

“Una visión protectoria de la vulnerabilidad social en el Derecho Penal Argentino”

Por Daniel G. Olivares Yapur

Sumario:

1. Garantías y Principios Constitucionales 2. El Principio de Indemnidad Social en el Derecho Constitucional. 3. Vulnerables de Argentina. 4. Presunción de Inocencia y la garantía de la libertad ambulatoria personal frente al “Principio De Indemnidad Social”. 4.1 Atenuación de la libertad ambulatoria personal en la etapa instructoria del Proceso Penal 4.2 La atenuación de la Libertad Ambulatoria Personal Como Efecto Disuasivo Protectorio. 4.3 La restricción de la Libertad Condicional y otros beneficios otorgados en el cumplimiento de la sentencia de condena. 5. Reflexión Final, El Cambio De Paradigma.

“La libertad consiste en hacer todo aquello que no dañe al otro”

Rousseau

Asamblea Constituyente de Francia, 1789-1791

1. Garantías y Principios Constitucionales:

En el presente jurídico constitucional existe en el mundo una definida tendencia que impone diferentes principios protectorios del hombre y de sus derechos personalísimos, el Derecho Constitucional ha migrado entonces del principio *pro patrimonium al principio pro homine*, por tal razón la *ratio* de esta propuesta comienza por examinar aquellas garantías constitucionales establecidas a favor de la persona humana para llegar a definir que resulta necesario establecer un orden de prevalencia reglamentario de aquellas en virtud de las

necesidades, requerimientos sociales y experiencias de la cotidianeidad que la misma sociedad argentina reclama desde hace largo tiempo.

Es así que, constantemente puede verse en los fallos de la Justicia Argentina que los Jueces se pronuncian estableciendo un orden de prevalencia entre diferentes derechos amparados por diversas garantías constitucionales¹ y tal prevalencia importa atenuar o restringir bajo ciertas circunstancias el goce o ejercicio de alguna garantía en favor de la sustentabilidad de la que se ha juzgado prevalente.

Inconmovible jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que **“no existen derechos totalmente absolutos”** y que los mismos pueden ser restringidos de conformidad a la ley que reglamente su ejercicio (Fallos: 316:2441; 324:1142 y sus citas) y ello es así en directa concordancia con lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución Nacional **“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”** (el cual comprende incluso el derecho a la libertad ambulatoria).

De igual modo corresponde tener presente que es la misma Constitución Nacional la que ha incorporado normas del derecho internacional cuyo reconocimiento expreso tiene por objeto investir de tal jerarquía a nuevos principios allí reconocidos, en tal sentido el art. 75 inc. 22, 2do. párrafo dispone respecto de las normas del derecho internacional que allí se mencionan...**“tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” sic.**

¹ Por ejemplo el derecho de huelga y de lucha por la mejora salarial se ve atenuado cuando se trata de trabajadores de la salud, habiéndose determinado la prevalencia de la garantía del derecho a la salud y a la Vida del Paciente.

De tal modo que, teniendo en consideración el precedente precepto es dable reconocer hoy que existen diferentes principios del derecho supranacional que se encuentran igualmente jerarquizados y garantizados por el derecho argentino.

2. El Principio de Indemnidad Social en el Derecho Constitucional.

Afirmamos que existe un principio al que hemos dado en llamar “***Principio de Indemnidad Social***” el que involucra todas aquellas normas del derecho positivo que tienen por objeto establecer un régimen *pro societatis o protectorio de un determinado núcleo social*.

El principio de indemnidad social si bien no se encuentra definido objetivamente por la Constitución Nacional Argentina tiene evidente origen en el preámbulo del máximo *Corpus* al prescribir ...“***Proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad...***”, por tal razón puede afirmarse sin lugar a dudas que la indemnidad social forma parte de la *ratio* y conforma a la vez el propio objeto del estado constitucional argentino .

