

“EL ARTE DE LEGISLAR”¹

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Eugenio Raúl ZAFFARONI

Ministro de la Corte Suprema de Justicia
de la Nación Argentina Director
Académico Programa Justicia Penal y
Derechos Humanos ILANUD



Distinguidas autoridades, señoras, señores, compañeras, compañeros, amigas y amigos, ante todo muchísimas gracias por esta acogida, muchísimas gracias por las palabras del querido amigo Fernando.

Creo que entre dos valores como decía Aristóteles la verdad y la amistad, Fernando eligió el de la amistad de modo que tómenla con el debido inventario, quiero agradecer sinceramente la posibilidad que se nos brinda a mí y a los colegas a quienes se convoca a cooperar en esta reforma penal, es una oportunidad magnífica porque es un enorme desafío por varias razones algunas de las cuales las voy a exponer a continuación.

Están encarando ustedes una Reforma Penal en un momento muy particular de la región y del mundo, quizás sea este el peor momento de toda nuestra

¹ Transcripción de la conferencia brindada en la “Jornada Internacional Reforma Integral al Código Penal Boliviano”; realizada en La Paz el 11 de enero de 2008

historia de la Legislación Penal Latinoamericana, desde la independencia hasta hoy creo que nunca estuvimos en una circunstancia de legislación penal me refiero, no me refiero en general a circunstancias sociales, circunstancias políticas etc. En cuanto a legislación penal nunca tuvimos peor legislación penal que en este momento, desde la emancipación hasta ahora. ¿Qué ha pasado en nuestra región en las últimas décadas en los últimos lustros? diría es como si un vendaval hubiese arrasado nuestros códigos penales buenos malos regulares etc. pero quedaron arrasados; se ha descodificado la legislación penal. Si tuviese que hablar sobre el Código Penal de mi país diría que quedan restos del Código Penal en realidad es como si un terremoto hubiese derrumbado un código, nuestra globalización, este momento de poder planetario es un momento como fueron los otros como fueron los precedentes como fue el colonialismo como fue el neocolonialismo, hoy tenemos la globalización, se caracterizó hasta ahora, por una implementación tecnológica, una revolución comunicacional, que creo que es la base para una sociedad diferente, una base material, quizá para un entendimiento planetario mejor pero que espiritualmente hasta ahora, no vemos los beneficios, es decir el establecimiento de esa base materia prepararía otra etapa de globalización. En rigor de la verdad creo que hasta ahora hemos sufrido especialmente los países de la periferia es una agudización de nuestra estratificación social, una polarización de la distribución de riqueza en nuestras sociedades, muchos hemos sufrido terribles crisis de desempleo, de pérdida de trabajo, algunos hemos sufrido, algunos países han sufrido violencia, la pérdida de trabajo se ha traducido en mayor concentración urbana sin capacidad de incorporación al aparato productivo, esto ha generado mayor violencia urbana, la mayor violencia urbana ha generado más muertes, mas reclamos de represión y, nuestros políticos quedaron en buena medida presos de un discurso único de medios masivos de comunicación, un discurso vindicativo, un discurso que resuelve todo, a través de la represión como venganza, discurso que proviene

realmente que es importado no lo hemos inventado, no lo han inventado los responsables de nuestros medios de comunicación ni mucho menos, es un discurso importado, es un discurso que es producto de la hipertrofia del sistema penal de los Estados Unidos en los últimos veinticinco años. Estados Unidos era un país normal en cuanto a su sistema penal hacia el año setenta, setenta y cinco, la odiosa pena de muerte parecía que iba a desaparecer, su Corte Suprema la había declarado inconstitucional en aquél momento, presentaba su sistema penal aspectos interesantes sobre todo en cuanto a penas no privativas de libertad, sustitución de penas no privativas de libertad, la “*probation*” etc., los sistemas de prueba, en fin; sus índices de prisionización que creo que es el país mas antiguo en tener índices de prisionización el que tiene índices de prisionización, en realidad son estadísticas se mantenían durante mas de un siglo y medio estables, de repente al fin de la década del setenta sobre todo cuando empiezan las administraciones republicanas del ochenta, se dispara el número de presos se dispara el índice de prisionización y en pocos años supera entonces a la Unión Soviética, hoy a Rusia, se disputan el liderazgo mundial.

Naturalmente para tener cuatro o cinco millones de personas controladas por el sistema penal, se necesita tener mucho personal también lo cual eso una demanda de servicios, en una economía que se terceriza, en una economía que pasa de economía de producción a economía de servicios, la demanda de servicios se convierte en una variable para producir empleo, si se quiere del otro lado de la medalla para evitar el desempleo o extenuarlo, semejante empresa que aparte de tener cinco personas controladas por el sistema penal calculo a grosso modo que debe mantener a otros diez millones de personas, necesita su publicidad y su publicidad ya sea a través de la caja boba, de la caja idiotizante del televisor, que en todo el mundo lo abrimos y en distintos idiomas nos pasa las mismas series policiales que exportan los Estados

Unidos, con la misma base ideológica de distribución, el éxito lo tiene el policía que violó las garantías, el éxito lo tiene el “*cowboy*” que pasa por encima de todas las reglas, que se ríe del Juez que se ríe del Fiscal que se ríe de todos y finalmente termina dando muerte al malo de la película, no tiene miedo es un psicópata y después de acabar dando muerte al malo de la película se va con la muchacha a pasar la noche, porque el sujeto es un hiperactivo, además un semental claro, eso es publicidad; eso nos va metiendo en la cabeza sobre todo que se usa el televisor como “*baby sister*” nos va armando nuestro equipo psicológico, como que la única solución a todos los conflictos, está dada por la venganza, por la comisión y por la represión.

