconstrucción social, la idea de la economía de transición y paz será esencial para la organización de prácticas tan conocidas como la mediación, alcanzando hasta la gestación de prácticas novedosas y creativas (como por ejemplo la organización de centros de formación terapéutica para la reinserción social) que coloquen en primer plano la restauración personal y emocional además de la material.

7. *Mapeo de recursos para la reparación*: en Colombia son múltiples las víctimas del conflicto, pero les sobreviven las nuevas generaciones. Por esta razón todo sujeto afectado debe ser parte de las prácticas y mecanismos de reparación (vi.). Todo actor económico está en condiciones de dedicar parte de sus ingresos a la devolución de oportunidades y apoyo de quienes lo precisan por haberse vistos debilitados por el conflicto. Destinar parte de las ganancias comerciales e industriales al Fondo de reparación de Víctimas; comprar tierras a precio justo; convertir en socios a pequeños campesinos; emplear a jóvenes; brindar capacitaciones a quienes desean adquirir herramientas técnicas, etc, son algunas de las posibles medidas. Respecto de cada actor es posible pensar en la correspondencia entre actividad dañina y reparación. Es posible así promover que los actores con capacidad de apoyo se conviertan en usina o en fuente generadora de bienes y capitales, generadora de reparación en diversas modalidades, y así también de pacificación. Quienes no pueden reparar en términos económicos, son invitados a ser actores facilitadores de la reparación, constructores de la reparación en términos concretos. Esto explica la importancia del mapeo de bienes tanto como de capacidades; se trata de inventariar recursos que posibiliten en todos los casos medidas de reparación, e incluso de micro-reparación. Si se atiende a la idea del valor humano, es

claro que no solo se repara con lo que se tiene, sino también con lo que se es y se puede hacer. Los recursos de actores económicos, por ejemplo, pueden ser invertidos en distintas formas de apoyo (material, psicológico, etc.) que reconstruyan tejidos individuales y colectivos en todos los niveles, llegando a cobijar y dar calma a los corazones más dolientes. La reparación y sostén incluso espiritual, por lo tanto, no debe excluirse del abanico de medidas disponibles. Esto puede sonar ajeno al ámbito de justicia, y lo es. Sin embargo, creemos que precisamente por eso debe ser incluido: no se lo ha considerado hasta ahora suficientemente, y sin embargo, podría ser uno de los elementos clave para la pacificación individual y colectiva.

8. *Tabla de responsabilidades*: este mecanismo define y describe responsabilidades especificadas de cada actor ofreciendo un cuadro con información primaria sobre deberes y regulaciones (penal, transicional, civil, administrativa, económica, etc.) que abarca deberes y prohibiciones. Se trata de una tabla en blanco o planilla modelo que al ser aplicada en casos específicos se completa con los actores correspondientes según tiempo y lugar. Esta tabla, disponible para medios de comunicaciones, sociedad, grupos de afectados o cualquier organismo o persona que lo solicite, deviene así en documento de construcción colectiva. Junto a exigencias legales mandatorias, se ingresan aquí los resultados de diálogos y encuentros comunitarios voluntarios y entre distintos actores, propuestas realizadas y aceptadas, comunicaciones cursadas que implican la asunción de compromisos. Por otra parte, la tabla es base de consulta y contraste para el seguimiento y monitoreo de las actividades esperables, así como del cumplimiento o no de aquellos compromisos asumidos y de las reparaciones y prácticas acordadas.

9. *Plan de intervención y rendición de cuentas*: este plan, de acuerdo a lo relevado en los pasos previos, es una guía para la iniciación o revisión de comunicaciones y formas de acción cooperativa (escalonado: acción sin judicialización, con judicialización, con sistema penal, etc.). Se trata del camino que debe adoptarse en cada caso, y con los diferentes actores, según la tabla del documento anterior (v.) para que las propuestas sean llevadas a cabo bajo seguimiento y apoyo de los distintos actores y agencias comprometidas. Puede tratarse de la organización y revisión de pagos o de brindar capacitaciones, el compromiso de empleo de trabajadores locales, o la construcción de una escuela. Cada actividad requiere de pasos y plazos que facilitan el cumplimiento y avance restaurativo colectivo.

10. *Protocolo de procedimiento*: los protocolos de procedimiento deben diseñarse como referencia clara para la acción concreta, con la indicación de los medios y plazos específicamente diseñados para cada caso concreto. Las plantillas modelo también serán la guía en este paso, pero los datos reales y los requisitos particulares de acuerdo con las circunstancias específicas deben definirse para cada caso. Estos protocolos de procedimiento, además, deberían estar inter-articulados y tienen que reflejar eficazmente la comunicación y el contacto entre los actores. De este modo, deberían ser la expresión de pasos posibles y exigibles para cada actor.

A estas propuestas iniciales, que aspiran a preparar el espacio de intervención en términos de prevención, investigación, y reparación, las acompañamos del compromiso a futuro de profundización e investigación, así como de trabajo con actores políticos, judiciales, económicos y sociales en general para su desarrollo y adaptación.

9. Conclusiones

Este texto aspira a proyectar una mirada positiva, muy ansiada no solo por las víctimas sino también por otros sectores, especialmente el económico. Muchos empresarios desean profundamente resarcir el daño generado, así como lo han anhelado y puesto en evidencia también actores de grupos armados que han encontrado su oportunidad en el contexto de la Jurisdicción Especial para la Paz. Este trabajo y la mirada que propone, en este sentido, desea tenderles una mano y ayudar en ese camino de reparación que han decidido transitar, en miras a la adopción de programas y acciones constructivos y pacificadores.

¿En qué medida puede este estudio ser útil para la transformación de los ámbitos jurídico y de la justicia penal, como catalizador para la reflexión sobre posibles reformas normativas o institucionales, así como para la acción en materia de política criminal?

Este estudio nos ha resultado útil, en primer lugar, para iniciar un diálogo de conocimiento y apoyo mutuo. Encuentro tras encuentro, nos ha convencido cada vez más de que es posible pensar en sistemas de pacificación. Más que un estudio cargado de datos, se ha convertido en un extenso ensayo colmado de reflexiones, que nos permitió expandir horizontes incluso hacia el final del trabajo, mientras formulábamos nuestras propuestas más formales y cerrábamos las revisiones. De allí surgieron estas últimas conclusiones: fruto de lo estudiado, y como un puente tendido para seguir conversando lo que viene.

Por ejemplo, hemos advertido que es necesario pensar en la creación de un Acuerdo Nacional por las Víctimas a partir del cual todos los actores en el marco de la justicia restaurativa y sobre la base de una mediación interinstitucional articulada puedan integrar y adoptar las rutas necesarias para la reparación en los territorios, la reparación individual y colectiva de las víctimas y de la sociedad, así como la protección del medio ambiente. Advertimos la relevancia de las políticas de prevención eficaz de violencias visibles e invisibles. Aprendimos también que el cambio hacia una cultura que nos acerca a una sociedad más armónica tiene que involucrar para su implementación todas las capacidades técnicas, estructurales y digitales. Un nuevo lenguaje es necesario. Y la comprensión y el acceso a la información es necesaria porque es la forma de garantizar una respuesta efectiva al alcance y comprensión de todos.

Por otra parte, esta forma de acercamiento al problema ha sido una oportunidad para advertir con total claridad que se requieren soluciones y programas reestructurativos para el ser humano que ha visto vulnerados sus derechos, su dignidad, y su vida toda, en las más íntimas fibras de su existencia. Pudimos realmente valorar la importancia de considerar que la violencia ocasionada por locales y foráneos frustró los sueños y los proyectos de vida de miles de familias – frustraciones que quedaron silenciadas tras murallas de indiferencia. Junto con el resentimiento también pudimos observar las prácticas de perdón, principal medio de sanación para una sociedad que se expone permanentemente a expresiones de violencia – cada vez más profunda.

Por todo esto, consideramos que reparar el daño requiere algo más que los recursos económicos. La reconciliación de la sociedad con el Estado es también un camino para reintegrar y reafirmar la senda de la paz, única forma de prevenir la continuación de prácticas de financiamiento y redes de actividades ilícitas en los que podrían abreviar nuevas violencias. Todo esto hemos aprendido, y podemos sostenerlo a partir del estudio y de nuestro intercambio.

Un estudio académico no formula directrices políticas, no adopta leyes ni establece prácticas institucionales. Sin embargo, un estudio como el aquí presentado puede cumplir la función de visibilizar la realidad, clarificarla y explicarla, destacar sus debilidades y, cuando sea posible, ofrecer directrices y reflexiones para considerar vías de transformación. Este fue el objetivo que nos habíamos propuesto, y creemos haberlo alcanzado. Esperamos que sea un primer paso, ansiamos continuar el camino, y por supuesto, iniciar de esta forma la conversación y aportar a quienes sí puedan llevar esta mirada a sus correspondientes campos de acción institucional.

10. Referencias

- Abuchaibe Abuchaibe, H., Gómez-Suárez, A., & Umaña Hernández, C. E. (2008). *Justicia restaurativa: Oportunidades y retos para construir una paz estable y duradera*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Albrecht, H.-J. (2007). Internationale Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts. *Internationale Politik und Gesellschaft*, 2, 153–169.
- Banerjee, S. B. (2008). Necrocapitalism. *Organization Studies*, 29(12), 1541–1563. <https://doi.org/10.1177/0170840607096386>
- Barak, G. (Ed.). (2015). *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. London/New York: Routledge.
- Barak, G. (2017). *Unchecked corporate power: Why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it*. London/New York: Routledge.
- Bebbington, A. (2012). Extractive industries, socio-environmental conflicts, and political economic transformations in Andean America. En A. Bebbington (Ed.), *Extractive industries, social conflict and economic development: Evidence from South America* (pp. 3–26). London: Routledge.
- Bocanegra Romero, C. A., & García García, M. P. (2022). Procedimiento para la reparación integral de las víctimas del conflicto armado colombiano, en el marco de los criterios dados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional. *Revista Doctrina Distrital*, 2(3), 166–192.
- Böhm, M. L. (2024). Criminalidad estatal-corporativa en la industria extractiva. *Revista Penal*, 54(Julio), 14–32.
- Böhm, M. L. (2023). Transnationale Wirtschaftskriminalität als Globales State-Corporate-Crime. Rohstoffbeziehungen mit Lateinamerika auf dem kriminologischen Prüfstand. Baden-Baden: Nomos.
- Böhm, M. L. (2022). Comentarios criminológicos sobre la prisión perpetua. En F. Velásquez Velásquez & J. Zuluaga Taborda (Eds.), *La prisión perpetua en Colombia. Perspectivas político-criminales comparadas* (pp. 79–105). Bogotá: Tirant lo Blanch.
- Böhm, M. L. (2020a). Criminal business relationships between commodity regions and industrialized countries: The hard road from raw material to new technology. *Journal of White Collar and Corporate Crime*, 1(1), 34–49. <https://doi.org/10.1177/2631309X20951853>

- Böhm, M. L. (Dir.). (2020). *Empresas transnacionales, recursos naturales y conflicto en América Latina – Para una visibilización de la violencia invisible*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Böhm, M. L. (2019). *The Crime of Maldevelopment: International Deregulation and Violence in the Global South*. London/New York: Routledge.
- Böhm, M. L. (2017). Violencia estructural – Ejercicio de análisis de la realidad de comunidades indígenas wichí, qom y pilagá en la provincia argentina de Formosa. *Lecciones y Ensayos – Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, 98, 51–99.
- Böhm, M. L. (2016). Transnational corporations, human rights violations and structural violence in Latin America: A criminological approach. *Kriminologisches Journal*, 4, 272–293.
- Bruckmann, M. (2017). La financiarización de la naturaleza y sus consecuencias geopolíticas. *Revista Diálogos del Sur*, 13 de febrero.
- Bundschuh, J., Litter, M. I., Parvez, F., Román-Ross, G., Nicolli, H. B., Jean, J.-S., Liu, C.-W., López, D., Armienta, M. A., Guilherme, L. R. G., Gómez Cuevas, A., Cornejo, L., Cumbal, L., & Toujaguez, R. (2012). One century of arsenic exposure in Latin America: A review of history and occurrence from 14 countries. *Science of the Total Environment*, 429, 2–35. <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2011.06.024>
- Costanzo, L. (2015). Inclusión social, probation y política criminal democrática: Una conjugación posible. En Ministerio Público de la Defensa (Comp.), *Algunas propuestas para el ejercicio de la defensa durante la ejecución de la pena* (pp. 171–207). Buenos Aires: MPD.
- Costanzo, L. (Dir.). (2024). *Aportes para una Política Criminal Integral*. Buenos Aires: Di Plácido.
- Costanzo, L. E., Mannará, F., Álvarez I. R., J., & Anativia, J. (2020). Victimología. En M. L. Böhm (Dir.), *Empresas transnacionales, recursos naturales y conflicto en América Latina: Para una visibilización de la violencia invisible*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Secretaría de Investigación / Departamento de Publicaciones.
- Eisenberg, U., & Kölbl, R. (2017). *Kriminologie* (7. Aufl.). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Ezeonu, I. C. (2015). Capital and catharsis in the Nigerian petroleum extraction industry: Lessons on the crimes of globalization. En G. Barak (Ed.), *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful* (pp. 89–104). London/New York: Routledge.
- Fattah, E. A. (2010). The evolution of a young, promising discipline: Sixty years of victimology, a retrospective and prospective look. En S. G. Shoham, P. Knepper, & M. Kett (Eds.), *International Handbook of Victimology* (pp. 43–94). Boca Raton/London/New York: CRC Press.
- Fernández Steinko, A. (2008). *Las pistas falsas del crimen organizado: Finanzas paralelas y orden internacional*. Madrid: Catarata.
- Galtung, J. (1969). Violence, peace, and peace research. *Journal of Peace Research*, 6(3), 167–191. <https://doi.org/10.1177/002234336900600301>

- García Fernández, M. A. (2014). La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Recuperado de http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-09/articulos-mediacion_penal.pdf
- Godson, R. (2003). The political-criminal nexus and global security. En R. Godson (Ed.), *Menace to Society: Political-Criminal Collaboration Around the World* (pp. 1–26). Piscataway, NJ: Transaction Publishers.
- Gorenstein, S., & Ortiz, R. (2016). La tierra en disputa. Agricultura, acumulación y territorio en la Argentina reciente. *RELAER*, 1(2), 1–26.
- Goyes, D., & South, N. (2016). Land-grabs, biopiracy, and the inversion of justice in Colombia. *The British Journal of Criminology*, 56(3), 558–577. <https://doi.org/10.1093/bjc/azv067>
- Goyes, D., & South, N. (2016a). The injustices of policing, law, and multinational monopolization in the privatization of natural diversity: Cases from Colombia and Latin America. En D. R. Goyes, H. Mol, A. Brisman, & N. South (Eds.), *Environmental Crime in Latin America. The Theft of Nature and the Poisoning of the Land* (pp. 125–145). Palgrave.
- Goyes, D. (2019). *Southern Green Criminology: A Science to End Ecological Discrimination*. Wagon Lane, UK: Emerald Publishing Limited.
- Gudynas, E. (2015). *Derechos de la naturaleza, ética biocéntrica y políticas ambientales*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Huisman, W., & van Sliedregt, E. (2010). Rogue traders – Dutch businessmen, international crimes and corporate complicity. *Journal of International Criminal Justice*, 8(3), 803–828. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq029>
- Huisman, W. (2008). Corporations and international crimes. En A. Smeulers & R. Haveman (Eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes* (pp. 181–211). Antwerpen: Intersentia.
- ICTJ (Centro Internacional para la Justicia Transicional). (2024). Transformación de las relaciones sociales: Respuestas restaurativas ante violaciones masivas de los derechos humanos. Abril. Recuperado de [ictj_report_restorative-justice_2024_sp_0.pdf](#)
- Jäger, H. (1989). *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Kramer, R. C. (1992). The space shuttle Challenger explosion. En K. Schlegel & D. Weisburd (Eds.), *White Collar Crime Reconsidered* (pp. 233–253). Boston: Northeastern University Press.
- Kramer, R. C., & Michalowski, R. J. (2006). The original formulation. En R. J. Michalowski & R. C. Kramer (Eds.), *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government* (pp. 18–26). New Brunswick, NJ: Rutgers University Press.
- Matthews, R. A., & Kauzlarich, D. (2000). The crash of ValuJet flight 592: A case study in state-corporate crime. *Sociological Focus*, 33(3), 281–298. <https://doi.org/10.1080/00380237.2000.10571292>

- Opel, A. (2016). *Ausländische Agrarinvestition: “Land-Grabbing” im Spannungsfeld zwischen Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht* [Inversión agrícola extranjera: “Land-grabbing” en la tensión entre la protección de los derechos humanos y el derecho de protección a la inversión]. *Schriften zum Völkerrecht*, 221. Berlin: Duncker & Humblot.
- Pearce, F. (1976). *Crimes of the Powerful: Marxism, Crime and Deviance*. Londres: Pluto Press.
- Pieth, M. (2019). *Goldwäsche: Die schmutzigen Geheimnisse des Goldhandels* [Lavado de oro: Los secretos sucios del comercio de oro]. Zürich: Salis.
- Raskovsky, R. (2020). Técnicas de neutralización y arbitraje internacional de inversiones. En K. Ambos & M. L. Böhm (Eds.), *Empresas transnacionales y graves violaciones de derechos humanos en América Latina* (pp. 143–190). Valencia: Tirant lo Blanch/CEDPAL.
- Rivera Beiras, I. (2014). Retomando el concepto de violencia estructural. La memoria, el daño social y el derecho a la resistencia como herramientas de trabajo. En I. Rivera Beiras (Ed.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y Daño Social* (pp. 253–279). Barcelona: Anthropos.
- Ruggiero, V. (1997). Criminals and service providers: Cross-national dirty economies. *Crime, Law & Social Change*, 28, 27–38. <https://doi.org/10.1023/A:1008527916984>
- Ruggiero, V. (1996). War markets: Corporate and organized criminals in Europe. *Social and Legal Studies*, 5, 5–20. <https://doi.org/10.1177/096466399600500101>
- Sandoval Vinelli, C. D. (2018). Criminología verde y el agua: Estudio aplicado del caso de Zaruma, Ecuador. *M+A. Revista electrónica@ de Medio Ambiente*, 19(2), 238–256. <https://doi.org/10.14483/23449476.13251>
- Scheerer, S. (1993). Kriminalität der Mächtigen. En G. Kaiser et al. (Eds.), *Kleines kriminologisches Wörterbuch* (3. Aufl., pp. 246–249). Heidelberg: C.F. Müller
- MinJus/UE (Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia/Unión Europea). (2011). *Justicia Transicional: Aportes para construir un lenguaje unificado de transición en Colombia*. Bogotá
- Spapens, T. (2014). Invisible victims: The problem of policing environmental crime. En T. Spapens, R. White, & M. Kluin (Eds.), *Environmental Crime and its Victims: Perspectives within Green Criminology* (pp. 221–236). Farnham: Ashgate.
- Sutherland, E. (1983). *White Collar Crime: The Uncut Version*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Svampa, M., & Viale, E. (2014). *Maldesarrollo*. Buenos Aires: Katz.
- Torres-Vásquez, H., & Cruz-Orduña, D. M. (2021). La aplicación de justicia restaurativa en Colombia y la no vulneración del principio de legalidad penal. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 17(1), 21–43. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/8446/7552>
- Wachtel, T. (2015). Definiendo qué es restaurativo. Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas. Recuperado de <https://www.iirp.edu/images/pdf/Defining-Restorative-Spanish.pdf>

- Zabalo, P. (2008). Los acuerdos internacionales sobre inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina. *Gestión en el Tercer Milenio*, 11(22), 27–39.
- Zehr, H. (1990). *Changing Lenses*. Scottsdale, PA: Herald Press

Acerca de la distinción entre derecho penal sustantivo y adjetivo

Una mirada sobre la aplicación de la ley 27.785 a los procesos en trámite

Leonardo J. García¹

Resumen

La recientemente sancionada Ley 27.785 introdujo reformas significativas en el Código Penal y en los códigos procesales nacionales, con un impacto directo en la libertad personal. Entre las novedades más relevantes se encuentran la flexibilización de la declaración de reincidencia, una modalidad más gravosa de unificación de condenas y la incorporación de la reiterancia delictiva como nuevo parámetro para restringir la libertad durante el proceso. Este trabajo examina críticamente estas modificaciones, atendiendo a su heterogeneidad y complejidad, y se interroga sobre la posibilidad de distinguir con claridad entre derecho penal sustantivo y derecho procesal. Asimismo, analiza la vigencia y el alcance del principio de legalidad en ambos ámbitos.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Las leyes según el órgano del cual emanan | 3.- Las leyes según su naturaleza jurídica | 4.- La ley 27.785 | 5.- Palabras finales | 6.- Bibliografía

Palabras clave

reformas penales – principio de legalidad – reiterancia delictiva – reincidencia – irretroactividad de la ley penal

¹ Abogado. Magíster en Derecho penal. Diplomado en Filosofía jurídica. Diplomado en Argumentación jurídica aplicada. Funcionario de la justicia federal de Argentina e integrante del grupo de investigación «Pueblos indígenas, Estado y poder» (Universidad FLACSO Argentina). Correo electrónico: gleonardo3@hotmail.com

1. Introducción

El derecho penal liberal se apoya sobre dos pilares fundamentales: el principio de legalidad y el principio de reserva. Para este trabajo interesa exclusivamente el principio de legalidad, que goza de la máxima protección constitucional y convencional (art. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en adelante «CN»).

Rápidamente, el principio de legalidad establece que ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. De esta cláusula constitucional se deriva el mandato de que la ley penal debe ser escrita, estricta, cierta y previa (Yacobucci, 2002: 251-292). A su vez, de esta última característica se desagrega el carácter irretroactivo con la excepción de que esta sea más benigna.

Una simple lectura de la ley 27.785 permite observar que, en lo sustancial, esta norma reformula el instituto de la reincidencia, modifica la forma en que deberán unificarse las condenas e ingresa el concepto de «*reiterancia delictiva*»²; factor preponderante que se deberá tener en cuenta al tiempo de analizar las restricciones de libertad durante el transcurso del proceso. De esta forma, se alteran los arts. 50 y 58 del código penal; los arts. 280, 312 y 319 del código procesal penal de la nación (según ley 23.984) y los arts. 17, 210, 218 del código procesal penal federal (según Ley 27.063); al tiempo que se incorpora un art. 222 bis en el ámbito de este último.

Las modificaciones que se introducen, no hay dudas, son más severas dado que restringen derechos y eliminan beneficios, con lo cual, no habría que discutir ni argumentar demasiado para sostener que se trata de una ley que deberá regir a partir del día siguiente de su publicación; dado que, si ninguna benignidad trae consigo, no existe razón para apartarse del principio general de la irretroactividad de la ley penal.

Sin embargo, alguien podría objetar que esta es una ley compleja que no trata solo cuestiones de derecho penal material, antes bien, también incluye modificaciones a las leyes de procedimientos penales, es decir, al derecho penal formal, y esa materia se rige por el principio «*tempus regit actum*», es decir, la ley vigente al tiempo del acto, cuya aplicación no admite cortapisas ni excepciones, de modo que debe ser inmediata y a todos los procesos, sin importar si comenzaron antes o después del 7 de marzo de 2025, fecha de publicación en el boletín oficial.

Es verdad que la ley 27.785 irradia modificaciones al código penal como también a los códigos procesales penales nacionales, con lo cual, si se aceptara que el derecho material está recubierto por garantías constitucionales que no alcanzan al derecho procesal penal, específicamente el principio de legalidad, todavía restaría identificar qué partes de la mencionada norma son de derecho de fondo y cuáles de derecho de forma, una tarea para nada sencilla y donde los acuerdos son muy limitados.

Con esta acotada investigación nos proponemos exhibir las dificultades e inconsistencias que conlleva distinguir el derecho penal del procesal penal, como también, y más importante, intentar demostrar que esa artificial distinción impacta de

² La propia norma la define como la imputación en una causa penal en forma coexistente con otro u otros procesos en los que la misma persona hubiera sido imputada. A los fines de la determinación de la reiterancia, se considerará imputada a la persona que haya sido convocada para la formalización de la investigación preparatoria en los términos del artículo 294 del presente Código, o acto procesal equivalente, en caso de regir otra norma procesal.

lleno en la operatividad de una de las máximas garantías constitucionales que reconoce nuestro sistema jurídico.

2. Las leyes según el órgano del cual emanan

En el art. 75 de la CN se concentran, mayormente, todas las competencias del Congreso Nacional, y específicamente, en el inc. 12 se dispone que aquel dictará, respetando las jurisdicciones locales, los códigos en materia civil, comercial, penal, minería, trabajo y seguridad social; ello podrá ser en cuerpos separados o unificados. También establece que su aplicación corresponderá a los tribunales federales o provinciales según las cosas o las personas implicadas, caigan en una u otra jurisdicción.

La pregunta que subyace es por qué la regulación del procedimiento para aplicar aquellos códigos (y sus leyes complementarias) dictados por el Congreso Nacional, corresponde a las legislaturas provinciales (códigos procesales). Antes de intentar responder esa pregunta, es necesario explicar, mínimamente, los diferentes tipos de leyes que dicta el Congreso Nacional, como también a qué se refiere con las distintas jurisdicciones.

Tres son los diferentes tipos de leyes que puede dictar el Congreso Nacional: (1) leyes federales, (2) leyes de derecho común, y (3) leyes locales.

La primera distinción que debe efectuarse es que las leyes federales y las leyes comunes tienen vigencia y deben ser aplicadas en todo el territorio de la República Argentina, mientras que las locales solamente en la Capital Federal y territorios federales³.

Las leyes de derecho común son específicamente aquellas que se dictan para cumplir con la manda del art. 75 Inc. 12, esto es, la creación, en cuerpos separados o unificados, de los códigos de fondo y sus leyes complementarias, mientras que las leyes federales tenderían a la consecución de los propósitos que la CN y el preámbulo se fijan como metas. Por su parte, la reforma constitucional de 1994 le otorgó un perfil muy diferente, habida cuenta de que, si bien la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sigue siendo la Capital Federal, lo cierto es que desde ese momento es autónoma con facultades de legislación y judicial (ver fallos CSJN, «Strada, Jorge Daniel», 12/8/1986, Fallos 308:490; «Di Mascio, José», 27/12/1989, Fallos 312:2467; «Corrales, Juan Carlos», 20/9/2016, Fallos 338:1517, «Nisman, Alberto», 20/9/2016, Fallos 338:1517, «Bazán, Fernando», 4/4/2019, Fallos 342:411, «Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Estado Nacional», 19/4/21, Fallos 344:1 y «Levinas, Gabriel Isaías», 27/12/2024, Fallos 345:1498).

Por lo tanto, si se suscita una controversia en derredor al objeto que legisla una ley federal serán competentes los tribunales federales que se encuentran distribuidos por todo el territorio del estado. Contrariamente, la aplicación de una ley de derecho común corresponde a los tribunales de las provincias.

Las provincias, amparadas por los arts. 5, 116 y 122 de la CN, preservaron la facultad de aplicar el derecho común en sus respectivos territorios, y justamente de allí se deduce que también tienen las prerrogativas necesarias para crear los órganos competentes y los

³ Bidart Campos, 2001, p. 166; Gelli, 2011, p. 174, entre otros.

procedimientos, dicho en otras palabras, se reservaron, en lo que aquí importa, la organización de los tribunales y la creación de los códigos procesales⁴.

La cuestión de la jurisdicción se complementa con la prohibición dirigida a las provincias, estatuida en el art. 126 de la CN, de legislar sobre las materias mencionadas en el art. 75 Inc. 12 de la carta magna, una vez que fueran dictadas.

Al comenzar, se mencionó la cuestión en derredor a la prerrogativa de las provincias de darse sus propios códigos procesales. En apretada síntesis se mencionaron las cláusulas de la CN y la interpretación extendida que supone una respuesta clara y pacífica al respecto.

De lo precedentemente expuesto, se podría concluir que las cuestiones de procedimiento penal están sujetas a las legislaturas provinciales, mientras que el derecho material se encuentra reservado al Congreso Nacional⁵. En esa inteligencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiterada y categóricamente:

«Que, por su parte, conforme el diseño constitucional establecido en los artículos 5, 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional, es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia y, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva por lo que pueden establecer las instancias que estimen convenientes» (conf. Fallos «Canales, Mariano Eduardo», 2/5/2019, «Strada, Jorge Daniel», 12/8/1986, Fallos 308:490; «Di Mascio, José», 27/12/1989, Fallos 312:2467).

Si bien aquello parecería estar claro, resta indagar si el Poder Legislativo Nacional puede sancionar normas procesales de alcance provincial.