El *Principio de Indemnidad Social* resulta aquel que crea al Estado “Nacional, Provincial y Municipal la obligación de mantener incólume de cualquier daño e inmune de cualquier peligro a la sociedad buena ², es decir a todas aquellas personas de bien que la integran, cuya conducta habitual se encuentra enmarcada dentro del ámbito de libertad impuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Esta obligación-deber que se impone al Estado se aumenta sensiblemente cuando se trata específicamente de la protección de los vulnerables de la sociedad, esto es “*los niños, las personas con capacidad especial o diferente y los ancianos*.”

² Todo núcleo social que se desenvuelve bajo los lineamientos de la *tria iura precepta según Ulpiano - honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere-* resulta merecedor de la comprensión del Principio de Indemnidad Social.

Los principios amparados por garantías constitucionales encuentran en los vulnerables sociales un sujeto activo que requiere de una acción protectoria positiva por parte del Estado.

La obligación de efectivizar una base jurídico positiva que permita un resguardo adecuado de los sujetos vulnerables de la sociedad resulta también un mandato imperativo de las normas del derecho internacional que involucra la Republica Argentina por vía de la operatividad del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y sus concordantes.

De tal modo, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en 1989, ratificada por ley 23.849 (Adla, L-D, 3693) y con jerarquía constitucional en 1994 (ver artículos arts. 1, 2, 3, 4, 6, 23 a 28 y concordantes.), resulta instrumento mediante el cual “el principio de indemnidad social” juega a favor de los vulnerables su mayor énfasis protectorio, de igual modo lo es Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ver sus arts, 1, 3 a 6, 9, 17, 19, 23, 25, 26, 28 y concordantes), el Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250) .

Por otra parte puede notarse que el Derecho Constitucional Americano fundado en el “**Poder del Pueblo**”, sienta bases jurídicas activas que atribuyen al Estado la Responsabilidad de Garantizar la protección de los derechos que a este corresponden, como ejemplo vale citar la Constitución de Chile de 1980 Capítulo I BASES DE LA INSTITUCIONALIDAD- Artículo 1° Párrafo cuarto “**Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta...**”, en el mismo sentido la Constitución de la Republica de Brasil en su artículo 5 prescribe “*Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando los brasileños y los extranjeros residentes en el país, el derecho inviolable a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la*

propiedad” Apartado XLVI - La ley regulará la individualización de la pena y adoptará, entre otras, las siguientes: a) privación o restricción de la libertad.

Puede entonces postularse que el principio de indemnidad social es aquel que le impone al Estado la obligación de mantener y preservar incólume o indemne al pueblo de todos aquellos posibles actos que pudieren producirle algún menoscabo, entre ellos por supuesto “**el delito**”.

Desde este punto de vista afirmamos que el Estado a través de sus tres poderes debe disponer las normas que resulten necesarias para el su adecuado cumplimiento, al respecto pueden citarse entre la abundante normativa internacional; **el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dicta, “los países se comprometen a ‘respetar’ los derechos y libertades reconocidas en dicho cuerpo y a ‘garantizar’ su libre y pleno ejercicio; y el art. 2 complementa este concepto proclamando que si los derechos y libertades mencionadas en el art. 1 no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o ejecutivas... los Estados Parte se comprometen a adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.**

Las medidas objetivas de garantía según lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultan a-‘el dictado de normas’; y b- el desarrollo de prácticas conducentes al acatamiento efectivo de los derechos y libertades consagrados en el pacto aludido... "Este deber general del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas"³, para el cual el Estado debe ‘adaptar’ su actuación a la normativa de protección de la convención" (conforme lo resuelto por la Corte I.D.H. Caso Yatama vs. Nicaragua, párr. 170 y Caso Caesar, sentencia del 11 de marzo de 2005, Serie C N° 123, párr. 91.

³ principio “*effet utile*”.