No tiene duda que en la conflictividad social no hay sociedad cuando tenga conflictos sociales, en la conflictividad social hay conflictos que no tienen solución y lo único que queda es colgar el conflicto a través de una punición -si es verdad- pero no son tantos, no son tantos como nos quieren hacer ver, no son tantos como la legislación de los últimos años publica, ya no tenemos los viejos códigos con cuarenta cincuenta delitos que todos conocíamos y que más o menos sabíamos que eran delitos, algunos un poco mejor refinadamente y otros mas groseramente por intuición creo mas o menos sabíamos, hoy hay una infinidad de delitos fabricados por leyes penales que proyectan una criminalización tan, tan infinita, que es absolutamente irrevisable, si una noche de verano en la canícula se nos ocurre leer la parte especial del Código Penal, leer todas las leyes penales especiales y leer todas las disposiciones penales que aparecen en leyes no penales, más de una vez nos vamos a encontrar en esa lectura, con que hoy -alguna vez yo hice esto- es decir no quedaría prácticamente quien para cerrar la puerta por el lado de afuera, si cada vez que una infracción a una norma que está en alguna ley de estas que se han inventado en las últimas décadas, se produjese, hubiese que poner un movimiento “la Criminalización Secundaria”. La Criminalización Secundaria es

decir la individualización de personas que se criminaliza, está hecha a través de agencias que como todas las agencias del Estado, tienen una capacidad operativa limitada, la Policía con investigar un determinado número de hechos, no más. Tribunales pueden tramitar un determinado número de causas no más y en las cárceles cabe un determinado número de presos y no más.

¿Qué hacen las agencias del sistema? seleccionan, ante un proyecto loco de criminalización que ya casi abarca a toda la población, y la necesidad de criminalizar secundariamente, hay una estructural necesidad de selección, y esa selección ¿Cómo se hace? Y se hace siguiendo el camino que sigue toda agencia estatal: seleccionando lo que es más fácil. ¿Qué es más fácil? Es más fácil seleccionar a un sujeto que se viste de ladrón y habla como ladrón, que camina como ladrón, que se corta el pelo como ladrón y que roba, es decir seleccionar por el estereotipo. De esta manera en nuestra región se va convirtiendo la prisionización y la criminalización secundaria en razón de un casi un único delito que es la exportación de cábala o exportación de estereotipo eso explica que en nuestras cárceles en definitiva lo que encontremos sea una selección de vulnerables pertenecientes a los segmentos mas carenciados de nuestra sociedad y en general, tributario de conflictos que se producen en torno de crímenes contra la propiedad, de delitos contra la propiedad o de tráfico o de servicios prohibidos, fundamentalmente relacionado a tóxicos, ese es el carne de cárcel por supuesto hay un 15% que se acercan a los psicópatas que serán homicidas, violadores etc. Pero las cárceles nuestras no están llenas de homicidas ni violadores, están llenas de ladrones y de infractores a servicios prohibidos de distribución de tóxicos.

Eso es.... por lo demás tampoco están condenados que es lo curioso, nuestro sistema penal funciona al revés, llenamos las cárceles por las dudas 70% de nuestros presos, 80% en algún país, 65% en alguno privilegiado, 85% en otro más grave, no están condenados, están en prisión preventiva, no aplicamos las

penas del Código Penal, aplicamos las medidas cautelares del Código Procesal y decimos son medidas cautelares, es lo mismo que el arraigo en el Proceso Civil, no. Es el Embargo del Proceso Civil, no. Cuando se embarga algo en el Proceso Civil, si después se pierde la demanda o el juicio eso se resuelve con una reparación de la misma naturaleza, es decir en dinero, a quien se le priva de 1, 2, 3, 4, 5 años de vida porque se lo institucionaliza en una prisión durante cinco años no se le pueden devolver esos cinco años de vida, eso es imposible, eso es pena. Una pena que estamos imponiendo con un discurso falso, un discurso cautelar de carácter procesal, pero realmente lo que estamos haciendo es con la semi-plena prueba con la media prueba, con un pedazo de prueba, condenar y después la sentencia definitiva cumple la función de un recurso de revisión extraordinario, vemos si lo tenemos que dejar adentro o no.

Si tomase cien presos de la provincia de Buenos Aires, en este momento diría bueno que va a suceder, en un 25% de los casos después de la sentencia definitiva les van a tener que decir muchachos se van quedar un tiempo más; en otro 50% de los casos, les van a decir bueno con el tiempo que ya llevan cumpliendo a la calle, bien porque agotaron la condena o bien porque pueden salir con libertad condicional; en el 25% restante de los casos les van a decir pese a todos los esfuerzos que hicimos por condenarlos, no pudimos, de modo que váyanse, no les dan un vale para la próxima; es decir esa es la inversión del sistema Penal que tenemos lamentablemente en toda la región.

