

## DE LOS DELITOS Y LOS CONFLICTOS

*Of Crimes and Conflicts*

*Crimini e conflitti*

Carlos Manuel Romero Berdullas<sup>1</sup>

Recibido: 16 de abril de 2019

Aprobado: 2 de agosto de 2019

**Resumen:** Un fenómeno actual en nuestro país es el reemplazo de la palabra “conflicto” por “delito” en el dialecto jurídico penal, aludimos a una sustitución metodológica en la normativa vigente y la práctica tribunalicia. Al punto tal que este cambio de paradigma abre camino hacia un Derecho Penal denominado de tres vías. Esto evidencia la relevancia de analizar cómo se recepta esta tendencia en las normas penales; como así también la importancia de determinar cuáles son los presupuestos y fundamentos utilizados por quienes promueven la inculturación de esta nueva terminología. Este trabajo busca precisar estas cuestiones, pues la utilización de la palabra “delito” o el término “conflicto” conduce a consecuencias con diferentes implicancias en el plano social. De ahí la trascendencia de evaluar si este nuevo dialecto jurídico penal se ajusta o no a la medida de razonabilidad del bien común político, llave de bóveda del pensamiento realista clásico.

**Palabras clave:** Delitos; Conflictos; Abolicionismo; Expropiación; Interés público.

**Abstract:** A current phenomenon in our country is the replacement of the word “conflict” with “crime” in the criminal law dialect, we refer to a methodological replacement in current regulations and court practice. This to

1 Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad del Salvador (Buenos Aires), Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina) y Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires).

the point, that this paradigm shift opens the way to a criminal law called three-way. This evidences the relevance of analyzing how this trend is received in criminal legislations; as well as the importance of determining what are the presuppositions used by those who promote the inculturation of this new terminology. This work seeks to clarify these questions, since the use of the word “crime” or the term “conflict” leads to consequences with different implications on the social level. Hence the importance of evaluating whether or not this new criminal legal dialect fits the reasonableness of the common political good, the key to the vault of classical realistic thinking.

**Keywords:** Crimes; Conflicts; Abolicionism; Expropriation; Public Interest.

**Sommario:** Un fenomeno attuale nel nostro paese è la sostituzione della parola “conflitto” per “crimine” nel dialetto giuridico criminale, ci riferiamo a una sostituzione metodologica nelle normative vigenti e nella pratica giudiziaria. Al punto che questo cambio di paradigma apre la strada a una legge criminale chiamata a tre vie. Ciò evidenzia la rilevanza dell’analisi di come questa tendenza è ricevuta nelle norme penali; nonché l’importanza di determinare quali sono i budget e i fondamentali utilizzati da coloro che promuovono l’inculturazione di questa nuova terminologia. Questo lavoro cerca di chiarire queste domande, poiché l’uso della parola “crimine” o il termine “conflitto” porta a conseguenze con implicazioni diverse a livello sociale. Da qui l’importanza di valutare se questo nuovo dialetto giuridico criminale sia o meno conforme alla ragionevolezza del bene politico comune, la chiave della volta del pensiero realistico classico.

**Parole chiave:** Crimini; conflitti; abolizionismo; esproprio; Interesse pubblico.

Para citar este texto:  
Romero Berdullas, C. M. (2019). “De los delitos y los conflictos”.  
*Prudentia Iuris*, N. 88, pp. 203-232.

## 1. Introducción

Al analizar los cambios originados en el Derecho Penal, Guillermo J. Yacobucci explicaba, hace más de una década, que las corrientes críticas y abolicionistas han permitido avances significativos dentro de la ciencia penal, en tanto evidenciaron graves desigualdades e injusticias en la aplicación de los instrumentos punitivos. De hecho, a su entender, la conside-

ración de esos planteos críticos ha conducido “a procesos donde el carácter público del Derecho Penal ha quedado limitado”<sup>2</sup> ante un nuevo rol de la víctima con consecuencias variadas, en la medida que la legislación penal admitió la extinción del delito o la inaplicabilidad de la pena, frente a la reparación del daño provocado u otras vías consensuadas<sup>3</sup>.

Por ello, desde la perspectiva del doctrinario citado “hoy se puede decir que la ilicitud de una conducta puede constituir tanto un delito como un mero conflicto según el modo en que el legislador prevea su solución”, lo que “supone también aceptar la idea de un Derecho Penal de tres vías”<sup>4</sup>.

Efectivamente, esta descripción parece ajustarse a un fenómeno de especial actualidad. Aludo a un ingreso de la palabra “conflicto” en el dialecto jurídico penal, que parece proyectarse en la normativa y práctica tribunalicia, a través de diversas clases de respuestas susceptibles de caracterizarse como no penales.

Esto evidencia la importancia de precisar si esta tendencia a reemplazar el término “delito” por la palabra “conflicto” y sus posibles consecuencias se ajustan a la medida de razonabilidad del bien común político. De modo que en pos de alcanzar el cometido propuesto, nada parece más conveniente que iniciar este camino mediante un análisis normativo, a fin de observar cómo se inserta este nuevo paradigma en las leyes.

Concretado este primer peldaño de la investigación, se advierte indispensable examinar los argumentos doctrinales y jurisprudenciales que proponen la incorporación de esta nueva terminología en el debate penal; tras lo cual, deviene ineludible determinar cuáles son los fundamentos de estos puntos de partida, lo que luego nos permitirá discernir, desde una perspectiva realista clásica, la corrección o incorrección de introducir este nuevo dialecto jurídico penal, como así también algunos de sus posibles efectos.

## 2. Recepción normativa

Si estudiamos la legislación penal argentina advertiremos, como aspecto novedoso, que los códigos procesales penales de las provincias han introducido la palabra “conflicto” en sus regulaciones, en línea con la posibilidad de aplicar una justicia restaurativa y determinados métodos alternativos a las penas o las medidas de seguridad.

2 Yacobucci, G. J. (2005). “Los desafíos de un nuevo Derecho Penal”. En *Revista Jurídica Logos*. San Pablo. Facultad de Derecho Prof. Damásio de Jesús, n° 1, 15.

3 Ídem.

4 Ídem.

Véase, a modo de ejemplo, el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –en adelante, CPPCABA–, donde se define como objeto de la investigación penal preparatoria, encabezada por el fiscal, el propósito de “[...] arribar a la *solución del conflicto* por cualquiera de las vías legalmente previstas o promover o desechar la realización del juicio”, propiciando “la utilización de los medios alternativos de *resolución de conflictos* legalmente previstos” (art. 91)<sup>5</sup>.

Más aún, el mismo plexo normativo prevé la posibilidad del fiscal de proponer “otras alternativas para la *solución de conflictos* en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición” (art. 204, inc. 2°); que en caso de culminar con un acuerdo, “implicará la *resolución definitiva del conflicto*”<sup>6</sup> (idem) y el archivo de las actuaciones sin más trámite (arts. 204, inc. 2° y 199, inc. h).

A su vez, nótese que el Código Procesal estudiado establece la posibilidad del fiscal de requerir la elevación a juicio cuando no considere proponer “otra forma de *resolución del conflicto*”<sup>7</sup> o ésta hubiera fracasado” y se encuentre agotada la investigación (art. 206, CPPCABA).

Así, este cuerpo procesal y otras regulaciones provinciales<sup>8</sup> han incorporado un lenguaje y/o herramientas más emparentadas a una llamada “justicia restaurativa”, que –según la literatura reformista– procuraría la resolución alternativa de los “conflictos”, privilegiando soluciones ponderadas como más adecuadas para pacificar la sociedad.

En clave con ello, también el Código Procesal Penal de la Nación –aprobado el 4-12-2014, mediante la Ley N° 27.063, mas luego suspendido *sine die* por el Decreto PEN N° 257/2015– fijó, como faro procesal, que “[...] os jueces y los representantes del Ministerio Público *procurarán resolver el conflicto* surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecúen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social” (art. 22)<sup>9</sup>.

5 Lo destacado me pertenece.

6 Ídem.

7 Ídem.

8 Las provincias de Buenos Aires (art. 2°, CPP); La Pampa (art. 15, inc. 4°, CPP); La Rioja (art. 204 bis, inc. 2°, CPP); Río Negro (art. 180, CPP); Santa Fe (art. 19, CPP); Mendoza (art. 26, inc. 2°, CPP); Chubut (art. 44, inc. 5°, CPP); Chaco (art. 6 bis, inc. 3°, CPP); Santiago del Estero (art. 103, CPP); Jujuy (arts. 101, inc. 5°, 104 y 105, CPP); Neuquén (art. 106, inc. 5°, CPP); Misiones (art. 60, incs. e y f, CPP) y Entre Ríos (art. 5°, CPP).

9 Lo destacado me pertenece.

Esta premisa es consecuente con el denominado “nuevo paradigma de solución de conflictos”<sup>10</sup> y los principios funcionales recogidos en la reciente ley orgánica del Ministerio Público Fiscal<sup>11</sup>.

Puntualmente, aludimos al titulado como “principio de gestión de los conflictos”, consistente en procurar “[...] *la solución de los conflictos* con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social” (arts. 9º, inc. e, y 21 de la Ley N° 27.148)<sup>12</sup>.

Todavía más, esta tendencia ha sido receptada en el Código Procesal Penal Federal<sup>13</sup>; e incluso, promovida en el Derecho Penal sustantivo mediante la sanción de la Ley N° 27.147 (10-6-2015), que incorporó al Código Penal de la Nación la conciliación o reparación integral del perjuicio (art. 59, CP) como nuevas causales de extinción de la acción penal, novedades también reafirmadas en el proyecto de reforma del código de fondo impulsado por la comisión creada mediante el Decreto PEN N° 103/2017 (art. 59, inciso 7º).

### 3. Los presupuestos en la doctrina y la jurisprudencia

Expuesta la incursión normativa del término “conflicto”, es tiempo de examinar la doctrina y jurisprudencia nacional que propician su ingreso al debate penal. En pos de ello, se advierte oportuno iniciar este recorrido con Binder<sup>14</sup>, quien precisamente exhorta a abrirse hacia una nueva concepción del proceso penal, guiada por la meta de pacificar a la sociedad. De ahí que interpele a recuperar la idea del “conflicto” y su solución<sup>15</sup>.