Siendo así, cabe preguntarse **¿Qué normativa correspondería operativizar a fin de hacer cumplir adecuadamente el deber del Estado a preservar la garantía del derecho a la vida y el Principio de Indemnidad Social frente al incremento exponencial de la violencia y el delito en contra de los vulnerables en la República Argentina?**

La respuesta no puede buscarse tan solo en la declamación de principios constitucionales, **sostenemos que es hora de poner oídos en el clamor de la sociedad abrumada día a día por graves acontecimientos de carácter insubsanable.**

3. Vulnerables de Argentina.

Cuando se habla de vulnerabilidad social, es innumerable la cantidad de conceptos básicos que pueden expresarse y que la doctrina de los tratadistas ha ido acumulando con el devenir de la historia contemporánea y conforme sea el enfoque temático que se aborde ⁴.

Para entender adecuadamente el concepto resulta útil afirmar que etimológicamente el término ***vulnerare*** proviene del latín y significa dañar herir u ofender, por tal razón el concepto de vulnerabilidad que se propone en el presente estudio resulta del enfoque que corresponde a la vulnerabilidad frente al delito.

Al respecto se ha dicho en doctrina que la vulnerabilidad podría definírsela como ***“ese estado de indefensión, de debilitamiento de la personalidad, donde se ausentan las fuerzas para poder enfrentar todo tipo de presiones inhumanas y amenazantes”*** (cfr. De Chesaris Juan ***“La vulnerabilidad en la ley de Trata de Personas”*** ⁵).

⁴ Así puede conceptualizarse a los vulnerables de la pobreza, la vulnerabilidad por situación geográfica-ecológica, los vulnerables por actos de discriminación etc.

⁵ La Ley *Sup. Act. 10/09/2009*

Por nuestra parte, consideramos que focalizando la vulnerabilidad frente al delito doloso, esta debe ser entendida como **aquella natural y presumible incapacidad para resistir el obrar delictivo.**

A partir de este concepto corresponde distinguir quienes resultan los vulnerables de la sociedad argentina en general y en particular quienes frente a la violencia del delito.

Como punto de partida podemos afirmar que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido como “grupo vulnerable” a los que determina la ley nacional 25.724 en su art. 2 “*niños hasta los 14 años, embarazadas, discapacitados y ancianos desde los 70 años*”, (ver fallo del 12 de Junio de 2007, in re *Galian Vda. De Bergallo Sara Elsa s/acción de inconstitucionalidad (Art. 82 Ley N° 3380) S.C. G. n° 823; L. XXXIX.*

De igual modo puede citarse la ley 26.298 (B.O.N. 28 -11-2007) mediante la que nuestro País aprueba la **Convención Internacional para la Protección de las personas contra las Desapariciones Forzadas adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas**, el 20 de diciembre de 2006, en ella los Estados Parte determinan como “*circunstancias agravantes del proceso penal, especialmente en caso de deceso de la persona desaparecida, o para quienes sean culpables de la desaparición forzada de mujeres embarazadas, menores, personas con discapacidades y otras personas particularmente vulnerables*”⁶.

Surge entonces, que el sujeto pasivo del delito es una persona o grupo de personas al que cabe presumir se encuentra en total estado de indefensión física o psíquica frente a cualquier conducta delictiva dolosa, vale decir entonces en aclaración de la extensión del concepto⁷ que la presunción resulta potencial y anterior a la realización del delito, esto es que,

⁶ Artículo 7, punto 2. apartado b) de la supra citada Convención.

⁷ Toda vez que en materia de victimología cualquier víctima de un delito ha sido por cierto vulnerable al mismo.

la ley presume que tal persona o grupo etareo por su carácter o naturaleza particular se encuentre en un grado total de indefensión frente al delito.

En esta situación encontramos vulnerables:

- a- Las personas menores de edad desde su concepción ⁸ y hasta los catorce años;
- b- Las personas con capacidades especiales psíquicas o físicas, limitadas en forma permanente o transitoria.
- c- Las personas mayores de setenta años.