Frente a eso y frente a ésta realidad, el servicio publicitario del sistema penal de Estados Unidos trasladado a los medios masivos, ha puesto en movimiento también en la práctica, que es la práctica de los comunicadores o formadores de opinión, que como cualquiera busca el *"rating"*, entonces han encontrado que el discurso vindicativo, el discurso que da en lo emocional que es el discurso ideal para la caja idiotizante, es el discurso que pega en lo afectivo, el discurso que no hace pensar, han encontrado que eso les da *"rating"*, entonces

hay una permanente y continua publicidad de carácter vindicativo, nuestros políticos en alguna medida quedaron presos de esto. Quien enfrenta el discurso vindicativo se enfrenta a los medios, y en política eso es terrible, hay quienes por temor no lo enfrentan, hay quienes por oportunismo cabalgan sobre él, se montan en el discurso vindicativo, resultado: la asunción de leyes disparatadas, absolutamente disparatadas, se califican conductas que ya están calificadas, se agravan penas en forma tal que la propiedad pasa a valer más que la vida, se tipifican conductas ya tipificadas, en mi país no sabemos ¿cuál es el máximo de la pena privativa de libertad temporal? no sabemos, algunos sostienen que cincuenta años, otros treintaisiete años y medio y otros sostenemos que veinticinco años, pero no lo sabemos. Nunca ni en los momentos mas represivos de nuestra legislación penal paso esto, era una ley penal represiva pero una ley sabía lo que decía el legislador, hoy no, hoy no lo sabemos, un artículo dice una cosa otro artículo dice otra. Frente a un sistema de agravación de penas, de agravación y de individualización de penas, un sistema global de globalización de penas, una fórmula general contenida en el Código, ahora les agregaron agravantes particulares, algunos en el Código, otros en leyes penales especiales, todavía desde fuera del Código.

Brevemente les insistía hace un rato, este es el momento peor de nuestra legislación penal, el fenómeno no es exclusivamente regional pero en nuestra región repercute muy especialmente debido precisamente a las particulares condiciones de nuestra región, a que no tenemos Estados de Derecho ya contruidos, sino que los estamos construyendo, están en el proceso de construcción. Y ustedes encaran, deciden encarar una reforma penal, es un desafío es un verdadero desafío, es un desafío porque es una reforma, se dan cuenta de que esto no camina y que el sistema penal como está funcionando, es un sistema paradójal en cuanto a sus consecuencias y están tratando de articular una sociedad más solidaria. Una sociedad más solidaria requiere

soluciones a la conflictividad, soluciones a los conflictos, si descolonizamos nuestras cabezas de la terminología penal, un delito como tal no existe, existen si, en el hecho conflictos en lo que hay muertos, en lo que hay víctimas en lo que hay personas damnificadas, si, pero el delito en abstracto no existe. Puede que existan violaciones, homicidios, estafas, pero un delito en abstracto es una construcción que hacemos los juristas, nada más; en la sociedad el delito no es tal, en la sociedad existen eso hechos en particular, que como conflictos tienen muy poco en común entre ellos, si alguien me pudiera explicar que en común tiene la violación de una mujer, con el libramiento de un cheque sin provisión de fondos, se lo agradecería, lo único que realmente tienen en común es que las dos cosas están en el Código Penal después nada más, después en cuanto a reprobación social, en cuanto a significado, en cuanto a lesión a la víctima, a sufrimiento, etc; no tienen comparación, en absoluto, es decir, el delito es una creación que se agrega a determinados conflictos, pero como le agrega al conflicto una solución de carácter punitivo, no lo resuelve, lamentablemente; porque lo punitivo se caracteriza por excluir a una de las dos partes del conflicto que es el lesionado, de las pruebas me remito, la víctima, en el escenario penal no tiene absolutamente nada que hacer, si ya se que ahora están hablando de que hay varias formas de víctimas que esto aquello y el otro etc; son paliativos, el día que la víctima tenga protagonismo real en el escenario penal, la solución deja de ser penal y pasa a ser otra solución. Todo lo que se está haciendo ahora, es paliativo, es un atenuante a la aberración de que se retira de la víctima la condición de persona, la intervención punitiva hace de la víctima un bato, si a mi alguien me rompe la cara, no puedo ir y decirle al Tribunal penal, yo no quiero que me ordene esto, que me ordene lo otro, no, quiero que me repongan la cara, que me la arreglen, con eso vaya a otro lado que no tiene nada que hacer le dice el Juez penal, pero usted es un bato y viene a mostrar su cara rota porque si no lo traemos y usted se convierte en un delincuente; esto es la víctima, eso es, una de las dos partes del delito,

del conflicto pierde la condición de ser humano, pierde su dignidad, no puede haber solución, por eso es que la respuesta punitiva tiene que reservarse a aquella conflictividad donde estrictamente, nuestras culturas no admitan una verdadera solución del conflicto, cuando se admita la verdadera solución del conflicto, hay que resolver el conflicto, envolviendo a ambas partes del conflicto, si lo tengo que graficar más claramente, diría, voy a poner un viejo ejemplo: si en una escuela un niño patea un cristal y lo rompe hay varias posibilidades de decidir en ese conflicto, una es echar al niño de la escuela, la expulsión, que es la solución punitiva; otra sería llamar al padre para que ponga el cristal que es la solución reparadora; otra sería llamar al psicopedagogo para decirnos puede ser que esté pasando algo lo que sería la solución terapéutica, otra sería decir bueno si reacciona agresivamente, será porque nosotros estamos haciendo algo, vamos a sentarnos a conversar, que sería la solución conciliatoria, son varios modelos de solución del conflicto. La característica del primero que es el punitivo, es que impide la aplicación de los otros, si no aplicamos el punitivo los otros se pueden combinar incluso, no es necesario elegir uno sino que se pueden elegir dos, tres, etc.

