

~ 1 ~

Dr. Adrián García Lois

**CAUSAS DE LA SELECTIVIDAD DEL SISTEMA
PENAL Y ACCESO A LA MAGISTRATURA**

LA CONFORMACIÓN DEL DISCURSO JURÍDICO

TESIS

Índice:

Introducción

1. Objetivos de la tesis y planteamiento de la hipótesis
2. Concepto de selectividad del derecho penal
3. Metodología

PRIMERA PARTE

Presupuestos teóricos

Capítulo I

Origen y evolución del hombre en sociedad:

Sus relaciones jurídicas

1. Evolución del hombre en sociedad
2. Estructura moderna
3. Influencia de estas estructuras en las relaciones jurídicas
4. Aplicación de la sanción penal *versus* principio de igualdad ante la ley

Capítulo II

La complejidad de la sociedad posmoderna

1. Introducción
2. Posmodernismo, derecho y sociedad
3. El grupo de los “excluidos” del sistema social
4. La complejidad actual en el marco mundial

Capítulo III

El derecho como herramienta de control social y reproductor de la realidad socioeconómica

1. Introducción
2. La estructura social y los grupos de poder
 - 2.1. El discurso jurídico predominante
 - 2.2. La ideología y su influencia sobre los “intérpretes” del derecho
 - 2.3. Procedimiento de selección de jueces y doctrinarios. Los criterios elitistas imperantes.
 - 2.4. Mecanismos de ingreso a la justicia nacional
3. La autoridad legitimante de control sobre la “verdad jurídica”. El hermetismo de la dogmática penal

Capítulo IV

Criterios de selección de conductas ilícitas. Condición social de la población carcelaria

1. Introducción
2. Parámetros utilizados para determinar la gravedad de los delitos
3. El factor social como elemento determinante de la condena y la privación de la libertad

4. Conclusiones
5. Condiciones de detención de las personas privadas de la libertad. Grupo de pertenencia
6. Opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El “caso argentino” ante la ONU
7. El control de la condición carcelaria: situación crítica de la Justicia Nacional y Federal

Capítulo V

Estadísticas

1. Introducción
2. Gráficos
3. Estadísticas de la CSJN y trabajo de campo
 - 3.1. Año 1999 comparado con el año 2008
 - 3.2. Suspensión del juicio a prueba en los Tribunales Orales en lo Criminal de la Nación
 - 3.3. Población carcelaria
 - 3.3.1. Condiciones de vida de las personas privadas de su libertad
 - 3.3.2. Detenidos preventivamente sin sentencia firme
 - 3.3.3. Estadísticas de personas detenidas elaboradas por el SPF
 - 3.3.4. Pertenencia social de los detenidos
 - 3.3.5. Clases de delitos imputados a las personas encarceladas
 4. Estadísticas de la Dirección Nacional de Política Criminal
 5. Trabajo de campo: conclusiones

SEGUNDA PARTE

DELITOS E INSTITUTOS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

DELITOS.

Capítulo VI.

Delitos de corrupción pública.

1. Aclaración preliminar
2. Causas del alto grado de corrupción pública en América Latina en general, y en Argentina en particular
 - 2.1. Factores histórico-culturales
 - 2.1.1. La distancia existente entre América y España y la forma de organización jurídico-política establecida por la “Madre Patria” para con sus colonias
 - 2.1.2. La clase de población que en un principio arribó a América Latina y que fue diferente de la producida en otras regiones como América del Norte
 - 2.1.3. La enorme distancia existente entre América y España, lo que motivaba la extrema lentitud entre las comunicaciones
 - 2.1.4. La práctica aberrante de la esclavitud y sus excesos que tuvo que ser legitimada como el método necesario para la forma de explotación de las Américas

- 2.1.5. La forma de distribución de la tierra a partir del siglo XIX
- 3. Análisis sobre los delitos económicos y de corrupción pública

Capítulo VII

Negociaciones incompatibles con la función pública. Críticas al art. 265, Cód. Penal

- 1. Introducción
- 2. Bien jurídico protegido
- 3. Sujeto activo y acción típica. La deficiente redacción de la norma
- 4. Conclusión y propuestas

Capítulo VIII

La figura del cohecho y sus agravantes. Diferencias con la concusión

- 1. Cohecho
 - 1.1. Antecedentes de la figura penal
 - 1.2. Bien jurídico tutelado
- 2. Cohecho pasivo
 - 2.1. El tipo penal objetivo
 - 2.2. Acción típica
 - 2.3. Objeto del acuerdo
 - 2.4. Tipo subjetivo
 - 2.5. Consumación
 - 2.6. Tentativa
- 3. Cohecho activo
 - 3.1. Bien jurídico protegido
 - 3.2. Tipo objetivo
 - 3.3. Tipo subjetivo
 - 3.4. Consumación
- 4. Diferencia entre cohecho y concusión
- 5. Tentativa de cohecho pasivo
- 6. Conclusión

Capítulo IX

Los delitos de mayor ocurrencia: hurto y robo. Condenas y actores sociales

- 1. Introducción
- 2. Delitos contra la propiedad
- 3. Hurto
 - 3.1. Bien jurídico protegido
 - 3.2. Acción típica
 - 3.3. Consumación
 - 3.4. Ilegitimidad del apoderamiento
 - 3.5. Cosa mueble
 - 3.6. Ajenidad de la cosa
 - 3.7. Sujeto activo
 - 3.8. Sujeto pasivo

- 3.9. Tipo subjetivo
- 4. Robo
 - 4.1. Fuerza en las cosas
 - 4.2. Violencia
 - 4.3. Reforma introducida por ley 25.882
- 5. Aplicación de las figuras de robo y hurto. Conclusión parcial.

INSTITUTOS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

Capítulo X

Prescripción de la acción penal

- 1. Introducción
- 2. La prescripción de la acción penal
 - 2.1. Naturaleza, finalidad y forma de utilización
 - 2.2. Desarrollo dogmático del instituto
 - 2.3. Constitucionalidad de las causales de interrupción de la prescripción
 - 2.4. Conclusión

Capítulo XI

La suspensión del juicio o proceso a prueba

- 1. Introducción
- 2. La determinación del monto de la pena
 - 2.1. Tesis restringida
 - 2.2. Tesis amplia
- 3. Delitos por los que se concede o no la *probation*
 - 3.1. Delitos de acción pública
 - 3.2. Delitos reprimidos con pena de reclusión
 - 3.3. Delitos cometidos por funcionarios públicos
 - 3.4. Delitos con pena de inhabilitación
- 4. Cuestiones subjetivas de procedencia
- 5. Suspensiones de juicio anteriores
- 6. La intervención de la parte damnificada y la reparación
- 7. El consentimiento fiscal
- 8. La parte querellante
- 9. El plazo de suspensión del juicio o proceso a prueba
- 10. Reglas probatorias
 - 10.1. Las reglas de conducta y la suspensión del proceso a prueba
 - 10.2. Incumplimiento de las reglas de conducta. Revocación del beneficio
 - 10.3. Comisión de un nuevo delito
 - 10.4. Incumplimiento de la reparación ofrecida
 - 10.5. La suspensión del juicio o proceso a prueba y la persona jurídica
- 11. Conclusiones

Capítulo XII

El instituto de la excarcelación y la garantía constitucional de libertad durante el proceso

1. Introducción
2. Presunción de inocencia y libertad procesal
3. Prisión preventiva: requisitos y límites constitucionales. Opinión de doctrina y jurisprudencia
 - 3.1. El entorpecimiento de la investigación
 - 3.2. La provisional valoración de las características del hecho imputado (art. 319, CPPN)
 - 3.3. La posibilidad de que el imputado se fugue
 - 3.4. La razonabilidad de la duración de la prisión preventiva
 - 3.5. La solidez de la imputación
 - 3.6. El riesgo de comisión de nuevos delitos
 - 3.7. La imposibilidad de realizar el derecho de fondo
 - 3.8. La posibilidad de que el imputado registre condenas anteriores o su declaración de reincidencia
 - 3.9. La carencia de arraigo
4. Conclusión

Capítulo XIII

Juicio abreviado

1. Introducción
2. Opiniones contrapuestas sobre el instituto
3. Conclusión

Capítulo XIV

CONCLUSIÓN FINAL

Bibliografía

INTRODUCCIÓN:

HIPÓTESIS, CONCEPTO DE SELECTIVIDAD Y METODOLOGÍA.

1.-

OBJETIVO DE LA TESIS Y PLANEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS:

Para la selección del tema, partimos de la base del percibido y sostenido direccionamiento del sistema penal hacia sectores sociales más vulnerables.

También resulta punto de partida, el hecho de que para paliar esa selectividad e intentar mejorar tal realidad, se desarrolló, en el ámbito de la justicia nacional en general, y en particular en el fuero Criminal y Correccional de la Capital Federal, la corriente jurídica garantista, a partir de la reforma del Código Procesal Penal de la Nación incoada en el año 1992, pero que fue profundizándose gradualmente, sobre todo, luego de la reforma de la Constitución Nacional ocurrida en el año 1994, dado la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, que muchos de ellos disponen en lo atinente al proceso penal, interpretaciones e institutos que garantizan mucho más los derechos individuales frente a la persecución del estado en la materia.

Los defensores acérrimos de estas posturas afirman, no sin arduos cuestionamientos, que en parte, con tales instrumentos y posturas, se ha mejorado notablemente el sistema selectivo de imputación de delitos en el sistema penal.

Ello se desprende de una percepción sugerida por algunos observadores del sistema jurídico, negada por otros, pero que no ha sido objeto de un estudio exhaustivo, tendiente a su determinación.

Entonces, estableceremos si el aludido garantismo, sin negar su ventaja, aportó mucho o muy poco en pos del mejoramiento del sistema, determinando para ello el grado de selectividad existente y su evolución en el ámbito señalado.

En consecuencia, si la corriente mencionada no ha aportado mucho al respecto, y el resultado de la selectividad no dependiera tanto de cuestiones jurídicas –hipótesis principal-, intentaremos determinar cuáles son esos elementos que más concentran todo el aparato represor del estado en determinados grupos sociales (generalmente los de menos recursos económicos) por sobre otros.

Si logramos concretar ese objetivo, estableciendo las causas más relevantes que determinan la probable selectividad excesiva en la justicia penal indicada, podremos ensayar una postura superadora, procurando señalar los aspectos por los que deben continuar las investigaciones para posibilitar un mejoramiento cuantitativo de la cuestión tratada, y así realizar un aporte complementario y más efectivo que el efectuado aisladamente por el garantismo jurídico.

2.-

CONCEPTO DE SELECTIVIDAD DEL DERECHO PENAL:

Debemos previamente definir a qué nos referimos cuando utilizamos el término “selectividad del derecho penal”.

Con ello queremos expresar el resultado de la aplicación del sistema penal, de forma tal que suelen ser sometidos a proceso, encarcelados, y finalmente condenados a penas de reclusión o prisión, determinados integrantes de un grupo social por sobre otro.

Y en lo particular, nos referimos a personas que tienen la característica general de pertenecer a un grupo social mayoritario, que se corresponde con las clases sociales más bajas (no solo en relación a su posición respecto de los medios de producción, analizada por Vilar¹, sino a la acumulación o posesión de bienes materiales o riqueza)², que padecen esa aplicación, y que no halla su correlato con las transgresiones cometidas por individuos de otros estratos, que cuentan con mayores recursos económicos.

3.-

METODOLOGIA:

Previo a comenzar el tratamiento de la tesis, cabe aclarar que se ha de encarar una forma de exposición algo ortodoxa, admitiendo el riesgo que ello implica, al alejarnos parcialmente de los parámetros generales aconsejados, ya que partiremos de presupuestos teóricos basados, muchos de ellos, en razonamientos propios y en textos

¹ “...La definición quizás más comprensiva de las clases, la que engloba el conjunto de las formas de sociedad y, por tanto, la más válida teóricamente, es sin lugar a dudas la de Lenin:...las clases son grupos de hombres, uno de los cuales puede apropiarse del trabajo del otro gracias al distinto lugar que ocupa en una estructura determinada de economía social...la noción de tener, la de acumular: no solo la riqueza en el sentido suntuario, sino el medio de producción...”. VILLAR Pierre, *Iniciación al vocabulario del análisis histórico*, traducción castellana de M. Dolors Folch, ed. Crítica, Barcelona, 1982, págs. 129/130. “Desde los lejanos tiempos de Hesíodo y de Platón, los hombres, observando los comportamientos de sus contemporáneos entre ellos, han imaginado la sociedad en que vivían como compuesta por grupos de hombres formando una especie de capas sociales, o estratos, superpuestos en un orden jerárquico. A estos estratos se les han llamado generalmente clases...”. VILAR, ob citada, pag 110.

² No somos partidarios de las explicaciones monocausalistas para lograr comprender la totalidad de cualquier fenómeno social. Y en lo referido específicamente a las ciencias sociales en la actualidad ello aparece más notorio, ya que existe una complejidad cada vez más evidenciada, en donde se conjugan numerosos factores y condiciones interrelacionadas que tienen notable injerencia en toda conducta colectiva. Por ello, si bien la acumulación de bienes materiales y su pertenencia a una clase social no son los únicos parámetros que influyen en la respuesta que puede dar individualmente un sujeto al sistema penal, en donde actúan numerosos factores como pautas culturales, el conocimiento e inteligencia, el posicionamiento con relación a determinados grupos de poder, la adaptabilidad determinadas situaciones, los vínculos sociales, el género, etc., todos ellos creemos que se encuentra condicionados en gran medida por la clase social de pertenencia. Es decir, que a medida que se pertenece a una clase social de menores recursos económicos, se va dificultando la situación para afrontar el padecimiento de un proceso penal (tanto como víctima o imputado), circunstancias que pueden advertirse claramente, por ejemplo, del análisis de muchas de las cien reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, elaboradas en el año 2008 por la XIV cumbre judicial iberoamericana.

que sirvieron de apoyo para manifestar las aseveraciones que pretendemos explicar con la mayor claridad posible, que serán expuestas a partir del capítulo siguiente.

Es cierto que se trata de una tarea riesgosa desde el punto de vista metodológico, pero este trabajo es en definitiva “comunicación”, que se expresa a través de palabras, las cuales contienen opinión, postura e ideología³, por lo que es preciso correr ese albur, y exponerlas para que se pueda comprender mejor la presente investigación.

Ello tiene que ver en definitiva con la universalidad que contiene cada tema, su infinidad de autores, planteos, y puntos de vista que se pueden abordar (sobre todo hoy con la gran herramienta que es internet), donde es importante conocer nuestra posición, porque ella influirá en nuestro trabajo, desde la elección del tema, su desarrollo y su propia conclusión.