El análisis de los grupos que conforman estas categorías nos conduce a considerar que representan un importante núcleo social, y que, debido a su situación de vulnerabilidad natural han sido blanco fácil y reiterado del obrar del delito con hechos que a menudo conmocionan a la sociedad argentina ⁹

4. Presunción de Inocencia y la garantía de la libertad ambulatoria personal frente al “Principio De Indemnidad”.

Tal como venimos dejando sentado supra, los derechos de cada persona en el sistema constitucional argentino no gozan de garantías absolutas; es lógico y sano razonar que en muchas ocasiones las garantías individuales puedan resultar atenuadas por considerarse preeminentes diversas otras garantías colectivas ¹⁰ consideradas de mayor importancia en la preservación de los derechos sociales.

⁸ El concepto engloba a la mujer embarazada.

⁹ Vale recordar el famoso caso “Candela Rodriguez..”, el caso “Tomas”, el caso “Grassi” etc. donde resultaron niños indefensos las víctimas de los delitos de privación ilegítima de la libertad, homicidio, abuso sexual etc.

¹⁰ Así lo ha Juzgado la Cámara Penal de San Martín, Provincia de Buenos Aires, *“el respeto por la persona es un valor fundamental jurídicamente protegido, en relación con el cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Queda aquí patentizada la diferencia entre derechos -plasmados en el caso en normas constitucionales- y que son individualizables, frente a objetivos colectivos que se traducen en políticas públicas con carácter globales”* (art. 19, Constitución Nacional, in fine)

Es que no puede perderse de vista que el derecho se ha instrumentado como un sistema normativo complejo y el estado debe realizar el “el bien común” sin perder de vista el “principio de indemnidad social”.

Dentro de este sistema constitucional y democrático de normas, se encuentra **el derecho Penal y el Derecho Procesal Penal**; “El Pueblo ¹¹ ha delegado su potestad soberana en sus justos representantes y ellos deben gobernar dentro de este sistema procurando el cumplimiento de las bases y objetivos constitucionales.

Es decir que, no hay duda que las garantías que recaen en el bienestar general del “pueblo” son prevalentes frente a las garantías individuales.

Por tal razón, **en el sistema penal debe producirse necesariamente un cambio de paradigma a partir del enfoque protectorio que corresponde asignarles a “los vulnerables” del pueblo sin mengua alguna de la garantía de la “presunción de inocencia”**, por tal fundamento, como efecto positivo protectorio y bajo un enfoque postulamos que ha de restringirse la garantía de la “libertad ambulatoria” del a) presunto delincuente y b) del delincuente condenado frente al “Principio de Indemnidad Social” que le impone al Estado la protección preventiva y efectiva de este importante grupo etareo de la sociedad.

De tal modo, veremos que, en el marco del Proceso Penal entendido este como el medio idóneo para la investigación y sanción ¹² del delito puede y debe atenuarse la garantía de la libertad ambulatoria a partir de considerar nuevos factores íntimamente relacionados con la condición de vulnerabilidad y con el principio de indemnidad social.

¹¹ Elemento básico fundante del Estado Argentino ha elegido sus representantes, y sobre ese génesis se han trazado los objetivos constitucionales del País (Ver el Preámbulo “*nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina.....*”).

¹² El Delito Penal y el Proceso Penal tienen una naturaleza intrínsecamente sancionatoria, el Código Penal determina “penas en su gran mayoría privativas de libertad para quien cometa una conducta prohibida”, por lo tanto, es innegable que el proceso penal posea una naturaleza originalmente punitiva y las sentencias en caso de culpabilidad deben contener una “**condena**”.

4.1 Atenuación de la libertad ambulatoria personal en la etapa instructoria del Proceso Penal.

En una primera observación y en el marco que traza el Código Procesal Penal de la Nación, al cual siguen los Códigos Provinciales, para decidir respecto de la excarcelación, eximición de prisión anticipada y/o prisión preventiva del inculpado por delito doloso, tres resultan los requisitos generales que el Juez debe tener en consideración, 1- Que el presunto delincuente no posea antecedentes penales judiciales. 2- Que no signifique factor de alteración u obstáculo de la investigación que se ha dado lugar a partir del hecho delictivo. 3- Que no exista peligro de fuga. (ver arts. 312, 316, 317,319 y concordantes del C.P.P.Nac.). De ello se desprende que el Juez a fin de decidir la prisión preventiva tenga la obligación de considerar solo los factores que involucran exclusivamente al presunto delincuente y al proceso penal individual que se trate.

