

## ESCUELA DE DERECHO

Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 15 (Agosto de 2014)

Ésta es la transcripción de un debate realizado en la Universidad Torcuato di Tella sobre la reforma del Código Penal. En el debate participaron, en orden de intervención María Elena Barbagelata, integrante de la comisión que creó el anteproyecto; Hernán Gullco, profesor de derecho penal de la Universidad Torcuato di Tella; Romina Manguel, periodista especializada en temas penales; y Ernesto Schargrotsky, rector de la Universidad Torcuato di Tella y economista especializado en análisis económico del derecho penal.

**Barbagelata:** Buenas tardes. Muchas gracias a la universidad Di Tella por esta invitación. Me parece que, justamente, el marco de análisis adecuado para este anteproyecto, para el que se formó una comisión de reforma en mayo de 2012, integrada por diversas fuerzas políticas. Trabajamos en forma plenaria. Éramos cinco. Prácticamente trabajamos en forma semanal con la idea también de lograr consenso más allá de las posturas que cada uno tenía. Tratábamos de poder ahondar criterios para llegar a un texto común. No sé si habrán visto el anteproyecto, pero además de este texto consensuado, en los puntos que no hubo acuerdo consideramos importante, como principio, sostener alternativas: hemos tenido libertad de establecer disidencias.

Yo tengo algunas disidencias blanqueadas que después voy a comentar. ¿Por qué se forma esta comisión? Bueno, me parece que la iniciativa obedeció al caos que tiene la legislación penal en este momento, que ya viene hace unas décadas desarticulándose el Código Penal. Es de 1921 y tiene 90 años de existencia. En los primeros 40 años rigió casi integralmente. A partir de los golpes de estado fue modificándose un poco y con la recuperación de la democracia se volvía atrás con estas reformas. Lo curioso es que con este mecanismo de reformas después de 1983 continúa como una práctica casi anual. Hubo reformas muy importantes con poco acatamiento en la Cámara. Yo estuve en el año 2004 cuando se trataban las "reformas blumberg". En realidad, fue muy difícil poder discutir. Prácticamente eran votadas a libro cerrado con mucha presión mediática. Seguramente Romina va a explicarlo mejor que yo. Ella por ahí del otro lado del mostrador, porque estaba en los medios, pero yo, del lado que tenía que votar, les aseguro que la presión era muy fuerte. Era, básicamente, aumentos de

pena y esquemas punitivos muy importantes. Prácticamente no hubo una discusión importante en la Cámara. Éramos muy pocos los que planteamos la posibilidad de analizar en un esquema integral el Código porque la consigna era el aumento de pena.

Un poco lo que ha pasado a partir de la presentación en febrero del anteproyecto me ha recordado a estas discusiones. Sobretudo me recordó una imagen de presión en la Cámara en la que comenzó con unos de los miembros informantes del bloque justicialista, Carlos Ruckauf, poniendo arriba de su pupitre balas, porque éste era el símbolo mas claro de una mano dura.

Ése mecanismo es uno de usar la ley penal para cuestiones meramente electorales, que tratan de responder a sentimientos que son reales como la inseguridad y la indefensión. Este sentimiento y esta realidad, también de impunidad, nosotros decimos que es necesario discutirlo desde un marco de sinceridad, de responsabilidad. La forma de gran arremetida punitiva que hemos visto en estos últimos meses desembocan en más violencia en la sociedad. Nosotros para revisar las normas penales formamos una comisión con asesores y revisamos prácticamente trescientas cincuenta normas penales especiales. Nadie tiene un índice certero de cuantas normas penales están dispersas en la legislación especial porque no son solo normas penales. A veces están en leyes laborales o de contenido administrativo. Se trató por lo tanto de revisar toda esa normativa, de compatibilizarla con el Código. Creo que el Código tiene un inicio importante en el artículo primero, que es la mención expresa a la Constitución Nacional (CN) y a los principios del derecho penal. Alguien podría pensar que esto es redundante, pero yo creo que la mención específica a la CN y a los tratados que están en la CN , en cuanto a su interpretación y aplicación de los principios, molesta al pensamiento punitivista fuerte.

En los "no debates", en uno de los momentos de sinceramiento de una diputada que exponía por parte del Frente Renovador estas posturas, después de analizar en contra de toda disminución de pena o modificaciones en cuanto a las penas alternativas, se sincera y dice "aunque se pueda arreglar todos los aspectos y demás esta el problema del artículo primero". Y es cierto, ahí me di cuenta de que es cierto que lo que molesta es el artículo primero. Por lo tanto, creo que este es un buen comienzo del anteproyecto y yo señalaría algunos aspectos que me parecen novedosos que se suscitaron en el trabajo de la comisión.