Porque quizás hoy mas que nunca, la selección de algunas expresiones entre la infinidad de autores y exposiciones que circulan, es de por sí una toma de posición frente a un tema determinado, lo que lleva a sostener que ninguna investigación en las ciencias sociales puede ser tan objetiva, ni científica, como se pretende hacer creer⁴ – para lo cual deberíamos extendernos en la consideración de lo que comprende el término “científico”-. Al menos esta es nuestra opinión y el primer presupuesto del cual partimos⁵.

Entendimos que era la mejor forma de poder llegar a transmitir lo que pretendimos expresar y demostrar a través de la presente investigación, intentando quizás no una brillante tesis, pero sí una modesta forma particular de graficar una observación de la realidad socio-jurídica sobre la cual nos hemos convencido al realizar los estudios previos⁶.

³ Ideología en el sentido definido por Pichón Riviere y claramente sintetizado por Ana Quiroga en el texto Fundamentos de una Psicología Social, del libro Enfoques y perspectivas en Psicología Social., Ediciones Cinco, Buenos Aires, año 2009, págs 34/44; es decir ideología o “Weltanschauung” –tal cual lo denomina- como “una forma de concepción del mundo o marco de referencia”.

En tal sentido señala: “...Lo complejo y lo contradictorio de esas relaciones sociales, la diversidad de intereses operantes en esa estructura, determinan a su vez formas del pensamiento, de la representación del conocimiento. Emergen desde allí diversas modalidades de interpretación de lo real. Todas las formas de ideología son reflejo de la existencia social. En una sociedad dividida en clases, las ideologías tienen también carácter de clase”.

⁴ “...no pueden desprenderse de su propia perspectiva histórica y social o liberarse de las desviaciones de la comunidad científica, cultura o civilización a la que pertenecen y que influye en su percepción de sí mismos. No pueden conocerse objetivamente, pero tampoco pueden, siquiera, conocer objetivamente su medio ambiente, dado que ellos mismos lo alteran al proyectar en él sus propias inclinaciones cuando interactúan con él, haciéndolo objeto de su cognición”. ZOLO, Danilo, Democracia y complejidad. Un enfoque: Nueva Visión, Buenos Aires, 1994.

⁵ “...a toda reflexión en el campo de las ciencias sociales, dada la índole de su objeto, subyace una concepción del hombre, una hipótesis acerca de la esencia y el origen de ese conjunto de procesos que instituyen mas allá del orden animal, una nueva instancia: el orden histórico social, el orden de la cultura, orden simbólico, específicamente humano...el investigador, en tanto ser social, se sitúa en su práctica desde el interior de un sistema social de representaciones que tiene sus condiciones de producción en el complejo de relaciones sociales que constituyen el contexto de su tarea...” QUIROGA Ana P, ob. citada, Enfoques y perspectivas en Psicología Social., pág 32/3.

⁶ Mencionamos deliberadamente que pretendemos mostrar una forma de observar la realidad sociojurídica, dado que nos permitimos dudar sobre la existencia de una realidad objetiva externa, y mucho menos aún de su percepción uniforme. En este sentido compartimos lo expresado por Carlos María Cárcova: “Las teorías científicas son también construcciones que no reflejan el mundo, sino que lo

Esperamos no haber errado al asumir este desafío en la forma de su tratamiento.

Así, en un primer lugar será plasmada una exposición desde el punto de vista antropológico de la sociedad y su forma de gestarse, hasta la actual conformación de la organización sociojurídica, la cual pese a su increíble complejidad en esta era posmoderna, creemos que mantiene la misma lógica evidenciada desde su origen, quizás respondiendo a la propia esencia del ser humano, esto último que no resulta ser el tema de nuestra tesis, pero sí queda abierto para opiniones, cuestionamientos e investigaciones específicas, que no es intención generar aquí.

Al respecto, asentaremos nuestro razonamiento, basado en la derivación de dos obras que consideramos determinantes para forjar nuestra perspectiva, y sobre la cual partimos para la elaboración del mismo, intentando comprender en la evolución ensayada, al menos una parte de la actual realidad sociojurídica.

También marcaremos nuestro enfoque filosófico del derecho, aclarando lo que entendemos por tal.

Finalmente haremos referencia a los institutos del derecho procesal penal y los delitos en particular más importantes para definir la práctica selectiva de aplicación tratada, sin descuidar el análisis histórico que derivó en actuales conductas transgresoras revestidas de importantes márgenes de impunidad al profundizar el tratamiento de los delitos de corrupción pública.

Profundizaremos también los análisis dogmáticos de éstos, y constataremos datos estadísticos que permitan corroborar si las afirmaciones volcadas responden o no a una realidad que, de ninguna manera, es posible soslayar a riesgo de incurrir en una mera narración prolija desde el punto de vista lógico-formal, pero sin la menor correspondencia fáctica; ello aún con lo dudoso y cuestionable que pueda resultar una afirmación semejante, y sobre todo, por las diferentes lecturas que pueden hacerse de un mismo dato estadístico⁷.

Para tal cometido, nos concentraremos en un profundo estudio cuantitativo de la justicia nacional penal de la Capital Federal, acotando así el estudio a un espacio geográfico determinado.

Evidenciaremos entonces, si la intuición que adelantamos como hipótesis resulta cierta. Es decir, si el desarrollo de institutos cada vez más progresistas y que debían garantizar en teoría un derecho penal igualitario, en definitiva finalizan por profundizar o mantener la selectividad del derecho penal.

Para ello, partiremos de la base de la reforma constitucional operada en el año 1994, que mediante la incorporación de los tratados internacionales de derechos

construyen como dato susceptible de ser aprehendido y explicado”. “Lo social es entendido ahora como construcción humana, contingente y azarosa y la llamada ‘realidad’, como algo más que pura materialidad externa. La realidad es también sentido, símbolo y significación. Este plus de materialidad, este agregado de sentido, es construcción... Construcción, humana, social, histórica, positiva e intersubjetiva... es ‘realidad comunicada’...” “Ninguna ‘mirada’ unilateralmente considerada, puede dar cuenta de toda la realidad. La realidad se constituye socialmente, como suma y articulación del conjunto de ‘miradas posibles...”. Autor citado, Las Teorías Jurídicas Post Positivistas. Ed Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, págs. 30, 60 y 188.

⁷ Ello será motivo de una aclaración específica que realizaremos en el capítulo correspondiente, titulado “ESTADISTICAS”.

humanos⁸, aseguró formalmente un garantismo que debía primar como eje rector en todas las instancias interpretativas de la aplicación del derecho penal.

No se ignora el aventurado camino que recorreremos al tratar temas muy extensos o que aparentan ser disímiles, que a primera vista, parecieran quedar abiertos o desvinculados del contenido principal del que ocupa, tales como: análisis antropológicos, sociológicos, filosóficos, psicológicos y jurídicos; luego entrar en institutos concretos y medulares del derecho penal y procesal penal (para tratar de profundizarlos al máximo desde el punto de vista dogmático) efectuando, tras su aparente clara exposición formal, la crítica basada en la forma en que opera la aplicación real, para profundizar la selectividad del derecho penal, por la manera de interpretación asignada por la doctrina y jurisprudencia más garantista⁹, que paradójicamente pretende modificar esta realidad, pero que finalmente termina por mantener.

Pero todo ese vasto desarrollo esbozado -y en apariencia variado-, apunta a comprender que la aplicación selectiva del derecho penal no es una cuestión meramente jurídica ni puede ser entendida sólo desde el ámbito de la dogmática del derecho penal y de sus institutos mas importantes (desarrollados desde el punto de vista de la doctrina tradicional), sino que únicamente puede ser explicada desde un enfoque mas interdisciplinario en donde se ponen en juego varias ramas de las ciencias sociales, que muestra el resultado que parece enmascarar este complejo entramado jurídico.

Es decir lo que la doctrina penal en apariencia intenta racionalmente justificar, para ocultar lo que suele realizar: reforzar la reproducción de la estructura de poder existente.

Es por ello que consideramos importante aclarar nuestra adhesión a la actual corriente filosófica conocida como “Teoría Crítica del Derecho”, sobre la cual se podrá ahondar en diferentes textos, en Argentina en especial, escritos por autores como Carlos María Cárcova, Alicia Ruiz y Ricardo Entelman¹⁰.

⁸ Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; en especial con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con sus artículos específicos destinados al sistema penal, y en las condiciones de su vigencia, conforme son interpretados por los Organismos Internacionales y Nacionales competentes.

⁹ Cuando nos refiramos a garantismo, lo hacemos en el sentido que lo hace Norberto Bobbio en el prólogo al libro de Luigi Ferrajoli “DERECHO Y RAZÓN, Teoría del garantismo penal”, ed. Trotta, Madrid, 2009, pags. 13/19: “La elaboración de un sistema general del garantismo o, si se quiere, la construcción de las paredes maestras del estado de derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal”, o como lo precisa el mismo FERRAJOLI en una de las acepciones del término: “...designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad” SG propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos...”. Ob. cit., pag 851/903.

¹⁰ Confr., entre otros, MARI E., RUIZ A, CARCOVA C, Entelman R y otros, Materiales para una teoría crítica del derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

No obstante tratarse de una teoría ya consolidada, mencionaremos una pequeña síntesis de su definición y algunos postulados de la misma en relación al conocimiento del derecho:

“...la denominada Teoría Crítica del Derecho se piensa a sí misma como un conjunto de problemáticas consistentemente enlazadas, pero abiertas. Comprender el fenómeno de la juridicidad implica dar cuenta de una parte de la interacción humana que, para tornarse progresivamente más inteligible, exige tener presente, a la manera de un horizonte de sentido, al resto de la interacción humana. Y, como de ese resto se ocupan otras disciplinas, como la ética, la política, la sociología, la antropología, la economía, la lingüística, etc; la teoría jurídica lejos de cerrarse en un universo propio, sin por ello perder su especificidad, debe recorrer el camino de la multi y transdisciplinariedad...”

También entiende al derecho como *“una práctica social específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social en una formación histórica determinada. Esa práctica es una práctica discursiva, en el sentido que la lingüística atribuye a esta expresión, esto es, en el sentido de un proceso social de producción de sentidos...”*¹¹.

Y consecuente con esta postura filosófica, desde ese lugar, modestamente es que intentaremos abordar el tratamiento de la tesis, esperando lograr ese objetivo.

Finalmente deseamos poner de resalto que, pese a que la presente tesis es expuesta por un sólo autor, utilizaremos para su redacción los verbos en primera persona del plural, por así aconsejarlo las normas consensuadas para su correcto formato¹².

¹¹ Dr. Carlos María Cárcova “La Opacidad del derecho”, Derecho, Política y Magistratura, Biblos, Buenos Aires, 1996.

¹² “¿yo o nosotros? ...se dice ‘nosotros’ porque se supone que aquello que se afirma (en la tesis) puede ser compartido por los lectores...”, ECO Humberto, “Cómo se hace una tesis”, ed. Gedisa, Barcelona, octava reimpresión, 2006, pags. 162/3.

PARTE PRIMERA:

PRESUPUESTOS TEORICOS.

CAPÍTULO I.

ORIGEN Y EVOLUCION DEL HOMBRE EN SOCIEDAD: SUS RELACIONES JURÍDICAS¹³.

En primer lugar, como fuera adelantado, se intentará esbozar brevemente, a modo de ensayo, una visión sobre la forma de conformación actual de la sociedad, a través de su desarrollo durante el transcurso de la historia, y cómo se estructuran sus relaciones jurídicas.

1.-

Evolución del Hombre en Sociedad:

Podemos afirmar que resulta una verdad incuestionable desde el punto de vista antropológico, que desde el propio origen de la vida, el hombre para sobrevivir, necesariamente debió relacionarse con el medio ambiente¹⁴, y también con otros hombres¹⁵.

La realidad física demuestra que el ambiente resulta indispensable para la supervivencia no sólo de la raza humana, sino de toda forma de vida en la tierra, tal como hoy la conocemos.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en los orígenes de la humanidad, esta relación que tuvo el ser humano con el medio, se incrementó con la posibilidad de

¹³ La serie de ideas originales que expondremos a continuación, no habrían surgido sin el aporte recibido de la lectura de los siguientes textos: Historia General del Desarrollo de las Organizaciones de Trabajadores, de Carlos Moret (h), ed. Talleres Gráficos La Vanguardia, Buenos Aires, 1933; y el origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado, de Friedrich Engels, ed. planeta, Barcelona, 1992; como así también de los extraordinarios y ricos aportes teóricos recibidos de los profesores de la carrera de psicología social del instituto "Pichon Riviere" y de la carrera de pos grado de especialización en administración de Justicia de la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en especial de la profesora Alcira Argumedo.

¹⁴ "...El primer hecho histórico es, por consiguiente, la producción de los medios indispensables para la satisfacción de estas necesidades, es decir, la producción de la vida material misma, y no cabe duda de que es éste un hecho histórico, una condición fundamental de toda historia, que lo mismo hoy que hace miles de años, necesita cumplirse todos los días y a todas horas, simplemente para asegurar la vida de los hombres...". MARX KARL y ENGELS Friedrich, "La Ideología Alemana", ed. Pueblos Unidos, Montevideo-Buenos Aires, 1973, pags. 28/9-

¹⁵ "...el hombre, en función de su particular organización biológica es productor de su vida material en una doble relación: con la naturaleza y con los otros hombres. El hombre es naturaleza pero emerge de ella transformándola y transformándose a partir del trabajo y en la producción de los bienes necesarios para su subsistencia, en la que se apropia de la naturaleza modificándola en vista a sus necesidades. Este proceso sólo puede cumplirse en relaciones necesarias con otros hombres. En esta doble relación el hombre no es sólo productor, protagonista de la praxis, de la historia. Es también producido, determinado...". QUIROGA Ana P, fundamentos de una psicología social, del libro Enfoques y perspectivas en Psicología Social., pág 37.

acumulación y finalizó su desarrollo con la explosión demográfica y la revolución tecnológica a la que asistimos a partir de la década del 70', y que se viene profundizando hasta el presente¹⁶.

En efecto, el hombre vivía aislado y luego, durante la prehistoria, comenzó a unirse con otros hombres, en forma de grupo o manada, formando tribus para poder estar más protegidos ante el peligro que representaba la naturaleza, frente a la existencia de otros depredadores u otros grupos de seres humanos, y afrontar en forma más segura las inclemencias del frío, la noche, etc.