10 También el art. 34, del suspendido CPPN, dispone la facultad del imputado y la víctima de realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas; o en los delitos culposos, si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte.

11 Sancionada el 10-6-2015.

12 Lo destacado me pertenece.

13 Aprobado por Decreto PEN N° 118/2019 (8-2-2019), que en los arts. 22, 30, inc. c.; 34 y 269 ratificó el texto recogido en la Ley N° 27.063 (con las incorporaciones dispuestas por la Ley N° 27.272 y las modificaciones introducidas por la Ley N° 27.482).

14 La influencia de Binder y Maier se evidencia cuando Julio Alak expone ante el Senado en octubre de 2014; y alude expresamente a que el CPPN aprobado por la Ley N° 27.063 era una síntesis de las mejores elaboraciones doctrinales de los mencionados [cf. Solimine, M. A. (2015). *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley N° 27.063*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 93].

15 Cf. Binder, A. M. (2000). *Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad Hoc, 115.

En este contexto, según el citado, el hecho de colocarle el nombre de delito, “no quita que se trate de un conflicto”<sup>16</sup>, pues en “última instancia el robo no es más que un conflicto entre dos personas que quieren usar las mismas cosas al mismo tiempo, y así podríamos definir el delito si, independientemente de la legitimidad, comprendemos que cada uno de estos hechos está marcando un conflicto social”<sup>17</sup>.

Por consiguiente, plantea la relevancia de la apertura del sistema hacia la víctima, pues afirma que el Estado le ha: “[...] expropiado su derecho a buscar la solución que le parezca adecuada o satisfactoria: ese derecho ‘personal’ le ha sido expropiado y convertido en un derecho estatal, puesto que el Estado se apropia y ocupa de su dolor y lo transforma de modo que la sociedad quede tranquila. Más lo cierto es que los intereses estatales rara vez se satisfacen y tampoco se da una real satisfacción a la víctima”<sup>18</sup>.

En ese marco conceptual, pone de relieve que cuando la “[...] la literatura moderna dice que el Estado expropió el conflicto a las víctimas, confiscó a la víctima su conflicto, lo que se está manifestando es que el Estado busca un supuesto interés general, pero se olvida que ese interés viene acompañado también de un interés particular que debería ser preponderante en principio”<sup>19</sup>.

Por ello, al aludir a la recuperación de la víctima como elemento esencial o sujeto natural del proceso, Binder refiere “[...] que la acción es antes que nada el instrumento de un interés privado que ha sido lesionado y que además puede generar una preocupación pública”<sup>20</sup>. Tanto es así, que destaca la importancia de superar una visión del conflicto meramente formalista y recobrar los intereses de las víctimas, en pos de sensibilizarse frente a la dimensión de los problemas de la sociedad, “porque si un delito afecta a la sociedad es porque antes afectó a una persona”<sup>21</sup>.

En base a lo expuesto, sostiene que “[e]l concepto de acción pública es un concepto totalmente artificial. El único concepto de acción real, y conforme a la teoría procesal, es el concepto de acción privada. El concepto de acción pública es solamente el modo de manifestar con una apropiación terminológica que ha hecho mucho daño [...]”<sup>22</sup>.

A su entender, la noción de acción penal pública es el corolario de un proceso de concentración de poder de un modelo de justicia penal inquisito-

16 Cf. *Ibidem*, 116.

17 *Ídem*.

18 Cf. Binder, A. M. *Ideas y...*, 102-103.

19 Binder, A. M. *Ideas y...*, 113.

20 *Ídem*.

21 Cf. Binder, A. M. *Ideas y...*, 116.

22 Cf. Binder, A. M. *Ideas y...*, 254.

rial de una clase de Estado (absolutista)<sup>23</sup>, que habría asumido el poder de requerir y juzgar para asegurar el monopolio de la persecución penal, supestandamente en pos de reducir los niveles de agresividad producidos por las reacciones de los delitos (léase venganzas, retaliación, etc.)<sup>24</sup>; aunque en los hechos, en realidad habría sido utilizado por un aparato estatal convertido en el mayor productor de violencia fútil<sup>25</sup>.

Por tanto, Binder procura reformular sin más el concepto de “acción penal pública”<sup>26</sup> en consonancia con los postulados de una “política criminal democrática”<sup>27</sup>; ya que según su parecer, únicamente constituiría acción lo denominado en el Derecho Penal como “acción privada”, o sea, la facultad reservada a la víctima de impulsar el movimiento de la persecución penal<sup>28</sup>.

De esta forma, la redefinición del concepto de acción impondría una necesaria resignificación del rol del Ministerio Público Fiscal y de la víctima, pues si en vez de concebir al fiscal como un funcionario autónomo o burócrata al servicio de intereses puramente estatales, se lo considerara un funcionario instituido por el Estado para tutelar en concreto los intereses afectados por la acción delictiva, las condiciones de legitimidad de su ejercicio resultarían modificadas<sup>29</sup>. Es que, naturalmente, la víctima siempre gozaría del derecho a impulsar los órganos de persecución penal; mientras en cambio, las facultades del Estado en aras de intervenir a través del Ministerio Público en esa dirección deberían justificarse.

Ante esta reformulación afirma, entonces, que dentro del proceso de reorganización socio-económica de Latinoamérica, la justicia penal debe recobrar su profunda misión pacificadora, pues de lo contrario las instituciones “qué otra misión van a cumplir, salvo la de servir a otros intereses, la de convertirse –como ya ha sucedido [...] con nuestra justicia penal– en un instru-

23 Cf. Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 345-346.

24 Cf. Binder, A. M. *Derecho Procesal...*, T. II, 346.

25 Ídem.

26 Binder rechaza que la mayor parte de los delitos deban generar una acción pública, pues en su esquema no existe ninguna razón fundada en la naturaleza o el carácter ontológico de los delitos para ello. Pues esta cuestión responde a una planificación y decisión político criminal (Binder, A. M. *Derecho Procesal...*, T. II, 373).

27 Cf. Binder, A. M. *Derecho Procesal...*, T. II, 346; Binder, A. M. (2009). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires. Ad-Hoc, XVII.2.; Binder, A. M. *Ideas y...*, 254-255 y 292-293; y Binder, A. M. (1997). *Política Criminal: De la formulación a la praxis*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 146.

28 Cf. Binder, A. M. *Introducción al...*, 213-218; y Binder, A. M. *Derecho Procesal...*, T. II, 345-349.

29 Cf. Binder, A. M. *Introducción al...*, 213-218; y Binder, A. M. *Derecho Procesal...*, T. II., 345-349.

mento de opresión o de permanentes abusos”<sup>30</sup>. Por tanto, a su entender, el juez o fiscal deben transformarse en “gestores de la paz” para colaborar con la construcción de una sociedad menos violenta y evitar el castigo en tanto sea factible, en congruencia con el principio de *ultima ratio* de un Estado de Derecho de una sociedad democrática, donde el poder penal (léase, el poder violento) deber ser utilizado lo menos posible<sup>31</sup>.

Similar perspectiva se advierte en doctrinarios como Jauchen, quien arguye que todo delito encierra un conflicto, en muchas ocasiones “más importante que la propia concepción de aquél, con lo cual apuntar a la resolución del mismo es buscar la paz social y regular de modos pacíficos la convivencia temporalmente obstruida por el hecho criminal acontecido”<sup>32</sup>; de ahí la relevancia de instituir otras vías alternativas de solución de un conflicto perteneciente a “[...] quien resulta víctima del hecho investigado”<sup>33</sup>.

También puede constatarse una visión semejante en Maier<sup>34</sup>, quien apela al término “conflicto” en diferentes pasajes de sus obras; e inicia su recorrido en una crítica sobre la situación de la víctima, que fue desalojada de su pedestal:

“[...] abruptamente, por la Inquisición, que expropió sus facultades al crear la persecución penal pública y desplazó por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal al transformar todo el sistema penal en un instrumento de control estatal directo sobre los súbditos; [...] aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción —el más intenso— en manos del Estado, que lo utilizaba de oficio, sin necesidad de una queja externa a él, el conflicto se había ‘estatizado’; de allí que se hable, pleonásticamente, de una ‘criminalización del Derecho Penal’, antes bien, del origen del Derecho Penal, tal como hoy lo conocemos culturalmente, o, mejor aún, del ‘nacimiento de la pena’”<sup>35</sup>.

30 Cf. Binder, A. M. *Ideas y...*, 116.

31 Cf. Binder, A. M. *Ideas y...*, 115-116.

32 Jauchen, E. M. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. T. I. 1ª ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 686-687.

33 Jauchen, E. M. (2012). Ob. cit., T. I, 676.

34 Vale destacar la importancia del Código Procesal Penal para la provincia de Chubut redactado por Maier, que fue aprobado por la Ley N° 4.566, amén de no entrar en vigencia. Y también cabe resaltar su influencia, mediante la elaboración conjunta con Cafferata Nores y Almeyra Nazar del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación del Poder Ejecutivo (1986), que sirvió de plataforma del Código Procesal Penal para Iberoamérica (1988), a través del cual se introducirían las reformas procesales en América Latina y la mayor parte de nuestras provincias.

35 Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*. 1ª ed., 2ª reimp. Buenos Aires. Editores del Puerto, 582-583.

Vale reparar, que Maier considera deseable un retorno (al menos parcial) hacia ciertas formas de solución de los conflictos añejas<sup>36</sup>, pues estima: “[...] necesario repensar la reacción estatal desde el lado de la víctima, hoy convidada de piedra a la mesa del Derecho Penal [...] Pensando en la reparación a la víctima, incluso por el método más correcto, el regreso al *statu quo* ante, cuando es posible, [...] En este sentido, la intervención de la víctima en la exposición y solución del conflicto por medios diversos de la pena estatal sería deseable [...] Un Derecho ‘Penal’ que acentúe su interés por regresar al momento anterior al delito, con la colaboración del infractor, cumpliría su función social, solucionar conflictos sociales, de manera más acorde a su propio fin [...]”<sup>37</sup>.