Estoy sintetizando modelos de solución de conflictos, una sociedad integrada, está más integrada en la medida en que más conflictos tiene capacidad de resolver, cuanto menos conflictos tiene capacidad de resolver, más se desintegra, y cuanto más conflictos remite a la solución punitiva, es que está confesando su incapacidad de solución de los conflictos. La ilusión de que a través del poder punitivo se van a resolver todos los conflictos o que del sistema penal se van a resolver todos los conflictos, es una ilusión que proviene de la publicidad de este sistema vindicativo, de este discurso vindicativo, el sistema penal no puede resolver una cantidad de conflictos si fundamentalmente no puede resolver conflictos sociales masivos, es absurdo lo que se está haciendo, es absurda la venta de ilusiones y que a través del

sistema penal vamos a resolver conflictos masivos, el sistema penal puede decidir y parar determinados conflictos individuales, cuando los problemas son masivos requieren soluciones políticas, soluciones políticas globales, no los puede resolver el sistema penal, reconozco que alguno de mis colegas en su narcisismo, acepta la posibilidad de resolver todos los conflictos, y van por el mundo dando solución a todos los conflictos, por supuesto no resuelven ninguno, pero el discurso parece que cierra y cada vez le da más publicidad al sistema penal que cada vez se desprestigia más a medida que va fracasando, de modo que, creo que en este momento nuestra América, estoy hablando concretamente de Bolivia desconozco la conflictividad en sus particularidades, pero sí globalmente en nuestro continente, creo que es urgente dar marcha atrás en este proceso de destrucción legislativa de nuestro Derecho Penal.

El Derecho Penal no es más que Derecho Constitucional aplicado, si no contenemos el poder punitivo a través del Derecho Penal, el poder punitivo se desborda y el poder punitivo desbordado termina en genocidio, no es otra cosa que poder punitivo desbordado, fueron la “KGB” o la “GESTAPO”: poder punitivo sin control, poder punitivo sin límite, a medida que se van autonomizando las agencias del poder punitivo van perdiendo controles y a medida que van perdiendo controles se van destruyendo como agencias, cuidemos las policías, cuidado, no las destruyamos como hacen muchos de nuestros políticos. Policía sin control es directamente una institución que a poco se destruye, se autodestruye. Hay algunos países que no tienen fuerzas armadas, pero países sin Policía no conozco, es un servicio indispensable, hay que cuidarlo, hay que definir el modelo de Policía que queremos en un país democrático, un modelo de policía que queremos es tal vez donde se vayan acortando las distancias de nuestra estratificación social.

Una reforma al Código penal es importante, el Código Penal marca el norte, pero no es milagrosa, hay que ver como se realiza eso, hay que ver como

repercute, lo que hacemos en normas es un deber ser, que pasan de ser con esa norma, con ese deber ser. Nada se produce automáticamente, todo se produce a través de agencias de un sistema penal, y eso se produce en el mundo real. No basta con que todo lo que no nos guste lo pongamos en una norma penal –no-, eso en lugar de resolver el conflicto a veces lo multiplica y en la prueba me remito a muchos casos, hemos buscado la solución represiva en materia de tóxicos en los últimos treinta años, ¿Qué hemos logrado? La difusión del uso de tóxicos como nunca, ese es el resultado, ese es el balance y generar mas muertos por la violencia en el tráfico de tóxicos que por efecto del tóxico, ese es el balance que hemos logrado.

Independientemente de que no nos guste tal o cual cosa con serenidad tenemos que enfocar y si no podemos erradicar el fenómeno elegir una política clara de disminución de daños, creo que en nuestra región, además de la característica de marcada estratificación social, marcada estratificación social que hace que hoy el control social punitivo no se ejerza solo selectivamente respecto de los criminalizados, muchas veces creo que en nuestra región se ignora que estamos en el siglo XXI y algunos piensan que están en el siglo XX y otros en el siglo XIX, la marcada estratificación social es el fenómeno que en la última década del milenio pasado ha producido el fenómeno del desempleo, el fenómeno de exclusión social que se produjo en América Latina, exclusión social no me refiero a explotación, explotación es otra cosa, explotación es una dinámica entre explotador y explotado, exclusión es alguien que está demás, que nació mal, que está equivocado que es descartable, este fenómeno de exclusión social ha generado que algunos piensen que el poder punitivo se iba a ejercer brutalmente a través de los cosacos del Zar rodeando las favelas, las villa miserias, los pueblos jóvenes -no- si no hay cosaco no hay Zar -no-.

Desgraciadamente y esto tenemos que tenerlo claro, el control social punitivo sobre la exclusión social que nos ha generado este primer capítulo de

globalización, en gran medida ha destruido nuestros aparatos productivos y a veces ha destruido nuestros sistemas financieros, es mucho más hipócrita y es mucho más peligroso, no van a ser los cosacos del Zar rodeando nada, ¿Cómo se neutraliza la marginación?, se neutraliza inventando las contradicciones entre los propios excluidos, y veamos si en las cárceles encontramos a esos criminalizados como serían los excluidos ¿quienes son la otra punta? Los victimizados, el riesgo de victimización se distribuye tan injustamente como el riesgo de criminalización y recae sobre los mismos sectores sociales, se postula la privatización del sistema de seguridad y al mismo tiempo el deterioro de los servicios de seguridad públicos -claro- mientras se deterioran las policías se postula el fortalecimiento de los servicios privatizados, de la misma manera que se lo pretendía hacer en salud, en educación etc. Quien se lo puede pagar tiene un buen servicio, quien no, tiene un servicio deteriorado que va quedando en manos del Estado, lo mismo en seguridad, entonces si vivo en la favela tengo un riesgo de victimización mucho mayor que si vivo en el campus, en el barrio privado, claro hasta que el servicio de seguridad privatizado, los guardias privados empiezan a secuestrar a los moradores.