Al parecer existen 2 posturas al respecto: (a) artificialmente se niega la naturaleza procesal o se la asigna un carácter mixto a la institución que se pretende consagrar, o (b) se afirma que el Congreso Nacional puede legislar material procesal que deberá ser aplicada en todo el territorio de la República.⁶

No son pocos los autores que piensan y demuestran lo extremadamente difícil que es dilucidar en forma convincente la naturaleza jurídica de ciertas instituciones (presupuestos/impedimentos procesales, condiciones objetivas de punibilidad/excusas absolutorias, el ejercicio y la extinción de la acción, entre algunas otras)⁷, de modo que solamente se puede compartir parcialmente la sugerencia de Zaffaroni, Alagia y Slokar respecto a que negar el carácter procesal a algunas de esas normas es insostenible⁸. En resumen de cuentas, la existencia de una zona de frontera donde los límites son tan difusos demuestra la imposibilidad de ser tan categóricos a la hora de afirmar aquella imposibilidad de confundir la naturaleza de un instituto.

Desde otra óptica, alguien podría preguntarse si el Congreso Nacional tiene la potestad de legislar sobre materia procesal. Ya se dijo aquí que la interpretación más sólida y extendida considera que la Constitución Nacional faculta a las provincias a organizar su

⁴ Gelli, 2011, II, p. 177.

⁵ Gelli, 2011, I, p. 58; Bidart Campos, 2001, I, p. 443; Vaquez Rossi, 1995, I, p. 147. En el mismo sentido, «Canales, Mariano Eduardo», 2/05/2019.

⁶ Zaffaroni, Alagia, y Slokar, 2005, p. 167.

⁷ Núñez, 1976, II, p. 172; Maier, 2004, I, p. 116; Pastor, 2001, p. 793-822 y una posición contraria se puede ver en García Pérez, 2010, p. 59.

⁸ Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2004, p. 167.

propia administración de justicia⁹ y ello, necesariamente, implica la creación de los códigos procesales. Esta afirmación no solo emerge de la lectura de los arts. 5 y 123 de la CN, proviene también de la facultad de celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, como explica el art. 125 de la carta magna.

Sin embargo, si esa postura se sostiene de una forma muy rígida, ello podría convertirse en el antecedente para generar insalvables contradicciones, ya que podría darse que una cierta provincia ingrese en sus leyes rituales una regulación distinta a una misma institución que el Congreso Nacional decidió incluir en el código penal, pero con distintos lineamientos (por ejemplo, el tiempo para extinguir la acción); y ello sí sería una situación inaceptable (ver fallo «Price» de la CSJN, 12/8/21).

Maier pretende salvar esta cuestión al sostener que la ley fundamental, al instruir al Congreso Nacional para que dicte una ley general válida para toda la República que reglamente el juicio por jurados, no está haciendo otra cosa que instar la elaboración de una ley con neto carácter procesal, de modo que no debería existir ningún inconveniente en admitir que en ocasiones el parlamento agregue algunas reglas procesales en los códigos de fondo¹⁰.

El problema radica en el complejo diseño constitucional de la Argentina, habida cuenta de que en el Art. 1 de la CN se declama que la Nación adopta la forma representativa, republicana y federal para su gobierno¹¹. No se puede pensar que la fórmula es caprichosa o descuidada, antes bien, se debe comprender que al mencionar el verbo adoptar, se pretende demostrar que se tomará como matriz un sistema ya instituido en otras naciones, pero con los alcances, características y particularidades que la propia Constitución le atribuirá¹².

Al análisis anterior, debe agregarse que las provincias han delegado poderes y facultades que en los sistemas que han inspirado el nuestro, no lo hacen, por ejemplo, en la Constitución de los Estados Unidos. Aquí es donde se puede observar una disputa entre respetar el sistema federal (específicamente el reparto de las competencias) o bien, salvar las asimetrías entre las distintas legislaciones.

Habrán quienes prediquen que el sistema de gobierno es un pilar inquebrantable, pues no por nada está fijado en el art. 1 de la ley fundamental, de modo que debería entenderse que la propia CN elige soportar alguna incoherencia legislativa antes que vulnerar la piedra angular de la Nación¹³.

Una postura intermedia armonizadora sería aquella que comprende que el Congreso Nacional tiene una facultad legislativa parcial en materia procesal, y ello se justifica en la necesidad de apuntalar un piso de igualdad a los ciudadanos de todo el Estado. Se proclama así la necesidad de establecer una base de garantías mínimas y comunes a todos

⁹ «Pues bien, *administrar justicia* significa, en primer lugar, establecer y organizar los órganos del Estado que llevan a cabo los actos de autoridad mediante los cuales se cumple ese cometido (Derecho de la organización judicial) y, en segundo lugar, definir los actos necesarios que integran el procesamiento mediante el cual se administra justicia (Derecho procesal penal en sentido estricto)» (Maier, 2004, I, p. 115).

¹⁰ Maier, 2004, I, p. 115.

¹¹ «Por sistema republicano se entiende una forma de gobierno que tiene cierta división y control de poder. Las características más sobresalientes son que los actos de gobierno son públicos, que los funcionarios son responsables por ellos, sus cargos son periódicos y electivos, y todos los habitantes son iguales ante la ley. Mientras que el adjetivo federal significa que no existe un único poder central, antes bien, hay varios centros territoriales con autonomía legislativa» (Gelli, tomo I, pág. 31).

¹² Gelli, 2011, I, p. 14

¹³ Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2004, p. 168.

los habitantes; que obviamente pueden ser mejoradas y ampliadas por las legislaciones locales; de este modo, se salva la constitucionalidad de las leyes procesales incluidas en el código de fondo.

En suma, el órgano legislativo de cual proviene esta ley no esclarece meridianamente cual es la naturaleza jurídica de los institutos que trata, habida cuenta de que el Congreso Nacional no solo está habilitado para legislar sobre derecho penal de fondo, antes bien, está facultado para sancionar y modificar el derecho formal aplicable en la capital federal y los territorios federales, pero incluso, según el punto de vista reseñado, podría legislar parcialmente en materia procesal penal con alcance nacional para eliminar asimetrías e inequidades entre las provincias.

Es necesario realizar aquí un paréntesis, pues que el Congreso Nacional este facultado para crear los códigos de fondo y se le reconozca una facultad parcial para legislar en materia procesal, no puede justificar, sin cortapisas, que se ingrese en aquellos cualquier tipo de norma o con cualquier contenido; pensar lo contrario significaría que esos cuerpos normativos están blindados frente a eventuales declaraciones de inconstitucionalidad, pues etiquetar a cierta ley como de derecho penal alcanzaría, y ello es inadmisibles. Es meridiano, que los jueces son los habilitados para realizar dicho control, en tanto y en cuanto deberán emprender un estudio sobre el verdadero encuadre de la norma puesta en duda para concluir si se corresponde con la materia habilitada para legislar o bien, si se cumple, con estándares impuestos desde la misma ley fundamental o los instrumentos internacionales que tienen la misma jerarquía¹⁴.

3. Las leyes según la naturaleza jurídica

Engañosamente nítida parece aquella distinción entre el derecho material y el derecho formal si exclusivamente se observan las currículas universitarias y los códigos, habida cuenta de que salvo contadas excepciones el derecho procesal penal y el derecho penal se enseñan como materias totalmente autónomas y se legislan por separado¹⁵.

El origen de tal tajante separación debe buscarse buceando en el siglo XIX, época de la codificación, lugar desde donde se exportó al ámbito académico primero y a la literatura específica, luego. En este sentido, no está demás mencionar que los denominados procesalistas concentraron todos sus esfuerzos en sentar las bases de una teoría general autónoma para legitimar su disciplina, mientras que los penalistas abandonaron totalmente el interés por las singularidades del procedimiento¹⁶.

Lo dicho anteriormente no significa que no existan nuevas tendencias al respecto, como tampoco que no han sido pocos los intentos por delimitar esas áreas del derecho.

Sin dudas, la más tratada por la literatura es la propuesta de Hilde Kaufmann; ella consiste en realizar la siguiente pregunta:

«¿Debería la imposición -o la exclusión de la imposición- de la pena, en el caso que ella fuera posible sin proceso, depender de esta circunstancia cuya naturaleza jurídica está en cuestión, o por el contrario, esta circunstancia sería, pues, irrelevante?»¹⁷

¹⁴ Bidart Campos, 2001, III, p. 168 y 172.

¹⁵ Roxin, 2003, I, p. 984; Jakobs, 1997, p. 411, entre otros.

¹⁶ Maier, 2004, II, p. 74, y Ragues I Valles, 2004, p. 130

¹⁷ Roxin, 2003, I, p. 987; Maier, 2004, II, p. 76.

La herramienta de distinción que propone Kaufmann es comparable con la supresión mental hipotética, y ello la hace acreedora de críticas similares. El procedimiento radica en suprimir el proceso penal y determinar si la institución X es necesaria para aplicar una pena. Si la respuesta es afirmativa, dicha institución X corresponderá al derecho penal, mientras que, si la respuesta es negativa, la institución X estará bajo la órbita del derecho procesal.

Se le pueden dirigir por lo menos dos críticas a la mencionada propuesta: a) no se sabe cuál es el criterio de relevancia para determinar si la institución de naturaleza dudosa es derecho material o procesal, pues está vinculada a un criterio valorativo que no se expone en la pregunta¹⁸; y b) amplía excesivamente e innecesariamente la órbita del derecho penal material¹⁹.

Resultaría imposible estudiar esta distinción sin hacer referencias a la fórmula propuesta por Beling. En líneas generales, este autor sostenía que para saber si una norma pertenece al derecho penal o al derecho procesal penal, se debe contemplar si la circunstancia que condiciona la consecuencia jurídica se relaciona directamente con la idea del «*mal de la pena*», o bien, se relaciona más estrechamente con la actividad procesal²⁰.

Roxin no ahorró en críticas para esta postura. Tras mencionar que ella tuvo una suerte de renacimiento con Bemmman, señaló que no se puede admitir su concepción retributiva de la pena, pues desde aquella concepción la pena merecida era aquella que guardaba relación con la culpabilidad, mientras que en la actualidad es pacíficamente aceptado que la culpabilidad es una condición necesaria, pero no suficiente de la punibilidad²¹. Además, produce un acotamiento exagerado del derecho penal, ya que todas las condiciones de punibilidad o las causas de exclusión pasarían a ser parte del derecho procesal penal.

Existen un grupo de autores que propusieron zanjar la cuestión, erigiendo como criterio dirimente la vinculación al acontecer del hecho²². Según esta posición, un hecho es merecedor de pena cuando se trata de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, mas no siempre el evento merecedor de pena, necesita una sanción. Esa zona de necesidad de pena está integrada por las condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias y los presupuestos procesales, todas instituciones que, según ellos, obedecen a reflexiones de política criminal o utilidad.

La objeción a estas posturas es tan sencilla como contundente: resulta sumamente indeterminado establecer qué circunstancias o elementos pertenecen al acontecer del hecho, al complejo del hecho; y distinguirlos de los que se relacionan con el autor directamente²³.

Se puede mencionar también la postura de Volk, caracterizada por tratarse de un intento por comenzar desde el punto de vista inverso; el aseguramiento de la paz jurídica es el fin último del proceso²⁴, independientemente de su resultado. Por lo tanto, serán

¹⁸ Maier, 2004, II, p. 76

¹⁹ Roxin, 2003, I, p. 988.

²⁰ Roxin, 2003, I, p. 986.

²¹ Roxin, 2003, I, p. 988.

²² Roxin, 2003, I, p. 988; Maier, 2004, II, p. 77.

²³ Maier, 2004, II, p. 77.

²⁴ En forma coincidente, se puede observar Jescheck y Weigend, 2002, p. 18, y en el ámbito local Pastor sigue una línea de pensamiento parecida, pues sostiene que el proceso penal se propone realizar una investigación, luego de informada la sospecha sobre la comisión de un delito, ello con el objetivo de restablecer la paz jurídica en un marco de respeto irrestricto de la dignidad de las personas.

presupuestos procesales las condiciones generales cuya presencia debe ser verificada para que un procedimiento sea viable y legítimo y, en definitiva, sirva para lograr aquel fin. Al igual que la herramienta diseñada por Kaufmann, aquí toda la clasificación bascula sobre un criterio valorativo no expresado y que solo tiende a justificar la distinción ya efectuada con anterioridad a la aplicación de la fórmula.

Una construcción con pretensión de novedad es la ensayada por Ragues I Vallés, quien marca enfáticamente la posibilidad de perseguir un delito como la característica que podría clarificar la distinción, conque el quid de la cuestión estará en dilucidar si una determinada circunstancia impide afirmar que un hecho es delito, o bien, si esa peculiaridad en realidad obstaculiza su persecución; en el primer caso, claro está, será de naturaleza material, mientras que en el restante, será de índole procesal²⁵. Nada nuevo puede agregar esta postura, porque, en definitiva, los inconvenientes de delimitación se encuentran en la zona de frontera no en los casos nítidos.

Lo expuesto hasta aquí demuestra, elocuentemente, que por el momento resulta imposible dividir el derecho penal del procesal penal de forma meridiana y contundente. Ello es así porque ninguna de las herramientas diseñadas y anotadas previamente han podido cumplir con ese cometido en forma satisfactoria.

4. La ley 27.785

Volvamos ahora por un momento sobre nuestro recorrido, en concreto, hay consenso si se afirma que el derecho penal moderno sostiene como una de sus más inmaculadas conquistas al principio de legalidad penal, que ampara y protege al derecho penal material sin excepciones (excede los límites de este trabajo el posible debilitamiento de aquel frente los delitos previstos en el Estatuto de Roma).

También debemos acordar que no existe una herramienta que permita diferenciar el derecho penal del derecho procesal penal de una forma clara, meridiana y nítida, ni a partir de su naturaleza jurídica ni tampoco observando de qué órgano legislativo emanan.

Así las cosas, nos encontramos con una ley sancionada por el Congreso Nacional, en donde, sin un gran esfuerzo de interpretación, se observan modificaciones más gravosas a institutos que pertenecen al derecho penal como también otras, que son por antonomasia del derecho procesal penal.

No existen reparos de ningún tipo respecto a que dicho órgano legislativo está facultado para dicha tarea, dado que puede crear y modificar derecho penal de fondo, derecho procesal para territorios federales e incluso leyes de procedimiento con alcance nacional para evitar asimetrías.

La importancia práctica de esta cuestión no es menor, y sería un grave error desatenderla; quizá un ejemplo podría ilustrar aún mejor la cuestión; veamos.

Juana fue aprehendida, el 6 de marzo de 2025, cuando personal policial, al realizar un control de documentación vehicular de rutina, observó que dicha individuo intentaba usar un documento falso. Efectuadas las consultas de rigor con la oficina judicial de turno, se dispuso su detención y su posterior convocatoria a prestar declaración indagatoria. Dentro de las medidas de rigor dispuestas, una de ellas se vinculaba con recabar si Juana

²⁵ Ramón Ragués i Vallés, 2004.

registraba antecedentes penales; el correspondiente informe mencionaba que ella no tenía condenas, sin embargo, se había requerido la elevación a juicio por una causa de encubrimiento agravado y a su vez, se había constatado, a través del sistema de gestión de expedientes, que Juana fue convocada a prestar declaración indagatoria por un episodio de violencia de doméstica, recientemente, aunque su situación procesal no estaba resuelta.

Finalmente, Juana por consejo de su defensora, se negó a declarar y solicitó su excarcelación el 7 de marzo de 2025; tras las vistas respectivas el incidente estaba en condiciones de ser resuelto el 8 de marzo de 2025, esto es, cuando la ley 27.785 ya estaba vigente y operativa.

Con este sencillo, pero contundente ejemplo, se pretende exhibir que la jueza a cargo de resolver la excarcelación de Juana debe analizar si el concepto de reiterancia delictiva ingresado por aquella norma, tendría que ser aplicado a un expediente que se inició antes de que estuviera vigente la ley.

Si se tratara de una norma de neto corte penal material no habría hesitación, confusión o dilema alguno en rechazar su aplicación en virtud del principio de legalidad penal (por ejemplo, una circunstancia agravante que eleve la pena del delito que se le reprocha) como tampoco supone una gran controversia, si lo que se modificara fuese alguna cuestión eminentemente procesal (verbigracia la competencia de un tribunal o su conformación). Así lo ha resaltado y subrayado la CSJN al indicar:

«A este respecto, corresponde remarcar que este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes, en tanto la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía. En ese sentido, no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal, pues las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos» (Fallos «Canales, Mariano Eduardo», 2/5/2019 y sus citas 249:343; 321:1865; 326:2805; entre otros).

Lo que aquí enciende las alarmas es la modificación más gravosa de un elemento de naturaleza jurídica procesal, si se puede aceptar la diferenciación entre fondo y forma, que impacta de lleno en uno de los bienes jurídicos más preciados de las personas, es decir, la libertad ambulatoria, y justamente esta perplejidad es la que ha convocado nuestra atención.

5. Palabras finales

Lo expuesto hasta aquí ha demostrado con creces lo prácticamente imposible que resulta dividir el derecho penal del derecho procesal penal, por lo tanto, antes de persistir en esa búsqueda, quizá sea deseable o valioso reflexionar sobre la necesidad y las consecuencias de esa clasificación. En este sentido, se torna irrenunciable detenerse en la pertinencia de aplicar el principio de legalidad penal a la legislación procesal.

Existe una postura dominante respecto al tema: los actos procesales se rigen por la ley vigente al tiempo de su realización²⁶. Ciertamente no es un dogma, antes bien, se encuentra fuertemente discutido, pues aquí se juega la posibilidad de aplicar retroactivamente una ley procesal penal más benigna para el imputado

Para ilustrarlo mejor, se debe pensar en si resultaría legítimo aplicar una ley posterior (desfavorable para el acusado) a un evento ocurrido con anterioridad a su vigencia.

En este punto es donde convergen dos posturas contradictorias; la procesalista y la sustantivista. La primera es aquella que considera determinante la fecha en que se realiza el acto procesal en cuestión, mientras que la segunda, entiende que la garantía de la irretroactividad de la ley penal, y su excepción de benignidad, debe ser aplicada también al derecho procesal penal.

No es una cuestión menor como ya lo vimos anteriormente, y lo que sí resulta verdaderamente discutible es la artificial selección que podría realizar el legislador al ingresar una institución penal en el código procesal y así sustraerla de esta garantía particular.

Repárese un instante en la naturaleza jurídica de la prescripción, que valga decir es muy discutida, ya que se encuentran sólidas posturas que la ubican como parte del derecho procesal, otras como parte del derecho penal y últimamente se comenzó a reconocer su carácter mixto²⁷. Si se sostuviera la tesis procesalista y se admitiera que en dicho ámbito el principio rector es el *«tempus regit actum»*, se debería convalidar la posibilidad de extender el tiempo liberatorio con la sanción de una ley posterior al hecho punible imputado²⁸.

Según Zaffaroni, Alagia y Slokar esta es una herencia inaceptable de la teoría de las normas²⁹, sus defensores sostienen que las normas procesales a diferencia de las penales, están dirigidas a los jueces y por ello resultan impermeables a la prohibición de retroactividad. Sin embargo, contra esa concepción procesalista se presentan dos argumentos de peso: 1) el proceso penal, si su desenvolvimiento es normal, únicamente admite dos conclusiones: condena o absolución. Con lo cual, si al tiempo de juzgar existe algún impedimento procesal para condenar al imputado, faltaría un elemento esencial de la posibilidad de ser penado que menciona la CN, y 2) el art. 18 de la CN menciona el juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, de modo que de su literalidad no surgen elementos para excluir a ley procesal, ya que la Carta Magna no hace distingo alguno.

²⁶ Roxin, 2003, I, p. 165, Maier, 2004, II, p. 79; Pastor, 2001, p. 816, Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2004, p. 123, Clariá Olmedo, 2008 I, p. 108, entre muchos otros, reconocen aquel postulado, aunque no todos se encuentran de acuerdo.

²⁷ Ragués I Valle, 2004, p. 135; Roxin, 2000, p. 167.

²⁸ Para ahondar en la cuestión se puede ver con provecho el control constitucional efectuado por el Tribunal Superior Alemán al tratar la extensión del tiempo liberatorio en consonancia con los delitos cometidos durante el nacionalsocialismo (Roxin, 2003, I, p. 165; Ragués i Valles, 2004 p. 135). En una posición totalmente en contra, se encuentra Jakobs, quien considera que el principio de legalidad (o sujeción a la ley, como él lo llama) debe abarcar todos los presupuestos de punibilidad, incluida la prescripción, pues no importa si el autor contempló el plazo liberatorio en su plan criminal, antes bien, lo realmente determinante es que el Estado amplía su competencia para punir, con lo cual la retroactividad es inaceptable en esos casos, como también cuando se suprime la exigencia de querrela o la necesidad de instancia para proseguir (Jakobs, 1997, p. 83).

²⁹ Recuérdese que de aquella propuesta teórica de Binding, se puede deducir, entre muchas otras, la distinción entre la norma –dirigida al ciudadano- y la ley penal –dirigida al juez-.

En esta misma inteligencia, pero en una posición más extrema se puede encontrar la idea de Pastor. Aquella básicamente consiste en señalar al proceso penal íntegro como la condición objetiva de punibilidad más importante. Al examinar el argumento más de cerca, se observa que el autor considera que la garantía constitucional del debido proceso –nadie puede ser penado sin juicio previo– se encuentra inmersa en toda ley penal sin distinción. Por lo tanto, al identificar nadie puede ser penado con no es punible, concluye que frente al incumplimiento de alguna de las características que debería tener el proceso, no se puede imponer una pena válidamente³⁰.

En definitiva, los presupuestos procesales más todas las reglas procedimentales son parte de una condición objetiva de punibilidad: el debido proceso. Invariablemente para el autor, ello conduce a colegir que el proceso penal está incluido en la parte general del derecho penal y justamente por ello es que su ausencia excluye la punibilidad al igual que lo hace una causa de justificación, de culpabilidad o las excusas absolutorias. Resulta más que obvio, entonces, que las reglas de procedimiento deben estar cubiertas por el principio de legalidad, especialmente la prohibición de irretroactividad³¹.

Una posición un tanto más moderada, aunque en la misma sintonía, es la ensayada por Maier, quien concibe a todos los presupuestos procesales (positivos: ejercicio de la acción penal; negativos: extinción de la acción penal) como condiciones objetivas de punibilidad, o bien, las asimila en su funcionamiento (están por fuera del injusto culpable y no son objeto del conocimiento y de la voluntad del autor), y por ello, las hace acreedoras del mismo tratamiento, es decir, rige para dichas circunstancias la ley del hecho o bien, la posterior más benigna.

Hasta aquí su razonamiento no tiene una nota distintiva o peculiar, sin embargo, lo más provechoso es su propuesta de analizar la garantía exhaustivamente y determinar a qué condiciones, en su amplia acepción, debe ser aplicada, ello indistintamente de su naturaleza jurídica. El autor lo que pretende evitar es enrolarse en una teoría general o abstracta –la ley procesal es retroactiva– y luego, importar las consecuencias a cada una de las instituciones, con resultados, a veces incoherentes y sin obviar la espinosa tarea de tener que establecer cuáles normas son de derecho procesal y cuáles de derecho penal.

Dicho en otras palabras, si se comparte la idea de que hay una zona fronteriza, cuya delimitación es muy poco meridiana, se torna imposible establecer dónde se debe realizar el corte y marcar de qué lado la garantía es operativa; por lo tanto, sería más sano bucear en la cláusula constitucional, y sin importar si es derecho penal o procesal penal, aplicarla cuando exista una ley posterior que beneficie al imputado³². El mismo autor reconoce que no es adecuado ni necesario que todo el derecho procesal quede al resguardo del «*paraguas*» del principio de legalidad (le resulta absurdo aplicar sin cortapisas la garantía a modificaciones de plazos, recursos, entre otras normas puramente rituales). En este sentido parece inscribirse el art. 11 del CPPF que dispone, en caso de duda, se estará a lo que sea más favorable para el imputado, mientras que establece que la inobservancia de una garantía no se hará valer en su perjuicio; concluyendo que las normas procesales no tendrán efecto retroactivo, a menos que sean más favorables para el imputado.

En conclusión, asegurar que el derecho penal y el derecho penal procesal son indistinguibles, insolubles y que por ello se debe aplicarse a todo el universo de las leyes penales, en un sentido amplio, todo el regimiento de garantías constitucionales, en

³⁰ Pastor, 2001, p. 807.

³¹ Pastor, 2001, p. 808.

³² Maier, 2004, I, p. 80/81.

particular el principio de legalidad, pareciera ser un exceso. Compartimos con Maier que resulta impensable que modificaciones prácticas del proceso no puedan ser aplicadas inmediatamente.

En la otra vereda, también es difícil de digerir que el cercenamiento de un derecho tan importante como la libertad, pueda quedar al desamparo del principio de legalidad, dado que, si se legitimara esta postura, intencionalmente se podría comenzar a incluir en el derecho procesal, puntualmente en sus códigos, figuras que son del derecho penal o que bien, no existe discusión que deben recaer bajo la órbita de la irretroactividad de la ley penal (verbigracia, los plazos para extinguir la acción). Por lo tanto, aunque desde una óptica iusfilosófica positivista, no es deseable delegar tanto margen de interpretación a los magistrados, en este tema debemos admitir que será parte de sus facultades escudriñar si una norma, aunque procesal, deba tener cobertura del principio de legalidad penal.

6. Bibliografía

- Bidart Campos, G. J. (2001). *Manual de la Constitución Reformada* (Tomo III). Buenos Aires: Ediar.
- Clariá Olmedo, J. A. (2008). *Derecho Procesal Penal* (Actualizado por J. Vázquez Rossi, Tomo I). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- García Pérez, O. (2010). *La punibilidad en el Derecho Penal*. Salamanca: Aranzadi.
- Gelli, M. A. (2011). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada* (Tomo II). Buenos Aires: La Ley.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (J. Cuello Contreras & J. L. Serrano González de Murillo, Trad.). Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal* (M. Olmedo Cardenete, Trad.). Granada: Comares.
- Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal* (Tomo I). Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.
- Núñez, R. C. (1976). *Tratado de Derecho Penal* (Tomo II). Buenos Aires: Editores-Libreros.
- Pastor, D. R. (2001). “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”. En C. Lascano (dir). *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*. Córdoba: Lerner, pp. 793–822.
- Ragués i Valles, R. (2004). “Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: Hacia una visión integrada”. En J. Hurtado Pozo (dir.) y C. San Martín Castro (coord.), *La reforma del proceso penal peruana, Anuario de Derecho Penal*. Lima: Fondo Editorial, pp. 129–163.
- Roxin, C. (2003). *Derecho penal parte general* (2.^a ed. alemana, Trad. D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo & J. de Vicente Remesal; Tomo I). España: Thomson-Civitas.
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal* (25^a ed. alemana, Trad. G. E. Córdoba & D. R. Pastor; revisión J. B. J. Maier). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Vázquez Rossi, J. E. (1995). *Derecho procesal penal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

- Yacobucci, G. J. (2002). El sentido de los principios penales - Su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires-Montevideo: BdeF.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2005). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

La cesura de juicio como avance en la especialidad procesal para niños, niñas y adolescentes

Erika Schüller¹

Resumen

A través de la reforma incorporada en la provincia de Salta con la ley N° 8.097/18, que regula el «régimen de responsabilidad penal para niñas, niños y adolescentes», se implementa la figura conocida como «división de debate» o también denominada «cesura de juicio», como una innovación en el proceso penal juvenil de Salta. La reforma viene a reforzar las directrices de especialidad que deben regir en la materia, en el marco de la Convención de los Derechos del Niño y otras normativas internacionales. El presente artículo analiza estos nuevos cambios procesales en la provincia, sus ventajas y críticas, destacando la necesidad de una capacitación judicial adecuada para garantizar la correcta aplicación del régimen y el cumplimiento de los estándares de especialidad exigidos.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Régimen penal juvenil argentino | 3.- Cesura de Juicio | 4.- Capacitación en especialización | 5.- Conclusión

Palabras clave

Convención de los Derechos del Niño – Reglas de Beijing – régimen penal juvenil – niños, niñas y adolescentes – cesura de juicio

¹ Abogada de la Universidad Católica de Salta (UCASAL). Coordinadora de proyectos de extensión (UCASAL): «jóvenes en conflicto con la ley penal: responsabilidad de NNyA»; «estafas virtuales: como reconocerlas y prevenirlas». Ayudante docente adscripta ad-honorem en «Derecho Procesal Penal I», «Derecho Procesal Penal II» y «Derecho Constitucional del Poder» (UCASAL). Docente de «Métodos alternativos de resolución de conflictos» en la Escuela de la Magistratura de Salta. Expositora en charlas sobre «Cómo cuidarte en el ciberespacio» y «Cuid@do, alguien te está mirando» del programa «La justicia sale a las escuelas». Secretaria letrada del Juzgado de Garantías Tercera Nominación de Salta. Correo electrónico: erikaschuller_86@hotmail.com

1. Introducción

Es sabido que la niñez es la etapa más importante de desarrollo cognitivo del ser humano, y también la más preciada, pues define en gran entidad en qué se convertirá ese ser, el que, en definitiva, es el futuro de la civilización. Por ello mismo, es que el niño, o mejor dicho los niños, niñas y adolescentes son plausibles de una protección y trato diferenciado. Así lo han determinado innumerables leyes internas en gran cantidad de países, y con mayor entidad la «*Convención de los Derechos del Niño*»², ya que a partir de su llegada se ha otorgado a la niñez la importancia debida, abandonando la visión del menor en situación irregular para pasar a una nueva doctrina de protección integral, haciendo a los Estados firmantes obligados a cumplir con los parámetros de especialidad.