En parte general tenemos la determinación de las penas. Es un avance importante del Código. Hoy es prácticamente un sólo artículo para tomar en cuenta a la hora de fijar una pena, ya que hay siempre un abanico de posibilidades de mínimo y máximo. Hoy se desconocen las razones por las cuales el juez decide si 10 o 14 años, por ejemplo. Sólo se invoca genéricamente el artículo 41. El anteproyecto innova y hace que el juez deba fundar bajo pena de nulidad la razón por la cual eligió la pena. También da criterios de menor o mayor gravedad. Los de menor gravedad no pretenden ser una enumeración cerrada, sino orientación. En cambio los criterios de mayor gravedad son prescriptivos, y es una indicación de una enumeración taxativa en cuanto a las circunstancias que deben darse. Otra de las innovaciones en parte general es la amplitud en la presunción de legítima defensa, que tradicionalmente se da cuando una persona ingresa al domicilio de la víctima y se produce una agresión por parte del que vive en el domicilio. Ahora esto se extiende a situaciones de violencia familiar. Justo hay un articulo en "Pagina 12" en el que frente a la agresión de una mujer víctima de violencia se lo

caratula como homicidio/lesiones y, en general, hay una interpretación muy sesgada en cuanto a las pruebas y el análisis de la ley. Es importante señalar que en el marco del artículo primero el juez deberá tener en cuenta la convención para eliminar la discriminación contra la mujer, pero lo cierto es que esta legítima defensa se abre a la presunción en casos de violencia familiar. Recomiendo en este tema la lectura del caso “Leiman”, del 2012, voto de la doctora Highton de Nolasco.

Otro de los aspectos importantes me parece que es la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que abre un camino que hoy nada más está en leyes muy específicas como las de anti lavado. En el Código se le dedican varios artículos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo general en delitos que tienen que ver con lo económico o el medio ambiente.

En la parte especial se introducen algunos delitos interesantes, nuevos, como los que tienen que ver con la seguridad en el trabajo, que trabajo clandestino en grave situación de indignidad que no llega a ser trabajo esclavo; el infanticidio por ejemplo el caso de Romina Tejerina, pero es una norma para aplicar una pena atenuada. Se incorpora el delito de desobediencia, en caso de violar prohibición de acercamiento o cosas similares, se constituye como delito y se lo incorpora expresamente. Se incorpora también mayores precisiones en delitos que tienen que ver con género, como el impedimento de contacto que actualmente es bastante discriminador.

Ahora voy a plantear algunas de las disidencias que he hecho en el anteproyecto. Algunas tienen que ver con temas de aborto. La comisión había entendido que no iba a pronunciarse en este aspecto porque creían que expedirse sobre el tema era darle un destino incierto al anteproyecto, como le sucedió varios anteproyectos. Entendiendo esta advertencia yo igual no compartía esta visión y creía que un anteproyecto moderno de Código Penal de esta envergadura debía tener el tema específico del aborto, concretamente ampliando la situación de no punibilidad en las primeras semanas del embarazo. No obstante que dejó planteado esto, la comisión avanza en el tema de aborto incorporando un delito nuevo que es el aborto culposo, con muy pocos antecedentes en la legislación comparada, por lo cual tengo disidencia total en este aspecto. También incorpora el delito de lesiones al feto (dolosas y culposas). Tampoco hay antecedentes en la legislación comparada. Solamente en España, pero en España está el aborto permitido en las primeras catorce semanas, por lo cual es una situación totalmente diferente. También tengo disidencias en el tema de violación porque entiendo que la figura debe ampliarse a como quedó en el Código. También tengo disidencia en el tratamiento que se le dio a la explotación de la prostitución y regenteo de prostíbulos, que está en una ley de 1937, pero no fue incorporado al Código Penal. Hasta acá dejó y después en todo caso ampliamos.

**Gullco:** Agradezco mucho a los alumnos y alumnas que han organizado este seminario. Han hecho un trabajo muy bueno.

En primer lugar voy a hacer una breve medición de algunos puntos de la parte general y la parte especial del anteproyecto. Algunos me parecen que están bien y unos pocos me parecen que están mal, pero creo que son la minoría, y después voy a hacer un comentario mas general sobre este tema.

En primer lugar debo decir que aquellos que hemos estudiado el derecho penal en los últimos treinta años esto nos parece un anteproyecto normal. Lo que hace es recoger las tendencias promedio en materias de derecho penal. Es un código consensuado. Que a la población que no se dedica al derecho penal les parezca o no de consenso es otra historia. A mi me parece un proyecto muy normal más allá de algunas disidencias que pueda tener.