En la medida en que entre criminalizados y victimizados se matan, están entretenidos en matarse y ahí más recluto a la policía entre ellos ya que estoy y los pongo en el medio, aumento las contradicciones impido que se coligen porque impido que dialoguen, si se están matando no pueden dialogar, si no pueden dialogar no pueden tener conciencia social y si no pueden tomar conciencia social no pueden tener protagonismo político, lo cual me conviene -claro- y ahora no estoy sosteniendo esto como que esto sea resultado de una conspiración, a medida que pasan los años me voy volviendo menos conspirativo pero cada vez voy creyendo más en funcionalidades, de fenómenos que son funcionales, producen y son funcionales entonces los fomentamos los dejamos, los que son disfuncionales a nuestros intereses

entonces los vamos combatiendo, entonces mientras se matan entre los excluidos hasta esto les diría que esta tomando en algunos casos alguna configuración urbanística, y alguna ciudad donde tiene un centro, en todo el día el centro tiene una dinámica tremenda a la noche el centro se vacía, la gente va por autopistas a sus barrios residenciales, desde debajo de las autopistas sube la marginación hacia el centro, a la mañana se va la marginación, vuelven por la autopista y mientras van y vuelven por la autopista que son calles sin esquinas para no parar el auto y que no nos asalten, de vez en cuando le tiran algún hueso a los mutantes que están abajo, configuración urbanística si ustedes ven en San Pablo más o menos se darán cuenta que estoy descubriendo algo que existe en la realidad, no tan así pero bueno más o menos, cierta configuración se va dando; es decir es esto lo que de alguna manera tenemos que enfrentar, no solo con el nuevo Código Penal sino pensando en la incidencia, pensando el sentido orientador que tendría ese Código Penal para un sistema penal, para todo el sistema penal pero pensando con modificar la realidad del sistema penal, como la modificamos y fundamentalmente, como ir formando los operadores del sistema penal, las nuevas generaciones de operadores del sistema penal. Un sistema no modifica su funcionamiento si no se modifica la actitud y la cultura, cultura institucional quiero decir de los propios operadores. Ninguno de nosotros que operamos el sistema penal vinimos de una incubadora, todos salimos de un entrenamiento, todos los segmentos del sistema penal tienen la característica de que crían sus propios pichones y todos los segmentos del sistema penal tienen la característica de ser jerarquizados y generalmente de ser jerarquizados en oficialidad y tropa, cuidado en esto incluye a los jueces también, también tenemos nuestra oficialidad, tenemos nuestra tropa, nuestros generales después de generales, coroneles etcétera y después tenemos los tenientes que son los secretarios, –claro- la única diferencia es que los cadetes se forman junto a la tropa, pero todos los segmentos son perfectamente jerarquizados.

Todos los segmentos del sistema penal se caracterizan por tener limitados sus derechos laborales, fundamentalmente el derecho de asociación y de sindicalización, no me refiero al de huelga porque eso bueno muchos servicios públicos indispensables que los tienen limitados pero so pretexto de disciplina, so pretexto de verticalidad, so pretexto de que integramos un poder del estado etc., no tenemos la posibilidad de la discusión horizontal de nuestras condiciones de trabajo lo cual en gran medida limita la conciencia profesional. Por regla general nos acostumbramos a hablar a través de las cúpulas, que no nos representan por supuesto porque no son horizontales, es decir esa es una de las cuestiones que tenemos que repensar en el sistema penal, concederles la jerarquía de trabajadores como cualquier otro, concederles los derechos y sobre todo el derecho de peticionar y el derecho de discutir horizontalmente condiciones de trabajo, todos tenemos ese derecho, de lo contrario nuestra función se va convirtiendo en algo que nos es deteriorante.

Les decía hace un rato cuidemos las policías, cuidémoslas muy particularmente, cuidemos las condiciones laborales, cuidemos las condiciones de seguridad, cuidemos las condiciones salariales y cuidemos esta posibilidad de discusión horizontal de las condiciones de trabajo, no entregamos la salud a manos de cualquiera, sino de especialistas, no podemos entregar la libertad tampoco a manos de cualquiera, pensemos los modelos de Policía que nos debemos desde hace mas de veinte años de que volvimos a la democracia, ninguno de nuestros países ha redefinido sus modelos de policía, es una deuda que tenemos, con nuestras sociedades.

Bien, a esto se suma que es otro desafío concretamente en Bolivia lo estamos viendo en el texto constitucional, además emerge de documentos internacionales, no solo es algo que va tener que encarar Bolivia sino gran parte de nuestro territorio, por no decir prácticamente todos nuestros países, que es la cuestión de la Justicia Comunitaria o sea la diversidad, la del