Estos grupos de personas vivían en forma nómada, siguiendo muchas veces los ciclos migratorios de las presas y las zonas y estaciones del florecimiento de los vegetales con que se alimentaban.

Su relación con el medio era la mínima necesaria para la precaria supervivencia, tomando de la naturaleza lo estrictamente necesario para alimentarse y abrigarse, sin modificar prácticamente lo obtenido de ella, es decir separar lo útil de lo que no servía a tales efectos.

Con el tiempo y la aparición del fuego, el hombre comenzó a tomar del medio (también sin ningún tipo de modificación), la madera y demás materias primas que eran necesarias para mantener este nuevo elemento manipulable que otorgaba calor, luz y cierta seguridad.

Hasta este momento entendemos que no existía ninguna acentuada diferencia entre el hombre y cualquier otro ser vivo animal que habitaba sobre la tierra, en su relación con el ambiente.

Ahora bien, cuando el hombre descubrió que podía modificar los recursos que obtenía de la naturaleza, comenzó a interferir en su desarrollo¹⁷, lo que desembocó en el cambio de sus hábitos y costumbres¹⁸. Con el tiempo alteró también el de todos los seres vivos, produciendo la extinción de numerosas especies, pudiendo desembocar (si no se cambia el actual rumbo) en la extinción del propio ser humano y todo ser vivo, al estar alterando permanentemente y de manera cada vez más sustancial, el delicado equilibrio del medio ambiente.

Cuando el ser humano descubre la posibilidad de la siembra y más tarde la crianza de animales, comienza a alterar el mapa geográfico de la vida.

¹⁶ “El trabajo es, en primer lugar, un proceso entre el hombre y la naturaleza, un proceso en que el hombre media, regula y controla su metabolismo con la naturaleza. El hombre se enfrenta a la materia natural misma como un poder natural...Al operar por medio de ese movimiento sobre la naturaleza exterior a él y transformarla, transforma a la vez su propia naturaleza...” MARX Karl, “El Capital”, Tomo I, Vol I, Siglo XXI, México, 1985, pags. 215/216.

¹⁷ “...La relación de los hombres con las cosas es un ‘apresamiento’ de la naturaleza por la técnica que ya no es, como en las otras culturas, una labor eficaz, sino la puesta en práctica del conocimiento científico que los hombres han adquirido de las leyes del universo...” SUPIOT Alain, Homo Juridicus, Ensayo sobre la función antropológica del derecho; ed Siglo Veintiuno, pag 56.

¹⁸ “...en vista de su constitución biológica, el hombre no podría conservarse dentro de la naturaleza tal como ésta es, cruda, de primera mano; sino que debe vivir de la transformación –de la modificación práctica, efectiva- de cualquier realidad natural con la que se encuentre. Su actividad inteligente tiende a la modificación constructiva del mundo exterior, a causa de su insuficiencia orgánica. “el hombre se alza como tema y problema, pues con su existencia multitudinaria está empezando a desplazar a la naturaleza.” GEHLEN Arnold, Antropología filosófica, Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo; ed Paidós Básica (TJ, GEH, ant 1993); pág 87.

Se vuelve sedentario, y ya no va detrás de la comida, sino que la crea en el lugar donde se fue asentando, buscando el sitio más propicio para ello, dentro de las posibilidades de traslado de la época¹⁹.

Así aparece la acumulación que altera la propia organización social, ya que las primigenias sociedades abandonan el estado de semi-nomadismo en que vivían y fijan su residencia en la zona particularmente propicia para el desarrollo de una civilización sedentaria²⁰.

Con el establecimiento de una civilización fija en un punto determinado de territorio, surge la necesidad de defenderla contra los enemigos externos. De esta forma aparecen las primeras concentraciones de población, gérmenes de futuras ciudades.

Estos fenómenos nuevos, hicieron desarrollar varias clases sociales inexistentes hasta entonces.

La necesidad de defender el territorio hizo que se formase una clase especial de personas, los guerreros: individuos que se fueron especializando en el arte de la lucha, ya que el resto de las personas asentadas estaban ocupadas en general en las cosechas y crianza de animales, y no podían atender esta tarea con la suficiente dedicación.

Esta clase de guerreros fue abandonando progresivamente las demás labores y a consagrarse por entero a las actividades bélicas que les dio una gran dosis de poder, basado en la preeminencia del uso de la fuerza, lo que le permitió tener injerencia sobre la selección de las personas que se dedicaron a la organización y decisión del grupo, y estar íntimamente ligado a ellos, cuando no, ejercer directamente los gobiernos.

De esta manera, guerreros y gobernantes (junto a quienes tenían facultades sobrenaturales, como brujos, hechiceros o religiosos), al dedicarse exclusivamente a sus funciones específicas, dejaron progresivamente el resto de las labores y así levantaron tributo sobre los incipientes trabajadores rurales, comenzando, por primera vez, el trabajo por cuenta ajena.

Desde entonces, comienzan a destacarse dentro de la organización social, grupos de personas que aprovechan el excedente productivo, que se erigen como una clase

¹⁹ “Bajo este criterio la ‘esfera cultural’ es seguramente, en una primera aproximación, el ámbito natural transformado por el hombre, el nido, por decirlo así, que el hombre se construye en el mundo. Es necesario para su vida, pues le falta la adaptación innata del animal a su medio ambiente. Por eso, la cultura de los pueblos primitivos consiste ante todo en sus armas, sus herramientas, sus chozas, sus animales domésticos, sus huertos, etc., todo lo cual es la naturaleza transformada, perfeccionada, naturaleza que, reformada por una actividad inteligente, provee en todas partes los elementos, los recursos técnicos para su propia reestructuración.. En el concepto de ‘naturaleza reformada’ entran también la familia y el matrimonio, las ordenaciones sociales, que provienen de lo natural examinado a fondo y organizado como materia...”. GEHLEN Arnold, Antropología filosófica, Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo; ed Paidós Básica (TJ, GEH, año 1993); págs 36/37.

²⁰ “El progreso más inmediato nos conduce al estadio superior de la barbarie, período en que todos los pueblos civilizados pasan su época heroica: La edad de la espada de hierro, pero también del arado y del hacha de hierro. Al poner este metal a su servicio, el hombre se hizo dueño de la última y más importante de las materias primas que representaron en la historia un papel revolucionario... El hierro hizo posible la agricultura en grandes áreas y el desmonte de las más extensas comarcas selváticas, dio al artesano un instrumento de una dureza y un filo que ninguna piedra y ningún otro metal de los conocidos entonces podía tener. Todo esto acaeció poco a poco... Fue esto un progreso considerable... pero también una señal de peligro creciente y de necesidad de defensa...” ENGELS Friedrich, “El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado, ed. Planeta, Barcelona, 1992, págs. 270/279.

social que obtiene los mayores beneficios de ese esfuerzo colectivo en la explotación de los recursos obtenidos de la naturaleza.

Estos grupos son: los guerreros-soldados-militares; los organizadores-administradores-nobles-políticos-dirigentes; los brujos-hechiceros-sacerdotes-religiosos; y finalmente quienes de cualquier otra forma acumularon bienes materiales²¹.

Tal estructura, que fue desarrollándose durante una evolución de miles de años -asumiendo diferentes formas en cada región-, ocasionó un impacto importante, al aparecer nuevas pautas de relaciones sociales (conformándose las relaciones laborales), y también al surgir una nueva forma del consumo (no lo necesario, sino la acumulación), lo que otorgó un gran valor y poder, que motivó con el tiempo la búsqueda frenética de la maximización de las ganancias²².

2.-

Estructura Moderna:

Este precario sistema de organización social y forma de explotación de la tierra, que esbozáramos precedentemente, fue evolucionando hasta nuestros días, pero siempre respetando este esquema básico.

Con el desmedido crecimiento de la población humana se produjo una explosión demográfica que cada vez va incrementándose a la manera de una reacción atómica-nuclear en cadena²³.

La evolución y revolución científico-tecnológica, llevó a una fácil y rápida extracción, explotación y apropiación de todos los elementos existentes en la naturaleza y a gran escala.

Ello unido a la idea del poder relacionado con la acumulación, y al incesante incremento de la población aludidos (que produce una permanente e inabastecible demanda de bienes materiales), lleva en la actualidad, a la irracional, desmedida y

²¹ “En la antigüedad el trabajo manual era considerado propio de gente de baja condición y en la generalidad de los casos era forzado. Cumplido por esclavos a quienes se les negaba la condición de personas se encontraban sujetas a su amo por una relación de propiedad...los hombres de clase superior despreciaban las tareas manuales y para ellos se reservaban las funciones de gobierno, la carrera de las armas, la religión, las ciencias del espíritu (sacerdotes, políticos, filósofos o guerreros)...” FERNANDEZ MADRID Juan Carlos, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, ed. “La Ley”, Buenos Aires, 1989, tomo I., pag. 1.

²² “Cuanto más lejos nos remontamos en la historia, tanto más aparece el individuo –y por consiguiente también el individuo productor- como dependiente y formando parte de un todo mayor, en primer lugar y de una manera todavía muy enteramente natural, de la familia y de esa familia ampliada que es la tribu; más tarde, de las comunidades en sus distintas formas, resultado del antagonismo y de la fusión de las tribus. Solamente al llegar el siglo XVIII, con la ‘sociedad civil’, las diferentes formas de conexión social aparecen ante el individuo como un simple medio para lograr sus fines privados, como una necesidad exterior. Pero la época que genera este punto de vista, esta idea del individuo aislado, es precisamente aquella en la cual las relaciones sociales (universales según este punto de vista) han llegado al más alto grado de desarrollo alcanzado hasta el presente. El hombre es, en el sentido más literal, un ser político, no solamente un animal social, sino una animal que sólo puede individualizarse en la sociedad...” MARX Karl, “Introducción a la crítica de la economía política” (1857), Ed Carabela, s.d., pags. 21/22.

²³ “el hombre se alza como tema y problema, pues con su existencia multitudinaria está empezando a desplazar a la naturaleza.” GEHLEN Arnold, Antropología filosófica, Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo; ed Paidós Básica (TJ, GEH, ant 1993); pág 24.

agresiva explotación de los recursos naturales, que conduce a la aniquilación y desaparición de muchos de ellos.

Los recursos se vuelven cada vez más escasos y su demanda va en permanente aumento. En este nuevo siglo, estamos asistiendo a otro hecho novedoso, como es el incremento del valor de los escasos alimentos que pueden producirse, en relación a la gran demanda emergente tras la evidente explosión demográfica existente en algunas regiones de la tierra, impulsado además por la globalización reinante como otra inadvertida consecuencia producida por la revolución de las comunicaciones (entre otras causas).

Todo ello con las consecuencias socioeconómicas que produce tal situación.

Esto llevó a una complejidad en la forma de organización social que dificulta cada vez más la posibilidad tanto de previsión, como de comprensión de su realidad, pese al desarrollo tecnológico-científico con que hoy se dispone.

Sin pretender caer en un análisis materialista histórico, no podemos dejar de advertir que el beneficio material, en general, es lo que determina las relaciones sociales (aunque no siempre en forma exclusiva) en todas las áreas que no tengan vinculación específica con las relaciones afectivas (no obstante que aún estas últimas suelen ser a menudo influenciadas por la disponibilidad de bienes económicos).

Comprender esto, podría ser comprender al ser humano en sociedad y la dinámica de su desarrollo.

Parece ser que esa incipiente organización social relatada en párrafos anteriores, en la actualidad reproduce a gran escala y mayor complejidad el mismo esquema, que lleva a concebir una idea de empresa y éxito, relacionada a la maximización de la ganancia como único parámetro de desarrollo (no sólo económico, sino de progreso, y hasta de logro que excede lo patrimonial). También desemboca en el consecuente agravamiento de la destrucción del medio ambiente al amparo de las políticas de los estados, y finalizan por generar relaciones sociales tan difíciles de comprender como de organizar y armonizar mediante la sanción de diferentes normas jurídicas.

Entre ellas no resultan ajenas las leyes dictadas y la forma de aplicación de las mismas, que se derivan de estas complejas relaciones jurídicas, en el ámbito del derecho penal, como ultima ratio para intentar de alguna forma mantener una razonable paz social.

Esto se conjuga con el desarrollo de la empresa como ente diferenciado de las personas físicas, con lo cual se crea un sujeto impalpable, irresponsable (desde el punto de vista de la punición penal, muchas veces también imperceptible desde lo Civil) totalmente difuso, fácil de mutar con el simple cambio de nombre, sigla o logotipo; o, en el peor de los casos, mediante su desaparición y el renacimiento de un nuevo fantasma con otra denominación, utilizado como fachada para la maximización de las ganancias al menor costo y riesgo.

A ello se le agrega una innumerable cantidad de leyes que estructuran un marco regulador contradictorio, ambiguo, impreciso, engorrosamente difícil de conocer en su totalidad, bajo la falsa premisa del contralor de estas empresas o sociedades, y de la protección del medio ambiente y sus habitantes, que finalmente terminan por conformar, al menos en los países subdesarrollados (con la complicidad de algunos funcionarios de turno) especies de telarañas, donde todo se filtra y lo único que queda retenido es la posibilidad de evitar el daño económico a la sociedad mediante

complejas operaciones jurídico-contables, que es precisamente lo que debería impedir esta maraña de reglamentaciones que las regulan²⁴.

3.-

Influencia de estas Estructuras en las relaciones jurídicas:

La idea de reseñar la precedente introducción, es a los fines de mostrar con claridad como paradójicamente, con el avance de la tecnología y las comunicaciones, se fue complejizando cada vez mas la comprensión y el conocimiento de la forma de operar de las personas jurídicas que actúan influyentemente sobre la economía de un país, diluyéndose cada vez mas la responsabilidad individual de las selectas personas físicas que las dirigen, conformando una de las más importantes formas que provoca la criticada selección del derecho penal.

Esto es así porque tales empresas son las que se utilizan para cometer muchos de los delitos graves, entendidos tales como los de contenido patrimonial o económico que afectan a mayor cantidad de seres humanos, como también por la magnitud de los montos dinerarios que suelen en general estar en juego en las operaciones irregulares que se imputan a su accionar²⁵.

Nos interesa evidenciar cómo son utilizadas las personas jurídicas para cometer los delitos mas graves pero que, como otra paradoja, resultan ser los menos sancionados por la justicia penal, perteneciendo sus integrantes a un exclusivo grupo social al que muy pocos pueden acceder, y solo se logra –en general- mediante una importante preparación (que no se encuentra exenta además de un relativo capital inicial para la creación de estas personas, como también a veces acompañado de un vínculo o contacto con algún integrante de la dirigencia política social)²⁶.