Desde una óptica análoga, también Rusconi rescata el valor de reemplazar una búsqueda de castigo del culpable caracterizada por su caos, desenfreno e ineficiencia, por un instituto de la mediación (también denominado instancia anti-proceso), que propendería a respetar la capacidad de resolver el “conflicto” de la víctima y el imputado, además de humanizar el proceso penal al facilitar la aproximación a las necesidades de los protagonistas; y restituirle a ese convidado de piedra, parte del protagonismo perdido tras la consolidación histórica del sistema de enjuiciamiento impregnado únicamente por lo estatal<sup>38</sup>. De ahí que la redefinición del “conflicto” –a entender de Rusconi, quien aquí sigue a Zaffaroni– redundaría en una alternativa al modelo punitivo que reduciría la violencia y el ejercicio de un poder selectivo e irracional. Tanto es así, que sería más apropiado denominarla mediación anti-penal, y no penal<sup>39</sup>.

Por su parte, la sustitución de la palabra “conflicto” por “delito” se advierte además en el garantismo abolicionista<sup>40</sup> preconizado por Zaffaroni, quien precisamente afirma la inexistencia del delito; e infiere que desde una

36 Según Maier, en un estadio primigenio las víctimas ocuparon un rol protagónico al imperar antiguamente el sistema acusatorio privado en la persecución penal y la composición como forma común de resolución de conflictos [Maier, Julio B. J. (2008). “La víctima y el Sistema Penal”. En AA. VV. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires. Ad Hoc, 186].

37 Cf. Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. 2ª ed., 3ª reimp. Buenos Aires. Editores del Puerto, 839-840.

38 Cf. Rusconi, M. (2008). *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 13-38.

39 Cf. Rusconi, M. Ob. cit., 27, donde cita textualmente a Zaffaroni, E. R. “Prólogo”. En Obarrio, M. C. y Quintana, M. (2004). *Mediación Penal: Una resolución alternativa*. Buenos Aires. Quórum, XII.

40 Fenómeno pioneramente así denominado y estudiado en Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Marcial Pons; y Hernández, H. H. (2017). *Inseguridad y garantismo abolicionista: Bases para la reconstrucción de la Justicia Penal*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.

perspectiva óptica, únicamente existen conflictos seleccionados de modo arbitrario<sup>41</sup>.

A partir de su confeso agnosticismo penal<sup>42</sup>, el exponente abolicionista plantea que la existencia del “delito” es un falaz presupuesto, sobre el cual se edifica un programa de criminalización primaria<sup>43</sup> que no puede ser materializado en la práctica por las agencias de criminalización secundaria<sup>44</sup>, dada su limitada capacidad operativa, al punto tal que solo una ínfima parte del plan delineado puede ejecutarse<sup>45</sup>.

De este modo, se resalta una disparidad entre el discurso jurídico penal diseñado y el ejercicio del poder programado, emparentando al sistema penal a “[...] un verdadero embuste [...]” pues “[...] pretende disponer de un poder que no tiene, ocultando el verdadero poder que ejerce [...]”<sup>46</sup>.

Aunque el autor-tipo del garanto-abolicionismo señala que, de darse la posibilidad de incrementar la capacidad operativa de las agencias y concretar el ejercicio del poder programado, se generaría el indeseable efecto de criminalizar a toda la población en variadas ocasiones, pues ningún habitante resultaría exento de criminalización alguna; y por consiguiente, la concreción de esa *potentia* criminalizante conduciría a una catástrofe social<sup>47</sup>. De ahí que asimile la criminalización programada conforme al discurso jurídico-penal a “un supuesto tan absurdo como la acumulación bélico nuclear que permite aniquilar varias veces a toda la vida planetaria”<sup>48</sup>.

Por cierto, el quid de la cuestión, según Zaffaroni, radica en que debajo de la absurda ficción construida en torno a la desiderata de materializar

41 Zaffaroni, E. R. (2005). *En busca de las penas perdidas*. 4ª reimp. Buenos Aires. EDIAR, 253.

42 Zaffaroni procura determinar el campo del Derecho Penal, pero sin que su acatamiento provoque “una legitimación de los elementos del estado de policía [...] propios del poder punitivo que acota”; definiendo así a la pena como “una coerción que impone una privación de derechos o un dolor; que no repara ni restituye y ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes” [Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Ediar, 44-46].

43 Estructurado mediante la sanción de leyes penales de carácter sustantivo tendentes a incriminar o permitir la punibilidad de determinadas personas (cf. Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. Ob. cit., 7, 18-20).

44 La policía, los jueces y agentes penitenciarios son los encargados de cumplir ese programa de criminalización primaria enunciado por las agencias políticas y ejercer la acción punitiva sobre personas concretas.

45 Cf. Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. Ob. cit., 9.

46 Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 30-31.

47 Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 30-31.

48 Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 30-31. Maier y Rusconi enseñan cierto punto de contacto con esta afirmación [cf. Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal, I...*, 835; Rusconi, M. (2005). *Las fronteras del Poder Penal*. 1ª ed. Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, 157; y Rusconi, M. (2009). *Derecho Penal, Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, 335, respectivamente].

la criminalización primaria, traslucen las razones veladas de un sistema penal estructurado para ejercer su poder con un elevado grado de arbitrariedad selectiva, naturalmente sesgada hacia los sectores vulnerables<sup>49</sup>.

Zaffaroni otea así la procedencia del sistema penal en la revolución mercantil (s. XV) y la formación de los Estados Nacionales, oportunidad en la cual habría tenido lugar la expropiación del conflicto, seguida de la implantación del soberano en reemplazo de los derechos de la víctima. Entonces, desde este nuevo marco teórico todo infractor devendría en enemigo del soberano y traidor, por lo que el Derecho Penal se desentendería de la lesión concreta padecida por los seres humanos (léase las víctimas), además de mudar el sistema penal en un ejercicio de poder verticalizante y centralizador<sup>50</sup>.

La concepción del delito como “lesión contra la víctima” caería en el anonadamiento, y concomitantemente, adheriría la naturaleza de “ofensa contra el soberano”. De tal forma que, evanecido el interés por el daño real producido y la reparación del *statu quo ante* el delito, sólo cobraría sentido para el poder estatal centralizado el disciplinar a sus vasallos mediante el instrumento de coacción más intenso, o sea, la pena (según el autor abolicionista). Por tanto, concluye el citado que así se cosificaría a las partes del conflicto, al ponderar a la víctima como una señal habilitante de la intervención de las agencias del sistema penal, que so pretexto de limitar la venganza privada o suplir la debilidad del directamente ofendido tendría piedra libre para ejercer su poder selectiva, antojadiza y arbitrariamente<sup>51</sup>.

A tenor de lo expuesto, el realismo marginal pregonado por Zaffaroni procura deslegitimar el discurso jurídico penal; e introducir un nuevo esquema discursivo mediante la técnica del yudoca ideada por Foucault, para demoler por implosión el sistema punitivo y reducir las violentas manifestaciones de la *potentia puniendi* ejercida por las agencias ejecutivas, a través de la redefinición de sus categorías dogmáticas<sup>52</sup>, por lo que cobra significancia estratégica el reemplazo de la palabra “delito” por “conflicto”.

De esta manera, la misión reductora y contradictoria del poder punitivo recaería en la agencia judicial, que a entender de Zaffaroni encarna el Estado de Derecho, pues a diferencia de las restantes agencias (léase las

49 Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 31.

50 Cf. Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. Ob. cit., 235-236 y 275; y Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 156-157.

51 Cf. Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. Ob. cit., pp. 229-230.

52 Cf. Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 107, 166-169 y 177-182; y Folter, R. S. de (1989). “Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault”. En AA. VV. *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires. Ediar, 77.

ejecutivas y políticas) posibilitaría la intervención mínima como táctica en ese transitar progresivo hacia el abolicionismo<sup>53</sup> o desandar del *unfinished* de Mathiesen<sup>54</sup>.

En otro orden, la jurisprudencia tampoco es ajena a esta sustitución de la lógica que concibe al delito como infracción, por aquella a través de la cual se lo pondera como “conflicto”<sup>55</sup>. Tan solo a modo de ejemplo, puede colegirse esto en el voto de Adrián N. Martín, en “D. J. A. s/ robo agravado en grado de tentativa”<sup>56</sup>.

De acuerdo a su criterio, nos hallamos “[...] aquí en presencia de la impronta inquisitiva que Binder destaca –con conocidas citas de Foucault– como ‘la tradición de considerar el delito como infracción’ [...]” (*vide* cons. n° 6); de ahí que “[...] es imperioso recuperar y afianzar la tradición de concebir el delito como ‘conflicto’, tal como lo conciben las modernas regulaciones procesales imponiéndole a los jueces –pero también a los fiscales– la resolución ellos [...]” (*ídem*); y por esa razón, estos “[...] casos hacen evidente que la pretensión de habilitación de poder punitivo y, consecuentemente, no poner fin a la lógica punitiva, sólo se realiza con la excusa de controlar la desobediencia, de castigar las infracciones a la ley, y por sobre todo, desentendiéndose de la voluntad de los involucrados en el conflicto [...]” (*ídem*).

Más aún, frente a este escenario, Adrián N. Martín interpela al servicio de justicia a replantearse “sus funciones respecto de cómo, cuándo y de qué

53 Cf. Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. Ob. cit., 5-6 y 51-52; y Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 104-105, 110-111, 182-183 y 245.

54 Zaffaroni explica los esfuerzos de Mathiesen por conceptualizar lo *inacabado* y su necesidad de diseñar una táctica no neutralizable por una contra-estrategia de retrocesos parciales del poder (cf. Zaffaroni, E. R. *En busca de...*, 104-105). De hecho, Zaffaroni alude a este *unfinished*, cuando rubrica a la empresa *inacabada* y abierta orientada a disminuir la magnitud de los genocidios puestos en marcha, puntualmente al finalizar su prólogo a Christie, N. (1993). *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* 2ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, 20.

55 Cf. Tribunal Oral en lo Criminal n° 18 de la Capital Federal, causa n° 78.050/2014, 29-9-2016; Tribunal Oral en lo Criminal n° 18 de la Capital Federal, causa n° 78.050/2014, 29-9-2016; Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 de la Capital Federal, causa n° 4551/2012, 30-11-2015; Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 de la Capital Federal, causa n° 39889/2014, 11-12-2015. *Vide* también el voto en disidencia de López González G., R. S., conciliación, causa n° 50621/2011, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, 21-4-2016; y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en “Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184, inc. 5°, CP”, 27-9-2010, expedientes n° 6.784/09 y 6.785/09, ambos s/ queja por RID; como también en “Junco, Luis Antonio s/ infr. art 149 bis, CP”, 27-9-2010, expedientes n° 6.799/09 y 6.805/09, ambos s/ queja por RID.