pluralismo cultural que existe en nuestros países particularmente en el caso de Bolivia está muy claro. Se que hay temores en torno de esto, sé que hay algunos prejuicios, realmente y con toda sinceridad desde la perspectiva penal, nada de esto es del todo nuevo, desde los albores de nuestra legislación penal y hubo algunas disposiciones que respetaban la justicia comunitaria, el proyecto de Edward Livingston para su estado de Louisiana a comienzos del siglo XIX a 1820 aproximadamente, nunca fue sancionado por el Estado de Louisiana, tampoco fue receptado por el senado de Estados Unidos cuando Livingston lo presentó ahí siendo Senador, pero parece curioso el destino que tienen los Códigos, fue traducido al castellano en Guatemala y se convirtió en bandera del liberalismo centroamericano en los primeros años de la emancipación y fue Código en Guatemala, por lo menos en Guatemala y Nicaragua, en Nicaragua en 1835; tenía una disposición según la cual ese Código no era aplicable a los delitos que se cometían en las comunidades de habitantes originarios; de modo que esto en definitiva, el problema no es nuevo. Durante muchos años hemos discutido a veces el problema ante la indiferencia general del penalismo de la región, que no se ocupó mucho del asunto, hemos tendido códigos aberrantes, el Código Maúrtua de Perú; la discusión aberrante que tuvo con López Rey, Medrano Ossio acá por el año 1946, 1947; la declaración de que los habitantes originarios estaban en estado peligroso, noción racista absurda, pero en definitiva en el mundo tampoco es nuevo esto, hay algunos países que son ejemplares en cuanto al respeto del pluralismo cultural, como puede ser Nueva Zelanda, creo que es un buen ejemplo para estudiarlo para analizarlo, por qué no podemos hacer en nuestra región lo mismo, porque ellos hablan inglés y son "*british*" –no- nuestra gente de los habitantes originarios tienen los mismos derechos que los maoríes bueno, mejor, Nueva Zelanda no tiene Constitución, es muy interesante, tiene una especie de ficción conforme al cual la Constitución originaria sería un acuerdo que hicieron los colonizadores con los caciques o jefes de los

habitantes originarios, esa es una ficción pero bueno no importa es una ficción jurídica bastante importante, bastante fundamental para explicar como se va asentando el respeto al pluralismo cultural y los inconvenientes también que trae y algunas de las dificultades que tiene, creo que en este sentido -les decía- primero no es una novedad desde el punto de vista histórico, desde los albores de nuestra legislación existe, tampoco es una novedad en el plano del Derecho Comparado, de modo que creo que se podría acá hacer un texto que sirva de modelo para el resto de los países de la región, que tendrán que encarar seguramente este mismo problema.

Tenemos dificultades claro en toda nuestra región porque tenemos países extensos y países con diferencias culturales, países pluriculturales países con marcada estratificación social, marcadas diferencias regionales, concentraciones urbanas grandes, extensiones difícilmente comunicadas, tenemos que hacer una ley que pueda servir para todas esas múltiples y diferentes realidades; esto es casi misión imposible, sin embargo hay que hacerlo, hay un método sin lugar a dudas, el método es que la ley proporcione un marco, un marco para la solución de cada una de las conflictividades conforme a las características particulares, para eso el legislador debe ceder en su desconfianza a los jueces y debe concederle al juez un margen de decisión, un margen de adaptación que si no lo tiene *"dura lex sed lex"*, aplicando la ley porque la ley es el derecho, el máximo del derecho de ley es la lesión, es la injusticia, sí, lo que va a hacer es proveer soluciones injustas y soluciones aberrantes que van a redundar en desprestigio del propio sistema, creo que tenemos que empezar a pensar en Códigos que no tengan ya mínimos en las escalas penales, que tengan máximos, el ejemplo de Alemania sigue siendo importante en este sentido, fuera de algunos delitos muy particulares es muy conveniente que el Juez tenga la posibilidad de graduar la pena conforme al grado concreto de culpabilidad y de manejar la pena

conforme a los intereses concretos de la víctima, a veces es preferible poner una pena menor si eso sirve para que el sujeto tenga la posibilidad de reparar a la víctima, tengamos en cuenta que es importantísimo que aunque la naturaleza del ejercicio del poder punitivo deje afuera a la víctima, le niegue su carácter de persona, tenemos que tratar de atenuar esto al máximo posible.

No es la voluntad del señor Estado lo que nos interesa, es resolver un conflicto y la voluntad del señor Estado debe estar por la solución del conflicto. Si se ha lesionado el derecho de alguien la voluntad del Estado debe estar para que se repare en lo posible antes que nada ese derecho, lo otro es escaparnos a un idealismo de carácter Hegeliano y todo idealismo Hegeliano en nuestra región es altamente peligroso, lamentablemente está tendiendo, lamentablemente está llegando, es toda una teorización en este sentido, no me voy a ocupar ahora de ello, es una cuestión bastante técnica pero lamentablemente sí, ante las dificultades que está teniendo la legitimación del poder punitivo en el mundo, hay una fuerte tendencia que se vuelve directamente a un idealismo, tengo que ratificar la voluntad del Estado, el delito es la negación del derecho la pena es una negación del delito por ende como la negación de la negación es la afirmación, la pena es la afirmación del Derecho; una construcción totalmente idealista y por eso tengo que aplicar la pena para ratificar la defensa de la norma y que tiene un valor simbólico, sólo que en el símbolo en el valor simbólico han clavado unos cuantos cadáveres, ese es el problema, ese es el inconveniente, entonces en América Latina los cadáveres suelen ser muchos, probablemente en Europa esto no se siente de la misma manera.

En el aspecto de la justicia comunitaria, me estaba refiriendo a la necesidad de que los legisladores confíen en los jueces, es indispensable, no le pongamos mínimo a las penas, en general , dejemos que el Juez pueda resolver el conflicto, dejemos que pueda combinar penas, dejemos que pueda remplazar la privación de libertad por otra carga que pueda beneficiar a la víctima en la