Entre los derechos y garantías que consagra, advierte que -al menos en el ámbito penal y concerniente al presente trabajo- la privación de la libertad del niño, niña y adolescente (en adelante, «NNyA») será la última instancia o medida a adoptar por las autoridades judiciales³. Así también, consagra el principio o garantía de especialidad penal en materia juvenil, promoviendo el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los NNyA respecto de quienes se alegue han infringido las leyes penales, por lo que se impone formalizar por un lado, un proceso penal juvenil con instituciones judiciales especiales que atiendan a aquellos menores en conflicto con la ley penal, y por el otro, un conjunto de normas sustantivas para el sometimiento a proceso y eventual sanción de éstos⁴.

En este orden de ideas, en la provincia de Salta con la ley N° 8.097/18, que plasma el Régimen de responsabilidad penal para niñas, niños y adolescentes, se adecúa el sistema acusatorio en lo que respecta a la investigación y juzgamiento de aquellos⁵, cumpliendo así, con los parámetros internacionales de tratamiento especial plasmados en la «*Convención de los Derechos del Niño*», como así también en las «*Reglas de Beijing*» y las «*Directrices de Riad*», entre otros.

Además de la adecuación tan esperada en nuestra legislación procesal, dicho régimen introduce una novedad en la provincia, concerniente al juzgamiento especial o bifásica, división de debate, o como también es llamado: cesura de juicio.

El presente trabajo tendrá por objeto analizar las características de este juicio especial para NNyA, como así también, reflexionar sobre las ventajas y desventajas de su aplicación en la provincia de Salta y su necesaria capacitación judicial a efectos de cumplir con la especialización requerida en este campo.

2. Régimen penal juvenil argentino

El actual sistema penal legal en la materia se asienta en la condición biológica o también llamado sistema biológico, determinado tanto por la «*Convención de los Derechos del*

² Ratificada con reservas por Argentina en 1990 por ley N° 23.849, adquiriendo rango constitucional en el año 1994.

³ Artículo 37 punto b) de la Convención Americana de los Derechos del Niño: «[...] La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda».

⁴ Artículo 40.3 de la Convención de los Derechos del Niño.

⁵ Actualmente en plena vigencia para mayores de edad por Ley N° 7.690 y modificatorias (Código Procesal Penal de la Provincia).

Niño» en el artículo 40. 3.a⁶, al exigir a los Estados Parte la determinación de una edad mínima de responsabilidad penal, como así lo hizo Argentina al ratificarla en el territorio nacional, declarando que por niño se entiende todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años⁷. En igual sentido se encuentra la regla número 4 de las «Reglas de Beijing»⁸.

Lo mismo sucede con el régimen penal de menores⁹ en el orden nacional, cuyo primer artículo cumple con la exigencia de la «*Convención de los Derechos del Niño*», limitando la punibilidad a aquellos que no son adultos y sólo a imputaciones de cierta entidad, ya que establece que los menores de dieciséis años no son punibles, y los que se encuentren entre dicha edad y los dieciocho años no serán punibles respecto de delitos de acción privada o cuya pena no exceda de dos años de prisión, multa o inhabilitación.

Por su parte, la ley N° 26.061/05 de «*Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*», implementa una serie de medidas de protección de derechos a estos sujetos especiales de derecho, como así también, contempla medidas de excepción a aquellas que el órgano administrativo competente dicte y que consten en la separación de los NNyA de su seno familiar, estableciendo que éstas en ningún caso podrán consistir en la privación de la libertad.

Además, el régimen penal de menores en su articulado establece parámetros de realización del enjuiciamiento del NNyA, condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos de triple naturaleza conforme lo establece D' Alessio:

«[...] la norma en comentario sustenta su articulación en las exigencias procesal (previa sentencia de responsabilidad), cronológica (el cumplimiento de los dieciocho años) y correccionalista (sometimiento en custodia por un plazo mínimo de un año), que condicionan la decisión del juez.» (D' Alessio, 2011, p. 646-647)

Es así como, luego de cumplimentados los requisitos mencionados en el cuarto artículo de la ley, y si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor de edad, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle una sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito de la mayoría de edad (inciso 2).

De esta manera, se vislumbra que la ley de fondo ya prevé la figura de la cesura de juicio para los NNyA, o la llamada división de debate para establecer, en una primera oportunidad, la culpabilidad de éste y, sólo en caso afirmativo, la determinación de la pena si el juez lo considerare necesario. Por lo que, en el período entre ambas audiencias se podrán presentar ante el juez los informes correspondientes al tratamiento tutelar que éste dictamine en la primera audiencia, que influenciarán su decisión final.

⁶ «a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales».

⁷ Artículo 2 de ley N° 23.849.

⁸ Estableciendo que aquellos sistemas jurídicos que realicen una diferenciación en cuanto a la mayoría y minoría de edad de imputabilidad penal no deben fijar a esta última en una edad demasiado temprana teniendo en cuenta la capacidad de discernimiento del menor, su grado de madurez mental y emocional entre otros aspectos.

⁹ Ley N° 22.278/80 y modificaciones.

a. Régimen de responsabilidad penal juvenil salteño

La ley N° 8.097/18 promulgada en el boletín oficial el 5 de septiembre del año 2018 en Salta, en plena vigencia desde septiembre del 2022 tras tres prórrogas anuales, en cuyo tiempo se implementó en forma parcial un régimen transitorio, consistente en la continuidad de la aplicación del sistema viejo para el proceso de menores¹⁰ en causas iniciadas a partir del 5 de septiembre de 2020, pero con la aplicación de diversos institutos y disposiciones nuevas que otorga la ley N° 8.097/18, como ser: las concernientes a las garantías fundamentales de los NNyA (art. 3), a su defensa técnica y particular (art. 4), a la intervención del Ministerio Público Pupilar (art. 9), la aplicación de criterios de oportunidad y vías alternativas de solución de conflicto (art. 19), a la audiencia de debate y sentencia, reglas y procedimiento especial (arts. 20-27), entre otras.

Asimismo, el 24 de agosto del año 2023 fue sancionada la ley N° 8.389/23 que modifica y sustituye varios de los artículos de la ley referenciada supra.

De esta manera, el nuevo régimen penal juvenil instaura y reconoce todos los derechos y garantías de los NNyA, protegidos por el bloque constitucional y convencional al que el Estado Argentino se encuentra obligado. Por otro lado, deja atrás el sistema procesal mixto y extiende el sistema acusatorio plasmado por la ley N° 7.690 y modificaciones, pero con la particularidad de la existencia de un nuevo procedimiento especial, llamado división del debate.

En el capítulo cuarto titulado «*procedimiento especial*» con el artículo 22 se prevé la división del debate, a pedido de parte o de oficio, tratando primero la cuestión acerca de su culpabilidad del NNyA y posteriormente, si correspondiere, la cuestión acerca de la determinación de la pena.

3. Cesura de juicio

Antes de adentrarse en las implicancias beneficiosas locales de la aplicación de la división de debate para los NNyA, surge necesario conocer este instituto y a los fines esclarecedores, también saber que, en la literatura y más específicamente, en la poesía moderna, cesura es la pausa que se produce en el interior de un verso y lo divide en dos hemistiquios.

Alberto Binder (1993) define la cesura del debate como: un mecanismo procesal que permite dividir el debate en dos partes: «*una dedicada al análisis de la existencia del hecho y el discernimiento de la culpabilidad, y otra dedicada a la determinación o individualización de la pena*» (Binder 1993: 258-259).

De esta manera, la división del debate permite determinar en la primera audiencia si el sometido a proceso ha cometido la acción de la que se lo acusa y si es culpable de ella, y en caso de ser positivo se dicta la resolución interlocutoria de culpabilidad. Sólo luego de ésta, se realiza el debate sobre la pena a aplicar y se dicta una decisión formal que, junto con el interlocutorio de culpabilidad, integra la sentencia definitiva.

¹⁰ Ley N° 6.345 y modificatorias, junto con el artículo 35 de la Ley N° 7.716.

Entonces, luego de la fase de responsabilidad, donde se decide sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del acusado, se inicia la fase de cesura o de determinación de la pena, en la cual se parte desde la existencia de una culpabilidad neutra o no graduada aún.

Históricamente en el ámbito nacional, se dio a conocer esta figura a partir del particular Régimen penal de menores, en su artículo 4 (ley N° 22.278/80), tal como se ha mencionado, pero, además fue contemplada en el «*Proyecto de Maier*», en el artículo 287:

«Artículo 287: División del debate único. El Tribunal podrá disponer, cuando resultare conveniente para resolver adecuadamente sobre la pena y para una mejor defensa del acusado, dividir un debate único, tratando primero la cuestión acerca de la culpabilidad del acusado, y posteriormente, la cuestión acerca de la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección que corresponda, anunciándolo, a más tardar en la apertura del debate». (Maier, Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, 1986).

En el orden nacional diversas provincias han adoptado este sistema dentro de su regulación procesal, como ser la provincia de Buenos Aires (art. 372) que regula dos supuestos, cuando es un delito criminal y cuando hay juicio por jurados; la provincia de Neuquén (arts. 178 y 179) para los juicios de cualquier delito, e incluso en el ordenamiento procesal penal de la nación (art. 283), que prevé sólo un supuesto de cesura de juicio cuando se juzgue a través de un juicio por jurados. Como así también ahora, la provincia de Salta a través de la sanción de la ley N° 8.478/24 que reglamenta el juicio por jurados.

Ergo, la gradual inclusión de esta figura en los ordenamientos procesales del país, no sólo han ido cambiando la integración del juzgador en muchos casos, adecuando la normativa al presupuesto constitucional de los juicios por jurados, sino que, además, ha modificado el esquema del proceso penal, incluyendo nuevas etapas, como posibilidades en virtud del fin único que persigue nuestro sistema penal constitucional y convencional: una óptima reinserción.

Esto es así porque siempre que se habla de derecho penal o derecho procesal penal, lo primero que se viene a la mente es la pena, siendo ésta el centro de atención de toda regulación que concierne a la materia. Pero no debe perderse de vista que, la pena, si bien en la mayoría de los casos culmina con el proceso penal, no es un fin en sí mismo, sino que debe ser funcional; ello sin perjuicio de las diversas teorías de la finalidad de la pena¹¹, las que no concierne desarrollar en esta oportunidad en honor a la brevedad. Todo esto, mayormente porque se termina haciendo extensiva la concepción de pena para adultos hacia el régimen penal juvenil, lo que no debería suceder, ya que la justicia juvenil no tiene una justificación punitiva/retributiva como sucede para los mayores, sino que, el éxito de la ésta radica en la reintegración social del NNyA, como distintivo de su especialidad. Así lo ha determinado la Corte de Justicia de la Nación con el fallo Maldonado¹² al establecer que:

«[...] se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que

¹¹ Teorías de la retribución, de la prevención, y mixtas o de la unión.

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos: 328:4343. «Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado» (07/12/2005).

la pena privativa de la libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad.» (Considerando 35º)

Es aquí donde entra en juego la división del debate o cesura de juicio, como método de justicia restaurativa, ampliando el panorama judicial, para evitar la penalización del NNyA, y así, cumplir con las directrices internacionales.

Teniendo presente ese fin implacable, y en consideración de toda la normativa protectoria que regula la comisión de un delito por parte de un NNyA, la cesura de juicio viene a cumplir con todos los parámetros de un verdadero estado de derecho. Sin embargo, por más innovadora que sea la idea, no viene de la mano con su correcta aplicación, ya que socialmente estamos mal acostumbrados a creer que la regulación legal de una materia determinada, implica su correspondiente adecuación a la realidad, pero lamentablemente, esto no es así. Significa un arduo trabajo, y al mismo tiempo representa el enfrentamiento de nuevos desafíos para la justicia nacional y local, haciendo necesaria la capacitación del personal judicial, a efectos de evitar que, la utilización de este instituto -que tiene fines beneficiosos- termine afectando garantías constitucionales.

a. Beneficios y críticas

Las ventajas de la separación del debate bifásicamente son infinitas, pero en cuestión de NNyA particularmente, deviene beneficioso debido a que, en el lapso entre la declaración de culpabilidad de éste, y hasta la audiencia que determinará la pena, se crea una «*etapa de evaluación*»¹³. Ésta es fijada por el juez, determinando el plazo y las condiciones que deberá cumplir, período en el que se permite arrimar al juez todos los informes sobre el tratamiento llevado a cabo. Asimismo, el control del cumplimiento de las condiciones fijadas estará a cargo del juez que las dictó, con colaboración de la «*secretaría de control de juicio a prueba*»¹⁴, la que, elevará bimestralmente informes al juez sobre la evolución del NNyA.

Es así como, la ley sustantiva y adjetiva, otorgan la posibilidad al NNyA de evitar el dictado de una pena o medida de seguridad por parte del juez, ya que si éste, luego de tomado conocimiento de los informes sobre su tratamiento tutelar y a la luz del interés superior del niño, considere que fuere innecesaria una sanción, lo eximirá de la ella. Cumpliendo, de esta manera, con los principios convencionales de última ratio, como condicionante para la imposición de una restricción de la libertad, tal como resulta del artículo 37 de la «*Convención de los Derechos del Niño*» (mencionado ut supra), y artículo 17.c) de las «*Reglas de Beijing*»¹⁵, el cual establece que sólo se impondrá una pena privativa de la libertad en el caso de que se trate de un hecho grave por la violencia impartida a otra persona o por ser reincidente en hechos de gravedad, y siempre que no exista otra respuesta más adecuada.

Por otro lado, se ha criticado este instituto por ser contrario a un estado de derecho, puesto que se le otorga al juez juvenil una amplia discrecionalidad al momento de decidir si resulta o no necesaria la imposición de una sanción para el NNyA. Pero esto se debe a que, justamente, la intención del legislador fue otorgar esta facultad al juez para que estas

¹³ Artículo 25 de ley N° 8.097/18.

¹⁴ Correspondiente al área de la Secretaría de Derechos Humanos dependiente de la Corte de Justicia de Salta.

¹⁵ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1.985) a las cuales Argentina adhiere mediante ley N° 23.849.

penas, en caso de ser aplicadas, tengan principalmente el fin de resocialización del NNyA. Tal así lo ha determinado la Convención de los Derechos del Niño, al determinar: la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad¹⁶.

4. Capacitación en especialización

A partir de las reformas legales que se han dado a través de los años en la región, surge el inconveniente de plasmar las nuevas tendencias a la realidad, puesto que, reforma legal no es equivalente a reforma institucional. No se ha logrado que la política criminal existente en materia de NNyA, se exprese en una adecuación institucional que haga posible las garantías y derechos de aquellos procesados.

En esta situación, deviene necesaria la formación especializada, no sólo del personal judicial que actuará en esta área, sino también, de todas las instituciones estatales y ciudadanos, pues el éxito de la reinserción social del NNyA está en un accionar interdisciplinario, tanto en su etapa preventiva como en la persecutora. Por ello, conviene analizar la capacitación, tanto interna y externa, necesaria en la materia y su puesta en práctica.

a. Externa

Las «Reglas de Beijing» establecen en el punto 1.6 de orientaciones fundamentales, que los servicios de justicia deben contar con personal capacitado y competente, con un perfeccionamiento continuo a fin de poder darle al NNyA un acompañamiento adecuado. Esto está orientado en una justicia especializada, flexible y diversa, que reconozca a la etapa de la niñez con la entidad que merece: en consideración principal a su estado de vulnerabilidad especial. Los operadores de justicia que se encarguen de estos casos deben tener como norte la resocialización del NNyA, saliendo de las directrices clásicas del «*ius puniendi*», propio de un proceso penal de adultos. Para ello, se requiere no sólo la capacitación del personal administrativo y funcionarios de los juzgados penales juveniles, sino también el perfeccionamiento de los magistrados encargados de su juzgamiento, de los fiscales a cargo de la investigación, los defensores de los menores, de todo el personal policial y/o administrativo y todo otro profesional o auxiliar que se involucre en un procedimiento de estas características. Capacitación para garantizar los derechos protectorios del NNyA, y para construir un proceso que tenga sentido para ellos, es decir, que haya un lenguaje claro que pueda comprender, una traducción real y efectiva de sus garantías legales, una seria concientización. El sistema procesal penal juvenil tiene que advertir la posibilidad de una respuesta adecuada en caso de que fracasen las medidas sustitutivas, que no sean la privación de libertad del NNyA.

Esto, a su vez, implica una ardua labor por parte del juez penal juvenil, de realizar un efectivo control de convencionalidad en cada etapa del proceso, para poder asegurar el cumplimiento de las garantías del NNyA procesado, orientando sus decisiones al aseguramiento de sus derechos de protección especial, y alejarlas de un sistema similar al de los adultos. El magistrado tiene la necesidad de hacer una correcta interpretación de

¹⁶ Artículo 40, inc. 1°.

la legislación en materia juvenil, para compatibilizarla con el sistema de protección integral, y así, asegurar el marco protectorio y las garantías propias del debido proceso.

Especialmente, la protección integral del NNA depende del éxito del tratamiento tutelar que se le aplique en la etapa de evaluación mencionada, pues clara ha sido la intención del legislador de que, cumplida asertivamente por parte del NNA, a criterio del juez, no resulte necesaria la aplicación de una pena o medida de seguridad. O bien, en palabras de González del Solar:

«La necesidad de la pena obedece, entonces, a la contumacia que ha puesto de manifiesto el menor durante el período en que ha permanecido a disposición del juez, bajo medidas tutelares dirigidas a lograr una evolución favorable del caso» (González del Solar, 1995, p.195).

Esto significa que, en palabras del autor, la aplicación de la pena demuestra el fracaso de las medidas adoptadas en el tratamiento tutelar.

En igual sentido la Corte de Justicia de Salta, al poner en cabeza de los funcionarios la necesidad de una tutela efectiva, expresó:

«No se configuran los presupuestos necesarios para la imposición de pena al menor, cuando el tratamiento tutelar no se cumplió de manera efectiva, porque el proceso se limitó a recibir informes acerca de su personalidad o comportamiento en la unidad de encierro en la que se encuentra alojado»¹⁷.

b. Interna

Socialmente la continua queja recurrente en materia de NNA en conflicto con la ley penal, es acerca de la deficiencia del sistema judicial juvenil. Pero ello implicaría poner sólo y únicamente en cabeza del juez -y su personal- la misión de terminar con la delincuencia juvenil, y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra un gran porcentaje de los niños en nuestro país.

El sistema judicial actúa cuando ya se ha transgredido la norma legal, por ello, el verdadero desafío es lograr un accionar interdisciplinario para evitar que se llegue al proceso judicial. Esto implica dejar atrás las ideas que existen sobre la incompatibilidad del régimen penal juvenil con la protección integral de los derechos del niño, y establecer un diálogo constante interinstitucional. Debiendo hacer hincapié en la educación sobre la materia desde temprana edad, no sólo a cargo de las instituciones educativas u organizaciones barriales, sino también a través de diversos convenios con el Colegio de Abogados, o la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial, a modo ejemplificativo, para llevar a cabo en las escuelas charlas sobre la temática, y así, interiorizar tempranamente a los NNA de las consecuencias jurídicas de un accionar desviado a derecho, como así también, concientizar sobre cuáles conductas se consideran como tal.

En palabras de Mary Beloff: *«debe haber una reconstrucción de los mecanismos informales de control social asociados a la justicia especializada»* (Beloff, clase de capacitación, 2024).

¹⁷ Corte de Justicia de Salta. Causa CJS 32.104/08. «C/C Domínguez, Juan Esteban; Gerez, Gastón Bruno Federico - Recurso de Casación».

5. Conclusión

Como se ha visto, en el ámbito de justicia juvenil se han dejado atrás los enfoques estrictamente punitivos, al menos en lo que convencionalmente está diseñado. Es necesario desarrollar un pensamiento especializado cuando se encuentra en juego la libertad y el pleno ejercicio de los derechos de los NNyA, para que principalmente reciban un trato diferenciado por la vulnerabilidad que atraviesan por su corta edad.

Para ello no basta con legislar, sino que se debe instaurar en todas las áreas el concepto de la justicia restaurativa en plena compatibilidad con la protección integral de los NNyA. Diseñando, a la par, medidas tendientes a reinserir al que ya ha infringido la ley penal, como así también, todas aquellas interdisciplinarias necesarias para evitar que llegue ante la justicia.

En este orden, surge de gran utilidad la inserción de la división del debate para NNyA en la Provincia, porque, además de adecuarse legislativamente a los parámetros constitucional y convencionalmente reconocidos, como se ha visto, se da la oportunidad a los operadores de justicia de cumplir con aquellos también, intentando lo posible para que no recaiga una pena en el NNyA, primando su interés superior y resocialización.

Sumado a ello, devendría necesario un verdadero acompañamiento del NNyA judicializado, especialmente en la etapa de evaluación, el cual conlleva un conocimiento a nivel nacional y provincial sobre las estadísticas de las infracciones a la ley por éstos, las respuestas a diversos tratamientos o apoyos obtenidos, intervenciones de distintas instituciones, etc. De esta manera, se tomaría verdadera conciencia sobre cuáles son las áreas que requieren más intervención por parte de las políticas del Estado, especialmente en la fase preventiva.

En lo que a la construcción de la verdadera especialidad conlleva, no sólo sirve legislar, sino que las normas deben provocar un verdadero y urgente impacto en la realidad. Lo que resulta, en un comienzo, de utilizar las herramientas ya existentes, como ser el juicio de cesura, a modo ejemplificativo, para así crear la verdadera diferencia y buscar soluciones más sofisticadas para los NNyA. De esta manera, se dejarían atrás las tendencias de aplicar las mismas soluciones que las de los adultos enfrentados a un proceso penal, y se llegaría a hacer algo mejor que la justicia juvenil para los NNyA.

6. Bibliografía

- Beloff, M. (2004). Un modelo para armar y otro para desarmar!: Protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular. Buenos Aires.
- Binder, A. M. (1999). Introducción al derecho procesal penal (2.^a ed. actualizada y ampliada, pp. 258-259). Buenos Aires.
- Carrió, A. D. (1990). El enjuiciamiento penal en la Argentina y los Estados Unidos. Buenos Aires.
- D'Alessio, A. J. (2009). Código Penal de la Nación comentado y anotado (Tomo III, Ley 22.278, Régimen Penal de la Minoridad, pp. 615-662). Buenos Aires.
- González Del Solar, J. H. (1995). Delincuencia y derecho de menores (p. 195). Buenos Aires.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2009). Justicia restaurativa: Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad. Buenos Aires.

Mecanismos alternativos en la etapa de valoración inicial del Código Procesal Penal Federal

Experiencia de la jurisdicción de Mendoza

María Pilar Fierro Ruiz¹ y Georgina A. Guercio²

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto destacar las virtudes de ciertas prácticas institucionales promovidas por los textos normativos procesales penales de corte adversarial, así como poner en evidencia su contraposición con aquellas prácticas arraigadas entre los operadores jurídicos de marcado tinte inquisitivo. Sin perjuicio de la diversidad de aspectos que pueden analizarse, este trabajo se centrará en el rol de la oralidad y de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos como ejes de un proceso de transformación real del sistema procesal. En particular, se examinará la implementación progresiva del código procesal penal federal, cuya aplicación se ha acelerado en el último año. Desde la perspectiva de la defensa pública, se ofrecerán algunos apuntes sobre su funcionamiento en la provincia de Mendoza, donde el nuevo código comenzó a regir en agosto de 2024.

Sumario

1.- Exordio | 2.- Código Procesal Penal Federal | 3.- Operatividad de la legislación procesal en región Cuyo. Mendoza | 4.- Incipiente cambio de paradigma | 5.- Epílogo | 6.- Referencias bibliográficas

Palabras clave

Código Procesal Penal Federal – Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas – mecanismos alternativos de solución – gestión de conflictos – Mendoza

¹ Abogada y apoyo litigante de la unidad de defensa acusatorio de Mendoza. Integrante de la defensoría pública oficial federal desde hace 15 años, desempeñándose previamente en la Defensoría de Instrucción y ante instancia de Tribunal Oral Nro 1 de Mendoza, abocándose especialmente a ejecución penal. Correo electrónico: mfierro@mpd.gov.ar

² Abogada egresada de la Universidad Nacional de Cuyo. Especialista en defensa y garantías por la Universidad Nacional del Litoral, docente. Apoyo litigante de la unidad de defensa acusatorio de Mendoza. Integrante de la defensoría pública oficial federal desde hace 7 años, desempeñándose previamente en la defensoría pública ante el tribunal oral federal Nro 2 de Mendoza. Correo electrónico: gguercio@mpd.gov.ar

1. Introducción

Podría decirse, sin incurrir en un reduccionismo excesivo, que existen dos cosmovisiones fundamentales y opuestas desde las cuales es posible comprender el delito. Una de ellas -de raíz inquisitorial- concibe el delito primordialmente como una infracción. La otra, en cambio, lo entiende como un conflicto.

Desde la perspectiva que concibe al delito como conflicto, y en consonancia con los principios que orientan al derecho penal como última ratio, la intervención del sistema penal solo se justifica frente a ciertos conflictos que, por su gravedad o relevancia, merecen ser seleccionados y formalizados para su resolución a través del proceso. En este sentido, los sistemas acusatorios -por sus principios de actuación y su diseño institucional basado en la imparcialidad del juez, la centralidad del contradictorio y el protagonismo de las partes- se presentan como mucho más compatibles con esta concepción del conflicto, al estructurar el proceso como un espacio de resolución entre partes enfrentadas, más que como una mera verificación de infracciones.

Dentro de las distintas propuestas procesales de corte acusatorio y contradictorio, el código procesal penal federal sancionado en 2014 mediante la ley 27.063 representa, sin dudas, uno de los avances más significativos en esta línea. Este modelo ha comenzado a regir plenamente en varias jurisdicciones del país, a partir de su implementación progresiva. El nuevo marco legal -y las herramientas que incorpora- impone a los operadores judiciales una serie de desafíos, especialmente vinculados con la efectiva concreción de esta forma renovada de concebir y abordar el conflicto penal, basada en la oralidad, la celeridad, el control ciudadano del proceso y el respeto por las garantías procesales.

a. Algunos obstáculos y desafíos del sistema

i. Formalismo. Viejas prácticas

Uno de los principales escollos a superar, aún presente en pleno funcionamiento del sistema acusatorio, es la fuerte tendencia de los operadores judiciales a convertir las instituciones procesales en un mero conjunto de trámites.

El laberinto del formalismo en que se ha mantenido la administración de justicia por mucho tiempo (representado por el expediente), caracterizado por demoras y por un ritualismo excesivo, de alguna manera propicia la tendencia a imponer -consciente o inconscientemente- el trámite. En ese contexto, los conflictos transitan por carriles propios, y son tratados en apariencia en las salas de audiencia³.

Por otra parte, la enseñanza y la práctica del derecho continúan desarrollándose de manera rutinaria y con un enfoque meramente exegético de la norma. La teoría resulta indispensable, pero pierde eficacia si no se complementa con los conocimientos necesarios para llevar adelante prácticas orientadas a una estrategia de modificación procesal, y si se evita el contacto directo con la realidad y con la subjetividad de quienes se encuentran involucrados en un conflicto penal.

En este sentido, creemos que la implementación de las formas adversariales no puede ser vista simplemente como una variación del trámite, pues dicho entendimiento denota

³ Cfr. Sicardi, 2019, p. 50-75.

incomprensión del profundo cambio que implica el paradigma acusatorio, y en consecuencia los procesos de reforma se degradan y reaparece una cultura de tipo inquisitorial.

Transformar la justicia penal no consiste en sustituir un código procesal por otro, sino en introducir una serie de nuevas prácticas reactivas que puedan debilitar los condicionantes que pesan sobre los actores; que se enfrenten a la ineficacia propia del hiperlegalismo formal, y que instauren una discusión seria sobre el modelo de poder judicial, de sistema político y, por ende, de legalidad.

Así, entre las prácticas reactivas más relevantes frente a este escenario, se destacan la flexibilización de la organización judicial, el fortalecimiento de la defensa pública y, principalmente, la implementación de la oralidad a lo largo de todo el proceso, junto con la incorporación de mecanismos de resolución alternativa del conflicto.

ii. La importancia de la oralidad

La oralidad representa una de las herramientas más eficaces para transformar -o al menos interpelar- la arraigada tradición formalista que caracteriza al sistema de justicia. Las audiencias y los espacios de negociación deberían constituir el ámbito natural y permanente de actuación del abogado, ya que son, sin lugar a dudas, instrumentos privilegiados para la resolución de conflictos.