Sobre los aspectos positivos en la parte general está el artículo seis sobre responsabilidad disminuida, que era un tema con muchas discusiones jurisprudenciales ya que en el Código Penal actual no hay un supuesto de responsabilidad penal disminuida y parece que es razonable tener una causal de disminución de culpabilidad como hace el anteproyecto.

Después hay un análisis que es mucho mejor que el Código Penal actual de la tentativa inidónea. Elimina los aspectos peligrosistas del Código actual que establece que en caso de tentativa inidónea se eximirá de pena cuando el actor no sea peligroso. En cambio el anteproyecto habla de cuando no hubiera mediado peligro para el bien jurídico, lo cual es mucho más acorde al principio de lesividad. La idea es que se castiguen las conductas.

Otro aspecto importante es la responsabilidad del representante de la persona jurídica. Se legisla el delito continuado el concurso aparente de delitos que no está regulado en el Código Penal y ha sido una elaboración jurisprudencial y doctrinaria. Nunca es bueno que ciertos principios se creen por jurisprudencia, sino que es mejor que estén en el Código.

Es correcto lo de la exención de pena por insignificancia. El concepto de pena natural, exime de pena cuando el autor del delito haya sufrido en la comisión del delito una lesión tan grave que hace que la aplicación de la pena sea desproporcionada. Esto algunos jueces lo han aplicado. Después está la previsión para los delitos cometidos en las comunidades de los pueblos originarios que es razonable teniendo en cuenta que la CN le da un estatus especial a los pueblos originarios y es lógico que el Código Penal algo de ello tenga en cuenta.

Con respecto a las penas alternativas de prisión, que ya existen en algunos supuestos en la ley de ejecución penal, en principio me parece bien. La única duda es si ante un Estado tan ineficiente como el argentino se está en condiciones de hacer cumplir con estos medios alternativos. Recuerden el caso de las prisiones preventivas que se transformaban en detenciones vigiladas con las famosas pulseras electrónicas. Hubo casos en los que los imputados desaparecieron. El problema es el monitoreo y puede ocurrir de vuelta. Son sistemas que quizás funcionen mejor en otros lugares. Esto no quiere decir que uno esté en contra, sino que puede haber un problema de ejecución ya que es un Estado muchas veces ineficiente y a veces corrupto.

Después ustedes tienen el concepto de unidades multa. Es muy razonable poner unidades multa en lugar de poner penas fijas que con la inflación pierdan actualidad.

Después el concepto de internación en un psiquiátrico al acusado absuelto o al que se le ponga una pena atenuada y se establece que esa detención uno puede superar el monto de la pena que le hubiera correspondido al autor. Es razonable. Es una solución quizás no muy común, pero eficiente por el contexto de falta de control. La responsabilidad de las personas jurídicas parece muy razonable.

En la parte especial, se han incorporado los delitos de lesa humanidad, que era un gran déficit del Estado argentino. Después en el delito de violación se ha limitado el concepto de falta de consentimiento porque si se tiene en cuenta la reforma de 1995 se expandía tanto el concepto de falta de consentimiento que podía llevar a peligrosas interpretaciones demasiado expansivas del concepto, en perjuicio del principio de legalidad. Después por supuesto hay otras cosas que no son tan importantes, pero están muy bien, como en el delito de robo se incluye la intimidación porque el Código actual, que sigue el texto de 1921, habla de violencia en las personas, y es claro que apuntar a alguien con un arma en el sentido literal del término no es violencia en las personas. Entonces, es razonable diferenciar la idea de intimidación con la de violencia. Después establece la defraudación en prácticas deportivas que no existía en nuestro Código y por supuesto es muy importante. Después en el delito de daño agravado hace una aclaración que permite expandir la punición porque el Código cuando habla de daño agravado habla de bienes públicos. Cuando se destruye un transporte de pasajeros muchos jueces dicen que esto no era daño agravado porque no era un bien público. Acá el anteproyecto habla claramente de servicio público y de medios de transporte. Por lo tanto, permite claramente condenar como daño agravado hechos que con el Código actual para algunos tribunales quizás erróneamente no eran de daño agravado.