medida de lo posible por supuesto, si hay conflictos que puedan admitir esta solución que son el 80% de los conflictos que criminalizamos, pero para eso es necesario preparar a los jueces, para eso es necesario repensar el Poder Judicial, ¿Quién va a aplicar el Código Penal? ¿Con que procedimiento vamos a aplicar el Código Penal? ¿Vamos a usar el jurado? Y qué a alguien que nos costee del supermercado una tableta de chocolate ¿vamos a poner de jurado? ¿Qué vamos a hacer? ¿Funciona el jurado tradicional? ¿No funciona? ¿Qué tradición tenemos? Que significa participación popular, Jurado es el camino ¿qué funciona mejor? ¿Podemos generar una tradición que no tenemos no se?, yo no me niego a eso, sería muy conservador decir que no podemos introducir instituciones nuevas sí, claro que las podemos introducir, por supuesto, pero tenemos que ver que movilidad tiene, recuerdo que un Código Penal es casi gratuito no cuesta nada, cuesta imprimirlo, un Código Procesal Penal no, un Código Procesal Penal es caro. Antes hay que saber que conflictividad se quiere procesar, después hay que preguntarse ¿Cuánto cuesta procesar esa conflictividad? Y después hay que preguntarse ¿si va a haber presupuesto para darle una infraestructura que permita procesar esa conflictividad con ese Código?, sino de lo contrario podemos hacer un código perfecto, tres días, nos sentamos copiamos, un Código bárbaro acusatorio, etcétera, todas las garantías y demás, Policía Judicial, todo bien, no va a funcionar ¿Por qué? Porque no tiene infraestructura, díganme que presupuesto hay y veremos que proceso se puede hacer, eso es inevitable. Además abandonar del mundo la clasificación tripartita de las infracciones penales, la vieja clasificación de crímenes, delitos y contravenciones, si no era un invento de Napoleónico, realmente, Napoleón estuvo en Inglaterra más o menos este mismo? También estuvo en Alemania pero fue por otra cosa, también originariamente una clasificación tripartita que es histórica, la clasificación tripartita de las infracciones penales tiene un sentido bastante sabio, que no ha perdido a lo largo del tiempo, hay delitos muy graves cuyo contenido ilícito es

muy, muy grave y que requiere dada la gravedad de la pena que se impone también, un procedimiento un poco más complejo; hay delitos menos graves, de intensidad media que pueden tener un procedimiento no tan complejo y hay infracciones menores que tienen que tener un procedimiento simple, que tienen que tener consecuencias que también deben ser mucho más simples, son las contravenciones.

Creo que ha llegado la hora de pensar si revisando toda esa atrocidad que tenemos de criminalización primaria no hay unas cuantas de esas por no decir la mayoría que las podamos bajar a contravenciones, donde haya un procedimiento, mucho mas rápido mucho más eficaz, que no tenga una consecuencia estigmatizante sobre la persona que le siga toda la vida o veinte años, pero bueno si un señor se llevo la tabla de chocolate del supermercado, lo agarramos, lo llevamos se le pone una multa etc. O sino trabaja tres días para bien público y terminamos la historia, no es lo mismo que un robo a mano armada ni es lo mismo que un homicidio calificado, no requiere la misma formalidad, no requiere el mismo gasto que estamos haciendo en qué estamos invirtiendo ¿para qué? Para ratificar la vigencia de la norma del robo de chocolate de supermercado, es absurdo eso.

Esta clasificación, volviendo un poco en algún sentido a la clasificación tripartita, los viejos no habían pensado en las cosas gratuitamente, las habían pensado en razón también de costos, los procesos eran distintos, no sólo los órganos jurisdiccionales eran distintos en la vieja clasificación tripartita y hoy nos damos cuenta de que de alguna manera tenemos que volver a eso si queremos hacer un poco más racionales nuestros sistemas penales, no podemos estar haciendo como sucede en el país donde de repente se le hace un juicio oral toda una mañana tres jueces testigos, etc, por el robo de una gorrita, un hincha de fútbol en la puerta de la cancha, una gorrita que vale tres pesos, si claro el gobierno viene y dice sacaron la gorrita, entonces ya no es

hurto sino es robo, además está calificado que es mas grave cometer esos hechos en un evento deportivo que cometerlo en mi casa, entonces ya tiene otra calificación, porque a nuestros legisladores se les ocurrió eso, un homicidio en una cancha es más grave que un homicidio en la calle, entonces el robo también, una solución que han dado nuestros legisladores estos últimos tiempos, es cosa de la solución.

Vuelvo un momento en la Justicia comunitaria y a una realidad de nuestra región que los europeos entienden poco, no sólo la justicia comunitaria debe imponerse, por imperio del reconocimiento del pluralismo cultural, sino que en materia penal debe imponerse por mil imperios de principios que son eternos del Derecho Penal liberal.

Quien recibe una pena no puede volver a ser penado, y si alguien ha sido sancionado comunitariamente, no puede volver a ser sancionado con una pena estatal, aunque la pena comunitaria sea ilícita, aunque la pena comunitaria sea inconstitucional, si es lícita o ilícita el sujeto la sufrió, supongamos que sea una pena física, la sufrió en su cuerpo, la tiene, sino caeríamos de nuevo en otro Hegelianismo raro, lo prohibido no existe, lo prohibido existió y se lo aguantó y lo sufrió, por ende por lo menos tiene que serle compensado por el Estado si el estado lo considera insuficiente y quieren ponerle una pena formal conforme al Código, porque la pena es sujeto mas sufrido, lo que no puede hacerse es imponerse una doble punición. Esto en América Latina no solo es importante respecto de la justicia comunitaria sino respecto de algunas penas que impone o que se sufren como consecuencia de las falencias de nuestros sistemas penales, es lógico que los Europeos nos hayan alcanzado porque sus sistemas penales no funcionan de una manera tan defectuosa como los nuestros, nosotros no hemos erradicado la tortura, es mentira realmente lo que si hemos erradicado en nuestros países es la tortura sistemática, el aparato impuesto desde el aparato estatal eso es, pero en la práctica, tenemos que reconocer