²⁴ "...a mayor interacción, más sociedad, lo que a su vez demanda mayores prestaciones del subsistema del derecho, generando inflación normativa, crecimiento de sus operaciones internas y, consecuentemente, un más alto grado de complejidad y sofisticación técnica. Ello acarrea intransparencia y hermetismo..." CARCOVA Carlos María, "Las Teorías Jurídicas Post Positivistas", ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pag. 54.

²⁵ Confr. análisis sobre daño social producido por los delitos económicos y la corrupción pública, como así también la afectación al sistema democrático, efectuado por Martín Pedro BISCAY en: *Corrupción y Criminalidad Económica. Enfoques y problemas sociológicos para el Estado y democracia* en la revista de Ciencias sociales "delito y Sociedad", año 17, nro. 26, 2008, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Argentina, pags 59/77.

²⁶ "la corrupción es algo más que un acto porque encierra una interacción social –que en términos normativos calificamos disvaliosamente- entre sujetos que toman parte de una relación social. Funcionarios públicos, empresarios y empresas se relacionan entre sí en el espacio social del mercado a partir de una serie de intercambio..." "la práctica democrática en la Argentina contemporánea revela que en el corazón de los cimientos políticos del orden social el delito económico y la corrupción están presentes porque de ellos dependen la producción y reproducción del orden económico, del orden político e, indirectamente del orden social. La impunidad estructural respecto de los delitos económico y de la corrupción, expresada en la magra cantidad de condenas y en la permanente recurrencia de nuevos escándalos públicos demuestra que el orden social no se altera ni convulsiona frente a este tipo de comportamientos criminales...". "El hecho de que el daño social producido por la corrupción haya alcanzado como mínimo conocido 13 mil millones de dólares y sólo se hayan identificado 7 condenas sobre un total de 750 casos judicializados por el sistema penal argentino, evidencia a las claras que la corrupción y los negocios asociados a ella poseen una funcionalidad propia en la estructura social argentina." BISCAY Pedro Martín, ob citada, pags 64/75.

Por ello esto va unido a la excesiva impunidad que también gozan muchos de los sujetos que cometen delitos de corrupción en la función pública.

Y finalmente se contrasta con la cantidad de personas detenidas, tanto por cometer delitos leves contra la propiedad (aunque en forma reiterada), como también por quienes cometen delitos mediante la utilización de cierta violencia o riesgo sobre la vida o integridad física de terceros, aunque de una significación cualitativa y cuantitativa muy inferior a los grandes perjuicios sociales que ocasionan quienes, para delinquir, se escudan en las personas jurídicas o en la función pública.

Estos últimos integran lo que algunos criminalistas suelen llamar *autores de "delitos de cuello blanco"*²⁷ y que abultan la denominada "*cifra negra del delito*"²⁸, a la cual hasta se la suele contabilizar vagamente en cifras de porcentajes de delitos cometidos y no denunciados, que pocas veces son investigados. Así, difícilmente sus autores pueden ser condenados y prácticamente nunca suelen ser encarcelados.

Ello es lo que provoca una definida selectividad del derecho penal, dirigida solamente contra quienes efectivamente cometen delitos, pero que no suelen ser los de mayor gravedad, sino que sus autores, o son reincidentes, o bien actúan con algún grado importante de violencia y riesgo físico para la integridad de terceros.

Además, generalmente revisten la particularidad de pertenecer al estrato social de la mayoritaria clase baja o marginada de la sociedad, identificada con el inmenso sector de cohabitantes que carece de medios económicos para satisfacer ampliamente sus necesidades materiales²⁹, muchas veces carentes de una formación y educación necesarias para lograr asimilar, integrar o compartir pautas básicas de convivencia social; tal necesidad y su satisfacción, conforman el ingrediente principal de la vida

²⁷ Concepto ideado en el año 1939 por Edwin Sutherland en una reunión anual organizada por la American Sociological Society en Filadelfia. Se trata de ilícitos penales cometidos por sujetos de elevada condición social, utilizando como herramientas sus conocimientos profesionales, o sus contactos en el mundo de los negocios, la política, o vinculaciones con grupos de poder. Si bien no hay univocidad en cuanto a la terminología, todas hacen referencia al mismo tipo penal: "delitos profesionales", "delitos ocupacionales", "delitos financieros", "delitos de las corporaciones y de quienes utilizan a las personas jurídicas" Confr. asimismo VIRGOLINI Julio, Crímenes excelentes. Delitos de Cuello Blanco, Crimen Organizado y Corrupción, Editores del Puerto, Buenos Aires 2004.

²⁸ Ello, incluso es reconocido por el Procurador General de la Nación, buscando su reducción, como uno de los objetivos expresados en la recomendación de fecha 12 de mayo del año 2009: "...Al respecto cabe señalar que esta obligación se complementa con el objetivo institucional de propiciar todas las medidas en materia de persecución penal que hagan más eficiente la investigación de los delitos y especialmente tienda a estrechar la denominada 'cifra negra', circunstancia que como es sabido tiene entre sus múltiples factores de origen los problemas de acceso al sistema y entre ellos las trabas burocráticas que en ocasiones puede presentar el servicio de justicia para receptar denuncias...Fdo.: Esteban Righi, Procurador General de la Nación." (res. PGN n° 50/09).

²⁹ "...El control moral pasará a ser ejercido por las clases más altas, por los detentadores del poder, sobre las capas más bajas y pobres, los sectores populares. Se convierte así en un instrumento de poder de las clases ricas sobre las clases pobres, de quienes explotan sobre quienes son explotados, lo que confiere una nueva polaridad política y social a estas instancias de control. Citaré un texto que data de 1804, hacia el final de esa evolución que intento exponer, texto escrito por un obispo llamado Watson que predicaba ante la «Sociedad para la Supresión de los Vicios»: «Las leyes son buenas pero, desgraciadamente, están siendo burladas por las clases más bajas. Por cierto, las clases más altas tampoco las tienen mucho en consideración, pero esto no tendría mucha importancia si no fuese que las clases más altas sirven de ejemplo para las más bajas». FOUCAULT Michel, La verdad y las formas jurídicas. Traducido por Enrique Lynch, Editorial Gedisa, Barcelona, 1996, pag. 97.

cotidiana y por lo tanto conforman la ideología como forma de percibir el medio³⁰ en su interrelación actual³¹, de ahí la relevancia que tiene para nosotros el estrato social de pertenencia de los operadores jurídicos del sistema penal, sobre lo cual profundizaremos más adelante, en un capítulo específico.

4.-

Aplicación de la Sanción Penal *versus* Principio de Igualdad ante la Ley:

Un análisis de las normas jurídicas y de su forma de aplicación, no puede ser efectuado como una cuestión derivada de una deliberación de ideas, ya que concebimos al derecho como parte de una realidad social, como un conjunto de normas destinadas a organizar y regir las relaciones entre personas, pero también como el campo de batalla de diferentes tipos de relaciones de poder, luchas de clases e intereses grupales, que sólo puede ser conocido a través del análisis de la creación de las normas, su desarrollo, evolución y aplicación a las diferentes circunstancias que transitan por la vida social.

Sólo de esta manera resulta posible el conocimiento del derecho como parte de una ciencia social, o sea como una realidad social, y no meramente formal. Lo formal resulta importante, pero sólo aparece como un indicio que (por los milagros de la lingüística) muchas veces disimula lo que protege, encubre lo que critica y exalta lo que finalmente termina descuidando.

Por eso, pese a que el principio de igualdad ante la ley resulta ser el más elemental y la base de la organización jurídica del estado, receptado en varios artículos por la Constitución Nacional, sobre todo con los tratados internacionales de derechos humanos, como consecuencia de la selectividad del derecho penal existente en esta sociedad, la sanción más grave que aplica el estado -el encarcelamiento- tiene siempre

³⁰ Esas necesidades en cada grupo de personas es lo que conforma su ideología, que siempre estará condicionada en función de ello, en la forma de percibir el mundo, sus necesidades y las permitidas formas de satisfacción de las mismas. Esa diferencia de vivencias es explicada claramente por Ana P. de Quiroga, tema sobre el cual retornaremos en pasajes posteriores, al hablar sobre la percepción de los Jueces. “El otro día escuchaba un informativo en el que decían, que en la zona de Bariloche, de Esquel, en las zonas de las pistas de ski, están preocupados porque la nieve se ha atrasado este año, y la temporada va a ser tardía, y por lo tanto va a haber poco turismo. Al mismo tiempo, tuve la suerte de conversar con una paisana (aborigen Mapuche), que me dice: “¡qué contentas están mis abuelas porque este año la nieve se ha atrasado!”. Por qué los paisanos están contentos? Porque el año pasado han vivido con la nieve hasta el cuello, dos metros de nieve hasta el mes de octubre, han perdido todos sus animales...”. P. DE QUIROGA Ana Y RACEDO Josefina, Ediciones Cinco, 2007, Buenos Aires, págs. 72.

³¹ La crítica de la vida cotidiana consiste en un análisis de las formas en que en cada organización social concreta el interjuego entre necesidades de los sujetos comprometidos en ella y las satisfacciones, metas y conducta social y vincularmente disponibles, pautadas para esas necesidades. Importa recalcar que esta íntimamente ligado a esta crítica el análisis de lo vivencial, de la experiencia directa e inmediata de los sujetos, porque esa vivencia directa e inmediata hace a la esencia de lo cotidiano, es en la experiencia concreta y directa que esas relaciones sociales, esas leyes que gobiernan el interjuego entre las necesidades y las metas disponibles, se muestran y a la vez se ocultan, se manifiestan y se encubren...” P. DE QUIROGA Ana y RACEDO Josefina, Ediciones Cinco, 2007, Buenos Aires, págs. 15.

un mismo grupo de destinatarios que pertenecen a las clases sociales mas alejadas de quienes crean, administran y aplican el derecho penal³².

Es por ello que afirmamos que este principio esencial es el que se encuentra mas quebrantado.

Pese a que se han dictado una cantidad enorme y sin precedentes de normativas y reglamentaciones tendientes a dar un trato igualitario a todos los integrantes de la sociedad, que nos han bombardeado con publicidades sobre estas circunstancias, y se han creado los más variados organismos nacionales para cumplir con tales fines (como Secretarías para combatir la discriminación u organismos similares, asistencia jurídica gratuita para imputados, etc.), paradójicamente, es cuando más se está vulnerando este derecho “formalmente” cada vez más protegido.

“...en el discurso jurídico se muestra y se dice lo que se dice para ocultar lo que se quiere ocultar y callar lo que se quiere callar. Las ficciones y los mitos no están allí para ser denunciados por no hacerse cargo de las prácticas sociales implicadas en las formas de poder social, sino para hacer funcionales determinadas formas de organización del poder social...”(ENTELMAN),

y el discurso penal forma parte de ese discurso jurídico, siendo el mas sutil en transmitir estas ficciones y convencernos de tal imaginario, precisamente por ser el que refuerza coactivamente un orden social sin equidad (aunque haciéndolo aparecer como justo) mediante la amenaza de sanción por un lado, pero también con el efectivo castigo corporal ejemplificador por el otro (mediante el encarcelamiento) que concreta esa amenaza, para otorgarle mayor poder disuasivo³³.

³² “toda sociedad presenta una estructura de poder, con grupos que dominan y grupos que son dominados, con sectores más cercanos o más lejanos a los centros de decisión. Conforme a esta estructura, se “controla” socialmente la conducta de los hombres...” ZAFFARONI Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, parte general, editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, pag. 24.

³³ “...la represión estuvo asegurada, o mejor prevenida, por un sistema complejo: justicia-policía-prisión. Sistema que tiene en el fondo un triple papel; y que según las épocas, según el estado de las luchas y la coyuntura es, tan pronto un aspecto, tan pronto otro, el que predomina. Por una parte es un factor de “proletarización”: tiene por función obligar al pueblo a aceptar su estatuto de proletario y las condiciones de explotación del proletariado...Por otra parte, este sistema penal se dirigía, de forma privilegiada, a los elementos más nómadas, a los más inquietos, a los “violentos” de la plebe, a aquellos más dispuestos para pasar a la acción inmediata y armada...Tercer papel del sistema penal: hacer aparecer a los ojos del proletariado ,la plebe no proletarizada como algo marginal, peligroso, inmoral, amenazante para toda la sociedad, la hez del pueblo, el desecho...”, FOUCAULT Michel, Microfísica del Poder, colección de Genealogía del Poder, Las Ediciones de La Piqueta, n° 1, edición y traducción por Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría, tercera edición, 1992, Ed. Endymión, Madrid, España, pags. 57 y 58.

CAPITULO II.

LA COMPLEJIDAD DE LA SOCIEDAD POSMODERNA:

1.-

Introducción:

La interrelación tripartita poder-hombre-sociedad relatada al comienzo del capítulo anterior, se ve agravada por la existencia de unas nuevas circunstancias que no existieron –al menos en forma tan pronunciada- hasta el presente.

Una de ellas es la complejidad de la sociedad, consecuencia de la postmodernidad como fenómeno nuevo.

Esta característica fue claramente descrita por Boaventura de Sousa Santos en su texto “El Estado y el derecho en la transición posmoderna...”, traducido por Diego J. Duquelsky Gómez³⁴.

Señala este autor que:

“el proyecto de la modernidad es fértil en dicotomías...La dicotomía formal/informal...subyace a todas estas dicotomías y está presente en ellas de varios modos. Esta característica del proyecto de la modernidad coexiste con otra, la ausencia o extrema deficiencia de mediaciones entre las dicotomías.

Estas dos categorías son interactivas: el déficit de la capacidad de mediación exagera la polarización de las dicotomías e inversamente, este último agrava el primero. El efecto conjunto de estos dos procesos ha sido la recurrente oscilación entre los polos de las dicotomías y consecuentemente, la vigencia exagerada de uno u otro polo.

En diferentes momentos o en sectores diversos de la vida social, se atribuye total precedencia, bien a uno de los polos, bien al otro: al subjetivismo o al objetivismo, al esteticismo o al vitalismo, al colectivismo o al individuo, incluso, en la base de todas estas vigencias exageradas, al formalismo o al informalismo. La prioridad total dada en un cierto momento a uno de los polos, suscita una reacción que contribuye por sí misma, para que en el momento siguiente la prioridad se dé en el polo opuesto...”.

Podríamos agregar que esa polaridad oscilante, que parece ser una constante a través de la historia (no solo desde una visión cíclica, sino también lineal) en la actual época posmoderna, adquirió la característica de inestabilidad y de modificación con una vertiginosidad propia y que caracteriza, precisamente, a la época.