A tono con lo antes referenciado, es dable aclarar que, cuando se habla de oralidad, no se habla simplemente de las actuaciones de roles escénicos en un espacio más o menos majestuoso, sino de su centralidad para lograr pasar de un modelo de administración de justicia basada en las peticiones administrativas, a una administración de justicia basada en el litigio y/o la negociación/mediación⁴.

Sin embargo, lo señalado no asegura por sí solo la implementación de dichas prácticas, sino que exige una transformación profunda del quehacer judicial cotidiano, orientada a la consolidación de nuevas rutinas y modos de actuación. Esto es menester, pues sería un fracaso admitir la construcción de un ropaje moderno para el viejo sistema inquisitorial, bajo el cual continúen manifestaciones que anulen o debiliten el litigio y las formas compositivas (por ejemplo, la ausencia de preparación de los abogados y/o funcionarios para mediar/conciliar o presentar adecuadamente la teoría del caso haciendo un buen uso de la argumentación jurídica, entre otras)⁵.

Se requiere, en consecuencia, que los operadores jurídicos se capaciten para, por un lado, poder articular en el marco del proceso penal adversarial, institutos como la conciliación y la mediación con fines reparatorios (cuando esto sea posible y siempre que no se soslaye la participación de las víctimas) y, por otro, para incorporar técnicas de litigación oral, lo que supone un cambio profundo en las formas tradicionales de intervención jurídica.

Además, será indispensable interiorizar y comprender en profundidad los fundamentos y principios rectores del sistema acusatorio. Precisamente, del análisis de sus bases y características se desprende que la oralidad a lo largo de todas las etapas del proceso fortalece y reafirma el sistema republicano de gobierno.

⁴ Cfr. Binder, 2015.

⁵ Cfr. Binder, 2015.

Concuerda con ello Mangiafico (2018) al decir que «el sistema (acusatorio), ha demostrado ser una herramienta superadora en términos de tiempos de gestión y de salvaguarda de garantías constitucionales en el marco de proceso penal» (p.47).

iii. Soluciones alternativas del conflicto

Como se ha señalado, el uso de audiencias para la resolución de conflictos, incluso en etapas previas al juicio, constituye una de las formas más efectivas de incorporar una práctica altamente beneficiosa para la celeridad y la eficiencia del proceso penal.

En esta misma lógica, se inscribe la incorporación a la normativa sustantiva y procesal de mecanismos autocompositivos y resarcitorios, así como de criterios de oportunidad para la resolución de los casos. Estas herramientas, en la práctica, inciden directamente tanto en la cantidad como en la naturaleza de los litigios que efectivamente llegan a instancia de juicio⁶.

De este modo, frente a una concepción meramente infraccional del delito, se alzan diversos mecanismos orientados a ofrecer respuestas más adecuadas y diferenciadas para aquellos casos que no justifican la intervención del poder penal, ya sea por su escasa gravedad, su ineficacia o el alto costo que implicaría dicha intervención. Estas herramientas no solo expresan el principio de última ratio, sino también el principio republicano, del cual se desprende directamente el principio de proporcionalidad, entendido como la exigencia de una relación razonable entre la lesión a los bienes jurídicos y la respuesta punitiva del Estado.

En lo sustancial, frente a la imposibilidad material y humana del sistema penal de investigar la totalidad de las conductas delictivas, se impone como política criminal la necesidad de seleccionar aquellas que producen un mayor impacto social y, por tanto, justifican una respuesta punitiva estatal. Esta lógica de priorización no solo busca eficiencia, sino que también contribuye a garantizar un derecho fundamental: el acceso a la justicia. Este debe entenderse no como un mero acceso formal a la jurisdicción, sino como la posibilidad real de obtener respuestas ágiles, eficaces y satisfactorias por parte del sistema judicial.

Institutos como la reparación integral, la conciliación, la suspensión del juicio a prueba o los criterios de oportunidad, entre otros, poseen la capacidad de desplazar el proceso tradicional y propiciar la construcción de soluciones que tiendan a restaurar el equilibrio social y jurídico afectado por el conflicto penal.

Del mismo modo, estos métodos -especialmente la reparación integral y la conciliación- permiten visibilizar a los sujetos concretos del conflicto, contrarrestando la despersonalización propia del trámite procesal. En este sentido, se valora el contacto directo con las personas involucradas y cobran relevancia real sus problemas, necesidades y expectativas.

Hacia el interior del sistema, estos mecanismos también contribuyen a su democratización, al visibilizar en muchos casos a las víctimas y reconocerles, de manera protagónica, el derecho a la reparación. Asimismo, permiten restaurar el daño causado por la ofensa o el delito y fomentan una mayor participación ciudadana en el funcionamiento del sistema de justicia.

⁶ *Cfr.* Binder, 2003.

Finalmente, la incorporación de estas formas de respuesta contribuye a elevar la calidad del sistema de justicia y permite enfrentar de manera concreta prácticas deficitarias de la administración, especialmente en lo que respecta al incumplimiento de plazos y al escaso control del tiempo procesal. Al evitar la sobrecarga estructural del sistema con causas irresueltas, se mejora la percepción social del servicio de justicia, lo cual coadyuva a legitimar -al menos en parte- la labor del poder judicial. A su vez, estas prácticas introducen un saludable principio de humanidad en el ámbito de la justicia penal.

Ahora bien, la mera disponibilidad de mecanismos procesales no es suficiente para consolidar una política efectiva de diversificación. Es esencial que las instituciones responsables -en particular los ministerios públicos- asuman un compromiso activo con la promoción y aplicación consistente de estas herramientas. Para que su implementación sea verdaderamente eficaz, resulta indispensable que dicha política sea integral y coherente en todos sus niveles.

2. Código procesal penal federal

Según lo dispuso la ley 27.150, la implementación del código procesal penal federal (en adelante, «CPPF») será progresiva. El texto legal -sancionado en 2015- le atribuyó a la «*comisión bicameral de monitoreo e implementación del código procesal penal federal*» (que funciona en el ámbito del Congreso de la Nación) la decisión sobre el cronograma de implementación en el ámbito de la justicia federal.

Hasta el 2024, la única jurisdicción federal en la que el CPPF se había puesto en marcha plenamente era la correspondiente a la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, que integran las provincias de Salta y Jujuy (desde el 10 de junio de 2019).

Con posterioridad a ello, la «*comisión bicameral de monitoreo e implementación del código procesal penal federal*» dictó la resolución N° 2/2019 (del 13 de noviembre de 2019)⁷, la cual resolvió implementar solamente los artículos 19, 21, 22, 31, 34, 54, 80, 81, 210, 221 y 222 del CPPF para todos los tribunales con competencia en materia penal de todas las jurisdicciones federales del territorio nacional. Esta decisión impactó moderadamente sobre algunos ejes de actuación, al introducir la aplicación de distintas medidas alternativas, que fueron adoptadas por parte de los fiscales.

Ya el artículo 59 inciso 5) y 6) del Código Penal (modificado por ley 27.147 del año 2015), mencionaba la extinción de la acción penal a partir de la aplicación de criterios de oportunidad, conciliación o reparación integral del perjuicio; y si bien su operatividad se presentaba evidente⁸, la resolución de la «*comisión bicameral de monitoreo e implementación del código procesal penal federal*» vino a dotar de herramientas procesales para su aplicación, a través de los artículos 31 y 34 del CPPF.

⁷ Resolución 2 de 2019 [Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal]. Por la cual se establece la implementación de artículos específicos de dicho código en ciertas jurisdicciones. 13 de noviembre de 2019.

Ley 27.063 reformada en el año 2019 por ley 27.482, y cuya implementación se suspendió mediante decreto 275 del año 2015.

⁸ Cfr. Soberano M., 2019.

En consonancia con estas disposiciones, el 25 de noviembre de 2019, el Procurador General de la Nación interino dictó la Resolución PGN N° 97/19⁹ que, en líneas generales, dispuso que los integrantes del Ministerio Público Fiscal debían aplicar los criterios de oportunidad establecidos en el artículo 31 CPPF. Asimismo, y ante la falta de implementación de los artículos que establecen los pasos a seguir para la puesta en marcha de los criterios de oportunidad o de la conciliación como método alternativo de resolución del conflicto penal, reguló tal procedimiento.

Por su parte, el 26 de noviembre de 2019, la defensora general de la nación dictó la Resolución DGN N° 1616/19 mediante la cual recomendó a:

«Las/os Magistradas/os y/o Defensoras/es Públicas/os y Coadyuvantes con competencia en materia penal de todas las jurisdicciones federales del país y a los/as que intervienen ante la justicia nacional que, en todo caso particular sustanciado bajo la Ley 23.984, dirijan su actuación a fin de promover la aplicación de las normas del Código Procesal Penal Federal implementadas, siempre que se trate de la opción más beneficiosa para el asistido/a o defendido/a¹⁰, en miras de obtener un pronunciamiento favorable.»

Estas resoluciones vinieron a reforzar lo ya contemplado tanto por la ley orgánica del ministerio público fiscal nacional (ley nacional N° 27.148)¹¹, como también por la ley orgánica del ministerio público de la defensa nacional (ley nacional N° 27.149)¹².

Sin embargo, y a pesar de la plena vigencia de estas disposiciones, la práctica judicial diaria mermó su real operatividad. Los lineamientos no calaron hondo y se siguió operando de forma ralentizada, bajo las viejas reglas del trámite impuesta por el código procesal penal de la nación (ley 23.984).

a. Plan progresivo de implementación

El pasado 23/02/2024 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto de necesidad y urgencia N° 188/2024¹³, mediante el cual -entre otras cosas- se sustituyó el artículo 2° de la ley N° 27.150 y sus modificatorias. Dispuso que el CPPF entrará en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca el ministerio de justicia (art. 1°) y sustituyó el artículo 3° de la ley N° 27.150 y sus modificatorias asignando al ministerio de justicia las funciones para la implementación y puesta en funcionamiento en el país del CPPF.

En ejercicio de esa atribución, mediante las resoluciones N° 63/2024¹⁴ y 64/2024¹⁵ ese ministerio dispuso la entrada en vigencia del CPPF, a partir del 6 de mayo de 2024, en el ámbito de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario.

⁹ Resolución 97 de 2019 [Procuración General de la Nación] Por la cual se dispone la aplicación de los criterios de oportunidad del CPPF en aquellos sitios donde este aún no se encuentra vigente. 25 de noviembre de 2019.

¹⁰ Concordante con el artículo 18 in fine de la Ley 27.149.

¹¹ Artículo 9 inc. d) y g).

¹² Artículos 5 inc. b), 16, 17, y 42 inc. d) e i).

¹³ Decreto de necesidad y urgencia 188/2024 de 2024 [Poder Ejecutivo Nacional]. Por el cual se establece la implementación progresiva del Código Procesal Penal Federal. Publicado en el boletín oficial en fecha 26 de febrero de 2024.

¹⁴ Resolución 63 de 2024 [Poder Ejecutivo Nacional] Por la cual se dispuso la entrada en vigor del Código Procesal Penal Federal en Rosario. 14 de marzo de 2024.

¹⁵ Resolución 64 de 2024 [Poder Ejecutivo Nacional] Por la cual se pospuso la implementación práctica de la Resolución 63/2024 hasta el 6 de mayo de 2024. 15 de marzo de 2024

Con posterioridad, el ministerio de justicia dispuso la implementación del CPPF en la jurisdicción Mendoza¹⁶ (que incluye toda la provincia de Mendoza, y las provincias de San Juan y San Luis) a partir del 5 de agosto de 2024. En los distritos de General Roca y Comodoro Rivadavia a partir del 4 de noviembre y 2 de diciembre de 2024, respectivamente¹⁷.

Por su parte, de acuerdo a la resolución N° 377/24¹⁸ del ministerio de justicia de la nación, se dispuso la implementación del sistema en la jurisdicción federal de Mar del Plata, el pasado 7 de abril de 2025.

Queda aún pendiente la puesta en marcha del CPPF en los restantes distritos federales de todo el país, y también en el ámbito territorial de la capital federal, en relación con la denominada «*justicia nacional*». Esta última estaba inicialmente prevista para el 11 de agosto del 2025. Sin embargo, recientemente el ministerio de justicia de la nación determinó que postergará hasta el mes de noviembre de 2025 su entrada en funcionamiento y de forma «*improrrogable*». Este es un plazo excepcional para la vigencia del nuevo CPPF en la jurisdicción de la cámara federal de apelaciones en lo penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en atención a reclamos efectuados tanto por el poder judicial como por los ministerios, vinculados a la capacitación necesaria de los operadores, condiciones edilicias y tecnológicas, entre otras. En este sentido, se pronuncia la resolución 530/2025¹⁹ del pasado 08 de agosto de 2025. La mencionada resolución también dispone la entrada en vigencia de la normativa procesal en las jurisdicciones correspondientes a la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas y Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.

3. Operatividad de la legislación procesal en la «región Cuyo» de la provincia de Mendoza

Como se destacó, la resolución N°165/2024 dispuso la entrada en vigencia del CPPF -a partir del día 05 de agosto del 2024- en la provincia de Mendoza. Cabe destacar que, en esta jurisdicción, dicha implementación ha resultado un desafío mayor, pues a diferencia de otras en las cuales funciona el sistema, esta no ha adherido a la ley de desfederalización (ley N° 26.052), siendo el narcomenudeo el grueso de los casos que diariamente ingresan. De igual modo, por la cercanía al paso fronterizo que conecta el país con la República de Chile, los casos de contrabando también abundan.

En este contexto, se describirá brevemente la modalidad de funcionamiento que ha adoptado la jurisdicción mendocina en la aplicación del nuevo sistema, así como los criterios -aún incipientes- que comienzan a delinear una forma específica de abordaje del conflicto. Estas prácticas iniciales permiten advertir cómo, frente a un flujo constante de causas vinculadas al narcomenudeo y al contrabando, se han ensayado estrategias

¹⁶ Resolución 165 de 2024 [Poder Ejecutivo Nacional]. Por el cual se dispone la plena entrada en vigencia del Código Procesal Penal Federal en la jurisdicción de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza. 21 de mayo de 2025.

¹⁷ Cfr. Leonardi, 2024.

¹⁸ Resolución 377 de 2024 [Poder Ejecutivo Nacional]. Por la cual se dispone la entrada en vigencia del Código Procesal Penal Federal en diferentes jurisdicciones, entre ellas Mar del Plata. 17 de diciembre de 2024.

¹⁹ Resolución 530 de 2025 [Poder Ejecutivo Nacional] Por el cual establece el diferimiento y entrada en vigencia del sistema acusatorio en algunas jurisdicciones del país. 8 de agosto de 2025.

adaptadas a las particularidades locales, con el propósito de garantizar una implementación eficaz y sostenible del modelo acusatorio.

a. Nueva organización y funcionamiento de los ministerios

i. Ministerio público fiscal de la nación

Mediante la resolución PGN N° 42/2024²⁰, se dispuso la creación de la fiscalía de distrito de Mendoza, determinando una nueva estructura que ha reemplazado a la que estuviera vigente previamente. Para su creación y configuración se tuvo en cuenta las características de los fenómenos criminales presentes en la región; la experiencia resultante de los procesos de implementación en Salta y Rosario y la opinión de los propios magistrados de la jurisdicción.

Así, se determinó que la fiscalía de distrito de Mendoza será el órgano encargado de llevar adelante las funciones del ministerio público fiscal en el espacio territorial correspondiente a la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, y estará conformada por la unidad fiscal Mendoza, la unidad fiscal San Juan, la unidad fiscal San Luis, y las sedes fiscales descentralizadas San Rafael y Villa Mercedes.

La resolución mencionada, por su parte, mantuvo la vigencia de la unidad de Derechos Humanos de Mendoza, y la actuación de la «*delegación regional de la dirección general de acceso a la justicia (ATAJO)*». Esta última de importante labor en la concreción de acuerdos para aplicar salidas alternativas al conflicto.

Por otra parte, se crearon las oficinas: área de atención inicial, área de investigación y litigio de casos sencillos, área de investigación y litigio de casos complejos, área de ejecución penal y no penal, área de transición, y área de atención a las víctimas²¹.

Sobre la primera área aludida volveremos luego, pues en ella se produce la valoración inicial a la cual refiere el art. 248 del CPPF, constituyéndose en uno de los grandes tamices del sistema actual.

ii. Ministerio público de la defensa de la nación

Por su parte, el ministerio público de la defensa de la nación, mediante resolución 727/2024²², de fecha 19/06/2024, aprobó el «*proyecto piloto de unidades de defensa de la jurisdicción federal de Mendoza*» (sujeto a evaluación periódica desde la Defensoría General de la Nación).

En este se recuerda que la ley N° 27.149 faculta a la defensoría general de la nación a evaluar, diseñar y ejecutar políticas específicas que se orienten a garantizar la asistencia jurídica integral y a promover la defensa de los derechos fundamentales de las personas,

²⁰ Resolución 42 de 2024 [Procuración General de la Nación]. Relativa a la creación de la Fiscalía de Distrito de Mendoza. 2 de agosto de 2024.

²¹ Ministerio Pública Fiscal de la Nación (2024) La Procuración General dispuso la creación de la Fiscalía de Distrito de Mendoza. Fiscales.gob.ar. Recuperado el 19 de noviembre de 2024, de <https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/la-procuracion-general-dispuso-la-creacion-de-la-fiscalia-de-distrito-de-mendoza/>

²² Resolución 727 de 2024 [Defensoría General de la Nación] Sobre aprobación del Proyecto piloto de unidades de defensa de la Jurisdicción Federal de Mendoza. 19 de junio de 2024.

tanto para la gestión particular de los casos como en virtud de disposiciones legales que así lo exijan (cfr. arts. 1, 8, 12 y 54 de la ley N° 27.149).

Por ello, se buscó reproducir la favorable experiencia de trabajo observada en la jurisdicción federal de Salta (recientemente replicada en la jurisdicción federal de Rosario). De esta manera se formaron unidades y equipos de defensa organizados a fin de cubrir adecuadamente los tres escenarios de litigio que coexisten desde la implementación del CPPF.

En este esquema, el «*defensor público de coordinación*» es parte esencial de la planificación, por su responsabilidad primaria que consiste en supervisar el trabajo y gestionar las necesidades de todas las estructuras, con miras a garantizar la eficacia de la defensa pública en cada materia de actuación (cfr. art. 40 de la ley N° 27.149).

En particular, en la ciudad de Mendoza se crearon: la unidad de defensa acusatorio, dedicada a los casos iniciados desde la implementación del CPPF, en cada una de sus etapas de actuación con excepción de la ejecución de la pena. Unidad de defensa penal remanente, encargada de casos pendientes según ley N° 23.984 -hasta su finalización definitiva. Unidad de defensa en materia no penal, para todas las intervenciones sobre asuntos de otras materias. Equipo de defensa en materia de ejecución penal, para brindar asistencia técnica a toda persona en cumplimiento de pena y/o de reglas de conducta (por condena de ejecución condicional o por una suspensión del proceso a prueba), con independencia del sistema (CPPF o Ley N° 23.984) y la etapa en que ello suceda. Asimismo, se creó una unidad de defensa pública en la ciudad de San Rafael con competencia múltiple para litigar casos del CPPF, los que estén pendientes según la Ley N° 23.984 -hasta que se efectivice la elevación a juicio- y los asuntos que sean de materias no penales. Similar estructura se adoptó en las provincias de San Luis y San Juan.

4. Un cambio de paradigma

Una vez reseñada de forma sucinta la organización adoptada por los ministerios públicos, resulta pertinente volver la atención hacia las soluciones alternativas de conflicto promovidas por la nueva legislación procesal. Surge entonces la pregunta sobre su operatividad concreta dentro del nuevo sistema y en el marco de la configuración institucional descripta. En lo que sigue, se abordará principalmente la experiencia desarrollada en la jurisdicción de Mendoza, centrando el análisis en el trabajo conjunto entre la «*unidad de defensa acusatorio*» y la «*oficina de atención inicial*».

a. El renovado rol del ministerio público fiscal federal

Ya desde el comienzo de la implementación del CPPF en Mendoza, el ejercicio de las buenas prácticas entre ministerios públicos ha sido la regla. Sin perder el horizonte que fija el rol funcional que cada uno asume, ha existido hasta la fecha un espíritu de colaboración que ha tenido como finalidad no solo aprovechar las bondades que trae consigo el sistema (en términos de eficiencia y eficacia, para descomprimir el sistema y dar pronta resolución al conflicto penal), sino también explorar caminos compositivos que antes eran ajenos a las prácticas predominantes. Esto es demostrativo del compromiso para lograr un cambio de visión, que pone en cuestión el abordaje del conflicto penal desde la perspectiva exclusivamente infraccional (a la cual se aludió en la introducción de este artículo).

En definitiva, las formas de actuación comienzan a mutar, así como la dinámica de los diálogos institucionales, lo que ha implicado también la reevaluación constante de criterios de resolución, siendo los resultantes un poco más flexibles y razonables que los que existían en el pasado.

Por otra parte, el contacto directo y frecuente con los asistidos (lo cual conlleva un mayor involucramiento con sus circunstancias y trayectoria vital) así como con las defensas, creemos que le han permitido al ministerio público fiscal optimizar los procedimientos para arribar a acuerdos que intentan priorizar, por sobre todas las cosas, los derechos de las partes involucradas.

i. Oficina de atención inicial del ministerio público fiscal

Si bien, de acuerdo a las previsiones del código de rito se pueden aplicar soluciones alternativas al conflicto incluso en etapas avanzadas del proceso²³, el mayor tratamiento de estas se produce en la recientemente creada «*oficina de atención inicial*» del ministerio público fiscal.

Allí se materializan, de alguna manera, las alternativas previstas en los incisos a), b) y c) del art. 248 del CPPF. Esta disposición refiere a la valoración inicial de los casos, y regula la actividad del fiscal en los albores de la etapa preparatoria, marcando las distintas alternativas de actuación que puede seguir.

El ministerio público fiscal tiene la facultad de disponer -en el plazo de 15 días de iniciado el caso, ya sea por denuncia, querrela, actuaciones de prevención o de oficio- la desestimación de la instancia por la inexistencia de delito, el archivo, aplicación de un criterio de oportunidad o disponibilidad (conciliación, reparación integral y suspensión de juicio a prueba)²⁴.

Es dable mencionar, que de acuerdo a los incisos d), e) y f), el fiscal en este tiempo también puede optar por iniciar la investigación previa a la formalización, formalizar la investigación o la aplicación de alguno de los procedimientos especiales previstos en el código. Por otra parte, aunque la norma nada diga, el fiscal tiene también la opción de postular su incompetencia, ya sea material o territorial, en línea con igual facultad que la ley procesal le acuerda al juez (art. 48 CPPF). Asimismo, podrá proponer una excepción (por hallarse extinguida la acción que nace del delito) o la invalidez de los actos procesales de inicio.

Así, una vez iniciada la etapa preparatoria por alguno de los supuestos del art. 235 CPPF, el fiscal debe formar un legajo de investigación bajo las pautas del art. 230 CPPF, donde volcará la información producto de la investigación, y en la que formulará una hipótesis de investigación o teoría del caso que eventualmente le permita direccionar estratégicamente su actividad. Esa actividad requiere tiempo y el otorgado parece responder a esa necesidad, siendo este en la práctica ordenatorio y orientativo. Es decir, si bien el plazo de quince días que fija la norma se computa conforme al art. 114 CPPF, en la experiencia vivida, este puede ser laxo, por las demoras que puede conllevar la

²³ Artículo 279.- Audiencia de control de la acusación. Desarrollo. Vencido el plazo del artículo 277, la oficina judicial convocará a las partes y a la víctima, si correspondiere su intervención, a una audiencia a celebrarse dentro de los DIEZ (10) días siguientes [...]

Como cuestión preliminar, el acusado y su defensa podrán: [...]

d. Proponer reparación, conciliación, la suspensión del juicio a prueba o la aplicación de procedimiento abreviado;

²⁴ Ver arts. 34 y 35 CPPF.

designación de un defensor, y nombrado este, las tratativas para buscar una resolución alternativa, previa a una posible instancia de formalización de la investigación²⁵.

En Mendoza, particularmente, la «*oficina de atención inicial*» procede de la siguiente manera:

Dada la prevención de alguna de las fuerzas de seguridad, siempre que el delito permitiera conservar la libertad -y no existieran medidas pendientes que pesen sobre el sindicado- estas por orden de la oficina citan, bajo apercibimiento, a las personas implicadas a fin de que se presenten en las oficinas de la fiscalía. Una vez que estas se han apersonado, además de proveer información sobre el caso que se sigue en su contra, las notifican de su derecho a designar un abogado de su confianza o un Defensor Oficial, respetando lo establecido en los artículos 6 CPPF y 65, inc. d), e), h) CPPF.

Si su voluntad es la de designar un defensor oficial, efectúan la derivación a las oficinas de la «*unidad de defensa acusatorio*», siendo la comunicación informal. De la misma manera, se compulsan las actuaciones que forman parte del legajo de investigación de la fiscalía, muchas veces de manera inmediata ante el primer aviso -previo al arribo del defendido-, o de manera concomitante con la atención.

Esto ha permitido que, casi de manera simultánea al primer contacto -momento en el que habitualmente se recaban los datos personales-, pueda brindarse un asesoramiento preciso e incluso confirmarse las alternativas de solución a implementar. En muchas oportunidades se hace saber incluso cuál es el ofrecimiento concreto de la fiscalía para dar cierre al caso (aplicando según el tipo de delito, circunstancias y antecedentes penales la suspensión del juicio a prueba, conciliación o reparación integral).

En los casos en que el delito haya sido cometido en un contexto de detención como, por ejemplo, el suministro de estupefacientes para consumo personal por parte de personas condenadas en alojamiento domiciliario, la tenencia simple de estupefacientes o daños, entre otros, la oficina se encuentra facultada para aplicar un procedimiento abreviado y formular una propuesta de acuerdo pleno (art. 323 CPPF), siempre que de su investigación preliminar surja de manera evidente la comisión del hecho y la autoría.

Tanto en una situación como en otra, una vez que se ha concertado el acuerdo y que el asistido ha prestado la conformidad, la fiscalía fija una fecha para formalizarlo (citando a las partes a su oficina de manera presencial, o bien permitiendo la participación del asistido por videollamada cuando sus circunstancias personales así lo requieran). Con posterioridad, el acuerdo rubricado se remite a oficina judicial junto con la petición de fijación de audiencia para su homologación ante el juez de garantías sorteado.

Por otra parte, en aquellos casos en donde se ha aplicado el instituto de la suspensión del juicio a prueba, la oficina judicial también remite la carpeta judicial a la «*dirección de control y asistencia de ejecución penal, en ámbito del poder judicial de la nación*» (en adelante, «DCAEP») a cargo de quien está la supervisión del cumplimiento de las pautas o tareas establecidas en el acuerdo.

Finalmente, en los casos en los que se decide el archivo de la instancia por inexistencia de delito; la novedad del hecho y la decisión no se pone en conocimiento de la defensa, y consecuentemente no se le da intervención.

En lo que respecta a la aplicación de criterios de oportunidad (art. 31 del CPPF), la decisión es evaluada y sometida a la conformidad del fiscal revisor, quien se pronuncia al

²⁵ Cfr. Daray, 2022.

respecto. Para ello, se consideran las particularidades del caso concreto, las cualidades personales de los involucrados y el grado de afectación al bien jurídico protegido.

ii. Defensa pública oficial: la relevancia de su legajo de investigación

Frente a este panorama, es indudable que el trabajo de la defensa ha cambiado significativamente, resultando -necesariamente- más proactivo. Esto se ha cristalizado en el legajo de investigación propio (art. 230 y 135 inc. b CPPF). En él se incorporan evidencias, documentación, testimonios, informes, entre otros elementos, producidos y/o recolectados por los agentes de la unidad. Este mecanismo permite asegurar un mejor ejercicio de las funciones del ministerio público de la defensa, lo que contribuye a la obtención de resultados más equitativos y satisfactorios.

Teniendo en cuenta lo relatado en el apartado precedente, desde que se toma conocimiento del caso, los primeros pasos están encaminados a lograr la entrevista directa con la/s persona/s que requieren de la defensa oficial. Esta primera acción es realizada por los apoyos de litigante en compañía de los litigantes (cuando su presencia es posible)²⁶. Se recaban datos personales que garanticen un contacto fluido durante la tramitación del caso y hasta su conclusión, así como información relevante para conocer la situación personal, familiar, laboral y de salud del asistido. Esto será de gran utilidad para delinear la teoría del caso, pensar posibles salidas alternativas y determinar qué documentación, informes u otros elementos pueden incorporarse o producirse a fin de poder negociar la solución más óptima (por ejemplo, la reducción del monto reparatorio, la disminución de la cantidad de horas o la modificación de la modalidad de ejecución de tareas comunitarias, así como la posibilidad de solicitar una evaluación del caso para la eventual aplicación de un criterio de oportunidad, entre otras alternativas).