Como dijo la doctora Barbagelata se incorpora al Código Penal, sacándolo de las leyes dispersas que existen, los delitos contra la competencia, contrabando, lavado de activos y evasión impositiva. Es un intento de tratar de incluir dentro del Código la mayor cantidad de normas penales en lugar de que estén dispersas en un universo legislativo que ni siquiera los jueces conocen. Después en materia de delitos de estupefacientes hay una aplicación específica y explícita de “Arriola”. La realidad es que si uno está de acuerdo con esto, la siembra para consumo personal y el suministro de estupefacientes en forma no habitual a un adulto tampoco debería ser condenado ya que en ambos casos al haber consentimiento de la supuesta víctima no habría daño. Ustedes podrían criticar esto ,pero sepan que estarían criticando al fallo “Arriola”.

Después hay aspectos negativos, no demasiados, pero yo le veo problemas. El artículo 1.2 elimina la peligrosidad a los fines del delito y la pena. Es claro que a los fines de determinar si hubo delito o no la peligrosidad debería ser un elemento excluido, pero a los fines de la pena, si uno tiene en cuenta el artículo 5.6 de la Convención Americana, que establece que las penas tienen que tener como objetivo la rehabilitación del condenado, parece incluir un cierto concepto. Uno podría decir “esto está mal”. Claro, el problema de lo que está mal es la Convención Americana quizás. Hay un fallo que ustedes seguro conocerán que “Fermín Ramírez c. Guatemala”, en el que la corte interamericana dijo en forma tajante que la peligrosidad no tiene cabida alguna en el derecho penal en los países que están en el sistema interamericano. Quizás tiene razón, pero eso es tomar un concepto de pena claramente retribucionista. O sea, claramente kantiano, y quizás no esté mal, lo que pasa es que choca con la Convención Americana, lo que pasa es que en la Convención ese artículo se puso en la época en que todo el mundo estaba a favor de la readaptación y resocialización. Hoy día ello cayó en

descredito. Pero el artículo lo tenemos. Entonces, es muy difícil eliminar completamente la peligrosidad si la Convención Americana nos da un mandato de tener criterios que no son exclusivamente retribucionistas para definir la pena.

Después el código hace la distinción error de tipo/error de prohibición que está en todos los manuales y códigos de derecho penal modernos. El problema es que no creo que esa distinción sea muy útil porque en la practica la distinción error de tipo/prohibición da lugar en Argentina a manipulación por parte de los tribunales de no eximir de pena a un imputado. Creo que quizás podría reemplazarse por un criterio más realista.

Después el artículo 42 establece el principio de oportunidad. Yo estoy a favor del principio de oportunidad, pero es de dudosa constitucionalidad que esté en el Código Penal. Me parece que eso es más una facultad de las provincias regular el principio de oportunidad. Recuerden que cuando el constituyente habló de que le corresponde al Congreso dictar un Código Penal no estaba incluyendo quizás cuestiones vinculadas con el ejercicio de la acción penal. Tal vez estaba limitado a dictar leyes sobre los delitos y las penas. Por lo cual las incursiones del legislador nacional en temas de ejercicio de la acción penal quizás es una usurpación de las facultades provinciales.

Después el artículo 49 dice: “no corresponde la prescripción de la acción cuando ella no fuese admisible por la Constitución o el derecho internacional”. Esto por supuesto encuentra recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema, pero es muy vago. Hacer depender si prescribe o no de un derecho que incluye, por ejemplo, derecho consuetudinario. No sé si se lo puede precisar, pero me produce cierta preocupación una pauta tan vaga o flexible como el derecho internacional que no sólo se compone de tratados, sino también consuetudinario.

En cuanto a la parte especial como dijo la doctora Barbagelata tenemos el infanticidio y yo creo que no es buena idea reintroducir este tipo especial atenuado porque habla de estado puerperal, y si agarran cualquier manual de medicina legal van a encontrar muy diversas interpretaciones de que se entiende por estado puerperal. Es un concepto que algunos hasta niegan su existencia. Entonces es peligroso utilizarlo como criterio para atenuar la pena.

Después cuando en el artículo 101 se regula de manera diferente la reproducción de injurias y calumnias se habla de fuente confiable, no será punible cuando sea una reproducción de una fuente confiable. Esto no parece ajustarse a la doctrina “Campillay” de la Corte Suprema. Ésta habla de fuente confiable o no confiable, si es un anónimo para la Corte Suprema es una fuente a los fines de la CN y si la CN es eso aparentemente un Código Penal no podría apartarse de lo que dice la constitución.

El artículo 131 y 132 vuelven a usar los conceptos pornografía y obscenidad que de por sí alguno de ustedes es capaz de dar una definición más o menos precisa es para que reciba un premio. Son los conceptos más vagos que pueden existir y por supuesto son de notoria inconstitucionalidad a la luz del principio de precisión de los tipos penales.