En efecto, las estabildades hasta el siglo pasado, eran mas o menos prolongadas y los cambios eran mucho más lentos y presagiables.

³⁴ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS “*el estado y el derecho en la transición posmoderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho*”, Desde Otra Mirada, Christian Courtis (compilador), EUDEBA, Buenos Aires, 2001, pags. 273/303.

En la posmodernidad, al subyacer esta característica apuntada de la permanencia residual de las polarizaciones, los cambios sociales son permanentes, las estabilidades más cortas, las contradicciones sociales más numerosas y profundas, y su comprensión, por la complejidad que el propio fenómeno acarrea, parece de imposible alcance.

Profundizan esa voraz mutación, los fenómenos de la globalización y el vertiginoso desarrollo tecnológico-comunicacional, que parece no alcanzar límites.

De esta manera asistimos a una era carente de otras características típicas más que las que se acaban de señalar, oscilante entre las polaridades, inestables y continuamente cambiantes, que se traducen en estas continuas dicotomías en todas las áreas de las ciencias:

- Por un lado se realza al ser humano por su individualidad, a la vez que va perdiendo su valor como tal por la explosión demográfica, como fenómeno nuevo, aunado al avance tecnológico que genera población excedente desde el punto de vista de la demanda laboral.

- Por otro lado se trata de recuperar la espiritualidad y creencias que se van relativizando a consecuencia del aludido desarrollo científico-comunicacional que desnuda la falsedad de numerosos dogmas; y así, en todos los ámbitos, se consolida una nueva realidad inestable, escindida y de difícil caracterización sin que pueda aventurarse su estructuración y desarrollo.

2.-

Posmodernismo, derecho y sociedad:

En el aspecto concreto del derecho, existe un exorbitante despliegue normativo (tanto en la cantidad de normas que se dictan, cuanto a la profusa doctrina y dogmática que la desarrollan), que se contrasta con la proliferación de mecanismos informales y alternativos de resolución de conflictos y un aumento de la marginalidad social que se distancia cada vez más de los resortes judiciales institucionales.

Así toma relevancia el aumento de la brecha entre quienes concentran el poder económico y las grandes masas marginadas; entre el acceso facilitado a las instituciones jurídicas por parte de unos y la exclusión por parte de otros, y el consecuente desarrollo formal del derecho para aquellos, frente al informal-anárquico para éstos.

La distancia que separa a ambos grupos extremos, es la que existe entre la posibilidad de recurrir al derecho como resolución de conflictos para unos, y la dificultad para los otros, así como el necesario padecimiento del derecho penal por parte de estos últimos.

No se pretende afirmar que tal realidad es exclusiva de la posmodernidad, sino que ella se ve agravada por las características apuntadas, cuando desde la ficción

formal del derecho se intenta hacer creer falsamente que la igualdad meramente declarada, rige las relaciones sociales y jurídicas³⁵.

Una de estas características de la posmodernidad relativa a la vertiginosidad de los cambios³⁶ se puede apreciar, en el ámbito concreto del derecho penal, en el procedimiento Nacional.

En efecto, luego de muchas décadas de sostener un procedimiento escrito, férreo y poco modificado, creado mediante la ley 2372 (en el año 1888), se sancionó en el año 1991, mediante ley 23.984, un nuevo Código Procesal Penal de la Nación, de una estructura radicalmente diferente, instaurando el juicio oral como una de las características más relevantes, el que ya ha sufrido tantas modificaciones sustanciales y creado institutos nuevos –suspensión del juicio a prueba, juicio abreviado, intervención exclusiva del Ministerio Público Fiscal en los delitos de autor no identificado, etc.- que prácticamente lo que hoy se aplica parece un Código diferente al puesto en vigencia en el año 1992³⁷. Y lo que es más importante, ya se están estudiando nuevos proyectos de éste Código -en avanzado estado- que modificaría éste que fue hace poco tiempo instaurado³⁸.

Y mucho de esto tiene que ver con compatibilizar los procedimientos tanto con la nueva exigencia constitucional surgida a consecuencia de la incorporación de los tratados internacionales a la Constitución Nacional, como por la consustanciación del sistema con los cada vez mas exigentes requisitos internacionales a los que deben ajustarse los países en su necesaria integración como característica también novedosa de esta época.

Es que no podemos perder de vista que el sorprendente desarrollo científico-tecnológico y la revolución comunicacional -con sus consecuencias como la globalización cultural- trajeron aparejado el acortamiento de los ciclos y el reemplazo más rápido de etapas que en la antigüedad demandaba muchos siglos modificarse.

³⁵ “En la mayor parte de los Estados históricos, los derechos concedidos a los ciudadanos se gradúan con arreglo a su fortuna, y con ello se declara expresamente que el Estado es un organismo para proteger a la clase que posee contra la desposeída. Así sucedía ya en Atenas y en Roma, donde la clasificación era por cuantía de los bienes de fortuna. Lo mismo sucede en el Estado feudal de la edad media, donde el poder político se distribuyó según la propiedad territorial. Y así lo observamos en el censo electoral de los Estados representativos modernos...La forma más elevada del Estado, la república democrática, que en nuestras condiciones sociales modernas se va haciendo una necesidad cada vez más ineludible...no reconoce oficialmente diferencias de fortuna. En ella la riqueza ejerce su poder indirectamente, pero de un modo más seguro...” ENGELS Friedrich, “El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado, ed. Planeta, Barcelona, 1992, pags. 294/5.

³⁶ “Resulta un lugar común de la teoría política y la investigación historiográfica de las últimas épocas, hacer referencia a los procesos de aceleración del tiempo histórico. El pasado, ya no se cuente en décadas, sino en años. Los seres humanos nacidos en la primera mitad del siglo XX, hemos sido testigo de transformaciones tan profundas y vertiginosas que, se afirma, ellas son comparables con el conjunto de las acaecidas en el transcurso entero de la historia del hombre en la tierra...” “...es posible afirmar sin mayor hesitación, que los fenómenos de aceleración histórica, asociados a los descubrimientos científicos y tecnológicos de las últimas décadas, han ensanchado de un modo excepcional el universo de elecciones posibles en el campo de la interacción humana. CÁRCOVA Carlos María. Las Teorías Jurídicas Post Positivistas. Ed Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, págs. 58 y 253.

³⁷ Ver leyes 24.050, 24.121, 24.131, 24316 –de fondo-, 24.825, 25.409 y ccd.

³⁸ Confr. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, ed. LexisNexis, n° 6 (junio) año 2008, “Análisis crítico del anteproyecto de reforma Procesal Penal Nacional”, coordinado por Nicolás F. D’Albora.

Retomando el hilo argumental referido a la época actual, (denominada posmodernismo por estudiosos de las ciencias sociales), esta realidad social bosquejada, se caracteriza entonces (como novedad y circunstancia diferencial que no se dio en otras épocas) por la creciente explosión demográfica (aunque aún en la Argentina no la percibimos en su total magnitud y gravedad), sobre todo en las sociedades más subdesarrolladas y en especial en las clases más marginales, que lleva a una reproducción a la manera geométrica o de una reacción nuclear en cadena, como un mecanismo de supervivencia inconsciente.

Mientras las clases sociales mejor posicionadas tienen pocos hijos (entre 1 y 2) y le suministran mayor dedicación, los peor posicionados tienen gran cantidad de hijos cuyo cuidado se dificulta, debiendo afrontar éstos mayores peligros causados por la marginalidad, derivados de la mala alimentación, higiene deficitaria, inadecuada atención sanitaria, mayor exposición a enfermedades, etc.

Esto conlleva el agravamiento de los conflictos sociales y la mayor necesidad de intervención del estado en todas sus fases, en especial en los conflictos que derivan en la aplicación del derecho penal.

Pero uno de los problemas más graves que se asoma en este escenario es el comienzo de la escasez de los recursos naturales y la contaminación del medio ambiente, circunstancias que son padecidas con mayor intensidad por los grupos sociales más expuestos, carentes de recursos materiales.

Estos conflictos se profundizan más con otras de las realidades diferenciales del posmodernismo -y su desarrollo tecnológico-, que podríamos denominar "población excedente".

En efecto, en la antigüedad se conquistaba y esclavizaba, en el feudalismo se hacía trabajar la tierra para el señor feudal y en el industrialismo el obrero trabajaba para el capitalista.

Pero aún el esclavo, pese a ser considerado una "cosa", poseía un determinado valor económico cuando era útil para el trabajo, y en definitiva la mayoría de las veces recibía un mínimo de cuidado, aunque más no sea para que perdure la posibilidad de explotación a la que se lo sometía y pudiera rendir mejor.

A diferencia de aquella época, hoy la "población excedente" carece de valor material, son millones de seres humanos que "sobran" en un sistema que los excluye.

Ya ni siquiera interesa que tengan salud para el trabajo, porque con la revolución tecnológica-comunicacional referida, sobra la mano de obra, y hay escasez de recursos naturales.

Lo que es peor, conforman un doble riesgo.

Por un lado porque son "consumidores fuera del sistema", con lo cual agotan los mínimos recursos naturales existentes; sobre todo con su sistema de reproducción biológica, vinculado a la cantidad de nacimientos de hijos por familia excluida (a lo cual nos hemos referido).

Por otro lado, son considerados "peligrosos" porque muchos de los que son llevados a la marginalidad extrema, devuelven a los grupos incluidos la violencia sufrida, al intentar procurarse de medios económicos para subsistir, cometiendo delitos con cierta violencia física.

Para tornar más compleja la coexistencia entre los distintos grupos de individuos dentro de un mismo límite geopolítico, pero tan marcadamente diferenciado desde lo

sociopolítico, asistimos a la revolución comunicacional que exhibe casi obscenamente todo los preciosos bienes a los que la mayoría no puede acceder, los transforma en objeto de su deseo, mientras que desde el mismo orden económico se frustra la expectativa de satisfacción de ese deseo.

No sólo se excluye a cada integrante de esta población excedente, sino que se encuentran excluidos sus padres, y todo indica que se excluirán a sus hijos también, estratificándose sólidamente la sociedad³⁹.

Asistimos a esta terrible y explosiva combinación, a la que deben adunársele otros elementos inflamables (entre muchos más⁴⁰) como son:

- La carencia de educación formal.
- La desintegración familiar.
- La ausencia de recursos materiales mínimos e indispensables, mientras asisten por medio de la publicidad a desear los costosos bienes que difícilmente podrían obtener⁴¹.
- El ejemplo dado por otros miembros del grupo que por medio del delito han obtenido algún beneficio económico con poco esfuerzo.
- La ausencia de trabajo en medianas condiciones de dignidad desde el punto de vista salarial que permita la inserción social mediante la posibilidad de perdurabilidad y estabilidad que no alcanza con el mero registro formal que realice el empleador.
- La violencia emergente de la marginalidad.

³⁹ Extraído del diario “Clarín” -Sociedad- domingo 26 de julio de 2009, nota que obra glosada en el anexo documental, titulada: “EN LA ARGENTINA, LA POBREZA SE HEREDA MUCHO MAS QUE LA RIQUEZA”: “...es más probable que el hijo de un padre pobre siga siendo pobre que los descendientes de un rico permanezcan toda su vida en la franja mas adinerada de la población. La conclusión surge del primer estudio “Movilidad intergeneracional del ingreso”, realizado por las economistas salteñas Mónica y Maribel Gimenez en la Universidad de La Plata (UNLP). Y revela otro dato inquietante: la movilidad (posibilidad de mejorar la situación económica con respecto a los padres) en la Argentina es menor entre las mujeres. Casi cuatro (un 38 %) de cada diez chicos que nacen en un hogar ubicado en el quintil más bajo de la pirámide socioeconómica (el 20 % más pobre) permanece en esa condición el resto de su vida. En contraposición, sólo un 22 % de los hijos de padres que están entre el 20 % más rico de la Argentina sigue estando en ese “quintil” en su vida adulta.

⁴⁰ La pulsión agresiva está evidentemente relacionada con la lucha por la existencia, y Freud dijo, con mucho acierto, que debía exteriorizarse a través del aparato muscular...entretanto algo ha ocurrido. Tenemos las grandes sociedades de masas, de los Estados modernos sujetas a régimen policial y pacificadas, y la máquina, que disminuye y facilita el trabajo del hombre. Están cerrados los dos grandes conductos por los cuales los hombres descargaron durante milenios tal pulsión agresiva, a saber: el trabajo corporal pesado y las contiendas y reyertas constantes, pero hartos inofensivos antes que se inventaran las armas de fuego, que permiten matar sin esfuerzo. ¿Donde está ahora esta pulsión? Sigue viva, aunque con manifestaciones distintas. Vive en las poderosas cargas de irritabilidad social...”. GEHLEN Arnold, Antropología filosófica, Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo; ed Paidós Básica (TJ, GEH, ant 1993); pág 79

⁴¹ “...El consumismo obvia el significado para involucrar al sujeto de manera subliminal y libidinal en el nivel de la respuesta visceral en vez de en el de la conciencia reflexiva. En este ámbito, como en el de los medios y el de la cultura cotidiana, la forma domina al contenido, los significantes dominan a los significados, para ofrecer las superficies planas, sin afecto y bidimensionales de un orden social posmoderno. Así, esta hemorragia masiva de significado desencadena síntomas patológicos en el conjunto de la sociedad: drogas, violencia, revueltas insensatas, búsquedas erráticas de significación mística...” . EAGLETON Terry, Ideología, ed. Paidós, Barcelona, 1997, pag. 62.

Solo pueden encontrar muchos de este grupo de personas (sostenemos que desde el inconsciente colectivo) como una de las formas de subsistir psicológicamente, un paliativo de una gravedad tal que es quizás el peor de los combustibles ingredientes mencionados, y que no es tratado ni resuelto por el sistema sociopolítico por resultar funcional para poder subsistir en esta realidad.

Concretamente referimos al terrible flagelo de “las drogas o sustancias estupefacientes”.

3.-

El grupo de los “excluidos” del sistema social:

El consumo de alguna sustancia estupefaciente es la forma que encuentran muchos de estos seres marginados (y en especial los jóvenes), para poder subsistir en las condiciones en que viven, evadiendo esa realidad⁴².

Pero con otra consecuencia grave. Sus escasos recursos solo le permiten adquirir la droga de mayor poder destructivo (físico y mental), tanto la denominada “**pasta de cocaína**” (vulgarmente conocida con el nombre de esas dos iniciales PA-CO), la inhalación de algún químico económico, “adhesivo”, o cualquier otra sustancia similar, que causa una sensación semejante.