56 Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 de la Capital Federal, 11-10-2016, causa n° 4889, “D. J. A. s/ robo agravado en grado de tentativa”. En similar sentido, véase lo resuelto por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 de la Capital Federal en la causa n° 4714/2016, 13/10/2016; y la causa n° 4902/2016, 13-10-2016.

manera intervenir en ciertos conflictos [...]” (cons. n° 9), pues de lo contrario, no se “[...] hará más que agudizar esos conflictos [...]” (ídem), cuando “la cuestión se presenta como la tensión de habilitar la mayor cantidad posible de poder punitivo frente a sujetos que han infringido la ley o, por el contrario, abrir vías de composición del conflicto, de rearmado de lazos sociales” (ídem).

#### 4. Los fundamentos

Comprobado cómo parte de la doctrina y jurisprudencia nacional tienden a utilizar el término “conflicto” como sustituto de la palabra “delito”, nos hallamos en condiciones de escrutar la fuente ideológica de esta modificación propiciada en el lenguaje jurídico penal.

En primer lugar, debe aclararse que en la actualidad salen al paso del carácter público del Derecho Penal tradicional algunas posiciones más medidas<sup>57</sup>, las cuales frente a cierta clase de delitos procuran el reemplazo de la pena cuando se alcanza la composición entre víctima e imputado<sup>58</sup> junto a la consiguiente reparación y/o una facultativa extintiva de la persecución penal, en base a criterios de oportunidad<sup>59</sup>; de consuno a otras más radicales orientadas a “devolver el conflicto a la víctima”<sup>60</sup> y sustituir totalmente el Derecho Penal por un sistema transaccional.

Ahora bien, al tiempo de determinar de dónde surge la idea-guía de reemplazar la palabra “delito” por el término “conflicto” en el discurso jurídico penal, cabe precisar su procedencia en el movimiento abolicionista, que en el marco de su estrategia reductora de la potestad punitiva, directamente exhorta a intercambiar estos vocablos.

57 Entre las posturas menos radicales se encuentran, por ejemplo, las de Maier, Silva Sánchez, Roxin y Yacobucci. Cf. Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal, II...*, 601-605; Silva Sánchez, J. M. (1998). *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. 1ª ed. Buenos Aires. Ábaco, cuestión 7; Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, 108-110; Yacobucci, G. “Los desafíos...”, 21-22.

58 También puede observarse cierto punto de contacto con una aproximación a respuestas restaurativas en Braithwaite, J. - Pettit, P. (2015). *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Buenos Aires. Siglo XXI.

59 El distingo entre las posturas más radicales y las dosificadas sería que las primeras no confundirían reparación con reacción penal, pues el ingreso de esta vía procura desplazar completamente el Derecho Penal. Mientras que las menos radicales buscarían la despenalización de ciertos comportamientos delictivos, a través del ingreso de esta nueva vía resolutive.

60 Esta expresión procede de Christie, N. (1977). “Conflicts as Property”. En *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, 1-15.

A esto se suma incluso, que tal como repara Anitua, también se advierte el influjo ejercido por los autores abolicionistas en muchos pensadores que luego participaron de proyectos de justicia restaurativa<sup>61</sup>.

Así pues, partiendo del presupuesto de “expropiación del conflicto” –ya otrora desarrollado por Foucault<sup>62</sup>–, nos sale al paso Nils Christie, hontana

61 Cf. Anitua, G. I. (2012). “Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena”, 13-14. En AA. VV. *El abolicionismo penal en América Latina. Imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires. Editores del Puerto. Tanto es así que, amén de posibles distinguos o matices, Maier, Binder, Zaffaroni y Bovino desarrollan la expropiación del conflicto desde una perspectiva histórica; y presentan en sus tesis indubitables puntos de contacto con la visión desandada a modo de ejemplo por Foucault, Hulsman y Christie.

Tan solo a modo de ej. se puede espigar en las obras escritas por Zaffaroni el influjo de Foucault, quien asimila a las fábricas, escuelas, establecimientos psiquiátricos, hospitales y prisiones del s. XIX en adelante a instituciones de secuestro [cf. Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires, S. XXI, 29; y Foucault, M. “La verdad y las formas jurídicas”, disponible en [http://www.posgrado.unam.mx/arquitectura/aspirantes/La\\_verdad.pdf](http://www.posgrado.unam.mx/arquitectura/aspirantes/La_verdad.pdf) (fecha de consulta: 7-7-2016)] en la V conferencia, 52-63. También es evidente la inspiración confesa de Zaffaroni en Foucault (cf. *En busca de...*, 139), quien al caracterizar la prisión y el panóptico emparenta estas instituciones por él denominadas de secuestro a jaulas (cf. Foucault, M. *Vigilar y...*, 16, 105, 168, 181, 187, 189, 192 y 218).

A su vez, la influencia de Hulsman en Zaffaroni es evidente en sus obras. Más aún, la 2ª reimp. de *En busca de las penas perdidas* se la dedica a Hulsman, quien luego de comentar que él asimila el funcionamiento de la astrología al enseñado por la Iglesia y el Estado –a los cuales confesó intentar desinstitucionalizar durante largos años–, define a *Politics of Abolition* (libro del primero), de Mathiesen, como la Biblia [cf. Hulsman, L. – Bernat de Celis, J. (1984). *Sistema Penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*. 1ª ed. Barcelona. Ariel, 16-17 y 22-23].

Asimismo, se perciben aristas comunes con lo escrito por Baratta en Baratta, A. (2004). *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Buenos Aires. B de F, al estipularse que los mecanismos de la criminalización secundaria reforzarían aún más el carácter selectivo del Derecho Penal, por cuanto las evidencias demostrarían cómo las máximas posibilidades de resultar seleccionado para integrar la población criminal se concentran en los niveles menos favorecidos de la escala social (léase subproletariado y grupos marginales).

Otro que apuntalado por Baratta y Hulsman remarca la selectividad primaria y secundaria de los sistemas de justicia penal en perjuicio de los estratos sociales más depauperados es Bovino [cf. Bovino, A. (2009). *Principios políticos del procedimiento penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, 19-20; Baratta, A. (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Siglo XXI editores Argentina, 172; Baratta, A. *Criminología y Sistema Penal*, 299-333; y Hulsman, L. – Bernat de Celis, J. (1984). Ob. cit., 63-64 y 78, respectivamente].

Entre otros, Elias Neuman también abreva en Hulsman, Ferrajoli, Baratta y Christie [cf. Neuman, E. (1997). *Mediación y Conciliación Penal*. Buenos Aires. Depalma, 40-45, 53, 98-100].

62 Si acercamos nuestro lente a *La verdad y las formas*, de Foucault, columbramos la alusión a la existencia de un Derecho Penal Privado y acusatorio de carácter material, que habría perimido en los siglos XII y XIII, cuando el poder armado (concentrado en los poderosos y el monarca) apropió las acciones y litigios judiciales, otrora metodología de distribución de los bienes entre las personas. Explica Foucault, que al resultar el pleito judicial un medio apto para garantizar la circulación de bienes y acumular riquezas, los más poderosos procuraron confiscarlo. En consecuencia, a su entender, la acumulación de la riqueza, el poder de las armas

de donde surgen las expresiones alusivas a la “devolución del conflicto a las víctimas” y la propuesta de una organización judicial impregnada por un fuerte elemento civil instituido por una justicia vecinal formada por legos para que no les sean robados los “conflictos” o redefinidos por los profesionales (léase, los abogados o terapeutas) en beneficio propio<sup>63</sup>.

Christie considera que el delito no existe, sino más bien se crea, pues primero se encuentran los actos; y luego se los dota de significado. El abolicionista noruego niega así la existencia del delito; e infiere que es una creación del legislador. De modo que la oferta desmesurada de delitos tendría su génesis en la actividad normativa u originadora de la reacción social<sup>64</sup>.

Por ello afirma que la cantidad de detenidos dependerá de variables introducidas por un sistema político y económico, cuya plataforma de actuación será la exclusión de individuos-sectores. De manera tal que la legislación, los medios de comunicación e intereses de grupos poderosos, junto al accionar judicial, son un instrumento de control social, que actúa sobre determinados grupos<sup>65</sup>.

Otro abolicionista que relativiza el concepto de delito e infracción es Louk Hulsman, al esgrimir: “[...] es necesario que se deje de utilizar la noción de ‘delito’ como herramienta del marco conceptual de la criminología. El delito no tiene realidad ontológica, no es el objeto, sino el producto de la política penal [...]”<sup>66</sup>. Pues “[n]o hay nada en la naturaleza del hecho, en su naturaleza intrínseca, que permita reconocer si se trata o no de un crimen o delito [...] Estas situaciones no tienen entre sí otro nexo que uno enteramente artificial [...] resulta de una decisión humana modificable [...] Es la ley, pues, la que dice dónde hay un crimen; es la ley, pues, la que crea al ‘criminal’”<sup>67</sup>; en definitiva, “[...] no hay crímenes ni delitos, sino situaciones problemáticas”<sup>68</sup>.

---

y el Poder Judicial concentrados en unos pocos constituyeron un mismo proceso, que adquiriría madurez con la primera gran monarquía medieval (segunda mitad del s. XII), mas luego se potenciaría con el acontecer del procurador, representante del soberano, rey o señor lesionado mediante la infracción a la ley por él dictada. Por tanto, imputa que a raíz de este proceso se habría sustituido el binomio víctima - daño concreto en su derecho, por la ofensa al soberano (léase Estado o sociedad) e infracción a la ley (o sea, el orden).

63 Christie aúna a la “expropiación histórica del conflicto”, otra “expropiación de sentido”, que se vincularía con intereses relacionados a la profesionalización (Christie, N. *Conflicts as...*, 1-15 y Christie, N. *La industria del...*, 156-157).

64 Christie, N., *La industria del...*, 21, 23, 30-31, 101-102-104-107, 111, 118, 125, 137-139, 154-155 y 169-173.

65 Ídem.