Ahora bien, según lo anticipáramos y mediante esta tesis se postula que a fin de decidir la prisión preventiva cuando se trate de delitos cuyo sujeto pasivo resulte un vulnerable, los criterios deban ampliarse y así el Juez deba tener en consideración:

- a- Los llamados “precedentes policiales y judiciales por causas en trámite.
- b- El grado de peligrosidad para la sociedad y probabilidad o tendencia Psicológica o psiquiátrica de reincidir ¹³ en conductas delictivas graves.

Respecto de los “precedentes policiales” debemos decir que son las constancias emanadas del prontuario policial del imputado donde consta la cantidad de causas en que está siendo investigado por diferentes delitos, y los precedentes judiciales son los informes de la base de

¹³ Artículo 50 del Código Penal de la Nación.

datos del Poder Judicial respecto de las causas o procesos penales “en trámite” de un supuesto presunto delincuente.

A ello se suma el informe emanado del gabinete de psicología y/o psiquiatría forense que, en caso de que el encartado denote un alto grado de peligrosidad o una marcada tendencia a la posible realización de conductas delictivas en contra de “los vulnerables sociales” den sustento suficiente al magistrado para fundar la decisión de dictar prisión preventiva del mismo.

Dada la brevedad de esta ponencia, a modo de síntesis afirmamos que, el cambio en las condiciones y requisitos para la determinación de la prisión preventiva, teniendo en consideración también el sujeto pasivo del delito y su condición de absoluta vulnerabilidad más el grado de peligrosidad social del sujeto activo, resultan dos nuevos presupuestos que obligan a abrir la mente y el proceso penal hacia una visión expandida hacia importantes factores externos.

Por tal razón, si se ha cometido un delito doloso contra una víctima de las que se presume “vulnerable social” y el sujeto activo, posee una concordancia de precedentes policiales o informe de múltiples o reiteradas causas penales en trámite en donde se lo investiga por presuntos delitos graves, o existe un informe de psico-diagnostico que acreditan al mismo como un sujeto con una tendencia irrefrenable a cometer hechos delictivos que lo convierten en peligroso para la sociedad, **el Estado** en cumplimiento del deber de mantener indemne a la sociedad, de proteger activamente a los “vulnerables de la sociedad argentina” realizando para ello los cambios legislativos necesarios para extender a estos casos la Prisión Preventiva Protectoria del “Principio de Indemnidad Social” y de este grupo vulnerable en particular.

Es decir que, el presunto delincuente que haya cometido delito doloso grave (y dándose estos nuevos presupuestos que aquí se postulan para la valoración de la libertad provisional,

excarcelación y/o prisión preventiva) en contra de alguno de los preestablecidos vulnerables sociales, no debe cursar el proceso en libertad ambulatoria, para ello proponemos de *lege ferenda* la modificación del artículo 280 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación en el sentido precedentemente expuesto.

Una característica omnicompreensiva del sistema de represión penal resulta obviamente la proporcionalidad entre el hecho cometido y la sanción que le corresponderá en caso de condena.

Por lo tanto, ha de considerarse grave el delito doloso cometido contra un niño nacido o por nacer, contra una persona con capacidades limitadas o especiales o contra un anciano, va de suyo que tal característica deba incidir en el proceso tanto en la faz instructoria como en la etapa de cumplimiento de la condena.

4.2 La Atenuación de la Libertad Ambulatoria Personal Como Efecto Disuasivo Protectorio.

En los casos de delitos dolosos en contra de vulnerables sociales a los que debe considerarse *ab origine* graves, la postulación de una norma que restrinja o atenúe la libertad ambulatoria del inculpado no ha de considerarse inconstitucional a la luz de los principios ya analizados por la prevalencia que tiene y debe darse a “la indemnidad social” frente a las garantías individuales, ello en nada obsta a que se mantenga incólume el “**principio de inocencia**” del inculpado, al respecto nótese que el Código Procesal Penal de la Nación en su artículo 319 tiene expresamente previsto bajo el título “**Restricciones**”¹⁴ los supuestos de denegación de la exención de prisión o excarcelación¹⁵.