Son precisamente los jóvenes quienes por naturaleza poseen mayor rebeldía y los que más riesgo generan para poder producir un cambio violento de las estructuras sociales existentes, a la que se pretende mostrar como único orden posible⁴³.

Los jóvenes son en su mayoría la vanguardia de toda revolución, y los que la llevan adelante. Constituyen el motor que impulsa cualquier modificación social.

Esta es una incuestionable verdad que se advierte de la mera observación de todos los hechos históricos que produjeron cambios virulentos, precisamente porque son los jóvenes los más inconformistas, los más rebeldes. Está ínsito en su naturaleza generacional, en su propia estructura psicofísica de cambio.

Además son los mas fuertes e impulsivos. Esto lo demuestra la psicología y la sociología. Los movimientos revolucionarios son impulsados mayoritariamente por los jóvenes.

Y ello es tan verdadero como afirmar que, a la estructura social dominante, le preocupa más quien se organiza para modificarla, que algún marginado que individualmente transgrede normas del derecho penal.

⁴² No en vano la infracción a la ley de estupefacientes se trata de uno de los delitos de importante injerencia en la estadística delictiva global de todo el país, con un número alarmante de 23.638 casos detectados y registrados en el año 2007 –y ello sin contar la cifra negra de delitos, que en los delitos de peligro como el presente, siempre representa un alto porcentaje–, con un número de 1897 condenas –confr. págs. 20 y 36 del legajo de documentación acollarado a la tesis–, siendo el delito con mayor menciones -2964- en la estadística del Servicio Penitenciario Federal, correspondiente a dicho año 2007 (fs. 45 vta. del aludido legajo).

⁴³ Confr. definición del término “orden sociohistórico” elaborado por Pichon Riviere ya citado. También tiene relevancia la siguiente cita: “...la clase oprimida –en nuestro caso el proletariado- no está madura para libertarse de ella misma, su mayoría reconoce el orden social de hoy como el único posible...” ENGELS Friedrich, “El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado, ed. Planeta, Barcelona, 1992, pag. 295.

Quien comete un delito común, no es tan grave para la elite dominante⁴⁴, como lo es el que pretende alterar radicalmente las estructuras existentes⁴⁵.

Los “delincuentes comunes”, aún los mejores organizados y con los instrumentos mas sofisticados, no amenazan al sistema social imperante (aunque sí interfieren y molestan); ya que no resultan tan riesgosos como los que sí quieren modificarlo.

Entonces qué mejor (insistimos no desde acciones asumidas deliberadamente, sino tal vez desde un inconsciente colectivo) que mantener a estos numerosos grupos de jóvenes excluidos del sistema, paralizados por el consumo de estupefacientes y la falta de educación formal, con su grupo familiar también marginado y desintegrado, o resquebrajado.

La prueba cabal de ello es la comparación de las sanciones que reciben cada uno de estos grupos mencionados y se advertirá que pese a cometerse muchas veces hechos de similar resultado, siempre fue mas grave la sanción aplicada a grupos que pretendieron modificar la estructura social, que a quienes solo procuraron un beneficio económico.

Ello aún, sin tener en cuenta los ilegítimos castigos (tales como torturas y muerte) aplicados a estos grupos disconformes con el sistema que ejecutaban acciones tipificadas en el Código Penal, en diferentes etapas de la historia, -cuestión sobre la que no realizaremos mayor profundización para evitar incursionar en debates ideológicos que no es lo que se pretende a través de esta tesis-, y sin hacer alusión a un período concreto, sino a la historia general vivida en el país a partir del año 1816, en cuanto a la forma de sofocación de este tipo de situaciones en varias épocas.

Esto pareciera arrojar como lógica conclusión, que estos males que azotan a gran parte de los grupos marginales, resultan ser funcionales para quienes están integrados al sistema, favoreciendo la posibilidad de existencia de una estructura social sumamente excluyente.

Es tan amplia hoy la franja de seres humanos sin incorporar al sistema, que parecieran formar una sociedad paralela con diferentes costumbres e institutos aunque puramente informales, de creación casi espontánea, que profundizan mas la escisión social, corriéndose el riesgo de no poder en un futuro determinar cual es el sistema que impera en la sociedad. Si el cuasi informal de la mayoría social excluida, o el complejo formal de la minoría integrada a un sistema oficial que maneja los recursos materiales de toda la sociedad.

Basta apreciar a modo de ejemplo los llamados “ajustes de cuentas”, o los problemas suscitados entre vecinos, que son resueltos sin la intervención de la justicia integrada por los Tribunales formales, sobre todo en las vastas zonas geográficas del

⁴⁴ Entendiendo tal término como los grupos de sujetos productores y reproductores, concientes e inconscientes, de un sistema sociopolítico determinado, y en especial los encargados de su disciplinamiento a través del derecho penal.

⁴⁵ “Perturbar el orden significa, frecuentemente, perturbar a las clases dirigentes, a sus autoridades, su prestigio, su poder político, económico, religioso...lógicamente, se pronuncian escasas sentencias condenatorias contra miembros de la policía y contra importantes personalidades de la empresa, de la banca o de la política...El secreto del sumario se guarda con criterios muy distintos si el encausado vive en una chabola o en una villa del sector residencial...” respuesta de Antonio Beristain en Criminología y Dignidad Humana, Diálogos, de BERISTAIN Antonio y NEUMAN Elías, Ed Universidad, Bs. As., cuarta edición, 2004, pag. 36.

país, en donde ni siquiera a la policía le es posible ingresar sin generar un enorme caos o que solo pueden hacerlo recurriendo a fuerzas especiales.

Con esto no pretendemos sostener que solo en las poblaciones marginales existe el consumo de estupefacientes, sino que parece ser mayor entre los jóvenes marginales, y sobre todo de sustancias más económicas, de mayor poder destructivo, lo que favorece ciertamente la reproducción del sistema social imperante.

Tal aseveración arroja también otra conclusión:

Como consecuencia de estos factores sociales que son detonadores de violencia, se va incrementando considerablemente el número de delitos cometidos por los grupos sociales más expuestos y con mucha violencia como rasgo característico, que excede a la intención de apoderamiento de bienes económicos.

Y con Tribunales saturados, no se vislumbra mejor paliativo que atender solo a estos delitos cargados de violencia física, que a los de características predominantemente económicas, por cuantioso que sea el monto dinerario que el delito comprenda, por más gravedad institucional que contenga en la vinculación del mismo con la función pública, aún en trascendencia del cargo que pueda ostentar ese funcionario, y sin interesar la posible cantidad de damnificados que se atribuyan.

4.-

La complejidad actual en el marco mundial:

La crisis socioeconómica señalada, que influye notablemente sobre el delito y su sanción, en la actualidad no es una realidad que pueda ser entendida en forma aislada, limitada a las decisiones internas que puede tomar un grupo social, sino que se encuentra inserta en una realidad mucho más amplia y cada vez más dependiente en un mundo totalmente globalizado, en donde interactúan principalmente los países de acuerdo a su grado de desarrollo alcanzado, profundizando así la diferencia entre los mismos.

También interactúan sectores privados, grupos transnacionales, que no responden a esta altura, a intereses de ninguna Nación o Estado, a punto que alguno de ellos aparecen con más poder que los gobernantes formales de los países en donde se desarrollan.

En esta realidad internacional, la marginalidad se da en el mundo, mayoritariamente distribuida en forma geográfica. Así aparece (en líneas generales) el norte de América y el Oeste de Europa rico, y el resto del mundo sumido en una terrible miseria.

Distribuidos de forma tan pareja desde el punto de vista geográfico, y con la aparición de las uniones regionales como nueva característica, asistimos a la formación de lo que podría denominarse "El feudalismo posmoderno", generado por una fuerte corriente migratoria en masa, de sur a norte y de este a oeste, que no puede ser contenida por los países desarrollados, que han llegado al límite de crear los nuevos feudos modernos, es decir los muros de contención para evitar el avance de los nuevos "bárbaros".

A imitación de estos macrofeudos, parece surgir en todos los países otro nuevo cerramiento al estilo feudal, constituido por el auge de los denominados “countrys” y “barrios cerrados”.

Esto termina de aislar más a las clases sociales dentro de un mismo sistema, agravando la crisis social, que repercute en las características de los grupos sociales y de la cantidad y forma de comisión de los delitos, en la manera en la cual refiriéramos.

CAPÍTULO III.

EL DERECHO COMO HERRAMIENTA DE CONTROL SOCIAL Y REPRODUCTOR DE LA REALIDAD SOCIOECONÓMICA.

1.-

Introducción:

Muchísimas son las funciones que se suele atribuir al derecho, e infinidades sus definiciones.

Pero mas allá de tratarse de un conjunto de normas que regulan la vida en sociedad, dictadas por quien tiene la autoridad para ello, y aplicadas en caso de conflicto por quien fue investido en tal función y tiene la palabra de decir la “verdad jurídica” (el Juez), lo cierto es que el derecho se trata de un conjunto de normas rígidas, de difícil modificación y que no se encuentra a la vanguardia de los cambios sociales, sino que a la inversa sigue a éstos y a veces en forma muy lenta.

Por tal motivo es que existe consenso en sostener que el derecho es un reproductor de la realidad social⁴⁶, que la reafirma y conmina a los cohabitantes a mantener esa forma de convivencia existente⁴⁷, bajo apercibimiento de sufrir diferentes tipos de sanciones, según cual sea el tipo de transgresión a esa realidad que

⁴⁶ “...la represión estuvo asegurada, o mejor prevenida, por un sistema complejo: justicia-policía-prisión. Sistema que tiene en el fondo un triple papel; y que según las épocas, según el estado de las luchas y la coyuntura es, tan pronto un aspecto, tan pronto otro, el que predomina. Por una parte es un factor de “proletarización”: tiene por función obligar al pueblo a aceptar su estatuto de proletario y las condiciones de explotación del proletariado...Por otra parte, este sistema penal se dirigía, de forma privilegiada, a los elementos más nómadas, a los más inquietos, a los “violentos” de la plebe, a aquellos más dispuestos para pasar a la acción inmediata y armada...Tercer papel del sistema penal: hacer aparecer a los ojos del proletariado, la plebe no proletarizada como algo marginal, peligroso, inmoral, amenazante para toda la sociedad, la hez del pueblo, el desecho...”, FOUCAULT Michel, *Microfísica del Poder*, colección de Genealogía del Poder, Las Ediciones de La Piqueta, nº 1, edición y traducción por Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría, tercera edición, 1992, Ed. Endymión, Madrid, España, pag 57 y 58.

⁴⁷ Como fuera transcripto en diferentes notas a pie de página insertadas en la presente tesis.

se endilgue a un individuo o grupo de ellos –sanciones administrativas, civiles, penales, etc.⁴⁸-

Este sistema funciona aceptablemente cuando existe una controlada aceptación social, tolerada en general por la mayoría de los habitantes.

El problema aparece cuando surgen modificaciones más o menos trascendentes de la realidad social, cuando se profundizan y masifican los conflictos de poder, económicos y/o sociales.

Actualmente, con la nueva realidad social que se constituye en el posmodernismo –ya analizada-, el derecho se erige como una herramienta fundamental; ya sea a fin de tratar de forzar el mantenimiento de las viejas estructuras para aplicar a las nuevas realidades, o bien como instrumento trascendente que permita adaptar la forma de convivencia a estas nuevas circunstancias, y hacerlo de una manera mas justa e igualitaria, para lo cual entendemos que resultan fundamentales todos los aportes jurídicos que tiendan a esta finalidad.

Al igual que cuando los españoles descubrieron un continente nuevo, y a fuerza de sangre y fuego lo conquistaron, pretendieron homogeneizar una sociedad conformada por diferentes costumbres aplicando –en una primera etapa- las mismas leyes de los conquistadores (vigentes en el Reino de Castilla), para reproducir sus realidades⁴⁹, o como los conquistadores Romanos –entre otros- que impusieron sus leyes a otras sociedades conquistadas (denominándolas *ius Gentium* y aplicables a quienes no eran ciudadanos romanos)⁵⁰, los grandes cambios sociales producto de la globalización, de la revolución comunicacional, y –reiteramos- de la explosión demográfica aunada a la gran marginación de grandes masas de población, con su enmarañado bagaje de conflictos, pretenden ser disimulados y regulados por una vetusta legislación que no hace mas que agravar los conflictos generados por tal realidad.

Y se pretende reproducir la estructura de poder existente al costo de mantener la aplicación desigual y selectiva de sus normas⁵¹.

⁴⁸ “...puede decirse que la nueva distribución espacial y social de la riqueza industrial y agrícola hizo necesarios nuevos controles sociales a finales del siglo XVIII. Los nuevos sistemas de control social establecidos por el poder, la clase industrial y propietaria, se tomaron de los controles de origen popular o semipopular y se organizaron en una versión autoritaria y estatal. A mi modo de ver, éste es el origen de la sociedad disciplinaria. En la próxima conferencia intentaré explicar cómo ese movimiento, que apenas he esbozado, se institucionalizó en el siglo XVIII y se convirtió en una forma de relación política interna de la sociedad del siglo XIX.” FOUCAULT Michel, La verdad y las formas jurídicas. Traducido por Enrique Lynch, Editorial Gedisa, Barcelona, 1996, pag 106.

⁴⁹ Confr. ZORRAQUÍN BECÚ Ricardo, Historia del Derecho Argentino, Ed Perrot, Buenos Aires, 1992, primera edición, quinta reimpresión, tomo I., pags 213.

⁵⁰ ZORRAQUÍN BECÚ Ricardo, ob. cit., tomo I., pags. 35/8.

⁵¹ “Todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder (estados), seleccionan a un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena. Esta selección penalizante, se llama criminalización y no se lleva a cabo por azar, sino como resultado de la gestión de un conjunto de agencias que conforman el llamado sistema penal...”. ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, Derecho Penal, Parte General, editorial Ediar, año 2002, segunda edición, Buenos Aires, pag 7.

2.-

La estructura social y los grupos de poder:

Existen diferentes definiciones de lo que constituye la idea del “poder”, pero lo que nos interesa a nosotros aquí, es limitar esa referencia a las prácticas de diferentes grupos dominantes en el desarrollo de cualquier estructura social, y su vinculación con el conocimiento y la construcción de la realidad⁵².