66 Hulsman, L. (1989). “La Criminología Crítica y el concepto de delito”. En AA. VV. *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires. Ediar, 97.

67 Hulsman, L. – Bernat de Celis, J. *Sistema Penal y...*, 52.

68 *Ibid.*, 90.

Según Hulsman, entre las tareas fundamentales del criminólogo crítico que ha dejado de usar al delito como herramienta conceptual, se encuentran las de “[...] estudiar estrategias para la abolición de la justicia penal”; y “[...] contribuir al desarrollo de otro lenguaje que permita discutir las cuestiones de la justicia penal [...]”<sup>69</sup>.

En traza de deslegitimar el sistema penal y colocar en crisis el discurso jurídico penal, Hulsman impera a suprimir el concepto de “crimen” y “a renovar completamente el discurso global sobre lo que se llama el fenómeno criminal y sobre la reacción que suscita”<sup>70</sup>, ya que “[n]o se podría superar la lógica del sistema penal si no se rechaza el vocabulario que sirve de base a esta lógica. Las palabras crimen, criminal, criminalidad, política criminal, etc., pertenecen al dialecto penal. Ellas reflejan los *a priori* del sistema punitivo estatal [...]”<sup>71</sup>.

La propuesta consiste precisamente en “[...] habituarse a un lenguaje nuevo, apto para expresar una visión no estigmatizadora sobre las personas y sobre las situaciones vividas. Así, hablar de ‘actos lamentables’, de ‘comportamientos no deseables’, de ‘personas implicadas’, de ‘situaciones-problemas’, fomenta ya una mentalidad nueva”<sup>72</sup>.

Hulsman denuncia que “[e]l sistema penal roba el conflicto a las personas directamente implicadas en él”<sup>73</sup>; y resalta la necesidad de “[...] abolir el sistema penal [...]. Tal sistema es un mal social, y los problemas que está llamado a resolver [...] deben ser abordados de otra manera”<sup>74</sup>.

Todavía más, brega por “[...] devolver a las personas implicadas el manejo de los conflictos [...]”<sup>75</sup>, ya que “[e]n el plano social, se trata asimismo de aprender a ‘negociar’ la situación de conflicto, que es la condición normal de los hombres en sociedad”<sup>76</sup>. De ahí que si “[...] se piensa en las diferentes claves de aproximación posibles a una situación conflictiva, se puede ver que el enfoque civil es siempre capaz [...] de ser una clave adecuada, cualquiera sea el conflicto”<sup>77</sup>.

Por tanto, arguye que la “[...] búsqueda de una reorganización de las estructuras jurídicas y sociales que ya no deje lugar siquiera al concepto de infracción [...] pasa a ser, en esta óptica, un objetivo político prioritario”<sup>78</sup>.

69 Hulsman, L., “La Criminología...”, 106-107.

70 Hulsman, L. – Bernat de Celis, J. *Sistema Penal y...*, 84.

71 *Ibíd.*, 84-85.

72 *Ibíd.*, 85.

73 *Ibíd.*, 71.

74 *Ibíd.*, 80-81.

75 *Ibíd.*, 91.

76 *Ibíd.*, 93.

77 *Ibíd.*, 121.

78 *Ibíd.*, 127.

Esto lo conduce a concluir, entonces, que “[c]on la abolición del sistema penal, cualquier asunto de arreglo de conflictos, vuelto a pensar con un lenguaje nuevo y retomado con otra lógica, se vería transformado desde el interior [...] permitiría una multitud de enfoques y soluciones que hoy apenas podemos imaginar”<sup>79</sup>.

Resta repasar sumariamente la criminología crítica profesada por Alessandro Baratta, quien parte de la premisa de que la pena es violencia institucional (o en otras palabras, limitación de derechos y represión de necesidades fundamentales de los individuos); y la ingeniería punitiva procura legitimar material e ideológicamente un esquema de poder sumamente selectivo, en donde los disímiles actores del sistema de justicia representan intereses de segmentos hegemónicos, minoritarios y socialmente privilegiados.

Resumiendo el pensamiento de inspiración marxista del cultor del minimalismo penal, puede decirse que la matriz punitiva agrava los conflictos, incumple las funciones declaradas en el discurso oficial; y muy por el contrario, únicamente sirve tanto para criminalizar problemas sociales, como reproducir las desigualdades estructurales tejidas sobre la base de relaciones de propiedad-poder existentes en el seno de la sociedad<sup>80</sup>. Por esta razón es que Baratta propone articular programáticamente la idea de mínima intervención penal como idea-guía, en donde los Derechos Humanos cumplan una función dual, una negativa, al versar sobre los límites de la intervención penal; y otra positiva, por cuanto pugna por definir desde una perspectiva humanística el objeto posible, pero no necesario, de la tutela por medio del Derecho Penal<sup>81</sup>.

También este autor efectúa un tratamiento análogo respecto a la expropiación del conflicto al perfilar una teoría de los Derechos Humanos como límite de la ley penal, la cual sería instrumentada a través de principios intra-sistemáticos<sup>82</sup> y extra-sistemáticos<sup>83</sup>, tendentes a hacia la mínima intervención del Derecho Penal.

Baratta introduce dentro de esta táctica proyectada en pos de reapropiar los “conflictos”, a los “[...] [l]os principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales” que “implican la liberación de la imaginación sociológica y política respecto de una ‘cultura de lo penal’ que ha colonizado ampliamente el modo de percibir y de cons-

79 *Ibid.*, 130.

80 Cf. Baratta, A. *Criminología y Sistema Penal...*, 299-333.

81 *Ídem.*

82 Léase, prescriptivos de requisitos para introducir-preservar figuras delictivas en la ley.

83 En otras palabras, criterios políticos y metodológicos tendentes a descriminalizar, además de resolver los conflictos de un modo alternativo al ofrecido por el sistema penal.

truir los conflictos y los problemas sociales en una sociedad” y “tienen por función la de enfrentar, por contraste, la cosificación de los conceptos de criminalidad y de pena y la de propiciar una visión innovadora y más diferenciada de los conflictos y de los problemas sociales”<sup>84</sup>.

En torno al minimalismo penal, “[...] [e]l principio de la sustracción metodológica de los conceptos de criminalidad y de pena propone el uso, en una función heurística, de un experimento metodológico: la sustracción hipotética de determinados conceptos de un arsenal preestablecido, o la suspensión de su validez. Se recomienda a los actores implicados en la interpretación de los conflictos y de los problemas y en la búsqueda de soluciones realizar tal experimento, prescindiendo, por cierto tiempo, del empleo de los conceptos de criminalidad y de pena, a fin de que se pueda verificar si y cómo podrían construirse no sólo los conflictos y los problemas, sino también sus respuestas desde ópticas distintas de la punitiva”<sup>85</sup>.

Luego de parafrasear a Baratta, se advierte nítidamente una exhortación a reinterpretar los por él denominados “conflictos”, mediante la sustracción hipotética de los conceptos preestablecidos (v. gr., delito-pena), con el afán de alcanzar respuestas desde una óptica diversa a la punitiva y activar la participación de los sujetos directamente implicados en las problemáticas, sin condicionantes en la comunicación por parte del poder.

## 5. Una lectura analítica de la cuestión

Demostrada la tendencia de la normativa penal a sustituir la palabra “delito” por “conflicto”; la propensión de cierta doctrina y voces jurisprudenciales a introducir un nuevo dialecto jurídico penal; y la notoria ascendencia del movimiento abolicionista en quienes han participado de los proyectos de justicia restaurativa en el país, como también su apología para instituir un lenguaje de barricada contra el sistema penal<sup>86</sup>, es tiempo de delimitar si es correcto asimilar e intercambiar las palabras “conflicto” y “delito”.

Si nos aproximamos a la etimología de la palabra delito, podemos reparar su procedencia del “lat. *delictum* (d. propiamente participio de delinquere ‘faltar’, ‘cometer una falta’, deriv. de linquere ‘dejar’). Deriv. Delictivo. Delictuoso, Delinquir, 1423, de dicho delinquere, delincuente, 1449, del participio activo del mismo verbo; delincuencia. Deliqui ‘desmayo, desfalleci-

84 Baratta, A. *Criminología y Sistema Penal...*, 326-327.

85 Ídem.

86 Esta táctica orientada a sustituir el lenguaje jurídico penal ya expuesta en el pensamiento de Christie, Hulsman y Baratta, también se advierte en Ciafardini, Steinert, Folter y Mathiesen, tal como se demuestra en Hernández, H. H. *El garantismo abolicionista*, 427.

miento', 1616, tom. del lat. *deliquium* 'falta, ausencia', deriv. de delinquere (el significado se ha alterado recientemente por influjo de delicia)<sup>87</sup>.

Entre tanto, en el Diccionario de la Real Academia Española se pueden espigar las siguientes acepciones del término "delito": culpa, quebrantamiento de la ley; acción o cosa reprobable; y (der) acción u omisión voluntaria e imprudente penada por la ley<sup>88</sup>.

Por su parte, la palabra "conflicto" proviene de "afligir, 1403, tom. del lat. *affligere* 'golpear contra algo', 'abatir', deriv. de *figere* 'golpear'. Deriv. de afligente, afflictivo; aflicción, 1ª mitad s. XIII. De otros deriv. de *figere*: conflicto, 1438, del lat. *conflictus*, üs. Íd., deriv. de *configere* 'chocar'<sup>89</sup>; y el Diccionario de la Real Academia Española sitúa su prosapia en el lat. *conflictus*; e incluso, suministra las siguientes acepciones: combate, lucha, pelea; enfrentamiento armado; apuro, situación desgraciada y de difícil salida; problema, cuestión materia de discusión; conflicto de competencia, de jurisdicción; coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos; y momento en el cual la batalla es más dura y violenta<sup>90</sup>.