En esta labor, la intervención del equipo interdisciplinario de la jurisdicción -integrado por profesionales en psicología y trabajo social- ha resultado fundamental. Su participación es selectiva y responde a las vulnerabilidades detectadas durante las entrevistas. En este sentido, en determinados casos se les da intervención para que, luego de realizar un abordaje personal, ya sea de manera presencial o virtual, emitan una opinión técnica que sirva de sustento a eventuales planteos defensivos o, en su defecto, permita descartar determinadas líneas de acción o negociación.

La Defensa también mantiene un firme compromiso de colaboración con otros organismos, como la delegación regional de la «*dirección general de acceso a la justicia del ministerio público fiscal* (ATAJO)²⁷», el cual opera en la órbita del ministerio público fiscal. Con una impronta interdisciplinaria, esta dirección que desarrolla su trabajo en el territorio, busca implementar dispositivos para propiciar el acercamiento del ministerio público fiscal a los sectores más postergados de la comunidad y así mejorar las intervenciones del organismo en sus facetas preventiva y persecutoria/represiva, ello en beneficio de las personas en situación de vulnerabilidad.

²⁶ Los apoyos de litigante son profesionales, integrantes de la unidad de defensa acusatorio (pertenecientes al agrupamiento administrativo) que se encargan de las cuestiones operativas y también jurídicas (en la medida de su experticia) vinculadas al trámite y abordaje de los casos que ingresan. Prestan colaboración a los litigantes que asisten a las audiencias fijadas.

²⁷ Dirección general de acceso a la justicia (ATAJO): <https://www.mpf.gob.ar/atajo/>

Su intervención ha sido de gran relevancia, observándose mayor injerencia en aquellos casos en donde se han aplicado suspensiones del juicio a prueba. Con el objeto de materializar estos acuerdos, la oficina regional de esta dirección ha confeccionado un listado que se actualiza periódicamente de instituciones dispuestas a acoger a los asistidos para el cumplimiento de las tareas comunitarias acordadas.

No obstante, el principio general es que los asistidos procuren gestionar por sí mismos, con el acompañamiento de la defensa, su admisión en un espacio cercano a su domicilio que reúna las condiciones adecuadas para garantizar un cumplimiento efectivo y genuino de los acuerdos.

Sin embargo, esto no siempre resulta posible, dado que el número de instituciones disponibles es limitado y ha ido disminuyendo, en parte debido a la escasez de recursos destinados a su funcionamiento. Este contexto ha provocado el cierre de algunas de ellas o la reducción de sus actividades. En tales casos, es la dirección la que facilita el acceso a las instituciones incluidas en su listado y coordina la admisión, considerando el domicilio de las personas asistidas.

De la misma manera, la dirección intermedia para definir los espacios a los cuales se destinarán las reparaciones integrales concertadas.

La defensa -dado el contacto asiduo con los asistidos y sus familias- garantiza que el control del cumplimiento de los acuerdos (especialmente de los compromisos establecidos en las suspensiones del juicio a prueba) pueda efectuarse sin mayores inconvenientes. Este control al que se alude, formalmente está a cargo de la DCAEP, bajo cuya órbita funcionan las «*oficinas de medidas alternativas y sustitutivas (OMAS)*». Sus intervenciones se caracterizan por ser psico-sociales e integrales, también con un fuerte anclaje en el territorio, y en red con organizaciones de la comunidad que integra el supervisado. Se adiciona a esta fórmula, la labor de la oficina judicial, quien crea el legajo de seguimiento y comunica los acuerdos homologados.

Por último, la defensa sirve de enlace cuando se le presenta algún factor de impedimento al defendido, o la necesidad de cambiar el lugar en donde se realizan las tareas. Ante la novedad, se informan las nuevas circunstancias al ministerio público fiscal y a la dirección de control. En caso de estipularse modificaciones a las condiciones iniciales del acuerdo, se efectúa presentación por escrito a la oficina judicial, manifestando la anuencia de la defensa y el asistido. La fiscalía hace lo propio.

iii. Aplicación de procesos composicionales. Casos

En este corto período de tiempo, la diversidad de casos en los cuales la defensoría oficial ha intervenido ha sido muy significativa.

El rumbo que ha orientado la intervención de los ministerios públicos ha estado guiado por el propósito de aplicar medidas alternativas siempre que ello sea posible, buscando a través de ellas alcanzar soluciones apropiadas y viables. Esta perspectiva concibe la acción institucional desde una lógica de servicio, en abierta contraposición a la histórica devoción por la burocracia.

A modo de referencia, en este punto se mencionarán algunos casos que permiten visibilizar los criterios y la línea de política criminal adoptada por el ministerio público fiscal, así como las tensiones -o acuerdos- que dicha perspectiva genera en relación con la del ministerio público de la defensa.

• Desestimación

Durante un allanamiento de un domicilio ordenado por la justicia de la provincia de Mendoza, se produjo el hallazgo y el secuestro de 3,1 kilogramos de cogollos de marihuana. El «*área de atención inicial*» del ministerio público fiscal, puso en conocimiento del caso a la defensa oficial, la designó como parte en el proceso, e informó la calificación penal de «*tenencia simple de estupefacientes*».

Al entrevistar al asistido, nos informó que contaba con certificado de autorización de tenencia vigente por estar registrado en el Registro Nacional de Pacientes en Tratamiento con Cannabis (en adelante, «REPROCANN»)²⁸. Desde la perspectiva de la defensa había que reevaluar la situación fáctica imputada, dado que la conducta parecía ser atípica, correspondiendo la desestimación de la acción, o la aplicación de un criterio de oportunidad. A tal fin se acompañó como prueba el certificado del REPROCANN.

Luego de varias conversaciones -que rondaron alrededor del vacío legal que existe en torno a la cantidad de estupefaciente que es viable producir y tener en relación al número de plantas autorizadas por el registro-, la «*oficina de atención inicial*» decidió consultar la opinión calificada al instituto de histología, dependiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y la Universidad Nacional de Cuyo (UNCUYO). Mediante oficio solicitó informe relativo al posible rendimiento del cultivo de la planta de cannabis sativa, ello con la intención de esclarecer y comprender los modos en que se produce, y a partir de allí, poder circunscribir la conducta y determinar su lesividad al bien jurídico protegido. Para la fiscalía la cantidad de cannabis secuestrada, a priori, resultaba excesiva.

Recibido el informe, y luego de dar intervención del fiscal revisor, se resolvió la desestimación de la causa (art. 249 CPPF), adoptando uno de los parámetros sugerido en el informe: en promedio, una planta (dependiendo su altura o crecimiento y el espacio de cultivo) podía producir aproximadamente 500 gramos de cogollos, producto apto para consumo personal²⁹.

La persona traída a proceso se encontraba en definitiva autorizada por el REPROCANN a tener nueve plantas para su autocultivo. La cantidad de estupefaciente hallada en el caso se condecía con la producción esperada. El análisis efectuado por el informe habilitó a la Fiscalía a considerar la sustancia secuestrada como producto de la cosecha permitida, valorándose también que -por otra parte- no existían otros elementos secuestrados o indicadores de que dicho estupefaciente estuviese orientado a ser introducido al tráfico.

No solo se resolvió la desestimación del caso por atipicidad, sino que también se ordenó la devolución de la sustancia secuestrada.

²⁸ REPROCANN es una base de datos diseñada para poder registrar a aquellas personas que cuenten con las condiciones para acceder a un cultivo controlado de la planta de cannabis, con fines de tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor. La inscripción concluye con la extensión de un certificado de cultivo autorizado por el Ministerio de Salud de la Nación. Por paciente, están autorizadas hasta 9 plantas en floración. (<https://www.argentina.gob.ar/salud/cannabis-medicinal/reprocann>).

²⁹ La Fiscalía optó por la pauta más restrictiva, pues las conclusiones del informe -al cual se pudo acceder- en síntesis, sostenían lo siguiente: «los informantes consideramos contemplar como rango de producción por planta de cannabis los valores máximos informados. A saber, 500gr para una planta de cultivo de interior (*indoor*), y 1000 gr para una planta de cultivo exterior (*outdoor*) de flores secas».

La fiscal de distrito de Mendoza, luego de este caso testigo, estableció como criterio para casos futuros (en donde se produzca hallazgo fortuito de estupefacientes, REPROCANN vigente y ausencia de indicadores de comercio de sustancia), la admisión de un máximo de 4,5 kilogramos de cogollos como autorizados. En los casos que reúnan estos extremos no se adoptaría medida alguna respecto de la sustancia ni se deberían labrar actuaciones³⁰.

- **Criterio de oportunidad**

Durante un procedimiento policial, aleatorio, el personal policial detuvo la circulación de un auto en donde se encontraban 4 personas. A una de ellas se le secuestró -de su bolso- 158 gramos de marihuana en una bolsa. Se calificó el hecho como tenencia simple de estupefacientes. La imputada designó la defensa pública como asistencia letrada.

La defensa, luego de tomar contacto con la asistida y con las actuaciones labradas, destacó en negociaciones algunas irregularidades que presentaba el procedimiento, para posteriormente peticionar por escrito a la «*oficina de atención inicial*» el cambio de calificación teniendo en cuenta la situación personal y familiar que atravesaba la persona involucrada, así como la cantidad de estupefaciente hallada, su grado de adicción, modalidad y frecuencia de consumo.

Se aportó documentación que la asistida acercó y se solicitó la intervención del equipo interdisciplinario de la defensoría oficial de Mendoza para la elaboración de un informe socioambiental, que diera cuenta de su situación de vulnerabilidad.

Del informe labrado por el equipo y de las probanzas agregadas al legajo de investigación de la defensa, surgió que la mujer tenía a su cargo 3 hijas menores de edad, no poseía trabajo formal, el lugar que alquilaba para vivir era muy precario, y tenía consumo problemático de sustancias. Este se había agudizado en el mes de mayo del 2024, luego de ser víctima de violencia de género, perpetrada por su expareja con la cual mantuvo 14 años de relación, y a quien había denunciado.

Luego de valorar el planteo defensivo, la fiscal de atención inicial decidió -con la conformidad del fiscal revisor - aplicar un criterio de oportunidad por insignificancia y declarar extinguida la acción penal, dando por finalizado el caso.

Aquí puede verse claramente la implementación por parte del ministerio público fiscal de una estrategia que se basa en el principio de última ratio del derecho penal, en donde situaciones personales como la planteada son tenidas en cuenta a fin de aplicar un criterio que empatee con el contexto y la problemática que atraviesan las personas, pero en donde también se aprecia de manera concreta la real afectación al bien jurídico protegido por el tipo penal³¹.

- **Suspensión del juicio a prueba**

Este instituto se ha aplicado reiteradamente en casos de suministro de estupefacientes a título gratuito en grado de tentativa, que se llevan adelante en complejos penitenciarios. Hablamos de casos en donde familiares que realizan visitas, intentan ingresar estupefacientes en los penales ocultándolos en su cuerpo, en alimentos o utilizando a

³⁰ Ministerio Público Fiscal (Mendoza), Caso Coirón PGN 196308/2024, G.A., J. M.

³¹ Ministerio Público Fiscal (Mendoza), Caso Coirón PGN 191185/2024, C., M. J.

niños, niñas o adolescentes (siempre que la cantidad y tipo de estupefaciente no sea ínfima, de modo que permita aplicar un criterio de oportunidad).

Mediante el trabajo conjunto de los ministerios³², se ha llegado a acuerdos de suspensión de juicio a prueba -siempre que no se registran antecedentes penales computables- consistentes en realizar tareas comunitarias. Como dato de color vale indicar que la Fiscal de distrito tiene como criterio que en estos casos las tareas comunitarias no pueden ser intercambiadas por donaciones.

Así, las negociaciones de la defensa han radicado principalmente en aportar otra perspectiva sobre las circunstancias del hecho- a partir de los datos recabados en las entrevistas a los defendidos-, la elección del espacio para realizar trabajo comunitario no remunerado y el establecimiento de la cantidad de horas mensuales a trabajar, así como otras pautas de conducta que pudieran imponerse además del control de cumplimiento, la fijación de residencia y la abstención del consumo de estupefaciente y alcohol.

Por ejemplo, recientemente, en casos donde mujeres han intentado ingresar cocaína y/o marihuana (en cantidades superiores a los 15 gr.), se ha solicitado una reducción de la frecuencia y la cantidad de horaria del servicio comunitario. Ello en atención a circunstancias como la carga laboral (una de ellas trabajaba en un supermercado, desempeñándose en horario de comercio y con un solo franco semanal)³³, o los hijos menores de edad a cargo, la falta de apoyo del grupo familiar extenso en las tareas de cuidado, el estado de salud³⁴, entre otros criterios. Se adujeron estas condiciones pues las mismas restringen objetivamente la cantidad de trabajo comunitario al que pudieran comprometerse, en situaciones que además están caracterizadas por distintos casos de vulnerabilidad social y económica.

La defensoría pública aportó en estos casos la documentación que acreditaba las distintas situaciones de hecho y se acordó que las asistidas realizaran no más de 4 horas mensuales de tareas en instituciones propuestas por ellas, cercanas a su domicilio, durante el periodo de un año.

La elección del lugar o institución de desempeño de las tareas comunitarias, que previo al acuerdo es constatado por fiscalía y DCAEP, entendemos que aumenta las posibilidades de asegurar el cumplimiento íntegro del acuerdo. Sin embargo, como ya se aludió, en casos en donde no es posible gestionar un lugar, este es aportado por ATAJO.

Es dable aclarar que, cuando no tienen acogida los planteos defensivos que se consideran equitativos y proporcionales al injusto cometido, la defensoría opta por litigar estratégicamente solicitando la promoción del caso al «*área de investigación y litigio de casos sencillos*» del ministerio público fiscal, para la formalización de la investigación.

Esto se efectúa tomando en consideración la trascendencia del caso, los intereses de los defendidos que están en juego, pero también la necesidad de que la defensa -en la jurisdicción- fije sus propios criterios o más bien favorezca interpretaciones de las normas procesales que sean acordes a los principios rectores y superiores en materia penal. Por otra parte, el caso puede requerir de la producción de prueba complementaria para su

³² La Defensa ha logrado que se reconsideren algunas circunstancias que -a priori- podrían ser percibidas como agravantes, como el contexto del suministro, la utilización de un menor o el aprovechamiento de algunas pautas del protocolo de ingreso a los complejos, que permiten eludir controles, por ejemplo, evitar scanners por estar cursando un embarazo.

³³ Ministerio Público Fiscal (Mendoza), Caso Coirón PGN 229341/2024, A., S.B.

³⁴ Ministerio público fiscal (Mendoza), Caso Coirón PGN 184211 /2024, P., T. C.

esclarecimiento o encuadre, la cual -en principio- no puede ser producida por la «*oficina de atención inicial*».

- **Reparación integral**

Este instituto ha sido utilizado de manera frecuente en casos de contrabando, que en la jurisdicción son habituales como consecuencia de los pasos fronterizos de Mendoza y la República de Chile.

Estos supuestos de hecho han versado sobre casos de importación de bienes o mercaderías sobre las cuales no existe prohibición absoluta, en los que se ha prescindido de la apreciación del valor en plaza de éstas para calificar el contrabando como simple o agravado³⁵. Ante el simple ingreso, la «*oficina de atención inicial*» ha propuesto componer mediante reparación integral, dado el contenido o la significación patrimonial del delito.

Ya de manera temprana, la fiscalía de distrito estableció como regla tomar como referencia el valor de plaza de los bienes, establecido en el avalúo confeccionado por la Agencia de Recaudación y Control Aduanero (ARCA). Sobre este se calcula la reparación que deberá ser de un 10% del monto, a concretar en especie. Establecido el concepto reparatorio, es ATAJO quien busca y asigna una institución a fin de que la misma disponga qué insumos o herramientas resultan de utilidad o se requieren con urgencia.

Firmado el acuerdo ante la fiscalía y homologado por el juez de garantías, el sindicado en el delito se encarga de comprar bienes por el equivalente que representa el monto de dinero. Realizada la compra y la efectiva entrega de estos a la institución elegida, se aportan los comprobantes a la oficina judicial. Este cumplimiento de manera plena, habilita al Juez a disponer el sobreseimiento de la persona, y a declarar la extinción de la acción penal.

No obstante, lo referido (y a tono con una flexibilización progresiva que se observa en los abordajes que viene realizando la fiscalía), el fiscal revisor de la jurisdicción evaluó la fijación de un criterio general innovador para reconsiderar los montos que delimitan la existencia de una infracción aduanera o de un delito de contrabando. Ello habida cuenta de que los establecidos legalmente se encuentran desactualizados frente al proceso inflacionario que atraviesa el país desde hace varios años.

Por otra parte, en 2024 la normativa que rige las importaciones/exportaciones ha sufrido modificaciones, así como la franquicia de ingreso de objetos desde el exterior se ha puesto en franca discusión. Esto ha sido beneficioso para los asistidos que poseían casos sin resolver en la oficina, y también para evitar el ingreso de otros nuevos que resultan insignificantes por el tipo y valor real de las mercaderías sobre las cuales se practica el avalúo y se pretende reparación.

En esta línea ha comenzado, paulatinamente, a aplicar criterios de oportunidad en algunos casos, citando los siguientes argumentos:

Que, si la mercadería secuestrada supera el monto objetivo de punibilidad previsto por la legislación aduanera, actualmente fijado en \$500.000 sería aplicable al caso el delito de contrabando simple (artículo 864 de la Ley 22.415). Lo cierto es que las particularidades de modo, tiempo y lugar, permiten abordarlo desde el prisma del principio de insignificancia regulado en el artículo 31, inciso a), del CPPF.

³⁵ Artículos 863, 864, 865 y 947 de la ley 22.415

Deben analizarse las particularidades de cada caso en concreto, de manera de poder afirmar la escasa entidad económica de la conducta en función de los vaivenes de procesos económicos fluctuantes que conducen a que se ajuste la conducta concreta que se analice en cada legajo con la intención de la norma (y del legislador) y, ponderar si ese monto en moneda dura es lo suficientemente representativo para distinguir entre una infracción administrativa y un caso de contrabando menor.

El fundamento que subyace a la diferenciación no es otro que dejar en la órbita de las contravenciones aquellas conductas que, si bien afectan el control aduanero, no poseen una entidad económica tal que justifiquen la instrucción de un legajo penal con las consecuencias que de ello se derivan. En esta línea se ha expedido la Cámara Federal de Casación Penal al considerar que *«a finalidad perseguida con dicho límite es mantener dentro de la esfera del derecho penal, en consonancia con el principio de ultima ratio, solo aquellas conductas que involucran bienes de cierta magnitud económica»* (Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, Leveque, Gabriel Eduardo y otro s/recurso de casación, 8 de septiembre de 2020).

En los hechos, y a raíz de la devaluación que ha sufrido nuestra moneda, se han desdibujado las fronteras entre el ilícito penal y el administrativo por lo que, prácticamente, la infracción aduanera de contrabando menor ha desaparecido y todo es delito. Además, la solución que se propicia es la más adecuada si se tiene en consideración que, de haberse producido una correcta actualización del monto que establece el artículo 947 del Código Aduanero, el hecho no hubiese constituido delito sino infracción aduanera de contrabando menor.

Por último, es dable destacar que si bien la cuestión está siendo abordada de esta forma en la órbita penal (sin oposición de ARCA) resta avizorar el rol que asumirá la agencia en el ámbito administrativo que le es propio, y en donde queda abierta la vía para el trámite sancionatorio por la comisión de una infracción aduanera. Si bien este es un tópico de suma importancia, no será abordado por exceder el propósito del presente trabajo y el ámbito de competencia -por ende, de ejercicio- del ministerio público de la defensa

5. Epílogo

Por lo antes dicho, se advierte que la praxis judicial comienza a intentar alejarse de las prácticas que marcan la impronta inquisitorial (entre ellas, preeminencia del trámite, despreocupación por los plazos, despersonalización, etc.).

Con aciertos y desaciertos, el sistema comienza a asimilar la concepción del delito como conflicto, devolviendo este a las partes o gestionándolo desde las directrices de política criminal. Igualmente, brega por el uso de herramientas que tienden a fortalecer la oralidad.

Resta aunar estos esfuerzos a una nueva pedagogía de enseñanza del derecho penal, que se centre en profundizar las destrezas que requieren los abogados para mediar y/o litigar sus casos en un sistema que se reconoce como de partes.

Aquí es importante detenerse en algunos de los aspectos mencionados, entre ellos la oralidad y la academia. Se debe insistir en la oralidad, muchas veces abordada como un tema zanjado o evidente cuando lejos está de serlo, que sigue demostrando que es uno de los factores de cambio más importante, cuya consideración debe ser profundizada y su discusión volver al centro de la escena. Por otra parte, en relación al estudio y a la

práctica del derecho, es importante desarrollar una adecuada teoría de la práctica, que permita identificar y avanzar sobre las manifestaciones que resisten el cambio.

A pesar de que el funcionamiento del «nuevo» código de rito es incipiente, se observan atisbos de un abandono de la idea de que el derecho penal y el proceso penal operan en un vacío, aislados respecto a las otras formas de intervención en los conflictos. Hay un reconocimiento paulatino de las normas procesales penales como instrumentos político-criminales, y que como tales instrumentos están al servicio de una política pública que excede su expresión normativa.

Dado que una cultura ratifica sus valores o los cambia de la mano de los modos de resolver sus conflictos, una justicia penal que no incorpore e implemente salidas alternativas al conflicto está renunciando a una de las grandes herramientas del cambio. Así pues, la nueva realidad nos muestra que estas funcionan y pueden coexistir con un esquema de justicia clásico o punitivo como parte integrante de un mismo sistema penal, sin necesidad de que uno excluya o ponga en jaque a la otra forma de administrar e impartir justicia.

Si bien queda mucho por hacer, la tendencia reseñada posibilitaría la flexibilización paulatina del poder judicial, aumentando su capacidad de respuestas mediante parámetros de tolerancia, con una clara atención al caso concreto, y al alcance del daño producido al bien jurídico protegido.

6. Bibliografía

- Ainsworth, J. (2017). Legal discourse and legal narratives: adversarial versus inquisitorial models. *Language and Law = Linguagem e Direito*.
- Becerra, D. (2009). La conciliación preprocesal en el sistema penal acusatorio y sus principales aportes. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, 12(23), 169-187.
- Binder, A. (2003). La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*.
- Binder, A., Vargas, J. E., & Riego, C. (2003). Los jueces y la información. Sistemas de información e instituciones judiciales en el marco de la reforma judicial. *Revista Sistemas Judiciales*.
- Binder, A. (2014). Elogio de la audiencia oral y otros ensayos. Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León.
- Binder, A. (2015). La fuerza de la oralidad. Biblioteca electrónica del Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Ciocchini, P. (2013). Moldeando el problema y sus soluciones: los discursos técnicos sobre la demora en la administración de justicia penal. *Crítica Jurídica*, 35, 95-123.
- Clarey, C., & Vázquez Pereda, F. (2018). La viabilidad en la aplicación de la conciliación y la reparación integral. Estudio sobre las causales de extinción de la acción penal previstas en el art. 59 inc. 6° del Código Penal de la Nación. *DPyC*, (marzo).
- Daray, R. R. (2022). Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial (Tomo 2, 3.ª ed., pp. 527-532). Editorial Hammurabi.

- De Vicente, O., & Lopardo, M. (2016). Litigación y oralidad: su importancia en un sistema adversarial para mejorar la calidad de información. *Revista de derecho procesal penal*. El juicio y la litigación oral I, 155-171.
- Duce, M. (2007). Audiencias orales en las etapas previas al juicio: la experiencia del Circuito Judicial de Guanacaste en Costa Rica. En C. Riego (Coord.), *Reformas procesales en América Latina: Resultados del proyecto de seguimiento IV etapa*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Duce, M., & Riego, C. (2007). *Proceso penal*. Editorial Jurídica de Chile.
- Fava, G. C. (2019). Acerca de la incorporación de mecanismos de justicia restaurativa en el Código Penal de la República Argentina y en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Debate sobre algunos aspectos problemáticos de su regulación e instrumentación práctica. En *Revista de Derecho Procesal Penal - Nuevas dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal*. Justicia restaurativa – I. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Fedele, G. R. (2019). El sistema acusatorio adversarial en la Provincia de Mendoza. Consecuencias de su implementación en el proceso penal (Tesis de grado). Universidad Siglo 21, Mendoza, Argentina.
- Greco, S. (s. f.). Procesos autocompositivos en el sistema penal: reparación, conciliación, mediación. *Justicia Restaurativa*. Cuadernos de la ESJ.
- Leonardi, J. M. (2024). El DNU 188/2024: Implementación del Código Procesal Penal Federal. SAIJ.
- Ministerio Público Fiscal de la Nación. (2024, 19 de noviembre). La Procuración General dispuso la creación de la Fiscalía de Distrito de Mendoza. *Fiscales.gob.ar*. <https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/la-procuracion-general-dispuso-la-creacion-de-la-fiscalia-de-distrito-de-mendoza/>
- Mangiafico, D. (2018). Audiencias orales en la investigación penal preparatoria. ASC Libros Jurídicos.
- Moloeznik, V. G. (2017). Reforma procesal penal: consideraciones básicas sobre la transición al sistema penal acusatorio o adversarial en América Latina a partir de la experiencia santafesina. *Letras Jurídicas*.
- Sicardi, M. (2019). Cuando lo inquisitivo se encuentra con lo adversarial: Apuntes sobre los procesos de reforma judicial y el caso de la Ciudad de Buenos Aires (Argentina). *Nuevo Foro Penal*, 15(92), 109-145.
- Soberano, M. (2019). Razones de su vigencia y operatividad. *Justicia Restaurativa* (edición especial). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Viancos, J. E. V. (2008). La nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica. *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (4), 33-47

La violación de medidas cautelares en violencia de género y su relación con el delito de desobediencia

Un análisis del Código Penal de la Nación y de la Ley 26.485

Por Damián Angrisani¹

La columna de Damián Angrisani aborda la pregunta acerca de si el incumplimiento de medidas cautelares impuestas en el marco de la ley 26.485 –y fuera de ella– configuran el delito de desobediencia tipificado en el artículo 239 del Código Penal argentino. Se analizan los aspectos jurídicos y la finalidad protectora de la ley 26.485, así como el alcance del tipo penal de desobediencia en los casos en que se transgreden medidas cautelares, tales como las prohibiciones de acercamiento y contacto en contextos de violencia de género. El estudio examina también interpretaciones doctrinales y jurisprudencia que han tratado de resolver la colisión normativa entre la protección especial de derechos en violencia de género y la tipificación penal de la desobediencia, buscando ofrecer un análisis técnico y actualizado.

violencia de género – desobediencia – medidas cautelares – prohibición de acercamiento

* * * * *

a. Introducción

El crecimiento de casos de violencia de género en argentina ha impulsado el desarrollo de un marco normativo específico que prioriza la protección integral de las víctimas. En este sentido, la ley 26.485 se erige como una herramienta central, estableciendo medidas cautelares preventivas que buscan resguardar la integridad de las personas en riesgo. La transgresión de estas medidas plantea, sin

embargo, un interrogante respecto a la configuración del delito de desobediencia, tipificado en el artículo 239 del código penal, que sanciona a quienes desobedezcan órdenes legítimas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. El presente artículo tiene por objetivo analizar si la transgresión de medidas dispuestas bajo la ley 26.485 puede ser constitutiva de delito, considerando los principios y conceptos del derecho penal aplicables en contextos de violencia de género.

¹ Abogado. Funcionario judicial, actualmente en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Magíster en política criminal (Universidad de Salamanca). Especialista en Derecho penal (Universidad de San Andrés). Especialista en Igualdad y violencia de género (Universidad de Salamanca). También diplomado en Derechos humanos (Universidad Kennedy). Maestrando en Derecho penal (Universidad de San Andrés). Docente en la Escuela Penitenciaria de la Nación, a cargo de la Cátedra «Prevención de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes» y de «Derechos humanos» en la Universidad de Madres de Plaza de Mayo. Correo electrónico: draafv2020@mail.com

b. Diferenciación entre medidas cautelares preventivas y represivas

Es fundamental distinguir entre medidas cautelares de naturaleza preventiva y aquellas con características represivas. En el ámbito de la ley 26.485, el foco está en la protección, no en la sanción, lo cual genera un debate doctrinario sobre si es adecuado un enfoque punitivo en caso de incumplimiento o si, en cambio, serían preferibles mecanismos restaurativos y de control, como el monitoreo electrónico, en lugar de sanciones penales que solo castigan la conducta. La distinción entre medidas preventivas y punitivas impacta en la aplicabilidad del artículo 239 y en la medida en que estas órdenes judiciales cumplen con su rol de contención del riesgo sin suponer una pena anticipada.

c. Contextualización jurídica de la ley 26.485 y el sistema de protección integral

La ley 26.485 de «*protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres*» se configura como un sistema normativo cuya finalidad es tanto preventiva como sancionatoria, en la cual se promueve el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, bajo un enfoque que prioriza la inmediatez y la protección de las víctimas. El marco jurídico de la ley permite la adopción de medidas cautelares urgentes, tales como la prohibición de contacto, comunicación y la exclusión del hogar común, con un fundamento en los derechos humanos y la perspectiva de género, y en consonancia con los estándares internacionales suscritos por Argentina, tales como la Convención de Belém Do Pará y otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

La ley 26.485 impone un estándar de celeridad en la adopción de medidas cautelares, que, además de proteger de manera expedita y efectiva a las víctimas, cumple una función simbólica en la política estatal de erradicación de la violencia de género, al reflejar la posición de cero

tolerancias del Estado frente a estas conductas. Esta urgencia en la respuesta estatal intenta dar cuenta de la gravedad y urgencia que caracterizan a estos contextos, en los que la dilación puede significar una amenaza real e inminente para la vida y la integridad de la víctima. De esta manera, el mensaje subyacente que emite la ley es uno de firmeza y compromiso en la protección de derechos vulnerados históricamente, visibilizando una problemática estructural que requiere intervención estatal prioritaria.