¹⁴ que en realidad debería decir con todas las letras “**restricciones a la libertad ambulatoria**”.

¹⁵ Art. 319 del C.P.P.Nac. *Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.*

Siendo así, entendemos justo, que haya una proporcionalidad no solo en la condena cuando se trate de delitos que tengan como sujeto pasivo a un vulnerable, sino que esta proporcionalidad se extienda a la etapa instructoria restringiéndose la libertad ambulatoria del presunto delincuente porque entendemos que todo el proceso penal resulta un “sistema conducente a la sanción” y que si el Señor presunto delincuente presumiblemente daño a un vulnerable y a la Sociedad erigiéndose en su caso en un peligro para esta, corresponde a modo de **medida cautelar protectoria** en favor de la Sociedad misma que ese presunto delincuente curse el proceso con todas las garantías que corresponden, con vigencia irrestricta del principio de inocencia pero con prisión preventiva.

Desde este punto de vista, este procedimiento especial o extraordinario que aquí se postula, dada la gravedad de la conducta y el sujeto pasivo objeto de la misma permite afirmar que la decisión de proponer en tales casos **la atenuación de la libertad ambulatoria cumple obviamente un efecto protectorio y a la vez preventivo-disuasivo**¹⁶ frente a la posibilidad de su realización.

4.3 La restricción de la Libertad Condicional y otros beneficios otorgados en el cumplimiento de la sentencia de condena.

Por idénticos fundamentos a los vertidos anteriormente, vale decir, a partir de que se convenga que un delito doloso cometido en contra de un “vulnerable” y a partir del dictado de la sentencia de condena postulamos por un lado la restricción total de la libertad condicional bajo cualquier tipo de caución o modalidad; lo cual importa un efectivo endurecimiento de las circunstancias atenuantes de la condena originaria.

¹⁶ Sepan los delincuentes que si cometen delito contra de alguno de los considerados vulnerables sociales, es decir, si deciden por ejemplo “matar un niño” –como se está viendo últimamente- les corresponderá (conforme a los nuevos presupuestos de valoración propuestos) cursar el proceso de instrucción penal con prisión preventiva y como se verá mas adelante, sin los beneficios de la libertad condicional luego de la condena.

No obstante, la normativa procesal en la futura y necesaria readecuación si bien a la luz de esta propuesta aparenta contrariar los principios de humanización del proceso penal, resulta todo lo contrario, como se verá continúa en este estadio la prevalencia de la garantía de indemnidad social y el principio de prevención protectoria de los vulnerables de la sociedad argentina frente a los beneficios individuales que la legislación penal ha otorgado mediante los diferentes regímenes de cumplimiento de la sentencia penal que, en muchos casos **terminan por contrariar y desvirtualizar la propia condena**. Cabe aquí hacer un importante distingo, una cosa es la aplicación de una ley penal mas benigna para el condenado en los términos del artículo 2 del Código Penal, y muy por la otra resulta que por vía de la aplicación irrestricta del sistema de conmuta y beneficios de libertad condicional anticipada se termine por convertir en ilusoria la sentencia de condena.

La posición de esta tesis mantiene incólume el principio de humanización y trato antidiscriminatorio del penado que prescribe la ley 24.660 y sus reglamentaciones; nos parece muy bien que los institutos de detención posean una mejor calidad de vida para las personas sentenciadas, un mejor tratamiento de sus necesidades básicas tendientes a su dignificación y posible reinserción social, no obstante, **se propone de *lege ferenda* una modificación objetiva tendiente a considerar excluidos de los beneficios actuales de conmuta de pena, libertad condicional, ley extramuros y/o cumplimiento en suspenso de la condena a quienes sean sentenciados y condenados por delitos dolosos graves cometidos en perjuicio de “los vulnerables”**, puesto que en materia penal, es el propio código de fondo el que determina para cada tipo de delito el “principio de represión” nótese que su redacción al prescribir “*será reprimido con prisión o reclusión*” y además por imperio del principio de proporcionalidad

del resarcimiento y de la pena o condena adecuada a la lesión y envergadura que produce el delito.