Sin pretender desconocer entonces la cantidad de definiciones que existen sobre el término enunciado y sus distintos alcances y concepciones -lo que no viene a tema tratar en esta tesis-, una descripción que nos parece muy adecuada y complementaria, desde el punto de vista de la lingüística –vinculado al enfoque sobre el mismo que aquí pretendemos mostrar-, fue la de sostener que el poder está también constituido por la apropiación de la palabra, de la palabra a la que se le trata de adjudicar el contenido de “verdad”: “es el instrumento con el que se lucha y por el cual se lucha”. Una minoría difícilmente puede dominar a la mayoría solo por la fuerza (porque está en desventaja, la fuerza la tiene la mayoría), por eso trata de convencer mediante la palabra, la argumentación, y por eso se lucha, para apropiarse del derecho a hablar, a “decir la verdad”⁵³.

Así como la conquista de América se produjo en un principio por las armas, y reposó fundamentalmente en la superioridad cualitativa que otorgaba la pólvora, para consolidar y mantener la conquista fue necesario apropiarse de la palabra y el discurso.

Para ello, se impuso como primer medida el idioma, y con ello (al apropiarse mediante la fuerza del discurso), se impuso y consolidó la religión, el derecho vigente en el Reino de Castilla, y el resto de las costumbres españolas, y fundamentalmente el respeto a las autoridades existentes en España y las instauradas en América.

No existieron miramientos para el mayor genocidio sistemático de la historia de la humanidad⁵⁴ (se calculan 70 millones de aborígenes entre asesinatos directos y los indirectos que producían las obligadas migraciones y cambios de hábitos alimenticios,

⁵² “El conocimiento humano tiene su fundamento en necesidades materiales que los hombres resuelven a partir del establecimiento de relaciones sociales. En consecuencia, la práctica social, compleja y contradictoria, opera como factor determinante en el desarrollo del conocimiento. Lo complejo y contradictorio de esas relaciones sociales y la diversidad de intereses operantes en esa estructura, determinan a su vez formas del pensamiento, de la representación, del conocimiento. Emergen desde allí diversas modalidades de interpretación de lo real...” QUIROGA Ana P, fundamentos de una psicología social, del libro Enfoques y perspectivas en Psicología Social., pág 35.

⁵³ “...el discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que quiere uno adueñarse.” FOUCAULT Michel, El orden del discurso, colección de Genealogía del Poder, Las Ediciones de La Piqueta, n° 31, traducido por Alberto González Troyano, primera edición, 1996, Ed. Endymión, Madrid, España, pag 15.

⁵⁴ “el trabajo en las minas, las guerras, la miseria y las epidemias (especialmente la viruela) disminuyeron el número de indios en el Nuevo Mundo. Calculada en 13.385.000 para el año del descubrimiento, un siglo después la población aborígen sólo llegaba a 10.827.158...” . LEVENE Gustavo Gabriel, Nueva Historia Argentina, ed. Sánchez Tertulio S.A., Buenos Aires, séptima edición, 1980, Capítulo 6, pags. 131/140, en especial 134/5, en donde cita a Ángel Rosenblat: *La población indígena de América desde 1492 hasta al actualidad*, año 1945. Es decir, un siglo después del comienzo de la conquista, la población indígena no solo que no aumentó, sino que disminuyó en millones.

laborales, como así también las nuevas enfermedades)⁵⁵. Siquiera existió una seria autocrítica, aunque más no sea desde una perspectiva histórica, por parte de los países conquistadores.

Las costumbres de numerosísimos pueblos autóctonos de América, fueron hechas desaparecer por los discursos impuestos, fundamentalmente, por tres grupos de conquistadores: españoles, ingleses y portugueses, que impusieron en América los idiomas castellano, inglés y portugués, para apropiarse así del discurso dominante, como el único existente, y a través de ello imponer el aceptado sometimiento que, como dijimos, comenzó con la pólvora, haciendo desaparecer hasta la historia de pueblos enteros.

De la misma manera, las ideas de la ilustración y el iluminismo, circulaban entre infinitos discursos mucho antes de masificarse. Para ello, fue necesaria la lucha por la apropiación de la palabra por parte de los burgueses, mediante la propaganda y la publicación de las onerosas obras, mediante el acceso a la imprenta sobre papel, y la propagación de entre todas las ideas, las convenientes para satisfacer sus intereses y atender a sus necesidades.

Podemos afirmar que lo que determinó la revolución burguesa, no fueron las ideas de la ilustración –muchos de cuyos postulados ya habían sido expresados en siglos anteriores-, sino la propagación de las mismas (por su posibilidad de publicación), merced a la posesión de los recursos económicos para acceder a la imprenta, lo que hizo erupción al darse las condiciones objetivas apropiadas.

Y tal como el idioma y la imprenta (hoy superada por la imagen de los medios de comunicación), son los bastiones cuya apropiación permitió imponer el orden social y mantenerlo, hoy la autoridad para determinar lo científico es por lo que también se lucha.

2.1.-

El discurso jurídico predominante:

En el derecho, el título de doctrinario y de magistrado, es lo que permite sostener ese orden instaurado y su modificación⁵⁶; allí se debate la lucha por la apropiación de la palabra⁵⁷. Ambos necesitan de su capacidad, conocimientos, argumentaciones,

⁵⁵ Estimado por GONZALEZ Mercedes, Nuestra Tierra India a 500 años de la conquista, Colección Pensamiento Científico, Ediciones Letra Buena, Buenos Aires, 1992, pág17. “En la obra “*Poblaciones y Cuartos*” de Manuel Cervera, se cuenta que (... ‘el plata, según documentos del siglo XVII las muertes de los naturales eran tan continuadas que ya hasta faltaban para el servicio. En el Guayara más de 300.000 indios, numero que se dice en 1639, morían por pestes varias más de 60 indios por día. En 1600 entre los diaguitas, morían 200 por día. En Córdoba, en 1718 murieron 1.700 indios a pesar de haber huido muchos de ellos, y en ese mismo año, más de 50.000 en las misiones, y algo más en años anteriores”.

⁵⁶ “...en el orden del discurso científico, la atribución a un autor era, durante la edad media, un indicador de su veracidad. Se consideraba que una proposición venía justificada por su autor incluso para su valoración científica...”, FOUCAULT Michel, El Orden del Discurso, colección de Genealogía del Poder, Las Ediciones de La Piqueta, n° 31, traducido por Alberto González Troyano, primera edición, 1996, Ed. Endymión, Madrid, España, pag 30.

⁵⁷ Al intentar explicar la definición y ámbitos de la criminología, se sostiene la dificultad que ese cometido acarrea, derivada de la pugna de poder entre las corporaciones que la disputan “...como saber que pretende proveer datos de la realidad acerca de la *cuestión criminal*, quien dispone de la hegemonía

prestigio, etc., pero también subyacen otras necesidades mucho más importantes: El doctrinario necesita de la posibilidad material de publicación de sus obras y del tiempo para escribirlas, y el Magistrado que lo instauren de esa autoridad increíblemente poderosa al ser tan solo investido formalmente como hacedor de jurisprudencia, otorgándole una especie de “título de nobleza”: el de “Juez”. En esos dos ámbitos es en donde se da la lucha más importante por sostener los discursos jurídicos, y en lo concerniente al derecho penal, lo protagonizan los doctrinarios y magistrados penales.

De allí la importancia que le asignaremos en otro capítulo a la forma en que suelen acceder los abogados penalistas a estos dos estándares, que son los que constituyen y dan masividad al discurso jurídico-penal dominante, merced, entre otras cuestiones, al acceso a las publicaciones y al prestigio que representa ello.

Y lo mismo que ocurre hoy con los medios de comunicación (en el sentido de que no son sólo los periodistas los que construyen la “realidad narrada”, sino los dueños de esos medios que los contratan entre miles de periodistas con diferentes visiones y condicionan ese discurso), sucede con los juristas y doctrinarios.

No solo ellos construyen el discurso jurídico dominante, sino también los dueños de las editoriales que seleccionan algunos de los doctrinarios y fallos, entre tantos otros con diferente sentido; ello, claro está, sin desmerecer la importancia que revisten tales autores y resoluciones.

En consecuencia, cuando hablamos de derecho penal, existen en juego mucho más que opiniones y estudios jurídicos, sino un complejo entramado de relaciones sociales que subyace al dogmatismo que se pretende mostrar a través de ellos⁵⁸.

Porque la fuerza -como elemento originario y constitutivo del poder-, se articula con lo imaginado y con un discurso del orden que se va desarrollando desde el poder mismo, de modo que al relacionarse “...constituyen las condiciones de reproducción del poder producido, la garantía de la continuidad del poder conquistado o instituido con base en la fuerza. En el interior del dispositivo del poder, el discurso del orden y el imaginario social reactualizan la fuerza y la transforman verdaderamente en poder...”⁵⁹. Ello independientemente que la amenaza de la fuerza deba actualizarse continuamente mediante su aplicación más despiadada que es el encarcelamiento selectivo de individuos que desoyen esta forma de organización y distribución dada.

científica para semejante cometido ejerce el poder del discurso sobre esa *cuestión* que, como es sabido, se han disputado distintas corporaciones científicas a lo largo de la historia...*vista la cuestión en un arco temporal de cinco siglos, lo que puede observarse es una pugna de corporaciones que, cuando logran la hegemonía, subordinan o acallan (o ignoran) los discursos de las restantes. Pero la corporación jurídica no ha sido más que una de estas agencias en disputa...*”. ZAFFARONI-ALAGIA- SLOKAR, Derecho Penal, parte general, ob cit., pags 157 y stes.

⁵⁸ “...en toda sociedad la producción del discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar sus poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad” FOUCAULT Michel, El Orden del Discurso, colección de Genealogía del Poder, Las Ediciones de La Piqueta, n° 31, traducido por Alberto González Troyano, primera edición, 1996, Ed. Endymión, Madrid, España, pag 14.

⁵⁹ Confr. MARI Enrique E., Racionalidad e Imaginario Social en el Discurso del orden”, en Papeles de Filosofía, Biblos, Buenos Aires, 1993, pag. 224

2.2.-

La ideología y su influencia sobre los “intérpretes” del derecho:

Entonces, de tener esta definición cierto grado de verosimilitud, el poder lo conforma también la autoridad para decir la verdad. Es el legislador que dicta la ley, pero también el Juez que “dice” como debe interpretarse, el abogado que luego de años de disciplinamiento, acepta esas pautas y las profundiza en sus alegatos; y fundamentalmente es el doctrinario quien dotado de su “autoridad” reconocida por todos (¿por todos?, ¿o por muchos abogados especialistas que tienden a complejizar esta ciencia jurídica para tener mas poder, al poseer la supuesta exclusividad del conocimiento verdadero?⁶⁰), quien finalmente convence sobre cómo y cuándo se debe aplicar el derecho.

Si bien ya Kelsen delineó, desde su postura positivista⁶¹, la relevancia de la interpretación que realizan los Tribunales, restando trascendencia a la “ciencia jurídica”⁶², rechazando toda concepción ideológica⁶³, y limitando la actividad jurisdiccional a un mero acto volitivo dentro de un marco de posibilidades, no es menos cierto que también ese acto volitivo del juez está totalmente determinado, en gran medida, por la propia ideología de los Magistrados, influenciada por la doctrina y la ciencia jurídica y la concepción del mundo que estos tienen⁶⁴, tal como acabamos de desarrollar. Los factores señalados, en definitiva, determina lo que los jueces “declaran” en las sentencias, es decir, la creación de esa norma individual.

⁶⁰ “...el saber jurídico monopolizado en pocas manos, significa reparto del poder y eso es producto de decisiones políticas; porque el despliegue del derecho como discurso ideológico, que promete lo que en la práctica niega, es recurso de hegemonía y eso es decisión política.” CÁRCOVA Carlos María. Las Teorías Jurídicas Post Positivistas. Ed Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 54.

⁶¹ “...El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional...la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres.” KELSEN Hans, Teoría Pura del Derecho, Eudeba, 4ª. edición, 7ª. reimpresión, Buenos Aires, 2008, pags. 41/2.

⁶² “...la ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho...solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación...la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos...”. KELSEN Hans, Teoría Pura del Derecho, ob citada, pags. 45/7.

⁶³ KELSEN Hans, ob. cit., pag. 50.

⁶⁴ La decisión que toma un Juez, necesariamente está influenciada por su propio marco de referencia, de concepción del mundo, y “todas las formas de ideología son reflejo de la existencia social. En una sociedad dividida en clases, las ideologías tienen también carácter de clase”, pero esto siempre será ocultado por la falsa objetividad. “...la ideología de los sectores dominantes será consecuentemente encubridora y distorsionadora de la realidad, en tanto tiende a legitimar, desde las formas de conciencia social, esa dominación, aún al precio de escamotear lo real, negando o manteniendo ocultos hechos y relaciones. Su discurso se caracterizará entonces por ‘naturalizar lo social’, ‘eternizar lo histórico’, ‘universalizar lo particular’, fragmentar y disociar lo que constituye una totalidad...” QUIROGA Ana P, fundamentos de una psicología social, del libro Enfoques y perspectivas en Psicología Social, Relaciones entre Ciencia e Ideología.

En tal sentido, a Kelsen no le interesó indagar cómo se llega a ser un Juez, la ideología que conllevan insita en función de la posición social que ocupan, los intereses a los que responden, la propia visión de una sociedad heterogénea, y la influencia del orden sociohistórico en su interrelación dialéctica y fundante con el sujeto⁶⁵.

El Juez que deber resolver un caso, dictar una sentencia, tiene cada vez más infinidad de normas en qué apoyarse, cuya elección determina incluso resultados antagónicos. En la elección de esas normas, en la interpretación de un caso, en la apreciación de determinados datos relevantes del hecho (cuya relevancia difiere en la apreciación de cada sujeto, tanto más cuando a diferentes estratos sociales pertenecen), en la comprensión de los detalles de una conducta, es donde reposa la ideología⁶⁶.

En efecto, un Juez, no solo decide las normas a aplicar, sino también frente al intento de reconstrucción de un hecho pasado, declara con contenido de “verdad jurídica”; determina cómo ocurrieron los mismos. Pero esa reconstrucción, nunca puede ser integral, sino parcial, para lo cual, utiliza valores e ideología, con lo que se permite seleccionar parte del relato de los testigos y de las diferentes pruebas periciales, documentales, presuncionales, indiciarias, etc., seleccionando, priorizando algunos, y desechando otros.

En síntesis, utilizando un razonamiento lógico y una explicación que intenta mostrarse como racional, elige determinadas partes de numerosos elementos probatorios, relatos y argumentaciones, en las que está influenciada su experiencia de vida.

Suele también comprender más unas conductas y aborrecer otras, pretendiendo justificar, en ocasiones, algunas de ellas⁶⁷.