No obstante, el dictado de estas medidas urgentes trae aparejado un conflicto latente con ciertos derechos constitucionales del imputado, tales como la libertad ambulatoria, la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Este aspecto ha generado un intenso debate en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, que busca resolver la tensión entre la protección de la víctima y el respeto de las garantías individuales del agresor. Si bien la naturaleza de estas medidas es esencialmente precautoria y se justifican en razón de la necesidad de salvaguardar bienes jurídicos superiores, es igualmente crucial que se respeten los principios de proporcionalidad, necesidad y adecuación. La proporcionalidad exige que las medidas no excedan la finalidad protectora que las justifica; la necesidad, que las mismas sean indispensables para evitar un riesgo grave e inminente; y la adecuación, que las restricciones impuestas sean las mínimas necesarias para cumplir con su propósito sin derivar en una pena anticipada o en un menoscabo desmedido de los derechos del imputado.

A nivel comparado, otros ordenamientos jurídicos también implementan sistemas de protección similares, destacándose el sistema español, que permite a los juzgados dictar medidas de restricción inmediatas en casos de violencia de género, en aplicación de la «*ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*». En el caso argentino, el contexto de la ley 26.485 ha sido objeto de análisis y respaldo jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), que en fallos recientes ha afirmado que estas medidas deben interpretarse en un sentido

preventivo y en favor de la tutela de los derechos de las víctimas, evitando una aplicación punitiva que exceda el marco protector. Tal posición encuentra eco en la jurisprudencia internacional, donde tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han sostenido la legitimidad de las medidas cautelares en violencia de género siempre que estén fundamentadas en una necesidad de protección real y que respeten los derechos básicos del imputado.

En suma, la ley 26.485 configura un andamiaje normativo robusto en su respuesta a la violencia de género, pero requiere, en su aplicación, un delicado equilibrio entre la inmediatez y efectividad de la protección a las víctimas y la observancia de los derechos fundamentales del imputado. Este equilibrio debe ser alcanzado mediante una interpretación armónica de las garantías y derechos en juego, resguardando tanto la seguridad e integridad de las personas afectadas como los principios fundamentales del Estado de derecho.

d. Interacción entre jurisdicciones civil y penal

Una característica distintiva del sistema judicial argentino, tanto a nivel nacional como en la ciudad autónoma de Buenos Aires, es la posibilidad de intervención de las jurisdicciones civil y penal de forma conjunta o sucesiva en situaciones de violencia de género. Este esquema, que responde a la naturaleza multidimensional de la problemática, permite iniciar la denuncia en el ámbito civil —como en la «Oficina de violencia doméstica (OVD)»—, otorgando a este fuero la competencia para dictar medidas cautelares de carácter urgente. Estas medidas, como la prohibición de acercamiento o la exclusión del hogar, están orientadas a brindar protección inmediata a la víctima, con un carácter predominantemente preventivo y precautorio, sin que impliquen una valoración de culpabilidad.

La transición o coexistencia entre las competencias civil y penal encuentra fundamento en la función protectora de la ley 26.485, que establece un sistema de intervención integral para asegurar la tutela efectiva de las víctimas de violencia de género. Así, cuando la denuncia efectuada en el ámbito civil revela elementos que podrían configurar un delito penal —como lesiones, amenazas o coacción— la causa se deriva al fuero penal. En este contexto, el juez penal asume la competencia, permitiendo una revisión de las medidas cautelares impuestas por el juez civil y, de ser necesario, la modificación, ampliación o adecuación de las mismas en función de las circunstancias de riesgo y del desarrollo de la investigación.

La jurisdicción penal, al asumir el caso, puede también dictar nuevas medidas que excedan el alcance de las originalmente dispuestas en el ámbito civil, otorgándoles un contenido de resguardo frente a la potencial reincidencia del agresor y con el objetivo de prevenir una agravación del daño. Esta dualidad en la competencia plantea un equilibrio delicado, dado que mientras el fuero civil mantiene una perspectiva principalmente cautelar, el penal incorpora una dimensión punitiva y una lógica de investigación delictiva que debe conciliarse con la función protectora de las medidas iniciales.

Doctrina y jurisprudencia han señalado que las medidas cautelares dictadas en el fuero civil, al carecer de una finalidad sancionadora, deben respetar límites de temporalidad y proporcionalidad. No pueden exceder su naturaleza precautoria, so pena de interferir con los principios de mínima intervención del derecho penal y del debido proceso. Este principio encuentra sustento en el carácter complementario de las intervenciones de ambos fueros, donde el fuero civil actúa como primera barrera de protección ante la urgencia de la situación, en tanto que el penal asume una intervención más profunda ante la posible configuración de delitos, con facultades adicionales para asegurar la eficacia de las medidas en favor de la víctima.

A nivel jurisprudencial, la CSJN ha reafirmado que, mientras la causa permanece en el ámbito civil, las medidas dictadas no deben vulnerar el marco competencial ni invadir el campo penal, y han de limitarse a preservar la integridad de la víctima sin implicar una anticipación de pena. Asimismo, los tribunales han establecido que la colaboración interjurisdiccional es fundamental para abordar la violencia de género de manera integral, donde la intervención penal debe complementarse con un enfoque de contención y protección inmediato desde el ámbito civil.

En conclusión, la interacción entre los fueros civil y penal en el tratamiento de casos de violencia de género refleja un enfoque holístico que permite una respuesta judicial adaptada a la complejidad del fenómeno. No obstante, para evitar superposiciones o dilaciones que puedan comprometer la protección de la víctima o afectar los derechos procesales del imputado, resulta imprescindible que cada jurisdicción actúe dentro de sus competencias, respetando los límites que impone la naturaleza de cada medida. Así, se optimiza el alcance de la tutela judicial efectiva, asegurando una intervención oportuna y adecuada a las características propias de cada caso.

e. Alcance de las medidas cautelares y perspectiva doctrinal

La ley 26.485, en su carácter normativo, se destaca por su avanzada concepción preventiva y protectora, enfocada en la intervención urgente para resguardar a las personas en situación de violencia sin requerir la intervención punitiva o un proceso penal previo. Esta ley prioriza la seguridad e integridad de la víctima bajo un enfoque proactivo, alineándose así con los más elevados estándares internacionales de derechos humanos y con las recomendaciones de organismos como la Convención de Belém do Pará, a la que Argentina adhiere en virtud de sus obligaciones internacionales.

El fallo «R. A. V. s/ Medidas cautelares» (2019) de CSJN reafirma esta visión, estableciendo un precedente fundamental en la interpretación de las medidas cautelares dictadas en virtud de la ley 26.485. La CSJN enfatiza que estas medidas no solo cumplen una función protectora, al resguardar de manera inmediata y eficaz a las víctimas de violencia de género, sino también una función simbólica de carácter estructural. Con su dictado, el Estado argentino expresa un mensaje de tolerancia cero hacia la violencia de género y, al mismo tiempo, materializa el cumplimiento de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Este enfoque simbólico responde a una política pública orientada a modificar patrones culturales arraigados, contribuyendo a la erradicación de la violencia contra las mujeres en todas sus formas y a la construcción de una sociedad basada en la equidad de género y el respeto a la dignidad humana.

La interpretación que la CSJN otorga a la ley 26.485 también subraya la importancia de aplicar principios como el de no discriminación y debida diligencia, fundamentales en el derecho internacional de los derechos humanos. La debida diligencia exige al Estado actuar con rapidez y efectividad para prevenir, investigar y sancionar actos de violencia de género, así como reparar los daños sufridos por las víctimas. De esta manera, el fallo «R. A. V. s/ Medidas cautelares» se constituye en una pieza jurisprudencial clave que insta a los órganos judiciales a no solo dictar medidas de protección de manera expedita, sino a implementarlas de modo que resulten efectivas y reflejen el compromiso del Estado con el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia.

Este enfoque preventivo y simbólico contribuye a revalorizar el rol del sistema de justicia en la protección de los derechos de las mujeres, otorgando a las medidas cautelares una legitimidad especial que trasciende su dimensión jurídica formal para convertirse en un componente esencial de las políticas de Estado. En esta línea, el fallo también apunta a la necesidad de observar principios de proporcionalidad y adecuación en el dictado de estas medidas, a fin de que

no generen cargas desmedidas sobre los derechos del imputado y mantengan un equilibrio entre los derechos de las víctimas y las garantías de quienes son sujetos de las medidas.

Consecuentemente, la ley 26.485 y su interpretación jurisprudencial refuerzan la responsabilidad estatal de adoptar medidas inmediatas y de amplio alcance en la prevención de la violencia de género, proyectando un sistema de protección que no solo actúa en el ámbito de lo jurídico, sino que se expande hacia la transformación social y cultural. La ley y los precedentes judiciales que la acompañan sientan las bases para una política pública integral de género que busca erradicar la violencia de género en todos sus niveles y proteger a las víctimas, en el marco de un compromiso del Estado argentino con la equidad y los derechos humanos.

f. El delito de desobediencia: configuración legal y jurisprudencia

El artículo 239 del código penal argentino establece penas para quienes desobedecen una orden legítima emitida por un funcionario en el ejercicio de sus funciones. Este tipo penal exige, además de la legitimidad de la orden, que sea expresa, específica y emitida en el marco de una competencia jurisdiccional adecuada. Para que proceda la configuración del delito de desobediencia, el destinatario de la orden debe tener conocimiento claro y pleno de la misma, de manera que la inobservancia no sea producto de la confusión o de la ambigüedad en el mandato, sino una acción deliberada y voluntaria que demuestre una falta de respeto por la autoridad institucional. Asimismo, es requisito que el incumplimiento sea doloso, es decir, intencional, y carezca de justificación legal que permita eximir al sujeto activo de responsabilidad penal.

En la jurisprudencia argentina, la aplicación de este tipo penal en el contexto de medidas cautelares dictadas bajo la ley 26.485 de *«protección integral contra la violencia de género»* ha generado diversas

interpretaciones. El fallo «López, Daniel Alejandro s/ Incidente de desobediencia a la autoridad» (2020) de la CSJN establece un criterio que permite considerar desobediencia al incumplimiento de estas medidas cuando su infracción no solo afecta la seguridad de la víctima, sino que constituye una violación directa a la autoridad judicial. Este criterio es clave, ya que no se limita a sancionar el incumplimiento per se, sino que se enfoca en la protección efectiva de la víctima y en el respeto del sistema jurisdiccional como garante de dicha protección.

Sin embargo, este enfoque también ha suscitado un debate doctrinario respecto de su alcance y proporcionalidad. Por un lado, algunos autores y sectores de la jurisprudencia sostienen que el incumplimiento de una medida dictada bajo la ley 26.485 debe ser interpretado como un acto de desobediencia, dada la necesidad de asegurar que las disposiciones judiciales se cumplan en su totalidad para evitar la revictimización. Desde esta óptica, se argumenta que la sanción penal por desobediencia cumple un rol preventivo y disuasivo en la protección de los derechos de las víctimas, consolidando la respuesta estatal frente a la violencia de género.

Por otro lado, una corriente crítica advierte que la aplicación indiscriminada del artículo 239 en estos casos podría llevar a una sobrecarga del sistema penal y a la banalización del tipo penal de desobediencia. Esta postura plantea que no todos los incumplimientos de medidas cautelares son iguales en términos de gravedad o riesgo para la víctima, por lo que proponen alternativas, como el monitoreo electrónico y la supervisión de las medidas mediante dispositivos de vigilancia, para asegurar el cumplimiento sin recurrir inmediatamente a sanciones punitivas. Esta visión busca evitar un punitivismo exacerbado que, en casos de desobediencia menor o no reiterada, podría sobrecargar el sistema judicial y perder eficacia en la respuesta penal ante situaciones de mayor riesgo.

En el plano jurisprudencial, la cámara de apelaciones en lo criminal y correccional de

la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sostenido, en casos como «Gómez, Juan c/Medidas Cautelares s/Revisión» (2021), que la aplicación del artículo 239 debe atender a un criterio de proporcionalidad, evaluando tanto la gravedad del riesgo para la víctima como la intencionalidad del imputado en el incumplimiento. Este criterio de proporcionalidad se sustenta en el reconocimiento de que la respuesta penal debe adecuarse al contexto y circunstancias particulares, priorizando la intervención preventiva sin incurrir en excesos punitivos que pueden ser contraproducentes.

Sin duda alguna, la aplicación del artículo 239 en el ámbito de la violencia de género bajo la ley 26.485 plantea desafíos de interpretación y adaptación que requieren una ponderación equilibrada entre el mandato de proteger a las víctimas y la observancia de los principios fundamentales del derecho penal, como la proporcionalidad, la adecuación y la mínima intervención penal. Este equilibrio es fundamental para garantizar que la respuesta judicial sea no solo eficaz y protectora, sino también respetuosa de los derechos y libertades de todas las partes involucradas.

En palabras más sencillas, el incumplimiento de medidas cautelares en violencia de género puede, bajo determinadas circunstancias, constituir el delito de desobediencia, siempre que se configure un riesgo concreto para la víctima. Sin embargo, el sistema penal debe considerar la proporcionalidad y el riesgo en cada caso, priorizando medidas alternativas que no recurran directamente a la penalización cuando otros mecanismos de protección sean suficientes para resguardar la integridad de la víctima.

g. Referencias bibliográficas

- Abramovich, V., & Courtis, C. (2004). Los derechos sociales como derechos exigibles. Buenos Aires: Trotta.
- Binder, A. (2019). Teoría del delito y disidencias en el derecho penal. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón: Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.

Kozameh, A., & Gherardi, N. (2013). La violencia hacia las mujeres y la Ley 26.485: desafíos y perspectivas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3(2), 45-70.

Organización de Estados Americanos. (2022). Informe anual del Comité de Expertas del MESECVI. Organización de Estados Americanos.

<https://www.oas.org/es/cim/docs/MESECVI-InformeAnual-2022.pdf>

Píngaro, C. (2017). Medidas de protección a las víctimas de violencia de género en el derecho comparado y la experiencia argentina. *Anuario de Derecho Penal*, 15(4), 213-235.

<https://www.revistaderechopenal.org/medidas-proteccion-pingaro>

Tiffer-Soto, L. (2006). Teoría de la proporcionalidad en el derecho penal. Buenos Aires: B de F.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México (Sentencia de 16 de noviembre de 2009).

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2009). Opuz vs. Turquía (Sentencia de 9 de junio de 2009).

<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-92945>

Tribunal Supremo de España. (2016). Sentencia 512/2016. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal. Año 2016.

Tribunal Supremo de España. (2018). Sentencia 478/2018. Tribunal

Supremo de España, Sala de lo Penal.
Año 2018.

Corte Suprema de Justicia de la Nación.
(2019). «R. A. V. s/ Medidas cautelares». Jurisprudencia Nacional, Fallos de la CSJN, Año 2019.

Corte Suprema de Justicia de la Nación.
(2020). «López, Daniel Alejandro s/ Incidente de desobediencia a la autoridad». Jurisprudencia Nacional, Fallos de la CSJN, Año 2020.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.
(2018). «G.B. c/ E.R. s/ Medida Cautelar». Jurisprudencia Nacional, Fallos Civiles, Año 2018.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (2021). «Gómez, Juan c/ Medidas Cautelares s/ Revisión». Jurisprudencia Nacional, Fallos Penales, Año 2021.

O Estado penal, a violência e o Sistema Penitenciário Brasileiro: contribuições críticas acerca da questão penal

Por Viviane Isabela Rodrigues¹

A complexidade da questão penal contemporânea tem atraído a atenção de pesquisadores de diversas áreas, configurando-se como um relevante campo de investigação. Este trabalho propõe-se a explorar as dinâmicas prisionais, fundamentando-se nas contribuições teóricas perenes de Michel Foucault e Erving Goffman. Dessa forma, a análise das prisões e do aprisionamento como fenômenos sociais será contextualizada em uma perspectiva mais ampla, conectando-se à persistência da violência estrutural. A presente discussão visa iniciar uma análise preliminar de elementos teóricos que articulam a violência estrutural à questão penal contemporânea.

prisões – privação de liberdade – violência estrutural – questão penal – aprisionamento massivo

* * * * *

a. Introdução

Contemporaneamente a temática penal tem propiciado a emergência de estudos teóricos e científicos de diferentes tipologias, cada qual, com sua plausibilidade frente ao ramo do conhecimento que problematiza. Considera-se que o contexto contemporâneo marcado pela agudização da violência estrutural em meio a totalidade social, requisita dos pesquisadores a continuidade de diferentes problematizações em relação a sua latência e perpetuação em meio a concretude social. Sob tal prisma, depreende-se que a temática penal apresenta intrínseca relação com a manifestação da violência estrutural. A

presente produção buscará analisar aspectos da questão penal, em especial acerca da privação de liberdade e das violações perpetradas contra os sujeitos privados, relacionando-os a discussão da violência estruturalmente latente.

Historicamente as prisões integraram as dinâmicas sociais, apresentando-se enquanto uma instituição coletivamente necessária. Junto a escolas, igrejas, cemitérios e palácios governamentais, as prisões delineavam as conformações da organização social, sobretudo a partir do imperativo do disciplinamento e controle social contributiva a perpetuação da sociabilidade capitalista.

A questão penal contemporânea tem estimulado o surgimento de diversas

¹ Professora adjunta na Universidade Federal de Alagoas. Assistente social, graduada em serviço social (Universidade Luterana do Brasil). Graduada em gestão pública (Instituto Federal de Santa Catarina). Especialista em metodologia de intervenção com famílias (Universidade de Passo Fundo). Especialista em gestão pública (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Mestre e doutora em serviço social (Pontifícia Universidade Católica do Rio grande do Sul). Atuou laboralmente no sistema prisional do Brasil. Correio eletrônico: viviane-rodrigues@fssoufal.br

investigações teóricas e científicas, cada qual oferecendo perspectivas relevantes para a compreensão do tema. No contexto atual, marcado pela intensificação da violência estrutural na sociedade, pesquisadores são impelidos a dar continuidade a diferentes problematizações acerca de sua persistência e manifestação na realidade social. Sob essa ótica, percebe-se a intrínseca ligação entre a temática penal e a expressão da violência estrutural. Este trabalho se propõe a analisar aspectos da questão penal, com foco na privação de liberdade e nas violações sofridas pelos indivíduos encarcerados, relacionando-os à discussão da violência estrutural subjacente.

Historicamente, as prisões têm integrado as dinâmicas sociais, apresentando-se como uma instituição socialmente considerada necessária. Ao lado de escolas, igrejas, cemitérios e edifícios governamentais, as prisões moldaram as configurações da organização social. Segundo Foucault, «*A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão*» (p. 223). Embora as prisões tenham se transformado ao longo da história e as penas tenham evoluído, a essência dessas instituições como espaços de confinamento e instituições totais permanece inalterada. Goffman (2010) teoriza que as instituições totais caracterizam-se por serem mais fechadas, possuindo barreiras físicas que simbolizam seu distanciamento com as relações sociais e com o mundo externo, assim, costumam deter parte do tempo de seus integrantes dando-lhes aspectos de seu mundo. O autor situou as casas prisionais em um terceiro grupo de instituições totais, ressaltando que historicamente tal foi organizada para proteger a sociedade, não importando o bem-estar das pessoas isoladas.

«As instituições de nossa sociedade podem ser, grosso modo, enumeradas em cinco agrupamentos. (...) Um terceiro tipo de instituição total é organizado para proteger a comunidade contra perigos intencionais, e o bem-estar das pessoas assim isoladas não constitui um problema imediato: cadeias penitenciárias, campos de

prisioneiros, campos de concentração.» (Goffman, 2010: 17)

Em complemento, Foucault afirma que desde seus primórdios, as prisões tiveram por objetivo primeiro a transformação dos indivíduos, ou seja, a docilidade de seu corpo e de seus atos através da estruturação do panóptico do poder, o qual sedimenta-se nos atos de vigiar e disciplinar. Não obstante, o autor problematiza relevantes aspectos acerca das transformações das penas durante o processo histórico, conforme Foucault (2014), as penas dirigidas aos sujeitos que cometiam crimes inicialmente possuíam caráter de suplício físico, ou seja, violações corporais, tortura e morte. Com o passar do tempo, a comoção popular requisitou das figuras de poder (naquele momento os Reis, Clero e Juizes), a modificação da brutalidade das penas, a definição de seu caráter germinalmente corretivo, sendo assim, do suplício físico transitou-se para o suplício tácito. Neste sentido, Foucault (2014), refere que «*Punições menos diretamente físicas, uma certa discricção na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação [...]*» (p. 13).

Nesta nova dinâmica, a dor física deixa de ser um elemento da pena, o corpo adentra em um sistema ordenado de repressão, coação, privação e disciplinamento. Sendo assim, «*O castigo passou a ser uma arte das sensações insuportáveis a economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará a distância, propriamente, segundo regras rígidas*» (Foucault, 2014: 16). A passagem das penas físicas as estruturas violatórias veladas não representa uma pseudo evolução, ou mesmo, a humanização dos castigos, do contrário, as prisões e suas penas permaneceram tão deletérias e violatórias quanto as antigas, assumindo ineditamente um arcabouço de procedimentos disciplinares e rotinas prisionais mortificadoras e deteozadoras às pessoas segregadas. A manutenção das prisões e das relações de hierarquia e poder que lhe são comuns, são denominadas por Foucault de panópticos de poder. Tal panóptico sedimenta-se na arquitetura prisional

construída de maneira a facilitar a vigia e impedir a comunicação/interação entre pessoas. O objetivo primeiro de tal estrutura é o funcionamento automático do poder através dos reflexos que suas dinâmicas desencadeiam nos sujeitos presos.

«[...] o panóptico pode ser utilizado como máquina de fazer experiências, modificar o comportamento, treinar ou retrainar os indivíduos. Experimentar remédios e verificar seus efeitos. Tentar diversas punições sobre os prisioneiros, segundo seus crimes e temperamento, e procurar as mais eficazes. [...] O panóptico é um local privilegiado para tornar possível a experiência com homens, e para análise com toda certeza as transformações que se pode obter neles.» (Foucault., 2014: 197)

Dessa forma, depreende que o panóptico do poder teorizado por Foucault impregna as estruturas materiais (arquitetônicas) e simbólicas das relações intramuros, disseminando a hierarquia de poder e promovendo o alastramento de violações através das interações cotidianas. Em contribuição ao supracitado autor, outro teórico profere relevantes contribuições no que se refere as dinâmicas das instituições totais, tal como as prisões. Goffman refere-se as rotinas perceptíveis em instituições totais, o autor parte de um estudo realizado junto a um manicômio, no entanto, observa-se que as dinâmicas disciplinantes das rotinas cotidianas padronizadas são as mesmas evidenciadas junto a realidade prisional.

«[...] Em primeiro lugar, todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras

pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e obrigadas a fazer as mesmas coisas em conjunto. Em terceiro lugar, todas as atividades diárias são rigorosamente estabelecidas em horários, pois uma atividade leva um tempo predeterminado, à seguinte, e toda sequência de atividades é imposta de cima, por um sistema de regras formais explícitas e um grupo de funcionários. Finalmente, as varias atividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planejado para atender aos objetivos oficiais da instituição [...]» (Goffman, 2010: 18)

O estabelecimento de rotinas padronizadas, disciplina, a imposição de atividades, bem como, a recusa ao arbítrio ou mesmo a individualidade dos sujeitos privados, ocasionam a estes sujeitos deletérias repercussões de diversas ordens. Conforme Foucault (2014), «a disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos dóceis» (p. 18), sendo assim, parafraseando o autor, a disciplina almeja aumentar as forças do sujeito em termos econômicos de utilidade e diminuir suas forças em termos políticos, alcançando a obediência². O ingresso em instituições totais inicia o processo de transformações no papel individual do interno construído através de suas sociabilidades no mundo externo. O seu eu é paulatinamente mortificado. Uma sistemática mudanças de crenças, vivencias e significados ocorre, a separação entre interno e mundo externo pode causar a primeira mutilação do eu.

«O novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Ao entrar, é imediatamente despido do apoio dado por tais disposições. Na linguagem exata de algumas de nossas mais antigas instituições totais, começa uma serie de

² Foucault (2014), ao problematizar aspectos da disciplina, a expande as demais instituições sociais, não atendo-se unicamente as prisões. Conforme o autor, o treinamento dos corpos a docilidade, as

relações de poder que engendram e possibilitam tal prática, estão presentes em instituições sociais como escola, exército e afins.

rebaixamentos e degradações, humilhações e profanações do eu. O seu eu é sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente, mortificado. [...] Nas instituições totais, ao contrário, a participação automaticamente perturba a sequência de papéis, pois, a separação entre o internado e o mundo mais amplo dura o tempo todo e pode continuar por vários anos. Por isso ocorre o despojamento do papel. [...] Embora alguns dos papéis possam ser restabelecidos pelo internado, se e quando ele voltar para o mundo, é claro que outras perdas são irrecuperáveis e podem ser dolorosamente sentidas como tais» (Goffman, 2010: 24-25)

A desfiguração pessoal prossegue através do despimento de sua aparência usual (retirada de bens individuais), bem como, através da desfiguração por mutilação do corpo, tal como indignidades físicas, humilhações (relações hierárquicas), indignidades e desrespeito a fala, violação da reserva dos dados do eu - ex: admissão, exposição física (cela, exames médicos), contaminações alimentos, privadas, celas, alimentação forçada, medicamentos forçados, revistas íntimas, sensação de contaminação étnica, apelidos a internados, ataques físicos a pessoas próximas. Goffman denomina as vivências acima enquanto o processo paulatino de mortificação do eu.

Para além da mortificação do eu, Goffman teoriza também acerca do desculturamento do sujeito privado. Segundo o autor, ao ingressar em uma instituição total o interno possui sua cultura aparente, provinda das sociabilidades nutridas junto ao mundo externo. Ao ingressar na instituição e adaptar-se as suas dinâmicas, se, muito tempo recluso junto a instituição, pode vivenciar o processo de desculturamento, o que pode o incapacitar a realizar algumas atividades no mundo externo. Ademais, indica que «as instituições não buscam promover uma “vitória cultural”, visto que mantem um “tipo específico de tensão entre o mundo doméstico e o mundo institucional, e usam essa tensão persistente como uma força estratégica no controle de homens» (Goffman, 2010: 24).

As violações intramuros prosseguem mediante a manutenção do panóptico do poder. Goffman, ao encontro de Foucault, reconhece a latência de tais dinâmicas, conforme tal, vigora uma visível relação hierárquica de poder junto as instituições totais, especialmente, entre dirigentes e internos. Tais relações estabelecem identidades atribuídas e propriamente auto identificações, dinâmicas relacionais que paulatinamente conformam a subjetividade dos sujeitos envolvidos, tal como cunhado pelo autor.

A manutenção da relação hierárquica entre dirigentes e internados sedimenta-se como uma forma de manutenção do controle. Outro mecanismo perverso de manifestação do controle e poder por parte da equipe dirigente é a latência de privilégios e castigos. No que se refere aos privilégios, tais tratam-se de troca de obediências, ou, cooptação a dinâmicas ilícitas latentes. Os castigos se referem as desobediência as regas, ou ainda, enquanto consequência das dinâmicas ilícitas latentes. O autor refere-se aos ajustamentos secundários, onde «*dados os ajustamentos secundários, um tipo de estratificação rudimentar, em grande parte informal, de internados, com base em acesso diferencial a bens ilícitos disponíveis; também aqui, encontramos uma tipologia social para designar as pessoas poderosas no sistema de mercado informal*» (Goffman, 2010: 55)

Tal realidade intramuros, permeada por violações e suplícios tácitos, sedimentam estruturas prisionais falidas, as quais, endossam a violência intra e extramuros que objetivamente buscava superar. As falácias das prisões, somada a seletividade penal e a invisibilidade da violência estrutural conformam o contemporâneo panorama da Questão Penal. A perpetuação de estruturas prisionais arcaicas, violadoras e disciplinadoras por natureza, somada a latência exacerbada da violência estrutural, em especial através da desigualdade social, suscitam a insolubilidade da Questão Penal contemporânea e da violência socialmente recorrente de tal.

b. A privação de liberdade e a violência estrutural

Inexplicavelmente, é este ordenamento institucional respaldado juridicamente pelas legislações que o regem, que buscaria única exclusivamente promover a privação de liberdade, a custódia e a «reforma»³ dos sujeitos privados. Contudo, conforme reflete Foucault (2014) «Esse “reformatório” integral prescreve uma recodificação da existência bem diferente da pura privação jurídica da liberdade e bem diferente também da simples mecânica de representações com que sonhavam os reformadores na época da Ideologia» (p. 228).