Por ultimo quiero decir lo siguiente: el código ha sido criticado porque es demasiado benevolente con los delincuentes, yo no estoy de acuerdo con esto ya que no creo que la mayor o menor monto de las penas sea decisivo en la lucha contra la inseguridad. Las razones son otras, pero no creo que tenga que ver con el mayor o menor monto. El

punto es que este intento de hacer un código racional, sistemático, que me parece bárbaro, es para otra época. Es para una época en la que a la gente no le interesaba el derecho penal. Era para 1921, que si bien era uno de los pocos periodos de democracia antes de 1983, se reunían un grupo de juristas, sacaban el código bien hecho y el Congreso lo aprobaba. Hoy día con la democracia de masas ustedes pueden sacar un código perfecto, sistemático, mañana hay un crimen espantoso y se lo desarman a los cinco minutos. Ése es el problema. La idea de que vamos a sacar todos los parches que hay desde 1921 y vamos a sacar un código mucho mejor y sistemático puede durar un suspiro, y todo el esfuerzo que se ha hecho se convierte en nada. ¿Por qué? porque la gente con razón o sin ella está tan sensibilizada con el tema de la inseguridad que si ocurre un delito particularmente grave puede aparecer un nuevo Blumberg y va a lograr un nuevo mamarracho que destruya el código. Por lo tanto, si bien es muy bueno el debate tal vez no es el momento de aprobar un código de esta naturaleza, y lo digo con pena, pero quizás hay que esperar tiempos más tranquilos en los que la gente esté pensando en otras cosas y quizás podamos sacar un código racional y sistemático. Pero hoy lo veo difícil, lo veo difícil y lo digo con pena. Muchas gracias.

**Manguel:** Venía escuchando tanto a la doctora Barbagelata como al doctor hablar de la gente. Yo realmente espero que no pase que llegue un momento en el que la gente esté más tranquila y se olvide de cómo le puede impactar una reforma. Yo soy muy escéptica con este Código y con el futuro que pueda tener este Código, y voy a hacer un pequeño recreo de los tecnicismos para hacer un análisis más periodístico y político porque obviamente del derecho sobra gente que se pueda ocupar en este panel.

Este Código nace con una falta de confianza absoluta y desinformación. Este combo es letal y es muy difícil de subsanar. La falta de confianza tiene que ver con la falta de confianza que hay en la justicia, en los propios legisladores, en nosotros los medios. Y la desinformación es enorme. Recién arrancaba Barbagelata diciendo “habrán visto el anteproyecto”, nos hemos pasado al menos un mes y medio discutiendo un anteproyecto que nadie había visto. En los medios hemos entrevistado legisladores, no voy a dar nombres. En un momento Roberto Carlés había hecho un cuadro sintetizando algunos aspectos del anteproyecto. Yo he invitado a programas a legisladores, y no quiero meterme con los legisladores particularmente, y gente del ámbito del derecho que decía “bueno voy, ¿pero me podrás mandar el cuadro ese que usas en twitter?”[el cuadro de Roberto sintetizando el anteproyecto]. La verdad que para discutir en base al cuadrito no tiene mucho sentido lo que vamos a discutir, pero esto lo que muestra es una laguna de información y dieron parte a que haya quienes lo pueden capitalizar políticamente.

A mí me sorprendía y tuve la posibilidad de planteárselo a alguno de los miembros de la comisión. Aportaron, tal vez sin buscarlo, a esta confusión. Cuando se empieza a discutir el anteproyecto que miembros tan prestigiosos y de un arco político tan disímil trabajando un año y medio se hayan plantado con la integridad, la experiencia y la legitimidad que tienen a decir que bancamos este código y, sin embargo, se empezó a ver como en algunos casos particulares se abrían y hacían referencia a cuestiones políticas o a que el partido no acompañaba, que no era el momento. Yo pienso en cualquiera de nosotros que trabaje seriamente en un proyecto durante un año y medio y la necesidad de la sociedad de que quienes trabajaron no lo defiendan solamente del discurso, sino desde los hechos, de plantarse y explicar. Y eso faltó. Y otra vez esos espacios dieron lugar a la especulación.

Me ha pasado que desde los medios se han hablado falacias que no se supieron defender. Yo contaba que había querido rastrear de donde salía el número que había dicho Massa de la cantidad de delincuentes que iba a haber en la calle si se aprobaba este código. Un número que fue creciendo y no me acuerdo cual era. En los medios un número es algo que se esparce muy rápido. Empecé a rastrear la génesis de donde nace, y esto nace de una nota que le hacen en TN a Sergio Massa en que los colegas le preguntan, Massa dice esto y los colegas le dicen “bueno, pero de donde sale este número” y Massa responde “me lo dijeron jueces de zona norte de la provincia de buenos aires”. De ahí nació el número del cual se discutieron horas y horas.