Proponemos entonces objetivamente una norma análoga a la que el Código Penal Argentino ha dispuesto en su artículo 14 *“La libertad condicional no se concederá a los reincidentes”* , de igual forma el artículo premencionado podría prescribir según nuestra posición*“La libertad condicional no se concederá a quienes sean condenados por delitos cometidos contra personas vulnerables”*.

Del mismo modo si los delitos cometidos en contra de las personas vulnerables de nuestra sociedad son considerados hechos graves lesivos e irreparables por la particularidad del sujeto pasivo del mismo afirmamos una vez más que el legislador no debe perder de vista el Principio de Indemnidad Social y el Principio de Prevención que están insitos en la propia naturaleza punitiva de la ley penal ¹⁷ con efecto disuasorio.

Con el fin de ejemplarizar por paralelismo respecto del Principio de Indemnidad Social precedentemente desarrollado valga citar el artículo 53 del Código Penal Argentino que, cuando establece las condiciones para el otorgamiento de la libertad condicional dispone *“y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando actitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímilmente que **no constituirá un peligro para la sociedad...**”* ¹⁸

¹⁷ Enseña Carrara que por definición jusnaturalista el delito *“es la infracción de la ley del Estado, promulgada para seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre , positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.* Programma, Ed. De Palma traducción española, Tomo I, 1944.

¹⁸ Puede verse con total nitidez que, en este caso la ratio de la ley penal exige al Juez obtener un grado suficiente de verosimilitud respecto de la peligrosidad del individuo para la sociedad, corroborando de esta manera que al menos al final del proceso penal y a los fines de su extinción, es decir cuando la pena ha de retrovertirse en libertad condicional ha tomado en cuenta el Principio de Indemnidad que aquí se postula.

Lo que supra llamamos efecto disuasorio no es nada mas ni menos que el *fundamento psicológico* de la pena que magistralmente desarrollara el maestro Carrara ¹⁹ y que tiene por fin establecer una suerte de amenaza potencial dirigida a la psicología interna del individuo en su faz potencial preventiva, en tanto se ha dicho que la finalidad del principio punitivo no es la de castigar el delito sino el de suprimirlo. En esta derecera afirma Sebastián Soler ²⁰ “*Pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos*” más adelante explica el autor citado que, “la pena debe considerarse desde un doble aspecto: como amenaza y como ejecución, pues si bien la ejecución es solamente la consecuencia o el cumplimiento de la amenaza, la sistematización total de los principios no se logra refiriéndose solamente a uno de esos dos momentos...”

Por tal fundamento, cuando en el sistema de valores sociales y morales que nutren a una comunidad se asigna una alta consideración en la protección de las personas vulnerables la producción de normas jurídicas protectorias deben comprender la totalidad de los momentos o etapas que comprenden el denominado “sistema penal”, de ahí que la preservación de estos valores con medidas de tutela protectoria no pueda ser entendida como una trasgresión a las garantías individuales del delincuente, sino como la prevalencia de las garantías colectivas a partir de acordar la aplicación del Principio de de Indemnidad Social que el Estado tiene el deber de cumplir aún cuando para ello deba sancionar normas que posean un mayor grado de severidad ²¹.

¹⁹ Programma, Ed. De Palma traducción española, tomo I, 1944.

²⁰ Autor citado, Tratado de Derecho Penal Argentino, Tomo I, pág 346 Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1963.