Sob tal prisma, depreende-se que as estruturas prisionais e o caráter violatório que as engendram não podem ser explicadas isoladamente das relações socialmente latentes e da violência estrutural que as permeiam. O aumento do Estado Penal em contraponto a diminuição do Estado Social conforma o panorama contemporâneo que apresentam estreita relação com a violência estrutural. A violência estrutural manifesta-se na conjuntura social, seja, por meio de estruturas, instituições, grupos ou nações. A existência da violência estrutural atua como fator alienador a sociedade, pois, naturaliza as demais expressões da violência existentes, originando a cultura da banalização e da culpabilização individual.

Conforme Minayo,

«É, hoje, praticamente unânime, por exemplo, a idéia de que a violência não faz parte da natureza humana e que a mesma não tem raízes biológicas. Trata-se de um complexo e dinâmico fenômeno biopsicossocial, mas seu espaço de criação e desenvolvimento é a vida em sociedade. Portanto, para entendê-la, há que se apelar para a especificidade histórica. Daí se conclui, também, que na configuração da violência se cruzam problemas da política, da economia, da moral, do Direito, da Psicologia, das relações humanas e institucionais, e do plano individual». (Minayo, 1994: 7)

Neste sentido, a violência estrutural, sendo aquela engendrada nas relações sociais e caracterizada pelas faces da desigualdade social e da luta de classes, é habitualmente naturalizada. Esta forma de violência se faz intrínseca as relações macro e microsociais, inferindo em sociabilidades e na conjuntura socialmente latente. A banalização, ou mesmo, a naturalização das desigualdades enquanto uma face da violência estrutural suscita a agudização das expressões da questão social e o enfraquecimento dos enfrentamentos e resistência as suas manifestações. Tal dinâmica é também perceptível em meio a relação entre violência estrutural, desigualdade e criminalidade, tal como apontado por Wacquant:

«Em primeiro lugar, por um conjunto de razões ligadas à sua história e a sua posição subordinada na estrutura das relações econômicas internacionais (estrutura de dominação que mascara a categoria falsamente ecumênica de “globalização”), e a despeito do enriquecimento coletivo das décadas de industrialização, a sociedade brasileira, continua caracterizada pelas disparidades sociais vertiginosas e pela pobreza de massa, que ao se combinarem, alimentam o crescimento inexorável da violência criminal, transformada em principal flagelo das grandes ciudades» (Wacquant, 2011: 10).

Torna-se perceptível que a criminalidade possui estreita relação com a violência estrutural latente em sociedade. Nesta conjuntura, o sistema penitenciário sedimentado nas entranhas de um Estado penal, ou, parafraseando Wacquant (2011), de um Estado que executa a «penalidade neoliberal», vê-se permeado pelo seu contínuo crescimento populacional carcerário e pela ineficácia social da segregação. Conforme Wacquant,

«A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende

³ Terminologia utilizada por Foucault em sua obra Vigiar e Punir (2014).

remediar com um ‘*mais Estado*’ policial e penitenciário o ‘*menos Estado*’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto no Primeiro como no Segundo Mundo». (Wacquant, 2011: 9)

Destarte, cabe salientar que o Estado penal em voga, possui estreita relação com o controle da desregulamentação da economia e a retomada de crescimento econômico, bem como, com o encaminhamento do exército industrial de reserva, e do lupen do proletariado à instituições disciplinadoras, em prol da sua posterior reintegração social na sociedade do trabalho;

«Em tais condições, desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (re)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres» (Wacquant, 2011: 12).

Ao encontro de tais problematizações, Wacquant profere importantes reflexões acerca do aprisionamento massivo de populações pobres, o mesmo nomeia tal fato enquanto a seletividade do sistema judiciário. Conforme o autor, a estratégia de penalização adotada pelo Estado serve como um mecanismo de invisibilização da Questão Social, assim sendo, o Estado «enquanto alavanca burocrática da vontade coletiva, não pode ou não se preocupa mais em tratar de forma profunda e a prisão serve de lata de lixo judiciária em que são lançados os dejetos humanos da sociedade do mercad» (Wacquant, 2003: 21).

A seletividade do Estado Penal e do Poder Judiciário, por óbvio, não atinge a todos os segmentos sociais de igual forma, conforme elencado por Pierangeli e Zaffaroni, importantes teóricos da criminologia crítica,

«Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma orientar-se por “estereótipos” que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre» (Pierangeli, Zaffaroni, 2008: 69).

Notavelmente, a seletividade penal induz ao aprisionamento massivo de segmentos empobrecidos, pessoas negras, estrangeiras e outras minorias incluídas perversamente na sociedade do consumo. A dinâmica da seletividade penal supracitada possui estreita relação com a violência estrutural socialmente latente, ambas derivam genericamente das desigualdades sociais e se retroalimentam de tais disparidades.

O Estado Penal e o exacerbamento da seletividade penal tornam-se amplamente interessantes as dinâmicas do modo de produção capitalista, conforme Wacquant (2011) «*o woksfare mesquinho e o prisonfare generoso constituem uma única geringonça organizacional para disciplinar e supervisionar os pobres sob uma filosofia de behaviorismo moral*» (p. 178), sob tal prisma, um sistema penal caro e expansivo torna-se um componente central do Estado Neoliberal.

É mediante a esteira da moralização, que discursos de re-reintegração, ressocialização- passam a sedimentar as problematizações penais na contemporaneidade. O cárcere passa a atuar enquanto um espaço transitório de privação de liberdade, onde, o disciplinamento e a moralização objetivam o retorno da pessoa privada a sociedade na condição de regenerado. Eis o discurso conservador que ganha espaço e credibilidade no entorno das problematizações penais.

«Quanto à ressocialização, especialmente mediante “tratamento” nas chamadas “instituições totais” (instituições onde o sujeito passa toda a sua vida: manicômios, prisões, asilos, internatos etc.), nos últimos anos se

estudou o efeito destas instituições sobre a personalidade (especialmente a partir de GOFFMAN) e insistiu-se na inevitável deterioração psíquica – às vezes irreversível – que acarreta uma prolongada privação de liberdade, o que contribui para evidenciar a suspeita de que o “tratamento” era um produto de justificação ideológica, o que foi reforçado pela ação direta dos próprios prisioneiros, denunciando sua situação e suas técnicas de sobrevivência (organizações de presos, comissões internas no cárceres, dirigentes e porta-vozes dos motins). Isto levou a que hoje se fale abertamente no mundo do “fracasso da prisão” e da fraca crise da “ideologia do tratamento”, que batem em aberta retirada inclusive nos países em que realmente se quis realiza-la» (Pierangeli, Zaffaroni, 2008: 70).

Para além das repercussões subjetivas que o aprisionamento desencadeia, tal como problematizado anteriormente sob a luz das teorizações de Foucault e Goffman, cabe ressaltar que o *«fracasso das prisões»*, associa-se a seus objetivos formais e explícitos, tal como a promoção da segurança social e a minimização da criminalidade e delitos. Contudo, no que tange aos objetivos velados, associados a penalização neoliberal (Wacquant, 2011), o aprisionamento massivo de minorias vem cumprindo seu objetivo, a transformação do medo social em mercadoria (vide aparatos de segurança privada comercializados), e, a criminalização de segmentos atingidos diretamente pela violência estrutural, fazendo com que tal torne-se invisibilizada e inquestionável, tais objetivos vêm sendo atingidos.

c. Considerações finais

A falácia das prisões na contemporaneidade torna-se uma assertiva relevante e plausível. O aumento gradativo do aprisionamento, o endossamento da seletividade penal, contrariamente ao desejado, contribuem para o aumento da violência e da criminalidade. As arcaicas estruturas prisionais da atualidade convivem

com o progressista discurso legalista de reintegração e ressocialização da pessoa privada de liberdade. O conservadorismo responsabiliza o sujeito privado à mudanças que deverá promover em sua vida, negando aspectos sociais e econômicos conjunturais que circundam a sociabilidade atual.

Notavelmente, o aumento da violência e da criminalidade dificilmente cessará em meio a uma sociedade amplamente desigual como a contemporânea. A violência estrutural sedimentada sob a égide da desigualdade social e suas repercussões, alastra socialmente fenômenos sociais deletérios, os quais, endossam a violência e a criminalidade. Práticas criminais, não raramente, tornam-se o meio de acesso a sociedade do consumo, ou, quando não dificilmente, de ingresso no mercado de trabalho ilícito. As dinâmicas excludentes de uma economia Capitalista produzem reflexos a totalidade social, inferindo diretamente nas relações sociais concretas.

A equação acima exposta, a qual relaciona a violência estrutural a desigualdade, e por consequência, ao crime e ao aprisionamento, dificilmente é aceita em meio aos círculos de poder, contrariamente a tal, as explicações contemporâneas dirigidas a tais fenômenos residem em justificativas moralizadoras, conservadoras que voltam-se ao terreno da culpabilização e responsabilização individual.

A proposição de alternativas e de resistências a conjuntura acima exposta torna-se imprescindível. Repensar a questão penal, desnaturalizar a violência estrutural, e promover a crítica as estruturas prisionais contemporâneas, torna-se relevante em meio a períodos de retrocesso conservador.

d. Referências

- Foucault, M. (2014). *Vigiar e punir: O nascimento da prisão* (42.^a ed.). Vozes.
- Foucault, M. (2015). *Vigiar e punir: O nascimento da prisão* (2.^a ed.). Paz e Terra.

- Goffman, E. (1978). Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Zahar Editores.
- Goffman, E. (2010). Manicômios, prisões e conventos. Perspectiva.
- Loboso, F. (2015). Prisionização: Múltiplos aspectos da assimilação prisional. Repositório Institucional do Ministério Público de Minas Gerais.
<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/985>
- Pierangeli, J. H., & Zaffaroni, E. R. (2008). Manual de direito penal brasileiro (Vol. 1, 17.^a ed.). Revista dos Tribunais Ltda.
- Wacquant, L. (2003). Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (3.^a ed.). Revan.
- Wacquant, L. (2011). As prisões da miséria (2.^a ed.). Zahar.

La problemática de la mal llamada «baja de la edad de imputabilidad»

Por Nahuel F. Díaz¹

El debate sobre la edad de punibilidad en el régimen penal juvenil en argentina ha resurgido, como es habitual, como respuesta a un problema aún más grande, con la promesa de reducir esta edad de 16 a 13 o 14 años dependiendo de qué propuesta se adopte. En este análisis se pretende adentrarse en un problema recurrente de errores terminológicos a la vista de generar un desvío natural en cuanto al foco de discusión.

régimen penal juvenil – imputabilidad – edad de punibilidad – niños, niñas y adolescentes – justicia penal juvenil

* * * * *

a. Un problema con historia

Durante los últimos años, los medios de comunicación nos inundan con información que, muchas veces, no contiene la necesaria exactitud que requiere un tema como el planteado.² En la mayoría de las ocasiones, se habla de esta supuesta baja de edad de imputabilidad, lo cual es totalmente erróneo en términos técnicos, ya que la imputabilidad no se define basándose en una edad ni mucho menos con la modificación de una ley. La imputabilidad según Zaffaroni (1973) es «*la ausencia de un impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad*» (p. 584). Para llegar a dicho análisis, es menester adentrarse en la vieja y conocida teoría del delito para entender la ubicación sistemática de este término tan utilizado. Esta teoría, en su último escalafón, contiene el estrato conocido como culpabilidad, que no es más que reprochabilidad; es la posibilidad de reprocharle al autor haber cometido el injusto. En primer lugar, siguiendo la

doctrina mayoritaria, se verifica lo conocido como capacidad psíquica de culpabilidad (imputabilidad). El artículo 34° en su inciso 1° de nuestro código penal argentino es el encargado de establecer los supuestos que neutralizan la responsabilidad penal debido a la incapacidad del individuo para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones al momento de cometer un delito.

Estos supuestos son: (1) estado de insuficiencia de facultades; (2) alteraciones morbosas de las facultades; o (3) estado de inconsciencia.

El concepto de este artículo 34 tiene carácter psicológico, psiquiátrico y normativo de la imputabilidad. Esto significa que, en el caso concreto, quien determine la imputabilidad o inimputabilidad será el juez, ayudado por las ciencias auxiliares del derecho penal.

De acuerdo con lo antes expuesto, los menores de edad técnicamente no son inimputables; vulgarmente se los comprende en los supuestos de

¹ Estudiante de derecho (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Correo electrónico: nahudiaz034@gmail.com

² Celichini, D. (2025, mayo 6).

inimputabilidad de manera errónea. La ley define de forma clara la situación de los menores incurso en delitos como no punibles, entendiendo la punibilidad como la capacidad del poder punitivo para reprimir una conducta que previamente configura un delito. Es así que el artículo 1° de la ley 22.278 (1980)³, señala «*no es punible el menor que [...]*». Por último, se puede mencionar el artículo 1° de la ley 22.803 (1983)⁴, que repite la misma fórmula de que no son punibles.

La causa de exclusión de pena es un tema abarcado en su totalidad por la política criminal, considerando que no es conveniente reaccionar de la misma forma que se hace con los mayores de edad, reemplazando dicha pena por medidas establecidas en las leyes 22.278, 22.803 y 26.061⁵, destacando estas en su articulado la importancia del enfoque rehabilitador para los menores de edad.

b. La importancia de las palabras

Es importante hacer esta diferenciación en cuanto a la terminología adecuada a la hora de discutir sobre esta cuestión, básicamente porque al hablar de baja de punibilidad se torna más compleja la discusión, ya que habría que justificar de manera fehaciente que el cambio en la ley sería lo más adecuado y daría la solución acertada a este problema tan grande que tenemos. Lo cual sabemos que es algo totalmente improbable, que una persona pueda confirmar siquiera con probabilidad rayana a la certeza el éxito de esta reforma planteada.

En cambio, al hablar de baja inimputabilidad, como se conoce vulgarmente en los medios de comunicación, por pseudo especialistas y, lamentablemente, por

muchos profesionales tanto del derecho como de otras ramas, se dejan de lado todas las cuestiones que tendrían que hacer a la materia de debate. El foco del problema se sumerge en algo totalmente diferente: la capacidad de comprensión y discernimiento de los menores de edad, lo cual es prácticamente innegable. Hay menores de 16 años que tienen la posibilidad de comprender la antijuricidad de su conducta; habría que comprobarlo en el caso concreto. No son inimputables, como regla, aunque puede haber y hay muchos menores que son inimputables como consecuencia de su escaso desarrollo psíquico de acuerdo a su edad. Al centrarse la discusión en un problema diferente, se ignora la realidad, que es algo que, como sociedad, no deberíamos obviar. El derecho penal nunca ha solucionado ni solucionará ningún problema a lo largo de la historia, ya que generalmente llega a resguardo de un bien jurídico afectado. Entonces ¿cómo se supone que lo que tendría que ser utilizado como última ratio se pretenda utilizar de manera abarcadora e indiscriminada, generando un daño intergeneracional?

c. El trasfondo del problema

La realidad que tiene dicha modificación responde a un pedido social que exige la utilización del derecho penal como cura de todos los males. Sería mucho más sencilla esta rápida solución con «*efecto placebo*», como bien lo define la profesora Beloff⁶, que indagar cuáles son los problemas que llevan a los menores de 16 años a incurrir en la delincuencia. Más aun teniendo en cuenta que decir que la delincuencia juvenil está en aumento es una percepción recurrente en los medios, aunque las estadísticas no reflejan un incremento significativo. Según el informe del «*sistema nacional de estadística sobre ejecución penal (SNEEP)*», el porcentaje

³ Argentina. (1980, agosto 25). Ley 22.278. Régimen penal de la minoridad. Boletín Oficial de la República Argentina.

⁴ Argentina. (1983, mayo 9). Ley 22.803. Modificación de la Ley 22.278. Boletín Oficial de la República Argentina.

⁵ Argentina. (2005, octubre 26). Ley 26.061. Protección integral de los derechos de las niñas,

niños y adolescentes. Boletín Oficial de la República Argentina

⁶ Beloff, M. (2011). La protección de los niños y las políticas de la diferencia. Lecciones y Ensayos, (89), 417.

de delitos cometidos por menores de edad se mantiene relativamente bajo en comparación con el total de delitos en el país. Aunque se intente difundir de manera atemorizante el supuesto aumento de delitos cometidos por menores, vemos que en la realidad no se ve reflejada para configurarlo como un peligro inminente y mucho menos para ser consumido por el poder punitivo. Esta solución planteada no es más que una herramienta rápida que no hace más que acrecentar el estado de vulnerabilidad en el cual se encuentran los menores de edad.

d. Conclusión

Me parece que este error terminológico, más que ser un simple error, denota una clara idea de cambiar el foco de atención de esta discusión. No se trata de comprensión o dirección de los actos; más bien, se trata de la penalización de chicos que en la mayoría de los casos viven en un contexto socioeconómico desfavorable que merecen más que una pena de prisión, una respuesta estatal a su problemática diaria.

e. Bibliografía

- Bagnat, M. (s. f.). El principio de culpabilidad en el derecho penal y los límites en el poder punitivo estatal. *Revista Pensamiento Penal*.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina88940.pdf>
- Beloff, M. (2011). La protección de los niños y las políticas de la diferencia. *Lecciones y Ensayos*, (89), 417.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2023). Informe estadístico BGD 2023 - Niños, niñas y adolescentes en la Justicia Nacional de Menores. <https://www.csjn.gov.ar/bgd/verNoticia?idNoticia=8062#:~:text=Predominaron%20los%20delitos%20contra%20la,y%20la%20libertad%2C%20entre%20otros>
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo penal*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Argentina. (1980, agosto 25). Ley 22.278. Régimen penal de la minoridad. Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-22278-114167/actualizacion>
- Argentina. (1983, mayo 9). Ley 22.803. Modificación de la Ley 22.278. Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-22803-1983-219385>
- Argentina. (2005, octubre 26). Ley 26.061. Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26061-110778>
- Sposato, K. (s. f.). Culpa y castigo: Modernas teorías de la culpabilidad y los límites al poder de punir. *Revista Pensamiento Penal*.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2005/03/doctrina30067.pdf>
- Universidad Nacional del Litoral [FCJS-UNL]. (s. f.). Inicio [Canal de YouTube]. YouTube.
<https://www.youtube.com/watch?v=yeWPg1sYhok&t=24s>
- Zaffaroni, E. (1976). *Teoría del delito*. Ediar

El caso \$LIBRA: una mirada desde el derecho penal

Por Pablo Over Obiaño¹

Esta columna examina la responsabilidad penal y ética del presidente argentino Javier Milei por su presunta promoción de la criptomoneda \$LIBRA, cuyo colapso provocó pérdidas millonarias. La justicia investiga si su intervención configuró un fraude, dada su influencia pública y el efecto de sus declaraciones en redes. Se argumenta que la promoción de criptoactivos sin diligencia, especialmente por una figura de alto perfil, podría constituir coautoría funcional en una estafa. También se analizan cuestiones de competencia y la posible adecuación del caso al tipo penal de estafa.

criptomonedas – Javier Milei – competencia territorial – ética pública – fraude

* * * * *

a. Introducción

La presunta estafa en la que podría haber participado el presidente Javier Milei, vinculado a la criptomoneda \$LIBRA, está en boca de todos. Más allá de los perjuicios ocasionados por el ascenso y derrumbe de la moneda virtual, el desafío actual radica en determinar si este suceso encuadra o no dentro en una figura jurídica del derecho penal.

El presidente argentino fue denunciado penalmente por promover \$LIBRA, una criptomoneda que generó pérdidas significativas para más de 40.000 personas - a pesar que él indique que fueron cinco mil y el resto bots-, superando los 4.000 millones de dólares en total.

Ahora, la titular del juzgado nacional en lo criminal y correccional federal N°1 –a cargo de la Dra. María Romilda Servini– deberá evaluar si Milei incurrió en algún delito al promocionar \$LIBRA, cuyo valor experimentó un repentino ascenso para luego desplomarse. Durante algunas horas, el mandatario mantuvo en su cuenta oficial de la red social X una publicación sobre la criptomoneda, pero posteriormente la eliminó y subió otro mensaje en el que se desligaba del tema.

A fines de febrero del 2025, el fiscal Eduardo Taiano –a cargo de la fiscalía federal N°3– comenzó a investigar al presidente Javier Milei, ordenando las primeras diligencias para reunir pruebas. Además, se presentaron acusaciones contra Karina Milei, hermana del mandatario y secretaria general de la presidencia de la nación, por presuntamente haber solicitado

¹ Abogado; especialista en derecho penal (UNMDP). Maestrando en criminología (UNQ). Integrante de la red de defensorías territoriales de derechos humanos (DTDH) en trabajos coordinados con el comité nacional para la prevención de la tortura (CNPT), realizando tareas de investigación en el destacamento femenino de Mar del Plata; Integrante del proyecto de extensión universitaria «tejiendo vínculos» en la facultad de ciencias de la salud y trabajo social (UNMDP) abordando problemáticas vinculadas a mujeres en arresto domiciliario; y tallerista del «taller herramientas para la libertad», que se desarrolla en la Unidad Penal N°15 (Batán). Correo electrónico: obianopabloover@gmail.com

sobornos a cambio de reuniones con el mandatario. Inicialmente, la oficina anticorrupción también intervino en el caso, mientras que en Estados Unidos habían surgido nuevas denuncias relacionadas con esta situación.

El fiscal Taiano dispuso la intervención de la «*unidad fiscal especializada en ciberdelincuencia* (UFECI)» del ministerio público fiscal de la nación para colaborar en la preservación y recuperación de pruebas, con el objetivo de rastrear los sitios web vinculados a la criptomoneda en cuestión. Por aquel entonces, el fiscal recibió el caso, luego de que la jueza María Servini le delegara la investigación.

En el ámbito internacional, la pesquisa también avanzó en Estados Unidos, donde se presentó un pedido ante el departamento de justicia para que tome intervención. No solo se solicitó que se investigue a los responsables de la criptomoneda \$Libra, sino también al propio Milei por su presunta participación en esta supuesta estafa.

Por otro lado, el estudio jurídico neoyorquino «*Burwick Lan*», que aseguró representar a cientos de personas afectadas que habrían perdido millones con \$Libra, derivando luego en la presentación de una demanda. Max Burwick, socio gerente del bufete, dijo que analizaron lo ocurrido para evaluar las opciones legales disponibles para sus clientes, entre las cuales se presentó una demanda colectiva ante un tribunal civil de Estados Unidos.

La respuesta inicial de Javier Milei, luego de todo el cimbronazo que generó la situación, fue la de justificar su publicación afirmando que el propósito era fondear pequeñas empresas y emprendimientos argentinos. Sin embargo, más tarde se retractó, alegando que en realidad desconocía el funcionamiento de la operatoria y decidió borrar su mensaje original.

El posteo de Milei en su red social X provocó un incremento de más del 1000% en la cotización de la criptomoneda. Su posterior retractación generó un desplome. Como resultado, una minoría logró comprar el token a un valor cercano a cero y venderlo

a precios récord, obteniendo ganancias millonarias en dólares. En contraste, quienes ingresaron al mercado en pleno auge, motivados por la publicación original del presidente, no lograron vender antes del colapso y terminaron perdiendo todo el capital invertido.

Entre los involucrados en el proyecto, destaca Hayden Mark Davis, empresario estadounidense y fundador de «*Kelsier Ventures*». Según sus declaraciones, actuó como asesor en el lanzamiento de \$LIBRA, siendo responsable de garantizar la liquidez y el respaldo financiero del token. Por otro lado, Julian Peh es el fundador de «*KIP Network*», empresa registrada en Panamá desde 2019 y especializada en inteligencia artificial y tecnología web3. «*KIP Network*» proporcionó la infraestructura técnica para el proyecto, aunque, según afirmaciones oficiales, no poseía billeteras asociadas con el token ni participó en su promoción financiera.

Además, \$LIBRA fue lanzado como un token en la blockchain de Solana, cuya sede se encuentra en San Francisco, California («*Solana Labs*») y Zug, Suiza («*Solana Foundation*»).

Toda esta información es clave para analizar qué juzgado es competente para investigar estos sucesos presuntamente delictivos.

b. Cuestión de competencia

La cuestión de competencia abre una arista compleja debido al tipo de operación en juego. Es decir, ¿qué juez debe intervenir: uno de Argentina o de otro país?

En este análisis, resulta clave determinar dónde están radicadas «*Kelsier Ventures*» (liderada por Hayden Mark Davis), «*Kip Network*» y «*Kip Protocol*» (cuyo principal responsable es Julian Peh), así como el rol y la radicación de Solana. También es relevante la presencia de la oficina de «*Kelsier Ventures*» en Buenos Aires y, en particular, si Javier Milei actuó como coautor o partícipe de un delito —si es que realmente existe—; todo ello para poder determinar la competencia. Esto permitiría establecer si su

accionar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye la comisión de un hecho propio o si, por el contrario, su participación se dio en un hecho ajeno, ejecutado en la virtualidad de las criptomonedas, dentro de un mundo efímero, volátil e intangible desregulado, que trasciende fronteras y afecta tanto a presuntas víctimas como a beneficiarios en todo el planeta.

Además, es crucial identificar a los mayores beneficiarios de la operación, quienes podrían estar vinculados —o no— a Hayden Mark Davis. No se descarta la posibilidad de que terceras personas hayan utilizado la crypto de Davis para beneficio propio. En cualquier caso, con o sin acuerdo previo, la situación de Javier Milei se complica si no se trata de una mera operación de compraventa de criptomonedas y, en cambio, estamos ante una estafa, especialmente debido a su posición pública.

El artículo 1° del código penal argentino establece que la ley se aplica a delitos cometidos en el país, a aquellos cuyos efectos deban producirse en Argentina, o a delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el ejercicio de sus funciones. En este caso, la primera hipótesis parece la más viable, aunque no se descarta que el hecho pueda considerarse ocurrido en el exterior.

A primera vista, el lugar del delito —más allá del lugar dónde se hayan producido sus efectos, a raíz de existir víctimas de muchas banderas— podría situarse en la sede de «Kelsier Ventures» en Estados Unidos o en su oficina en Buenos Aires. Esto dependerá del esquema de la operación y del rol desempeñado desde la capital argentina, en particular por la intervención del presidente. Sin embargo, serán las fiscalías y los jueces intervinientes en las más de cien denuncias ya presentadas quienes deberán realizar un análisis detallado para determinar la competencia.

c. Ascenso y derrumbe de la criptomoneda

Como punto de partida, es necesario analizar si la conducta ya sea por acción u omisión que provocó el ascenso y posterior derrumbe de la criptomoneda \$LIBRA constituye un delito. Es decir, ¿estamos realmente ante una estafa o se trata simplemente de un movimiento inherente a los riesgos propios de una inversión en el mundo de las blockchain?

De manera muy resumida, quien ingresa al mercado de las criptomonedas asume el riesgo de una posible pérdida. También sabe de la existencia de lo que se conoce como «*rug pull*» (tirón de alfombra), un fenómeno común en este ámbito.

El esquema suele funcionar así: se lanza una nueva criptomoneda (token) en una blockchain —como en este caso, a través de Solana— y es fomentada o apoyada por figuras conocidas (por ejemplo, Javier Milei) en redes sociales, bajo la promesa de altas ganancias para atraer inversores. La compra masiva y el aumento de la demanda hacen que el precio se dispare.

Hasta aquí, todo responde a la lógica habitual del mercado. Sin embargo, en muchos casos, los creadores del token retienen una parte significativa de las monedas para controlar la liquidez. Es en este punto donde puede producirse el desplome («*rug pull*»): los creadores venden, retiran la liquidez, el respaldo desaparece y el precio de la criptomoneda se desploma en cuestión de minutos. Quienes no logran vender a tiempo pierden todo su dinero, ya sea porque el token queda sin valor o porque no hay compradores debido a la pérdida de confianza. En otras palabras, perdiste.

Determinar cuándo este tipo de maniobra configura un delito es extremadamente complejo, especialmente porque el mercado de los cryptoactivos no está regulado, y en derecho rige el principio de que lo que no está prohibido está permitido. La gran pregunta es hasta qué punto estamos ante una estafa, es decir, si existió un plan criminal previamente ideado cuyo objetivo final era generar respaldo

mediante un engaño o ardid para atraer víctimas y luego dejarlas atrapadas en el colapso del sistema.

d. Presunta estafa

Supongamos que existió un acuerdo entre Hayden Mark Davis, la cabeza detrás de \$LIBRA, y el presidente Javier Milei para defraudar; y el plan final era defraudar a un número indeterminado de personas a través de la maniobra «*rug pull*». Ahora, el análisis debe centrarse en el rol de cada uno dentro de la intervención delictiva. Es decir, ¿el hecho les pertenece a ambos, o le pertenece exclusivamente a Davis y Milei solo participó en un hecho ajeno?