A mí me hubiese gustado a la comisión entera defendiendo este trabajo, y yo entiendo las disidencias, más habiendo entrevistado a todos los integrantes de la comisión, pero parecía como que todos se enteraban de lo que se había trabajado en el momento. A ver, tuvieron mucho tiempo para expresarse, y aun así podían plantear sus disidencias, apoyando el espíritu de esta reforma.

No aportó mucho a la confusión tampoco que la presidente Cristina Fernández de Kirchner, tal vez tratando de hacer un chiste, en el momento que los convoca creo que fue que dijo “bueno, acá está Pinedo para contrarrestar tanto garantismo”. Entonces, eso queda porque la verdad fue algo que estuvo en la tapa de muchos diarios. Después Pinedo se baja. Es difícil explicar que ahora sin Pinedo te queda Zaffaroni defendiéndolo: entonces ¿es un código garantista? ¿Hay que temerle? Y

Con eso volvé al tema de Massa porque 14000 delincuentes van a estar en la calle. Estas cuestiones me hacen a mí ser escéptica y yo no estoy para nada de acuerdo. Después si quieren lo debatimos ya que hay un divorcio enorme entre la academia, los jueces, los legisladores y la sociedad, lo cual no hay que subestimar y me parece un lamentable antecedente lo que paso con el caso Blumberg y lamento profundamente que la presión social haya logrado que los legisladores votaran algo en lo que tal vez no tenían la mas profunda convicción. Pero estaban mas preocupados por el diario de mañana y su tapa de Clarín o La Nación que en lo que podían generar en quince o veinte años. Esta poca visión a futuro nos caracteriza.

Me preocupa en este sentido que sean tan influenciables, pero creo que hay un deber y una obligación por parte de todos los poderes del Estado y también de la academia de involucrar a la sociedad, que cree que esto tiene un impacto directo en su vida cotidiana. Yo también estoy de acuerdo de que no es el Código Penal solamente la solución ya que éste no previene el delito. Después cada uno puede tener una opinión sobre si tiene o no un efecto disuasivo, pero esto hay que explicarlo y me parece que no hay que subestimar al que está del otro lado, al oyente promedio y esáa muy preocupado porque esto atraviesa a toda la sociedad. No es una cuestión de clase. Digo, el que se levanta a las cuatro de la mañana, va a tomar un colectivo y tiene miedo, como el que va en el auto importado al country tiene el mismo miedo. Yo creo que hay un deber de explicar y a partir de ahí la sociedad sí puede opinar. Yo no creo que se tenga que legislar en función de las víctimas y de la opinión social, pero que no se puede soslayar ni hacer como que no existe.

No se si se acuerdan el famoso caso del ladrón de Palermo que no le faltó nada porque estaba Gerardo Romano involucrado. No le faltaba nada para ser un gran tema mediático, y ahí me pareció muy bien en ese momento el juez Cubas. El juez sale a explicar porque había tenido a su entender que dejar en libertad al delincuente. Explico

que fue una tentativa y todos se quedaron “cómo tentativa si lo afaná”. Bueno, tentativa porque no pudo disponer, dijo. Sin embargo, tuvo que salir a explicarlo después de un bajísimo perfil ya que a los jueces no les gusta explicar nada, pero esto se está rompiendo porque creo que hay una obligación de explicar porque se toman determinadas decisiones y que es lo que se está discutiendo sin subestimar al ciudadano. Yo entiendo que a veces hay una falta de conocimiento que hace que no se pueda escuchar un debate en frío cuando hay tantas cuestiones de índole personal que pueden atravesar una decisión que se tome más de tipo técnica, pero acá hay una cuestión donde se soslaya y se divorcia. Por eso, se busca dejar de lado porque los que entienden vienen de la academia, que son los legisladores o son los jueces, y el resto no terminamos de entender. Entonces ellos van a legislar y pasan estas dos cuestiones: o de no escuchar y directamente no tomar en cuenta esta voz social o de verse tan influenciados por esta cuestión que terminan torciéndoles la voluntad.