que de vez en cuando existe, que es desgraciadamente un mal que debemos combatir que lo tenemos que estar combatiendo cotidianamente pero que de nuestra realidad lamentablemente no ha desaparecido, tenemos que reconocer que nuestras cárceles, a veces, se van deformando hacia campos de concentración, otras veces se van deformando hacia “ghettos”, otras veces se van deformando hacia hoteles de tres estrellas con algunos listos, depende quienes sean los clientes o los morantes; en líneas generales no son lugares seguros, son lugares en que las posibilidades de muertes violentas sea por gestos de agresión por autoagresión se decuplican, hay diez veces mas posibilidades de morir violentamente en una cárcel que afuera, son lugares donde es mucho mas fácil contraer una enfermedad infecciosa, son lugares donde aquellos que padecen determinadas dolencias como pueden ser las dolencias infecciosas, cáncer, dolencias que se agravan por efecto de la depresión, la institucionalización carcelaria provoca depresión y por ende agrava el curso de esas dolencias y acorta las expectativas de vida de quienes la padecen, estas son realidades de nuestra vida carcelaria. En la violencia carcelaria hay quienes sufren consecuencias a veces perpetuas, o sea quedan mutilados, quedan tuertos, pierden un sentido etc.

Así alguien que ha sufrido malos tratos de tortura en el ejercicio del poder punitivo, ya sea quien ha sufrido por defecto del sistema penal estas consecuencias físicas, eso forma parte de penas, es punición, penas ilícitas –si, ilícitas- pero penas y el sujeto las sufrió, lamentablemente nadie ha reparado que si esto es así, si esto está probado en la causa de esa manera, a la hora de imponerle la pena formal, el señor Estado tiene que tener en cuenta que no la puso antes, por acción dolosa de sus agentes o por omisión negligente de sus agentes e impuso una pena ilícita que debe descontarse, creo que esto es también algo que a la hora de reflexionar, en la hora de relegislar nuestro sistema penal tenemos que tener en cuenta, es un dato de nuestra realidad, un

dato que quizá en otras latitudes como no se produce con esta frecuencia no lo reconocen pero nosotros lo tenemos cotidianamente delante nuestro, lo único que tenemos que reconocerlo.

He tratado de caminar por una de las posibilidades de una reforma penal, he tratado de advertir los riesgos que tiene, pero sobre todo lo que he querido es señalar la magnitud de este hermoso desafío. Creo que encaran ustedes en este momento, este que es el peor momento en cuanto a la situación mundial, la compartida de una reacción en otro sentido, es decir bueno vamos a modificar esto, tratar de caminar hacia una sociedad mas solidaria, es sumamente importante, yo no creo, soy pesimista en cuanto al destino del mundo como así decir que en este momento de la realización las consecuencias que recibimos hasta ahora son relativas, creo que es el momento del establecimiento material de la globalización de la infraestructura real y material de comunicación, ya vendrán otros y creo que esta infraestructura material va a posibilitar una comunicación más solidaria en cuanto al mundo, estoy absolutamente convencido de eso porque eso es indispensable, para salvar el planeta y para salvar la vida humana. El potencial de destrucción que tenemos no es solo un potencial de destrucción armamentista, es nuestro propio sistema de producción que tiene un potencial de destrucción planetaria, si no controlamos y no modificamos eso, si no vamos a relaciones más solidarias y si no vamos a considerar de a poco a todos un poco ciudadanos del planeta esto no lo vamos a lograr y si empieza a lograr revertiendo esta tendencia a desarmar la solidaridad de nuestras sociedades a través de la incentivación de la punición, menos punición más solución eficaz de los conflictos, menos venta de ilusiones a través del sistema penal, más implicación de las partes del conflicto con el hecho de dar una respuesta, mayor capacidad del Estado mayor capacidad de la sociedad, mayor capacidad

de todos sus estamentos para resolver los conflictos en forma real, en forma efectiva y menos ilusión en el sistema penal.

Creo que desde hace unos cuantos años vengo dándome cuenta y vengo rechazando el rol de empleado en la tienda de venta de ilusiones del sistema penal, ni siquiera somos los fabricantes de las ilusiones, lo que implica que nos hemos convertido en los vendedores de las ilusiones, las fabrican otros, nosotros nos hemos convertido en lo que a través del sistema penal vamos a resolver todo, el peligro nuclear, la destrucción del amazonas, la criminalidad internacional, el lavado de dinero, el problema de la tóxico-dependencia, el terrorismo, no hemos resuelto nada, lamentablemente no hemos resuelto nada, ni a lo largo de los ochocientos años anteriores resolvimos nada, ni las brujas, ni la sífilis, ni la herejía, nada, absolutamente nada, si alguna cosa se resolvió, se resolvió sola, por otra razón, la sífilis cuando apareció la penicilina claro, no es por otra cosa, no fue el sistema penal que lo resolvió, las brujas tampoco con que estén entre nosotros estamos contentos, nada hemos resuelto, el comunismo internacional, se resolvió y se resolvió por otra razón y ahora seguimos con lo mismo, creo que es muy sano que una sociedad se de cuenta de lo que estamos haciendo, ahora que tenemos las cárceles ¿qué está pasando?, los conflictos que dejamos sin resolver, una injusticia que se está fomentado, es importantísimo este llamado este golpe a la realidad tenemos que corregir el rumbo, el rumbo hacia una mayor solidaridad el rumbo hacia una mayor eficacia en la solución de los conflictos y por ende la coexistencia, yo los felicito por todo esto y les reitero mi mayor agradecimiento por la posibilidad de poder participar brevemente en esto. Muchísimas gracias.