Si el hecho les pertenece a ambos, estaríamos ante un plan común con división de funciones, lo que configuraría una coautoría (aunque en el ámbito jurídico tenga más precisiones y requisitos). En este escenario, el presidente habría utilizado su influencia, su conocimiento en economía y su alcance global para abusar de la confianza pública y generar un respaldo cuyo objetivo final era defraudar y provocar un perjuicio patrimonial. Esta figura se encuentra tipificada en el código penal a partir del artículo 172°.

Desde la perspectiva de la defensa de Milei, podría argumentarse la inexistencia de una intervención delictiva en calidad de coautor, alegando que no hubo un plan conjunto con Hayden Mark Davis ni con otros actores. También podría descartarse la posibilidad de una «*autoría paralela*», sosteniendo que el presidente no obtuvo ningún beneficio del suceso –al margen de no existir un plan común– y que, por el contrario, su imagen resultó perjudicada.

Otra línea de defensa sería la que el propio presidente expuso: que se trató de un error, o que desconocía el trasfondo del proyecto y sólo apoyó lo que consideraba un emprendimiento legítimo, sin estar al tanto de sus detalles. Sin embargo, cuando tomó conciencia de la situación, optó por eliminar cualquier rastro de su respaldo. El problema es que el daño ya estaba hecho, y más aún en un ámbito que Milei conoce bien, donde las ganancias y pérdidas en el mundo de las

criptomonedas ocurren en cuestión de minutos.

La posibilidad de que el presidente argumente un error se debilita por varios factores. Uno de ellos es su conocimiento técnico y especial en operaciones financieras; sumado a la cercanía con Davis. Otro es la cuestión de la evitabilidad del supuesto error. En el derecho penal, los errores pueden ser evitables o inevitables: un error inevitable es aquel en el que, a pesar de haber tomado todas las precauciones para informarse, la persona igual habría caído en el error.

Si este fuera el caso, podría existir una exculpación. Sin embargo, esto no parece aplicable aquí. Precisamente, por sus conocimientos especializados en la materia, sumado a la relación de Hayden Mark Davis con su entorno –quien incluso se ha presentado como su asesor y está involucrado en un plan más amplio de tokenización– y por su deber especial como funcionario público, la exigencia sobre la evitabilidad del error es mucho mayor.

Aprovecho esto para hablar del dolo, que en términos generales se entiende como el conocimiento del hecho y la voluntad de llevarlo a cabo con el objetivo perseguido dentro de un plan criminal. Otra corriente, la llamada normativista –explicadas muy brevemente– sostienen que el dolo se reduce al conocimiento del hecho, y esto cobra aún más fuerza si no lo analizamos desde la perspectiva de un ciudadano común, sino desde la posición de garante que implica ser presidente de una nación, con los deberes especiales que ello conlleva. El presidente conocía, o debía conocer el alcance de su aporte, ello vinculado a su competencia.

También entra en debate la influencia de una manifestación realizada a través de una red social, en este caso, X. En derecho procesal penal –y aún más en la descripción de los tratados vinculados a litigación penal–, todas las expresiones con alcance público son consideradas declaraciones previas, aun cuando no cumplan con los requisitos formales de una indagatoria o una testimonial ante un órgano de la justicia. Descalificar el contenido del mensaje por el

medio en el que fue emitido o por ser una cuenta privada, no es un argumento válido en este caso. Y menos aún si consideramos que hubo un plus de intencionalidad al haber fijado el tweet, lo que demuestra una intención de darle mayor relevancia y permanencia.

Obviamente, el análisis no puede limitarse solo a la posible estafa (art. 172° y siguientes del código penal), sino también a otras figuras delictivas, como las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265° del código penal). Esta norma sanciona al funcionario que interviene en contratos u operaciones en los que tenga interés propio o de terceros. Si bien este delito excede las funciones específicas del presidente, su injerencia es indiscutible: precisamente por su figura pública, pudo influir en el crecimiento de la demanda de la criptomoneda, aprovechándose de su rol para impactar en el mercado.

Algunos plantean la posibilidad de una asociación ilícita (art. 210° del código penal), aunque parece más difícil de sostener. Esta figura requiere cierta habitualidad y la existencia de una estructura organizada de tres o más personas con la finalidad no solo de cometer un hecho puntual, sino de integrar una organización para la comisión reiterada de delitos. No se descarta, pero su encuadre resulta más complejo.

También presenta dificultades la figura del abuso de autoridad (art. 248° del código penal), que sanciona al funcionario que dicta resoluciones u órdenes contrarias a la ley. Sin embargo, esta norma parece estar dirigida más al ámbito institucional, lo que haría relevante el hecho de que la manifestación se realizó a través de una red social y no mediante un acto formal del Estado, como un decreto presidencial. Para este supuesto si es relevante la burocracia institucional y el contenido de la manifestación de voluntad, al margen de su contenido.

Donde sí podría haber una línea de investigación más sólida es en los delitos previstos en el artículo 300° y siguientes del código penal, vinculados a los fraudes al comercio y la industria. Tal vez allí se

encuentre un tipo penal que permita subsumir los hechos en una figura concreta, pero tiene como contracara la desregulación dentro del mundo de las criptomonedas.

e. Ética en el ejercicio de la función pública

Más allá de la posible existencia de un delito, no cabe duda de que la participación de Javier Milei en este incidente infringe la ley 25.188, constituyéndose en una grave transgresión ética en el ejercicio de la función pública, especialmente en su calidad de presidente. Además, sus mensajes adquirieron en el último tiempo una dimensión global debido a las referencias a figuras internacionales como Donald Trump y Elon Musk. De esto se deriva la imposibilidad de desconocer el impacto que generaría su tweet en el mundo cripto.

Todo parece indicar que estamos ante los primeros episodios de una serie que podría extenderse por varias temporadas. Será necesario observar cómo se resuelven las reparaciones a las posibles víctimas, si es que realmente existe un delito; el curso de la demanda civil en Estados Unidos y la posibilidad de que se realice una denuncia penal en ese país o en otros —como el ejemplo de España—.

En fin, este tipo de posibles fraudes presenta características complejas, cuyas aristas pueden ser innumerables dado que el caso de involucrar un mercado no regulado, la participación de diversos actores en múltiples países y la presencia de beneficiarios y presuntas víctimas a nivel global y de muchas nacionalidades diversas. A esto se suma que la Oficina Anticorrupción está bajo la dirección del gobierno de turno, lo que siempre dificulta una eficacia real.

Los próximos tiempos serán cruciales para determinar cómo se desarrollará todo este asunto relacionado con la criptomoneda \$LIBRA, cuyo impacto fue mundial y ha generado grandes ganancias como pérdidas.

El Derecho penal desde la mirada de las distintas corrientes de la Iglesia

Por Rodrigo Morabito¹

La columna analiza cómo distintas corrientes espirituales católicas han influido en la comprensión y aplicación del derecho penal, el castigo y la justicia. A partir de una revisión de las visiones teológicas y antropológicas de corrientes como la «agustiniana», «franciscana», «benedictina», «ignaciana», «carmelita», «opus dei», «neocatecumenal», «focolar» y «carismática», se exponen sus aportes y críticas hacia las penas crueles, la proporcionalidad del castigo y la centralidad de la dignidad humana. El artículo conecta estos principios con el desarrollo histórico del derecho penal cristiano, destacando la transición desde modelos retributivos hacia paradigmas restaurativos. Asimismo, incorpora citas de documentos e intervenciones de Papas contemporáneos, subrayando la necesidad de penas con horizonte de reinserción y esperanza. Finalmente, relaciona estos enfoques con el principio de humanidad de las penas, en línea con la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, especialmente en el precedente «Guerra, Sebastián» (21/11/2024).

corrientes espirituales católica – principio de humanidad de las penas – resocialización – prisión perpetua – justicia restaurativa

* * * * *

Como integrante del capítulo argentina del «comité panamericano de jueces y juezas por la doctrina franciscana (COPAJU)» y actual representante por Catamarca; siempre me pregunté *¿cómo han abordado o influido las distintas corrientes espirituales católicas en la comprensión del derecho penal o del castigo?*

Ahora bien, a partir de este interrogante, debo aclarar que, aunque no todas las corrientes espirituales de la iglesia tienen una «doctrina penal» formal, sí poseen visiones teológicas y antropológicas que han influido históricamente en cómo se entienden la

culpa, la pena, el perdón, la justicia y la redención.

En este sentido, las corrientes de espiritualidad «agustiniana» (corriente a la que pertenece el reciente Papa designado Robert Francis Prevost Martínez conocido como León XIV) sostienen que San Agustín reconoce la función del castigo como medio de corrección, pero también insiste en el amor como fin último de la justicia.

En este camino, la corriente «agustiniana» tiene una visión del derecho penal que

¹ Juez de Cámara de Responsabilidad Penal Juvenil de Catamarca. Profesor adjunto de Derecho penal II (Universidad Nacional de Catamarca). Miembro de la Mesa nacional de Asociación Pensamiento Penal. Miembro del «Foro penal adolescente de la junta federal de cortes (JUFEJUS)». Miembro de la «Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, adolescencia y familia» (AJUNAF). Miembro de la Red de Jueces de UNICEF. Miembro del capítulo argentino de Jueces y juezas por la doctrina franciscana. Especialista en Justicia constitucional y derechos humanos de minorías y grupos vulnerables. Autor y coautor de libros y artículos jurídicos. Correo electrónico: rodrigomorabito77@gmail.com

reconoce la necesidad de la ley, pero siempre subordinada a la caridad y redención.

Desde otro enfoque, las corrientes de espiritualidad «franciscana» (a la que perteneció el Papa Francisco), afirman que San Francisco se inclinaba por la misericordia, el perdón y la reconciliación antes que por el castigo.

Esta corriente se opone a las penas crueles y defienden un trato humano hacia las personas que cometen delitos.

Por otra parte, la corriente de espiritualidad «benedictina» prevé en su regla penalidades para corregir faltas dentro de la comunidad, pero con progresividad, con métodos pedagógicos y la restauración como objetivo.

De igual forma, esta corriente de pensamiento dentro de la iglesia pregona como principio la justicia interna comunitaria, orientada a la reforma de costumbres, no a la exclusión y tiene un enfoque moderno de inspiración en modelos restaurativos dentro de la justicia comunitaria.

En este análisis, debo señalar que la corriente de espiritualidad «ignaciana» (los Jesuitas) tiene un enfoque fuerte en la educación y la reforma personal. El castigo no debe ser venganza sino transformación.

Históricamente, los jesuitas estuvieron activos en tribunales de conciencia y asesoramiento a príncipes, influyendo en formas más humanas del castigo. Mientras que en la actualidad promueven una justicia restaurativa con enfoque en derechos humanos y acompañamiento a personas privadas de libertad.

La corriente de pensamiento de la espiritualidad «carmelita», ha sido la menos activa en cuestiones penales directas. Sin embargo, su énfasis en la dignidad del alma y la interioridad implica una crítica a los castigos que no respetan la integridad del ser humano.

Por su parte, la corriente del «opus dei» presenta una visión penal más cercana a la clásica de justicia retributiva, aunque con acento en la responsabilidad personal y la libertad interior y desde una perspectiva

moderna tiende a apoyar el respeto al Estado de Derecho y a las instituciones.

Finalmente, las corrientes «neocatecumenals», «focolares» y «carismáticos» interpretan al delito como una ruptura de la comunión, que necesita acompañamiento, reconciliación y redención más que castigo. Muchos de los miembros de esta corriente de pensamiento trabajan con presos, adictos y marginados, promoviendo su reinserción social.

Ahora bien, aunque estas corrientes que he desarrollado no tienen «doctrinas penales» en sentido jurídico estricto, sus principios han influido profundamente en la evolución del derecho penal cristiano desde el paso del castigo corporal a la reeducación, hasta la actualidad, donde la Iglesia defiende una justicia restaurativa, no retributiva, basada en la dignidad humana, como expresó el Papa Francisco al reformar el Catecismo (n. 2267) para rechazar la pena de muerte en todos los casos.

Es muy importante destacar que no es casualidad que muchas escrituras de la iglesia o manifestaciones realizadas por Papas más contemporáneos en los últimos años se hayan preocupado por la forma en que la justicia humana se aplica a las personas; especialmente a través del derecho penal y las formas del castigo. Veamos.

En relación a la justicia y dignidad humana; el catecismo de la Iglesia Católica, N° 2266 afirma que *«la pena tiene como primer efecto compensar el desorden introducido por la falta. Cuando se impone por una autoridad legítima, tiene también un valor medicinal: en la medida de lo posible, debe contribuir a la corrección del culpable»*.

Por otra parte, el Papa Benedicto XVI (caritas in veritate, N° 5 (2009), sostuvo lo siguiente: *«la justicia debe ir siempre unida a la caridad, a fin de que no quede en una fría atribución de lo que corresponde, sino que sea capaz de reconocer a la persona en su dignidad más profunda»*.

En cuanto a la rehabilitación y reinserción de las personas privadas de libertad, el Papa Francisco en su discurso a delegados penitenciarios (2019), dijo que *«cada castigo debe tener siempre un horizonte de esperanza. No hay pena válida sin un horizonte de*

reinserción. Una pena cerrada en sí misma, que no esté abierta a la esperanza, no es cristiana, no es humana».

En este sentido, en el compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, N° 403 se afirma que *«la finalidad del sistema penal no puede ser únicamente la expiación del delito, sino también la defensa del orden público y la reeducación del culpable».*

De igual forma en cuanto a la pena de muerte y exclusión definitiva; el Catecismo de la Iglesia Católica, N° 2267 (modificado por el Papa Francisco en 2018) menciona lo siguiente: *«la Iglesia enseña, a la luz del Evangelio, que ‘la pena de muerte es inadmisibles porque atenta contra la inviolabilidad y la dignidad de la persona’ y se compromete con determinación a su abolición en todo el mundo».*

También el Papa Francisco (Fratelli Tutti, N° 269 (2020) sostuvo que *«no puede haber pasos atrás en este punto. Hoy decimos con claridad que ‘la pena de muerte es inadmisibles’ y la Iglesia se compromete a proponer que sea abolida en todo el mundo».*

Finalmente, en cuanto al acompañamiento a personas privadas de libertad, el Papa Francisco al visitar la cárcel de Palmasola (Bolivia, 2015), afirmó que *«no puede haber verdadera pena sin esperanza. Siempre hay posibilidad de reinserción. Todos somos pecadores, pero el Señor no se cansa de perdonarnos».*

Esto que sostenía Francisco, se encuentra en el Evangelii Gaudium, N° 210 al afirmar que *«es esencial que no caigamos en una justicia que no dé lugar a la misericordia. Es necesario acercarse a los descartados, incluidos los que han cometido delitos».*

Evidentemente, estas citas reflejan el enfoque actual de la Iglesia hacia un derecho penal más humano, profundamente influido

por las corrientes espirituales clásicas, en especial por la franciscana, la ignaciana y la agustiniana.

Sin dudas que quien comete un delito debe responder ante la ley y la justicia; pero ello no significa que el castigo deba ser desmedido, desproporcionado o cruel, inhumano o degradante; muy por el contrario, el castigo debe humanizarse y debe orientarse a lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los recientes precedentes *«Guerra»*² y *«Soto»*³ ha sostenido a través del siguiente pensamiento:

«En esta línea, el principio de humanidad de las penas se integra con la prohibición de penas crueles y con el mandato de la resocialización. Por lo tanto, el imperativo de reinserción social (artículo 10.3 del PIDCP, 5.6 de la CADH y artículo 1 de la ley 24.660), definido por esta Corte como el “objetivo superior del sistema” (fallos: 318:2002; 328:1146 y 334:1216, entre otros), implica, necesariamente, la prohibición de penas que aparezcan como consecuencia jurídica la “exclusión absoluta del delincuente” [...]. (Considerando 13°)

En definitiva, nuestra misión en el sistema penal no puede ser otra que el cumplimiento de la reinserción social como *«objetivo superior del sistema»* a través de un castigo que no deshumanice, sino que dignifique y permita a la persona recuperarse. Este es el fin fundamental del sistema y es lo que debe prevalecer según las distintas miradas de la iglesia católica y, principalmente, en la justicia penal de hombres y mujeres

² Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJ CCC 45877/2012/TO1/3/CS1; «Guerra, Sebastián Alejandro y otros s/ incidente de recurso extraordinario»; 21 de noviembre de 2024.

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJ 2701/2023/RH1; «Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Soto, Joaquín s/ homicidio agravado»; 27 de diciembre de 2024.

Una mirada a la teoría del dolo como conocimiento

Acerca de la tesis de Ramón Ragués i Vallès

Por María Elisa Sosa¹

Una de las tareas más complejas en el ámbito jurídico es demostrar que el autor de un delito actuó con *dolo*. Este trabajo se centra en la teoría del jurista español Ramón Ragués i Vallès, quien propone entender el dolo como una forma de conocimiento. Surge entonces una pregunta clave: ¿es suficiente el conocimiento para acreditar el dolo en un proceso penal?

dolo – proceso penal – prueba – conocimiento – Derecho penal

* * * * *

a. *Hacia un concepto del dolo*

Para comenzar este trabajo me parece importante trazar algunas ideas alrededor del concepto del dolo. La definición del dolo es una de las materias que, ya desde el siglo XIX, mayor controversia ha suscitado entre los penalistas que se han ocupado de la teoría del delito. La discusión sobre el concepto de dolo se ha enfocado desde dos puntos de vista. En atención a cuáles son los elementos del dolo y a su delimitación con la imprudencia consciente, las teorías pueden ser psicológicas o cognoscitivas.² En consideración a si el dolo es un hecho psicológico que puede ser probado *ex post* en el proceso o a si es un título normativo

de imputación que se adscribe, las teorías pueden ser descriptivistas y normativistas. Los criterios que fundamentan estas dos clasificaciones sobre el dolo pueden concurrir en cuatro combinaciones: a) teorías psicológicas que afirman que el dolo es conocimiento y voluntad, por lo que en el proceso ambos elementos deben ser acreditados³; b) teorías psicológicas que sostienen que el dolo es solo conocimiento, por lo que es este el único elemento que debe ser probado en el proceso penal⁴; c) teorías normativas que sostienen que el dolo es conocimiento y voluntad, de manera que en el proceso penal ambos elementos deben ser adscritos⁵, y d) teorías normativas que sostienen que el dolo es solo conocimiento,

¹ Abogada egresada de la Universidad Nacional del Nordeste. Especialista en Cibercrimen, evidencia digital y ciberseguridad (Universidad de León, España). Maestranda en Derecho Penal (Universidad Nacional del Nordeste). Correo electrónico: sme.mariaelisa@gmail.com

² Ragués i Vallès, 2004, pág. 16.

³ Cerezo Mir, 2005, pág. 131

⁴ Gimbernát, 1990, pág. 428-429

⁵ Roxin, 1997, pág. 424; Díaz Pita, 2010, págs. 291 y ss.

por lo que es este el elemento que debe ser imputado⁶.⁷

Entonces podemos entender que existe dolo según la doctrina del consenso cuando el sujeto ha actuado pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal.⁸

En palabras de Ragués i Vallès “aunque tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica, esta definición ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y por los tribunales, hasta el punto de poderse afirmar que, hoy en día, el dolo se concibe (de forma explícita o implícita) sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de forma simple pero contundente, el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento”.⁹

La mirada que examinare en este trabajo es sobre la Teoría cognoscitiva de dolo. Esta teoría estudiada en extenso por el profesor Ragués sostiene que “el dolo es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, por lo que el contenido del dolo y su objeto de prueba o de imputación, sería solo el conocimiento. Abandonan el elemento volitivo debido a las críticas formuladas a las teorías volitivas”.¹⁰

b. La importancia de la prueba del dolo en un proceso penal

La prueba del dolo en un proceso penal es de suma importancia, jueces, fiscales y también la querrela tienen tamaña responsabilidad ya que de ello podrá depender (entre otros elementos) a ser considerados por el juez o jueces para poder arribar a una sentencia condenatoria. Aquí surge la cuestión de cómo probar que el autor actuó con dolo y para ello podemos pensar que la prueba del dolo es difícil en algunos casos dado a que es considerado por

la doctrina un elemento subjetivo y que hasta hace poco tiempo debía existir por parte del autor conocimiento pero también voluntad para actuar.

A lo largo de este trabajo podremos ir viendo como la doctrina Española va abandonando paulatinamente el elemento volitivo como eje central de la conducta reprochable y pierde sentido la tradicional clasificación tripartita.

c. La teoría del conocimiento propuesta por Ragués

Ramon Ragués i Vallès nos ilustra que “el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento. A este cambio conceptual se ha llegado por diversas razones. El motivo principal es que una aplicación coherente del dolo definido como voluntad o intención lleva a castigar como meras imprudencias supuestos que, ante los ojos de cualquier espectador, parecen mucho más cercanos al merecimiento de pena propio de los comportamientos dolosos que al de los negligentes”.¹¹

Esta teoría del dolo como conocimiento de la realización típica se ha impuesto en el Derecho penal en los últimos años y ello pese a que una parte importante de la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia se resistían a abandonar la terminología propia de la teoría de la voluntad y la representación. El autor se refiere a los conocimientos del acusado en el momento de delinquir.

Sostiene Alé que: “Así, la demostración en el proceso penal del conocimiento o las representaciones de un acusado en el momento de realizar la conducta delictiva entra dentro de los que los jueces y tribunales suelen denominar la prueba de hechos subjetivos o psicológicos”.¹²

Ragués i Vallès también nos habla de “las reglas para la atribución del conocimiento

⁶ Pawlik, 2016, pág. 144

⁷ Espinoza, 2024, pág. 135.

⁸ Ragués i Vallès, 1999, pág. 162-165.

⁹ Ragués i Vallès, 2004, pág. 13.

¹⁰ Espinoza, 2024, pág. 137.

¹¹ Ragués i Vallès, 2004., pág.14.

¹² Alé, 2004, pág. 59.

entendidas como las *reglas de la experiencia* bajo las que una persona actúa que, según el jurista español, sirven para determinar, a partir de la concurrencia de ciertos datos externos, qué es lo que se representó una persona en el momento de llevar a cabo una determinada conducta”.¹³ También acude a la necesidad de redefinir el dolo y para ello sostiene que es imprescindible contar con dos herramientas teóricas: una teoría del dolo y una teoría de la prueba.

La teoría del dolo hace falta porque, sin saber qué es aquello que debe ser probado, difícilmente se puede decidir cómo ha de llevarse a cabo la actividad probatoria en cuestión. Y, en segundo lugar, tampoco cabe prescindir de la teoría de la prueba, pues sin ella no es posible instruir al operador jurídico que se encuentra ante un caso concreto sobre cómo y cuándo debe dar por acreditada la presencia de aquellos elementos fácticos que permiten afirmar el concepto cuya eventual aplicación se plantea.¹⁴

d. Doctrina relevante en Argentina

Es imprescindible mencionar la postura analizada por el profesor Gabriel Pérez Barberá. En su artículo “*El dolo como reproche. Hacia el abandono del dolo como estado mental*” el autor presenta una reconstrucción del dolo diferente a la de la dogmática tradicional. Su manera de plantear la discusión es novedosa y muestra una destacada calidad conceptual.

El autor refiere que “el dolo no puede ser un hecho (ni psíquico, ni físico, ni institucional), tal como lo describe la doctrina dominante, ni tampoco puede ser un ‘juicio adscriptivo, Pues ‘dolo’ no es una propiedad empírica (psíquica) que se atribuye a una persona. Lo que se atribuye a una persona, en todo caso, es la posesión de determinados estados mentales al momento de la acción, como,

conocimiento, intención, etc. Pero ninguno de esos estados mentales es el dolo”.¹⁵

En sus propias palabras, el dolo

«No es una propiedad empírica, sino una propiedad normativa, porque es en función de ella que una conducta penalmente relevante se enjuicia como más o menos disvaliosa y que, además, el autor resulta obligado a actuar conforme a estándares objetivos».¹⁶

Pérez Barberá matiza que “el dolo es un juicio objetivo de reproche o un juicio de valor fundado en un estándar general y referido a un hecho, no a un sujeto. En este juicio datos psíquicos como el conocimiento o la voluntad son sólo indicios de la mayor o menor capacidad de prever el apartamiento de la regla infringida a ponderar junto con otros indicios, como pueden ser el peligro creado, sus características o, en general, cualquier otra circunstancia constitutiva de la acción”.¹⁷

Me parece interesante el aporte de este autor en el sentido de “considerar el *conocimiento* (o un determinado conocimiento), de hecho, en tanto dato psíquico, puede ser relevante no sólo para el dolo, sino también para lo que se denomina *imputación objetiva* y para la culpabilidad”.¹⁸

En palabras de Ragués i Vallès “la excelente monografía de PÉREZ BARBERÁ no zanja ciertamente el debate -¿acaso alguna obra será capaz de hacerlo?- pero contribuye de una manera decisiva a centrar la discusión, cerrando aquellos caminos que claramente no llevan a ninguna parte y señalizando aquellas otras rutas que en el futuro valdrá la pena continuar explorando”.¹⁹

e. Reflexión final

La teoría propuesta por Ragués i Vallès tiene la gran ventaja de que permite

¹³ Ragués i Vallès, 2004, pag 19.

¹⁴ Ragués i Vallès, 2004, pág. 13.

¹⁵ Pérez Barberá, 2012, pág. 17.

¹⁶ Pérez Barberá, 2012, pág. 17.

¹⁷ Ragués i Vallès, 2012, pág. 6.

¹⁸ Pérez Barberá, 2015. Pág. 41.

¹⁹ Ragués i Vallès, 2012, pág. 11.

discriminar qué indicios objetivos merecen ser tenidos en cuenta por el juez en el momento de resolver la cuestión de la prueba del dolo. Mientras los planteamientos tradicionales se conforman con una valoración de cualquier indicio imaginable con tal que el juez llegue a formarse una convicción, con la presente teoría se descartan determinados indicios utilizados a menudo en la práctica que, sin embargo, no parecen estar en condiciones de llevar a conclusiones aceptables cuando se trata de atribuir conocimientos a terceras personas sobre la base de la experiencia social.

Ragués i Vallès propone otro punto interesante que es aportar una mayor previsibilidad en la resolución de los casos. Tal previsibilidad muy difícilmente pueda conseguirse si se parte de que el criterio rector que es la mera convicción.

El principal argumento del autor parece ser la respuesta a las supuestas demandas sociales que en definitiva facilitarían al juzgador la posibilidad de aplicar mayores penas si se elimina la voluntad del concepto de dolo. Para ello, sostiene que la supresión del aspecto volitivo del concepto de dolo impide que se castiguen como negligentes supuestos que, ante los ojos de cualquier espectador, merecerían penas más graves.²⁰

Respondiendo al interrogante del comienzo de este trabajo, me permito reflexionar que, si una persona tenía conocimiento de que su conducta podía producir un resultado prohibido y aún así actuó entonces ese conocimiento podría ser un indicio para configurar el dolo. Lo que hace esta teoría es orientar al juez sobre cómo valorar ese conocimiento. Considero que es además una base sólida para interpretar toda la prueba disponible.

Entiendo que esto podría ayudar a jueces y fiscales en sus tareas de decidir, acusar, probar los hechos y estoy absolutamente de acuerdo con el jurista español en que también serviría a la aplicación del derecho penal y claramente mientras esto no suceda,

la dogmática penal solamente habrá alcanzando a medias sus objetivos.

f. Bibliografía

Alé, A. (2024) El concepto tradicional de dolo en terapia intensiva: ¿personas o engranajes?. *Estudios sobre jurisprudencia*.

<https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4933>

Espinoza, M. R. (2024). Consideraciones dogmáticas y probatorias sobre el dolo en el proceso penal. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*.

https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i6.22873

Manrique, M. L. (2013). Reproche al “Dolo como reproche.” *Pensar en Derecho*.

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/2/reproche-al-dolo-como-reproche.pdf>

Pérez Barberá, Gabriel, (2012), El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental.

<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42105-concepto-dolo-derecho-penal-hacia-abandono-definitivo-idea-dolo-estado-mental>

Pérez Barberá, Gabriel, (2012). “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, *Pensar en Derecho*.

https://repositorioubasibbi.uba.ar/gsd/collect/pensar/index/assoc/HWA_3093.dir/3093.PDF

Ragués i Vallès, (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo. REJ – *Revista de Estudios de la Justicia* – N° 4

<https://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15029/15450>

²⁰ Alé A., 2024, págs. 59 – 60.

Raguès i Vallès. (1999) el dolo y su prueba en el proceso penal. JM. Bosch editor, - Barcelona.

Raguès i Vallès, (2012): «De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo

eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, 842 páginas.», InDret (3)

<https://indret.com/de-nuevo-el-dolo-eventual-un-enfoque-revolucionario-para-un-tema-clasico/>