Recién lo decía Barbagelata, pero también le pasa a muchos jueces que se quedan pensando a la noche y van a tomar una decisión en función de lo que publique Clarín, Pagina 12, Tiempo Argentino o el diario que fuese y no desde la íntima convicción y uno ve cómo van forzando la cuestión del derecho que la van acomodando a un discurso que pueda ser más amigable para la opinión pública. Es por esto que soy un poco escéptica. No sé cómo se va a revertir esta desconfianza que ya existe y tiene como antecedente el Código Procesal. En su momento yo no sé si recuerdan que generó enormes expectativas y, bueno, ahora lo reflataron, pero en su momento las reformas dormían en algún cajón del Ministerio de Justicia y eran buenas reformas del Código Procesal Penal.

Otra vez, como contaba Barbagelata, cuando hubo un intento de reforma hubo cuestiones políticas involucradas que hicieron que se fuese marcha atrás. Algunos dijeron que fue el aborto ya que esta presidenta que se manifestó en contra del aborto nunca lo va a permitir. Pero que sean cuestiones profundas debatibles que le lleguen a la sociedad y no gestos espasmódicos para calmar algún tipo de presión y responder sin responder. Responder con algún acto, pero sin tomarse el trabajo de una explicación que insisto y estoy convencida que todos los poderes del estado le deben al ciudadano.

**Schargrodsky:** felicitaciones a la revista jurídica y a los estudiantes que trabajan en ella y la organizan. Gracias por la invitación. No soy abogado, como ya dijeron. Soy un economista y creo que está bien que este tema no lo discutan exclusivamente los abogados. La inseguridad o el delito es un problema multicausal y creo que así como es un tema en el cual obviamente pueden contribuir los abogados también pueden aportar lo suyo los antropólogos, los sociólogos, los psicólogos y los economistas. Quizá lo que podemos aportar es un mayor entrenamiento en el análisis estadístico y un mayor entrenamiento a nivel también cuantitativo para establecer relaciones causales, y sobre eso voy a tratar de hacer algunos comentarios hablando sobre algunos datos.

Justamente una de las primeras cosas que quería señalar era que creo que éste es un debate que además de las cuestiones doctrinarias, además de análisis político, necesita un Código Penal pensado para una sociedad, para una Argentina que es la Argentina de hoy y pensar qué está pasando en términos de inseguridad y qué efectos va a tener este

Código. A mí me llama un poco la atención cuando escucho en los medios en algunos participantes de la comisión, incluso no sé si Hernán piensa algo parecido por lo que dijo recién, cierta disociación, como que este Código no va a tener o no debería tener un impacto sobre la inseguridad o que no tenemos que tratar con el Código de reducir el problema de la delincuencia. Yo creo que sí, que es central para eso. No porque esté pensando en penas más altas o penas más bajas, pero creo que las penas tienen un efecto sobre la inseguridad en particular mirando la evidencia. No porque tenga un efecto disuasorio ya que hay muy poca evidencia que esto exista. No porque la gente racionalmente o el potencial delincuente haga la cuenta de si esta pena tiene uno o dos años más cometo o no cometo el delito, pero si hay una fuerte evidencia del efecto incapacitador de, por ejemplo, el encarcelamiento. Una persona en la cárcel no puede cometer nuevos delitos y, por lo tanto, la longitud de las penas afecta la longitud de la incapacitación. Por lo tanto, sí tienen un efecto y sí tenemos que pensar que esto va a ser algo que afecta un problema de nuestra sociedad y, por lo tanto, no puede ser puramente abstracto y doctrinario. Por lo tanto, tiene también su aspecto político, y ahí coincido con Hernán y con Romina, en que un momento de la sociedad en el cual hay una preocupación creciente sobre la inseguridad, probablemente no sea un gran momento para esto. Lo que salga en la prensa va a estar demasiado teñido por la coyuntura y las presiones del momento. Eso quizás nos diga que el “timing” no es el ideal. Creo que el “timing” tampoco es el ideal en otro aspecto: necesitamos que el Código piense en nuestra sociedad y en los problemas actuales, y hoy estamos en una complicación porque las estadísticas que tenemos tanto sobre inseguridad como sobre otros problemas son totalmente desastrosas. No hay encuestas a nivel nacional desde el año 2003, y cuando uno quiere encontrar encuestas sobre delitos denunciado por supuesto tienen un montón de problemas porque hay una fracción enorme de delitos que no son denunciados y no es algo aleatorio. Entonces, no es representativo. La gente que es menos educada denuncia menos, la gente que le tiene miedo a la policía también. Algunas instituciones como UTDT y otras hacen encuestas, pero son parciales, no nacionales, entonces no es un gran momento por la tensión social y por las dificultades con la falta de estadísticas.