²¹ Vale traer aquí a colación una frase importante del discurso pronunciado por el Fiscal General del Estado Español en ocasión de la inauguración del proyecto de Fiscalía Penal de la Comunidad Económica Europea, dijo Cándido Conde Pumpido: “*Si los valores y los logros sociales y económicos que, precisamente, nos unen en un proyecto común, son amenazados por delitos a gran escala, que ignoran*

El filósofo inglés Thomas Hobbes (1588-1679) escribió *Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre, en modo alguno. Por consiguiente,.... si no se ha instituido un poder o no es suficientemente grande para nuestra seguridad, cada uno fiará tan sólo, y podrá hacerlo legalmente, sobre su propia fuerza y maña*”²²

Por ello, cabe concluir que en materia de protección de los niños, mujeres embarazadas, personas con capacidades especiales y ancianos el derecho penal argentino debe readecuar sus lineamientos normativos al cumplimiento de los tratados internacionales supra citados que establecen la obligación de los Estados Parte de dictar normas y realizar las acciones conducentes a protección y tutela efectiva de este sector caro e importante sector de la sociedad argentina.

5. Reflexión Final, El Cambio De Paradigma.

El presente estudio pondera una nueva posición respecto del merito que corresponde efectuar de los presupuestos para el otorgamiento de la prisión preventiva, atenuando la garantía constitucional de la libertad ambulatoria por considerar grave y lesivo para la sociedad la comisión de un delito en contra de los sujetos que se han categorizado como “absolutamente vulnerables” sociales frente al delito; propone también para estos casos la restricción de la libertad condicional y la limitación de los beneficios de las normas en materia de conmuta de la

cualquier freno geográfico en este continente sin muros interiores; destaque incluso atentan contra los intereses de la propia Unión; la creación de órganos e instituciones capaces de actuar con la misma libertad de movimientos en defensa del Derecho y la Justicia no puede constituir una simple estrategia política, pero tampoco una utopía de largo recorrido. Se trata de una responsabilidad básica, actual e inaplazable, para las instituciones de la Europa unida y para los poderes públicos de sus Estados miembros. A unas y otras les corresponde, aquí y ahora, para hoy y para el futuro que vivirán nuestros hijos, preservar las conquistas de libertad y bienestar que hace más de medio siglo inspiraron a los fundadores de nuestro presente”. Publicado en el libro La Futura Fiscalía Europea, Ed. IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Español año 2009.

²² Extractado de su libro LEVIATAN, FECHA DE EDICIÓN 1651

pena y régimen de libertad anticipada bajo cualquiera de las modalidades, todo ello significa un endurecimiento que tiende a la severidad del sistema penal con el fin tuitivo de proteger a los vulnerables determinando un nuevo enfoque que tenga en consideración el derecho a la indemnidad que corresponde a esa potencial víctima del delito.

El merito por parte de la Justicia del factor de peligrosidad del presunto delincuente para la sociedad aún en la etapa procesal de instrucción previa a la sentencia, todo ello está fundado en los deberes que imponen al Estado Argentino los tratados internacionales y convenios suscriptos reconocidos y vigentes, como también mediante los postulados que dan *ratio* a la Constitución Nacional desde su preámbulo; a ello se suma por cierto la consideración del derecho a la vida y la integridad física y moral de la víctima.

Un cambio de paradigma con rumbo a la apertura del concepto acción preventiva inicial como modo de tutela preventiva social es lo que el pueblo argentino constantemente peticiona mediante el clamor de Justicia, el cual en forma alguna atenta contra las demás garantías constitucionales que rigen para todo presunto delincuente y que deben por otra parte aplicarse también en forma irrestricta.

Baste pensar que, si el sistema Penal²³ tiene prescripta la inexcarselación para delitos contra el orden público como es el caso de la Asociación Ilícita²⁴ cuanto más debería prescribirse la inexcarselación cuando el delito se ha cometido contra un vulnerable social.

Escuchar la voz del pueblo y saberla interpretar es tal vez la labor mas importante de toda autoridad de Gobierno.

²³ Art. 210 ultimo párrafo del Cód. Penal y Art. 316 y 317 del Cód. Procesal Penal.

²⁴ Código Penal Argentino, Libro II, titulo VII, CAPITULO II, ASOCIACIÓN ILÍCITA ART. 210 Y 210 BIS.