Puede apreciarse que, de la etimología y variadas acepciones de las palabras delito-conflicto, se deduce la imposibilidad de inferir sinonimia alguna entre ambos términos. En sentido estricto, pueden existir "delitos sin conflictos" y "conflictos sin delitos". Ejemplifica el primer supuesto el caso del homicidio consumado sobre una persona carente de deudos que no resulta descubierto (delito sin conflicto); en tanto encuadra en la segunda posibilidad a una típica discusión laboral, marital o familiar (conflicto sin delito), la cual precisamente enseña cierta indiferencia axiológica, en la medida de que *a priori* no denota desdoro ético-jurídico; aspecto sí definitorio de una conducta delictiva<sup>91</sup>. Es que tal como lo enseña Tale, dentro del término conflicto no se comprende "la idea de transgresión ético-jurídica, que es nota esencial del delito"<sup>92</sup>. Más aún, tal como lo advierte Scala, la palabra

87 Corominas, J. (1973). *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*. En Biblioteca Románica Hispánica. 3ª ed. revisada y mejorada. Madrid. Gredos, reimpr. de 1987, 204. Análoga definición se observa en Corominas, J. (1980). *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*. En Biblioteca Románica Hispánica. 1ª ed. Madrid. Gredos, reimpr. de 1984, tomo CE – F, 440-442.

88 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Edición del Tricentenario, 23ª ed. electrónica, recuperado de <http://www.rae.es/> (fecha de consulta: 5-9-2017).

89 Corominas, J. *Breve Diccionario...*, 30.

90 Cf. Real Academia Española, *Diccionario de...*

91 Cf. Hernández, H. H. *El garantismo abolicionista*, 428-429; y Hernández, H. H. *Inseguridad y...*, 91.

92 Tale, C. (2010). "Los legítimos fines de la pena jurídica". En AA. VV. *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica, 188.

conflicto tiende a igualar a la víctima con quien delinquiró<sup>93</sup>, ubicándolos a ambos en una situación de paridad, cual si la víctima e imputado tuvieran una culpa concurrente respecto al acto antijurídico perpetrado.

Nótese, que Sancinetti se atiene de referirse al término “conflicto”: “[...] terminología ‘sociologizante’, que está de moda, con la cual, empero, se pierde de vista aquello de lo que se trata jurídicamente: de la comisión de un delito, esto es: del quebrantamiento de una norma fundamental para la convivencia social (si no fuera fundamental, su infracción no debería constituir delito, sino ser rebajada a contravención o pasar a integrar lisa y llanamente la ‘libertad de obrar’)”<sup>94</sup>.

Esto es importante resaltarlo, pues al sustituirse la palabra “delito” por “conflicto”, se obvia la clásica distinción entre los delitos civiles y los delitos criminales<sup>95</sup> suministrada por Llambías, quien enseña que lo ilícito civil (núcleo del Derecho Privado), a diferencia de lo ilícito penal, refiere a la utilidad de los particulares, pues se trata de una acción injusta y lesiva de un interés particular<sup>96</sup>, donde se interviene para remediar los daños provocados a algún individuo en particular<sup>97</sup>; mientras que el Derecho Penal es “una rama del Derecho Público que en líneas generales procura el bien de la comunidad, y sólo secundariamente el bien individual”, por cuanto “[l]o ilícito penal comprende un número restringido de acciones que atentan contra la sociedad haciendo peligrar su digna subsistencia [...]”<sup>98</sup>.

93 Cf. Scala, J. (2008). En AA. VV. *En defensa del Derecho Penal*. Buenos Aires. Educa, 141, según cita de Hernández, H. H. *Inseguridad y...*, 91.

94 Sancinetti, M. “Avenimiento y mediación: ¿la pena como objeto de negocios jurídicos?”, 17, texto que fuera leído como ponencia presentada en las Jornadas sobre Mediación Penal, organizadas por el Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la CABA, del 2 al 3 de junio de 2010, y se encuentra disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38164.pdf> (fecha de consulta: 10-5-2019).

95 Nótese que, al aprobarse el Código Civil, en la nota al artículo 1072, ya Vélez Sarsfield señalaba: “La palabra delito tiene en Derecho Civil una significación diferente de la que tiene en el Derecho Criminal [...]”.

96 Cf. Llambías, J. J. (1997). *Tratado de Derecho Civil Parte General*. T. II. Buenos Aires. Editorial Perrot, 17ª ed. actualizada, 277-278.

97 “Los actos ilícitos civiles son innumerables, pues ellos pueden resultar de cualquier contravención al ordenamiento legal; los delitos criminales están taxativamente determinados en el Código Penal [...] Los actos ilícitos civiles requieren indispensablemente la producción de un daño a un particular, los delitos criminales, no [...] Los actos ilícitos civiles dan lugar a sanciones resarcitorias que restablecen el precedente equilibrio de intereses; los delitos criminales originan sanciones represivas más variadas e intensas [...] La terminología de delitos y cuasidelitos es propia del Derecho Civil. Para el Derecho Penal no hay nada más que delitos, que son las acciones (dolosas o culposas) incriminadas por el Código Penal” (cf. Llambías, J. J. Ob. cit. T. II, 277-278).

98 Ídem.

En efecto, como bien indica Frister, “[l]a pena es una reacción de la generalidad contra la lesión del interés público en la validez de la norma infringida por la comisión del delito. Por tanto, el Derecho Penal no regula una relación jurídica entre personas privadas, sino una injerencia de la autoridad del Estado en los derechos del individuo, que sucede en interés público”<sup>99</sup>.

Esto denota la existencia de un interés público ante la comisión de todo delito, pues como explica Welzel desde otra atalaya: “[e]l Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridad del Estado, la vida, la salud, [...] protección de los bienes jurídicos [...]” que “[...] cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de los bienes jurídicos [...]”, asegurando así “la vigencia de los valores ético-sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, a la propiedad, etc.”<sup>100</sup>.

En este sentido, el intento de privatizar la justicia penal mediante la invocación a “la pacificación y gestión de los llamados conflictos” pareciera soslayar que la víctima particular no puede disponer del daño público provocado por el delito so pretexto de que el conflicto le pertenece, por cuanto si bien es titular de ciertos derechos, no se halla en condiciones de decidir la disposición de algo no perteneciente a ella (como lo es el gravamen público originado por el delito)<sup>101</sup>.

De este modo, la introducción del término conflicto es por demás controvertida, puesto que abre camino a terceras vías resolutorias, dejando subsistente un interés público no restaurado, motivo que precisamente movió al legislador a tipificar penalmente aquel injusto como delito de acción pública luego de aplicar la *ultima ratio*.

Por ello es que Sancinetti refuerza la noción de interés público implícita en el delito; y refuta la idea de expropiación del conflicto, dejando entrever que las reacciones aparentemente privadas o venganzas suscitadas en tiempos pasados: “[...] eran la forma primitiva de pueblos en los que, a falta de policía que pusiera orden, se debía ejercer venganza para imponer, justamente, un orden general. No hay por qué entender que eso fuese pura venganza privada, sino más bien un ‘asunto público’, sólo que el funcionario que ejercía la retribución era la víctima; y debía ejercer la venganza –aunque tuviese miedo de hacerlo– porque ese era también su deber frente a los

99 Cf. Frister, H. (2011). *Derecho Penal, Parte General*. 1ª ed. Buenos Aires. Hammurabi, 38.

100 Welzel, H. (1976). *Derecho Penal alemán, Parte General*. 11ª ed. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile, 11-12.

101 Sancinetti, M. Ob. cit., 7.

demás: si no, ¿quién podría sentirse seguro? Y que esto es así lo muestra la incorporación de la Ley del Talión. Moisés da esta ley al pueblo de Israel, precisamente como parámetro de proporcionalidad. Dicho de otro modo: si tu hermano te ha sacado un ojo, no le quites los dos [...] ¿Por qué podría haber normas de proporcionalidad válidas en general, respecto de un acto que fuera pura venganza privada?”<sup>102</sup>.

Por otra parte, desde una perspectiva realista clásica es evidente que el presupuesto de la expropiación del conflicto cae por su propio peso, en tanto partimos de la naturaleza social del hombre<sup>103</sup>, quien dentro de la polis es donde puede alcanzar la virtud, la cual se identifica con su felicidad y pleno desarrollo<sup>104</sup>. Desde este prisma, existe una tendencia natural del hombre a vivir en sociedad, fincada en un bien común que constituye la medida y principio de racionalidad ordenador de la vida política, jurídica y moral.

Por ello, en este contexto el Derecho no constituye un sistema de control social, sino que es objeto de la justicia<sup>105</sup>, medida que al dar a cada uno lo suyo y establecer o restituir el orden entre las personas (como partes de un todo) procura así la conquista de ese bien común. Por tanto, así se acerca el hombre al culmen del desarrollo de todas las posibilidades de una convivencia humana, marco en el que la ley penal (regla de prudencia determinada por la razón) define lo justo a realizar para preservar la sociedad humana<sup>106</sup> y lograr el bien común.

La secuencia lógica podría sintetizarse así, al existir un bien común político emerge naturalmente una comunidad política ordenada a abrazar ese fin, cuya existencia es el asidero de la potestad política que producirá el derecho concreto<sup>107</sup>. Así pues, este medio que ordena las conductas es una legítima potestad de Derecho Natural necesaria e inderogable, porque sin ésta no podría preservarse la sociedad, a la cual se encuentra inclinado el hombre por esa politicidad inscripta en su íntima naturaleza; ni la comu-

102 Cf. Sancinetti, M. Ob. cit., 5.

103 Cf. Sampay, A. E. (1975). *La Filosofía Jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*. Buenos Aires. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 28-29 y 32-33; y Aristóteles (2014). *Política*. Buenos Aires. Alianza, L. I, cap. 2, 1253 a.

104 Cf. Aristóteles. *Política*. L. I, cap. 2, 1252 b); y Santo Tomás de Aquino (2016). *El Gobernante Cristiano (De regimene principum ad regem Cypri)*. Córdoba. Athanasius, L. I, cap. I.

105 Aristóteles (2015). *Ética a Nicómaco*. 1ª ed. Buenos Aires. Colihue, L. V, cap. I, 1129ª y 1129b 1-5; y Santo Tomás de Aquino (1998). *Suma de Teología*, II-II (a). 3ª ed. Madrid. BAC, q. 57, a.1 y q. 58, a.1.

106 Cf. Aristóteles. *Ética...*, L. I, C. 1; y Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 92, a.1 y 95, a.1.

107 Se sigue de cerca a Castaño, S. R. (2012). *Lecturas críticas sobre el Poder Político*. 1ª ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 111.

nidad política podría alcanzar el bien común al carecer de una dirección racional hacia esa finalidad.