Déjenme ir a otro tema mas puntual. El Código actual le reconoce un lugar a la reincidencia tanto como para un agravante como para impedir el otorgamiento de la libertad condicional y, como señalaba Hernán, el nuevo anteproyecto elimina la peligrosidad como un determinante de la pena o, más concretamente, la elimina como un agravante por el criterio non bis in ídem. Yo ni siquiera sé latín, pero es por el cual ninguna persona puede ser juzgada por el mismo delito. Creo que estamos de acuerdo en eso, pero ese criterio es una interpretación amplia de ese concepto. Extraer de esto que esa peligrosidad o que la reincidencia no sea un agravante en delitos posteriores o que no se utilice para decidir sobre la libertad condicional es una interpretación extremadamente amplia de este criterio ya que en otros países, por ejemplo, significa que la misma persona no sea penada por exactamente el mismo delito. En países federales significa que no pueda ser juzgada en nivel federal y luego en nivel provincial-estatal por el mismo delito. Menciono este ejemplo porque es sobre lo que he trabajado, pero es un ejemplo de cómo creo que algunos datos de la realidad nos tienen que afectar este debate.

Yo he trabajado estadísticamente sobre la reincidencia. En concreto un trabajo analizando datos sobre la provincia de Buenos Aires desde el año 98 al 2007, en un estudio que está focalizado en un aspecto lateral, pero creo que de todas formas es

importante: el efecto sobre la pulserita de monitoreo electrónico sobre la reincidencia criminal. Es decir, lo que miramos en ese estudio, que es en conjunto con Rafael Di Tella, si dos poblaciones totalmente comparables, y si los motivos son aleatorios sobre si le toco un juez garantista o más mano dura, tuvieron una probabilidad distinta de recibir la pulsera de monitoreo electrónico, y cómo afectó recibir o no la pulserita su posibilidad de reincidir en el futuro. Les cuento el resultado: encontramos una reincidencia mucho menor en los casos que tenían la pulserita de monitoreo electrónico, en particular cuando no tenían antecedentes previos y cuando no estábamos hablando de delitos graves. Es decir que de este estudio nace una visión positiva sobre la pulsera de monitoreo en especial en delitos menores y principiantes.

De los mismos datos uno puede hacer la misma cuenta y agarrar toda la población, unos 46000 excarcelados del servicio penitenciario bonaerense, sea que salgan de la cárcel o por la pulsera de monitoreo, y uno tiene en esa base de datos la historia previa y se puede ver si está siendo excarcelados de su primer experiencia carcelaria o si había tenido una anterior. Cuando tuvieron una experiencia previa y uno lo sigue después hay un número fenomenal que vuelve a la cárcel: un 39,5%. Digo que es un numero fenomenal porque no es los que reinciden, sino que es los que reinciden y vuelven al servicio penitenciario bonaerense ya que los que reinciden en otra provincia, o reinciden y van a la comisari,a pero no al servicio penitenciario, o reinciden y no los atrapan, no están incluidos. Y eso nos da 39,5%. Los que están en su primer experiencia reinciden un 19,7% que también es un número elevado, pero por supuesto que esto lo tenemos que tener en cuenta. Nosotros podemos hacer un fabuloso debate académico y doctrinario sobre el ne bis in ídem, pero después tenemos que pensar en la sociedad. E

Estamos tomando decisiones legislativas donde hay individuos que tienen una reincidencia empírica significativamente distinta. Lo cual no quita que vayamos un paso más atrás y nos preguntemos también de dónde salen estas altas reincidencias. Una parte surge en mi opinión del efecto horrible de las cárceles. Entonces pensemos en que tenemos que tener cárceles diferentes de las que tenemos, además de que tenemos que buscar otros métodos, como justamente la pulsera de monitoreo electrónico. Pero creo que hay dos debates juntos: uno es que no podemos ignorar que el reincidente y el no reincidente tienen situaciones posteriores significativamente distintas, y otra que no podemos ignorar que las violaciones de derechos humanos y las horribles condiciones carcelarias que se generen también esas diferencias y en pensar cómo actuar sobre eso. Creo que quería desde un pequeño lugar porque hay obviamente una cantidad de aspectos que me escapan sobre la reforma del Código. Quería señalar esos dos puntos: un punto general de la necesidad de entender, de vincular este debate a la sociedad concreta y a los datos empíricos de esta sociedad y un segundo punto concreto que lo que nos dicen estos datos es que para el resto de la sociedad y para el comportamiento posterior las diferencias en las tasas de reincidencias de principiantes y no principiantes. Son distintas y creo que deben tener una consideración en la legislación, además de tener una consideración en las políticas en general, como las condiciones penitenciarias.