Ahora bien, no obstante la prevalencia de esta función directiva de la potestad política, debe además precisarse que ésta, a su vez, se encuentra investida de una facultad punitiva y el derecho a ejercer la coacción en pos de concretar ese mismo bien común político convocante. De modo que con lo afirmado basta para demostrar la inexistencia de expropiación alguna del conflicto desde el realismo clásico.

El delito es un acto humano (acción u omisión) culpable que lesiona o pone en peligro determinados bienes amparados por las normas jurídicas. Pero no se trata de cualquier acto, problemática o mero conflicto, sino de hechos sumamente graves, sin cuya prohibición y sanción la sociedad no podría preservarse, pues la ley penal no prohíbe todos los vicios, sino sólo aquellos actos humanos exteriores revestidos de tal nocividad para las relaciones sociales, que de no prohibirse la ciudad no se conservaría<sup>108</sup>. Por ello, Carnelutti afirma que el Código Penal se hace “para conseguir que los ciudadanos se abstengan de ciertos actos que se consideran gravemente nocivos al bien común y realicen ciertos actos que son necesarios para ese mismo bien común”<sup>109</sup>.

Tanto es así, que la obligación jurídica debida al otro y prevista por el legislador es una necesidad de fin, por cuanto instituye el medio particularmente más apto para realizar el bien común; y por consiguiente, su lesión impone la coacción jurídica indispensable para concretar su cumplimiento, pues el orden jurídico no puede tolerar su quebrantamiento, ya que de lo contrario vería comprometida su existencia en tanto orden a fin<sup>110</sup>.

Por esta razón, es que dada la necesidad de fin del orden jurídico, frente al incumplimiento espontáneo de la ley penal y de lo justo, la amenaza de la pena debe concretarse para restablecer el orden de justicia alterado por el ofensor; y por otra parte, salvaguardar la vigencia real de las prescripciones imperadas tanto para no dañar al otro, como respetar la vida tranquila, imperativos de justicia general orientados a resguardar el bien común político. De ahí que la coacción jurídica hace a la eficacia del derecho e induce a la

108 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 96, a.2; y II-II, q. 77, a.1, resp. a obj. 1.

109 Carnelutti, F. (2006). *Cómo nace el Derecho*. Librería El Foro Rodamillans S.R.L., 12.

110 Cf. Repetto, A. (2007). “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”. En *Diario de Política Criminal*, n° 11.780. Buenos Aires. El Derecho, 3.3.4; y Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 349-350. Semejante perspectiva se encuentra en Carnelutti, quien expresa: “[l]a sanción introduce la fuerza en la noción de Derecho, porque naturalmente, en cuanto no se obedezca al precepto, necesita de la fuerza para ser puesta en acto” (Carnelutti, F. Ob. cit., 25).

virtud, sin la cual no sería factible alcanzar el *bonum commune*, ya que los ciudadanos (o las partes) no se hallarían proporcionados al bien común de la ciudad (o el todo)<sup>111</sup>.

Dentro de este contexto, al delito le corresponde una doble razón de demérito, por cuanto no sólo hiere a la persona singular (o parte ordenada al todo) en su bien, sino también de modo prevalente lesiona a toda la comunidad política<sup>112</sup>. Pues ante la comisión de un delito se incumplen un deber emanado de la justicia conmutativa, que impone el imperativo de respetar la relación del titular del bien jurídico con su bien (ya sea un objeto material o inmaterial); junto a otro expresado en la obligación de todos de no perturbar los derechos personales de los demás y respetar la paz o vida tranquila, imperativo de justicia general o legal destinado directamente a preservar el bien común<sup>113</sup>. Por este motivo es que los delitos o actos humanos ejecutados en detrimento del otro irradian un perjuicio a toda la comunidad política<sup>114</sup>.

Como explica Jiménez de Asúa (aunque desde otros presupuestos), el Estado es siempre titular del interés ofendido por el delito, aunque puede resultar sujeto pasivo inmediato o mediato. Pero ciertamente ante la consumación de un delito, el Estado es víctima. Víctima o sujeto pasivo inmediato ante conductas como la traición, la rebelión, la sedición u otros actos disvaliosos que comprometen la paz; o víctima o sujeto pasivo mediato, cuando el delito lesiona un interés propio particular como, por ejemplo, acontece en el caso del homicidio, el robo, etc.<sup>115</sup>.

En el cumplimiento de la ley penal el principal interesado es el Estado, dado que el fin del Derecho Penal es en lo inmediato el bien de una víctima particular (o sea, restablecer la igualdad de justicia particular quebrantada), pero también su finalidad inmediata o mediata (según cuál sea el delito cometido<sup>116</sup>) será siempre el bien común político, por cuanto en todo delito de acción pública existe una afectación prevalente de la víctima comunidad política.

111 Cf. Aristóteles. *Ética...*, L. I, C. 1; Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 92, a.1 y 95, a.1; y Repetto, A. (2009). "El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común". En *Diario de Política Criminal*, n° 235-1246. Buenos Aires. El Derecho.

112 Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 21, a. 3.

113 Cf. Repetto, A. "La importancia...", 3.4.

114 Cf. Repetto, A. "La importancia...", 4.2.

115 También plantea que puede ser sujeto pasivo junto a otro sujeto en quien se personifica la autoridad o función del Estado (ej. atentado contra las autoridades) o de consuno a otro sujeto, cuyo intereses son afectados en el ámbito de la ofensa estatal (ej. expedición de moneda falsa); y cierra señalando la existencia de otros delitos en los cuales el sujeto pasivo es toda la sociedad o comunidad (ej. delitos contra la seguridad pública). Cf. Jiménez de Asúa, L. (1965). *Tratado de Derecho Penal, El delito*. T. III. 3ª ed. actualizada. Buenos Aires. Losada, n° 979, 92-93.

116 Si es un delito contra la seguridad pública se advierte claramente que la comunidad política es víctima inmediata del hecho penal. En cambio, si se comete el delito de homicidio

Por ello es que Vélez Mariconde destacaba el carácter público de la acción penal como principio general y concebía a la acción penal como pública, en razón de su objeto y la finalidad perseguida, en tanto el Estado ha reivindicado el derecho de acusar en miras de concretar sus fines, preservar su propia vida y resguardar el orden jurídico social. Pues, “[l]a acción penal, en tanto instrumento para aplicar las sanciones penales necesarias a la defensa, el mantenimiento del orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos, incumbe al Estado, por cuanto el delito que lesiona estos intereses exige la actividad estatal”<sup>117</sup>.

En consecuencia, puede advertirse que la utilización del término “conflicto” no se ajusta a esta medida de racionalidad, por cuanto al reducir su enfoque en la relación víctima directa – victimario, menosprecia la lesión del orden de convivencia; y obvia, así, que la víctima particular inmediata de un delito (ej., el dueño de una billetera) es una parte de una víctima comunidad política o todo, siempre herido frente a la comisión de una conducta delictiva<sup>118</sup>. De forma tal que la palabra conflicto, elemento nocional en el cual pivotea la llamada justicia restaurativa, sume así en el olvido a un bien común político ineludiblemente comprometido en la perpetración de un delito de acción pública<sup>119</sup>.

Excede a este trabajo desarrollar todas las posibles críticas a la conciliación, mediación o reparación propiciadas por quienes abogan por el reemplazo de la palabra “delito” por “conflicto”<sup>120</sup>. Únicamente, basta señalar que, a través de estas vías:

- a) no se actualiza la exigencia ético-jurídica de justicia de efectivizar la reciprocidad de los cambios, además de imposibilitarse el posible cumplimiento de otros fines de la pena;

---

prenatal o aborto, la víctima inmediata es el niño por nacer a la cual se le dio muerte, pero el Estado o comunidad política son víctimas mediatas.

117 Cf. Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Lerner, T. I, 278 y 282-283 y T. II, 180.

118 Por ello es que la carencia de sanción penal ante el delito comprobado implica no sólo una injusticia para la víctima directa, sino también de modo prevalente para toda la comunidad política. De ahí que el Doctor Angélico explica la imposibilidad del juez de perdonar la pena sin faltar a la justicia ante la culpa cometida contra toda la sociedad o la víctima (Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, III, q. 46, a. 2-3), reflexión transferible a la víctima directa con relación a toda la comunidad política; y a los familiares respecto de la víctima (ej. una persona asesinada) y el todo social. En este sentido no puede obviarse que la misericordia sin justicia es madre de la disolución. Si se desea profundizar los requisitos de una auténtica justicia reconciliadora, la cual no puede disociarse del acto de justicia, puede verse Romero Berdullas, C. M. “Inepcias de la conciliación anti-penal”, 20-11-2018, *elDial.com*, DC2646, 1-35.

119 Aquí seguimos de cerca a Tale, C. Ob. cit., cap. III., 2.3.

120 Si se desea profundizar puede verse *in extenso* Romero Berdullas, C. M. “Inepcias...”.

- b) no se restaura el interés público, ya que al colocarse el foco únicamente en la afectación de la persona singular, se obvia que el delito lesiona un elemento básico de la convivencia social;
- c) se contraviene la prohibición de efectuar transacciones o negocios jurídicos sobre la acción penal (antes receptada en el art. 842 del Código Civil de Vélez Sarsfield<sup>121</sup> y actualmente prevista en los arts. 279, 958, 1004 y 1644 del Código Civil y Comercial de la Nación);
- d) se abre paso a un terreno propicio para los juegos extorsivos y/o presiones externas, donde siempre los más débiles cargan con mayores chances de perder<sup>122</sup>;
- e) se alienta la consumación de otras conductas delictivas, pues quienes delinquen saben de antemano que la impunidad se encuentra a su alcance, ya sea a través de una conciliación, la entrega de una suma dineraria o con sólo conseguir el perdón del ofendido;
- f) se conculca la presunción de inocencia, al convalidarse, por ejemplo, que un presunto imputado entregue a una presunta víctima una suma dineraria como compensación por el hecho delictivo, sin el debido juicio previo y declaración de culpabilidad alguna<sup>123</sup>.

Resta añadir que la utilización de esta terminología y la consecuente aplicación de métodos consensuales puede conducir a una relajación del juicio ético social sobre determinados hechos, que no son meros “conflictos”, sino que son tipificados como delitos de acción pública por su especial nocividad para la comunidad política.

En definitiva, la ciudadanía puede considerar que si no se persigue, por ejemplo, el robo es porque esa conducta no es grave y no amerita desaprobación alguna, pues como enseña el Doctor Angélico: “[...] en lo que toca a los preceptos secundarios, la ley natural puede ser borrada del corazón de los hombres o por causa de malas persuasiones [...] o por costumbres depravadas y hábitos corrompidos, como en el caso de aquellos que no consideraban pecado el robo [...]”<sup>124</sup>.

121 El art. 842 del Código Civil de Vélez Sarsfield rezaba: “La acción civil sobre indemnización del daño causado por un delito puede ser objeto de las transacciones; pero no la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos, sea por la parte ofendida, sea por el ministerio público”.

122 Vide Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal, II...*, 592.

123 Cf. Pastor, D. R., “*Nolite iudicare*, comentarios de actualidad penal independientes y críticos”. Diario *DPI*, episodio 5, 11-8-2017, disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/08/Daniel-Pastor-Nolite-Iudicare-11.08.2017.pdf> (fecha de consulta: 28-9-2017).

124 Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, I-II, q. 94, a. 6.

Este aspecto que hace al fin pedagógico de la ley penal y las penas es importante resaltarlo, por cuanto esta indiferencia ético-jurídica frente a las conductas delictivas no solo puede darse en la ciudadanía, sino también en los fiscales, jueces y distintos operadores jurídicos.

## 6. Conclusión

Tal como pudimos comprobar, ante los equívocos actuales en la utilización del lenguaje y la tendencia a reemplazar la palabra “delito”, la fuerza reveladora del interés público siempre presente en este término fundamental del Derecho Penal tiende a disiparse en detrimento del bien común político. Obviando, de este modo, que el baremo decisivo para usar la palabra “delito” en su significación propia (léase plena y no recortada) es precisamente la inexistencia de otro vocablo apto para sustituirlo.

En efecto, el uso impropio de las palabras preconizado con el designio de excluir un aspecto esencial de la realidad penal, precisamente conduce a olvidar que “[...] en el comienzo de la justicia penal está el delito [...]”, es decir, la “causa meritoria de la pena” y que “[d]ado el delito, debe darse, en justicia, la pena al delincuente”<sup>125</sup>; pues “[s]i se reacciona contra el delito cometido porque es un mal social grave, se está aplicando el principio moral primero [...] que es ‘hacer el bien y evitar el mal’”<sup>126</sup>, concretado en el campo jurídico en ese “dar a cada uno lo suyo”, léase lo suyo de las víctimas, lo suyo de la comunidad política y lo suyo de quien delinquiró.

Por tanto, en clave con Repetto y el magisterio del Aquinate, no podemos soslayar que ante la comisión de un delito, la imposición de la pena: “[...] tiene razón de bien, cuando el que castiga lo hace por justicia” (Q.D. de malo, q.1, a.4., 9obj.); en tanto “aquello que es necesario para la conservación del bien no puede ser de suyo malo. Y para la conservación de la concordia entre los hombres es necesario [...]” aplicar penas a quienes delinquen<sup>127</sup>.

No puede dejar de sopesarse, entonces, que de sumir en el olvido la importancia de la palabra “delito”, ese transitar hacia el abolicionismo habrá dado un paso más para infiltrar un discurso jurídico anti-penal velado bajo visos de Derecho Penal; e instaurar la aplicación de “no penas como alternativas a las penas”, en perjuicio del bien común político.

En fin, de no comprender que “delito” y “conflicto” no son lo mismo, no sólo se corre el riesgo de que arbitrariamente se minimice el significado del hecho penal, sino también se introduce el peligro de perder de vista el

125 Cf. Hernández, H. H. *Inseguridad...*, 252, 271, 278 y cap. 33.

126 *Ibid.*, 278.

127 Cf. Repetto, A. (2009). “El Derecho Penal realista...”, acápite 9.9.

sentido del Derecho Penal y las graves implicancias para el todo social de las conductas delictivas. Esto es esencial retenerlo, pues los términos son signos de los conceptos; y estos pretenden referirse a la verdad de las cosas. De ahí que la aplicación de un término erróneo como el propuesto por el abolicionismo, inexorablemente nos conduce a errar en la intelección de la realidad; y sabido es que si uno no ajusta su obrar a lo que es, simplemente por una contradicción óntico-lógica hará el mal<sup>128</sup>.

Por ello, hoy es imperioso que lo amigos del buen mirar actualicen en el ámbito propio del Derecho Penal la expresión del preclaro Pieper, quien destacaba “[...] la enorme responsabilidad de quien tiene el poder, de acuñar los términos en que se anuncia la verdad, o justamente el de dejar como el filo de esa espada”<sup>129</sup>.

## Bibliografía

- Anitua, G. I. (2012). “Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena”, 13-14. En AA. VV. *El abolicionismo penal en América Latina. Imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Aristóteles (2015). *Ética a Nicómaco*. 1ª ed. Buenos Aires. Colihue.
- Aristóteles (2014). *Política*. Buenos Aires. Alianza.
- Baratta, A. (2004). *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*. Buenos Aires. B de F.
- Baratta, A. (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Introducción a la sociología jurídico-penal*. 1ª ed. Buenos Aires, Siglo XXI editores Argentina.
- Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Binder, A. M. (2000). *Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Binder, A. M. (2009). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Binder, A. M. (1997). *Política Criminal: De la formulación a la praxis*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Bovino, A. (2009). *Principios políticos del procedimiento penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Braithwaite, J. - Pettit, P. (2015). *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Buenos Aires. Siglo XXI.
- Carnelutti, F. (2006). *Cómo nace el Derecho*. Librería El Foro Rodamillans S.R.L.
- Castaño, S. R. (2012). *Lecturas Críticas sobre el Poder Político*. 1ª ed. México. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas.

128 Cf. Pieper, J. (2009). *La realidad y el bien. La verdad de las cosas*. Buenos Aires. Librería Córdoba, 11-13.

129 Pieper, J. (2008). *Tratado sobre las Virtudes, I Virtudes Cardinales*. Buenos Aires. Librería Córdoba, 199.

- Christie, N. (1977). "Conflicts as Property". En *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1.
- Christie, N. (1993). *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* 2ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Corominas, J. (1973). *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*. Biblioteca Románica Hispánica. 3ª ed. revisada y mejorada. Madrid. Gredos, reimp. de 1987.
- Corominas, J. (1980). *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*. Biblioteca Románica Hispánica. 1ª ed. Madrid. Gredos, reimpr. de 1984, tomo CE - F.
- Folter, R. S. de (1989). "Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault". En AA. VV. *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires. Ediar.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires. Siglo XXI.
- Frister, H. (2011). *Derecho Penal, Parte General*. 1ª ed. Buenos Aires. Hammurabi.
- Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Hernández, H. H. (2017). *Inseguridad y garantismo abolicionista: Bases para la reconstrucción de la Justicia Penal*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- Hulsman, L. (1989). "La Criminología Crítica y el concepto de delito". En AA. VV. *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires. Ediar.
- Hulsman, L. - Bernat de Celis, J. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. 1ª ed. Barcelona. Ariel.
- Jauchen, E. M. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. T. I. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.
- Jiménez de Asúa, L. (1965). *Tratado de Derecho Penal. El delito*. 3ª ed. actualizada. T. III. Buenos Aires. Losada.
- Lamas, F. A. (1991). *La Experiencia Jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Llambías, J. J. (1997). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. T. II. Buenos Aires. Editorial Perrot, 17ª ed. actualizada.
- Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*. 1ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Maier, Julio B. J. (2008). "La víctima y el Sistema Penal". En AA. VV., *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires. Ad Hoc.
- Neuman, E. (1997). *Mediación y Conciliación Penal*. Buenos Aires. Depalma.
- Pastor, Daniel R. "Nolite iudicare, comentarios de actualidad penal independientes y críticos". Diario *DPI*, episodio 5, 11-8-2017, disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/08/Daniel-Pastor-Nolite-Iudicare-11.08.2017.pdf> (fecha de consulta: 28-9-2017).
- Pieper, J. (2009). *La realidad y el bien. La verdad de las cosas*. Buenos Aires. Librería Córdoba.
- Pieper, J. (2008). *Tratado sobre las Virtudes, I Virtudes Cardinales*. Buenos Aires. Librería Córdoba.

- Repetto, A. (2009). “El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común”. En *Diario de Política Criminal*, n° 235-1246. Buenos Aires. El Derecho.
- Repetto, A. (2007). “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”. En *Diario de Política Criminal*, n° 11.780, Buenos Aires, El Derecho.
- Romero Berdullas, C. M. “Inepcias de la conciliación anti-penal”, 20-11-2018, *elDial.com*, DC2646.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Rusconi, M. (2009). *Derecho Penal, Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Rusconi, M. (2005). *Las fronteras del Poder Penal*. 1ª ed. Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina.
- Rusconi, M. (2008). *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Sampay, A. E. (1975). *La Filosofía Jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*. Buenos Aires. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Sancinetti, M. “Avenimiento y mediación: ¿la pena como objeto de negocios jurídicos?”, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38164.pdf> (fecha de consulta: 10-5-2019).
- Santo Tomás de Aquino (2016). *El Gobernante Cristiano (De regimine principum ad regem Cypri)*. Córdoba. Athanasius.
- Santo Tomás de Aquino (1998). *Suma de Teología*. 3ª ed. Madrid. BAC.
- Silva Sánchez, J. M. (1998). *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. 1ª ed. Buenos Aires. Ábaco.
- Solimine, M. A. (2015). *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley N° 27.063*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Tale, C. (2010). “Los legítimos fines de la pena jurídica”. En AA. VV. *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Lerner, T. I y T. II.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal alemán. Parte General*. 11ª ed. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Yacobucci, G. J. (2005). “Los desafíos de un nuevo Derecho Penal”. En *Revista Jurídica Logos*. San Pablo. Facultad de Derecho prof. Damásio de Jesús, n° 1.
- Zaffaroni, E. R. (2005). *En busca de las penas perdidas*. 4ª reimp. Buenos Aires, Ediar.
- Zaffaroni, E. R. - Alagia, A. - Slokar, A. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires, Ediar.