Y esa experiencia se conecta directamente con su ideología.

El Código Procesal Penal de la Nación, establece un régimen probatorio basado en la sana crítica, a la que muchos llaman la aplicación de las reglas de la experiencia, la lógica y el sentido común. Pues ese sentido es “común” para quienes comparten nuestra misma experiencia en la vida cotidiana⁶⁸, y eso está totalmente embebido de la ideología en el sentido que ya lo refiriéramos (como concepción del mundo).

⁶⁵ Conforme los desarrollos efectuados al respecto por Enrique Pichon-Riviere (confr. QUIROGA Ana P., Enfoques y perspectivas en Psicología social, ediciones cinco, Ediciones Cinco, Buenos Aires, 2009, pags. 44/5.

⁶⁶ “Tiene que ver con la realidad social y los sistemas de valores, relacionados con un juez situado, es decir, con un juez en el mundo...que, resulta atravesado por todas las problemáticas que lo definen, primero como ser humano y luego como ser social, en un tiempo y lugar determinados” “No sólo organiza el relato constructivamente. El modo en que lo formula ‘construye’ la realidad del mundo...”. “Como las palabras son ambiguas y vagas, cuando los jueces leen las normas tienen que establecer el recto sentido con que ellas son empleadas, lo que supone desechar ciertos sentidos posibles y acoger otros. Ésta no es una operación puramente mecánica o intelectual, sino que es una operación que implica voluntad, decisión, juicio de valor, preferencia, construcción del caso y su solución...”. CÁRCOVA Carlos María. Las Teorías Jurídicas Post Positivistas. Ed Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, págs 43, 155 y 160.

⁶⁷ Confr. supuestos del art. 34 del Código Penal.

⁶⁸ “Cotidianidad es la manifestación inmediata, en un tiempo, con un ritmo, en un espacio, de las complejas relaciones sociales que regulan la vida de los hombres en una época histórica determinada. Trabajar en una oficina, encender un televisor, comprar un cassette y escucharlo, son acontecimientos de la vida cotidiana que nos permite una experiencia directa y fragmentada de la complejidad de las relaciones sociales en las que estamos inmersos. Estos hechos no están mostrando en su complejidad estas

Debemos remarcar además, que por las propias características de esta época que ya señaláramos en capítulos precedentes, el arsenal de normas jurídicas que regulan los diferentes institutos, normas procesales y delitos, es tan basta, confusa y hasta contradictoria, que aumenta el margen de discrecionalidad de los jueces, facilitando la fundamentación jurídica para cualquiera de las decisiones que se pretenda tomar.

Las decisiones que se tomen, por mas antagónicas que resulten, siempre van a hallar algún margen de fundamentación jurídica, es decir van reposar en alguna norma legal, y ello denota la profunda determinación ideológica que contienen las decisiones jurídicas⁶⁹.

Entonces pasemos a desentrañar cuál es, en general, esa ideología. Y la respuesta sólo la hallaremos investigando cómo se llega a convertir un sujeto en operador del sistema jurídico.

2.3.-

Procedimiento de selección de jueces y doctrinarios. Los criterios elitistas imperantes:

Cómo se llega a ser “instituido” juez o doctrinario? De allí deduciremos cual es esa ideología que necesariamente influenciará en las decisiones que se tomen al operar en el aludido sistema, lo que nos ayudará un poco para poder entender la direccionalidad de su aplicación.

En una breve reseña, para llegar a ser nombrado juez nacional o federal⁷⁰, el interesado debe reunir los requisitos⁷¹ y realizar el procedimiento establecido por la resolución plenaria del Consejo de la Magistratura de la Nación n° 614/09, que aprobó un nuevo reglamento actualmente vigente⁷².

relaciones, sino una parte, un aspecto; hay que investigar para entender lo que subyace a los hechos cotidianos...¿Qué subyace a la vida cotidiana? Subyacen las relaciones que los hombres guardan con sus necesidades en cada organización social. Subyace el modo del reconocimiento de las necesidades, cómo se definen las necesidades, cómo se codifican, las posibilidades y las modalidades de satisfacerlas y las metas que son socialmente disponibles...” P. DE QUIROGA Ana Y RACEDO Josefina, Ediciones Cinco, 2007, Buenos Aires, págs. 10/11.

⁶⁹ “La independencia de juicio de los integrantes de los tribunales de justicia y las reglas que garantizan la integración de esos tribunales con jueces imparciales, no son máximas que, en primer lugar, se dirijan a garantizar a los miembros del poder judicial, o a quienes integran un tribunal, una determinada posición personal, como en ocasiones son pensadas y expuestas algunas reglas que apoyan estos ideales...”. MAIER Julio B. J., Derecho Procesal Penal, Fundamentos, Tomo I, Editores Del Puerto, Buenos Aires, segunda edición, 1999, págs. 737/738.

⁷⁰ Ello, sin entrar en otras consideraciones vinculadas a la existencia de irregularidades, detectadas por el CELS y precisadas en el informe anual 2008, págs. 205/211.

⁷¹ El procedimiento formal para la designación de jueces oportunamente fue profundamente tratado por Marcelo Esteban Zarlenga en Justicia o Corrupción, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2002, en donde se puede ampliar su evolución desde el sistema anteriormente vigente.

⁷² Similares requisitos existen en los concursos para ser seleccionado magistrado por los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa. Confr. Ley Orgánica del Ministerio Público de la Nación (n° 24946), en especial arts. 5, 6 y 7; Reglamento de Concursos para la selección de Magistrados del Ministerio Público de la Defensa (res DGN n° 72/08, texto ordenado según res. 730/09); y Régimen de Selección de Magistrados del Ministerio Público Fiscal de la Nación (ordenado por Res. PGN 101/07).

Efectuando una prieta síntesis, mencionaremos que se parte de la base mínima que el concursante debe ser abogado con cierto tiempo de antigüedad desde la obtención del correspondiente título, de acuerdo al cargo a ocupar.

Así se procede a efectuar dos calificaciones: 100 puntos que se derivan de exámenes de oposición, y 100 puntos asignados por antecedentes, para formar así un promedio y calificación final, que se toma como base para la etapa de entrevistas en el Consejo de la Magistratura.

El concurso ante el Consejo, consiste entonces, en una primera etapa de evaluación de conocimientos mediante examen⁷³ (escrito y oral), realizado ante un jurado previamente sorteado (integrado por jueces y docentes), analizándose allí el conocimiento y fundamentación del concursante.

Luego de ello se realiza una evaluación de los antecedentes, en los que se valora la trayectoria profesional (se prioriza la especialidad y función en el poder judicial o ministerios públicos), y el desempeño como posible docente y de investigación; tomándose en cuenta también las obras o artículos que el participante haya escrito, carreras y cursos de posgrados que haya realizado, doctorado, etc., todo lo cual va sumando su puntaje para ir posicionándose en mejor lugar.

Finalmente, si consigue una buena ubicación en el concurso, debe concurrir a dos entrevistas en el Consejo de la Magistratura; una ante la comisión de selección de magistrados y otra ante el plenario.

De todo ese largo periplo que debe recorrer, se culmina con la selección de una terna vinculante que se eleva al poder ejecutivo para que finalmente el titular del ejecutivo elija a uno de esos tres finalistas y lo instituya como Juez.

En este breve racconto realizado, se aprecia cómo los requisitos exigidos de ninguna manera pueden ser cumplidos por un ciudadano perteneciente a la clase social pobre y menos aún a los sectores más marginados, porque difícilmente puedan aspirar a obtener el título de abogado, pero aún así, de lograrlo, se encuentran en evidente inferioridad de condiciones para competir en esos concursos con quien tuvo la posibilidad material de perfeccionar los estudios ejercidos.

Por otro lado, hemos mencionado cinco etapas de evaluaciones (examen escrito, oral, evaluación de antecedentes doctrinarios y académicos, y entrevistas ante la comisión y el pleno del consejo), en donde –en mayor o menor medida- lo que se tiene en cuenta del aspirante son sus conocimientos teóricos.

Es decir, no se hace hincapié en su forma de pensar, su filosofía jurídica, su postura ideológica, su concepción del derecho y de la sociedad⁷⁴. En consecuencia, el sistema garantiza el nombramiento de un sujeto que seguramente estará nutrido de los conocimientos dogmáticos del derecho (conforme contenidos concensuados por la comunidad científico-jurídica), pero se ignora hacia donde direccionará tales

⁷³ Esta nueva reglamentación, inclusive ha incorporado un nuevo examen teórico al concurso. A la evaluación escrita que antes era única, ahora se le otorga 70 puntos sobre 100, y luego se incorporó una nueva evaluación oral –a quienes se encuentren en condiciones- que se le otorgan hasta 30 puntos, para completar los 100 de la oposición (art. 33 de la citada resolución 614/09).

⁷⁴ Ello ya fue advertido por Marcelo Esteban Zarlenga: “De acuerdo con lo hasta aquí señalado, queda claro que ‘si no se atiende a la calidad de los hombres que se incorporan al Poder Judicial, cualquier otro problema ulterior será insoluble’”, en Justicia o Corrupción, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2002, pag 32. Ver también las citas allí efectuadas al respecto.

conocimientos una vez que ejerza la función⁷⁵ en un Tribunal⁷⁶ (vedada al resto de la sociedad por la deliberada falta de instauración del juicio por jurados que es una directiva reiterada de la Constitución Nacional, reforzada incluso luego de la reforma del año 1994⁷⁷).

No obstante, tales filtros existentes para la determinación de una terna vinculante por parte del Consejo de la Magistratura, garantizan que ese bagaje de conocimientos –con su interpretación actualizada en función del dogmatismo impuesto por los sectores dominantes como demostraremos en capítulos siguientes–, sea el requisito esencial para un futuro magistrado que asegurará la reproducción de la ideología⁷⁸ reinante⁷⁹, en el poder que pasará a integrar⁸⁰.

⁷⁵ En realidad, se ignoran detalles importantes de cómo operará en su función respecto de un montón de variables, pero no caben dudas que, respondiendo sus conocimientos a esa concepción teórica dominante, propenderá a reproducir el orden social establecido, y su interpretación, estará en consonancia con ello. “El nivel más alto de todo sistema social, el nivel de control (nivel en el cual se encuentra entre otros sistemas [o subsistemas] como la religión, la moral, uno fundamental, el jurídico), es siempre conservador y tratará de mantener el sistema existente...” GRUN Ernesto, *Una visión Sistémica y Cibernética del Derecho en el Mundo Globalizado del Siglo XXI*, Ed Lexis nexis, Buenos Aires, 2006, pag 77.

⁷⁶ “Mi hipótesis es que el tribunal no es algo así como la expresión natural de la justicia popular, sino que más bien tiene por función histórica recuperarla, dominarla, yugularla, inscribiéndola en el interior de instituciones características del aparato del estado”, FOUCAULT Michel, *Microfísica del Poder*, colección de *Genealogía del Poder*, Las Ediciones de La Piqueta, n° 1, edición y traducción por Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría, tercera edición, 1992, Ed. Endymión, Madrid, España, pag. 45.

⁷⁷ Llama la atención que el sistema procesal penal de juzgamiento por jurados, es una directiva constitucional que se exige en tres artículos de la Constitución Nacional (arts. 24, 75 inc. 22, y 118) y sin embargo siquiera se discute su instauración (no ha sido tratado siquiera al instaurarse el consejo de la magistratura en la reforma constitucional del año 1994), rechazándose cualquier pretensión al respecto. Ello evidentemente debe ser vinculado al inmenso poder de decisión que se le otorga a los jueces en un sistema como el vigente, como así también a su forma de selección.

⁷⁸ Ideología en el sentido explicado por Ana P. Quiroga. Esto lleva a la reflexión de un relato anónimo: Cuenta el relato, que un funcionario judicial caminaba por la calle peatonal céntrica, apurado por no llegar a su destino al horario previsto. Su necesidad en ese momento era lograr la mayor velocidad de circulación peatonal para cumplir con su meta. Caminando a paso veloz, despreocupado de cualquier otro motivo que no sea esa celeridad, y el límite del tiempo, breve, siempre escaso. El resto estaba cubierto. Su necesidad económica asegurada por un salario mensual elevado, su necesidad habitacional satisfecha con su casa y quinta, su vehículo particular que lo trasladaba a todos lados de necesitarlo, su salud con cobertura social. Su preocupación era solo el escaso tiempo, su apuro por llegar. Por tal motivo, cuando circulaba con el rodado, antes de continuar haciéndolo a pié, debió infringir varias normas de tránsito. Y su problema, esos vendedores ambulantes que cuando caminaba no lo dejaban transitar rápido, le cortaban el paso; la mayoría seguramente sin habilitación para hacerlo en la vía pública. Infringiendo la ley y entorpeciendo a quien quiere caminar rápido, es decir, a quien quiere usar la vereda para el fin que es creada, es decir para caminar. Una visión propia desde una necesidad concreta; eso es la ideología; el ver el mundo y la sociedad, de acuerdo a nuestras propias vivencias y experiencias. Esta es la ideología del funcionario.

En ese mismo lugar; los vendedores ambulantes; sentados, con todo el tiempo del mundo, ofreciendo lo que a pocos le interesaba; había artesanos, “buscavidas”, todo tipo de gente sentada, haciendo tiempo, tomando mate, charlando. Su única preocupación era ver si algún transeúnte se detenía a comprar algo que tenían en venta; y la preocupación más importante, esperar que no llegue un inspector, y en caso de que sucediera, ver como podrían solucionar ese inconveniente de vender sin autorización, siendo el único sustento de su vida. De ahí en más, excepto el tiempo que no era importante, todo el resto era problemas; el pago del alquiler de la vivienda, el colegio y útiles de los hijos, el tratamiento médico, etc., etc. Es decir, necesidades distintas y hasta opuestas a las del funcionario. La relación necesidad-satisfacción, totalmente distanciadas entre estos sujetos.

El funcionario no podía entender cómo estos sujetos estaban todo el día ahí sentados sin hacer nada, perdiendo el tiempo, y preocupados de los inspectores; por qué no estaban en regla? pensaba, sin inquirir

Similares requerimientos formales existen para ser “instituido” como “doctrinario”:

Se trata de personas que tuvieron la posibilidad socioeconómica de estudiar y concluir una carrera terciaria, que además pudieron dedicarle muchísimas horas al análisis y la narrativa, lo que no puede ser realizado por quien ejerce mucho trabajo en la profesión; es decir, que debe contar con una posición material y social que le permita mantenerse sin mucho esfuerzo laboral, teniendo además la posibilidad de editar las primeras obras cuando no es conocido, entre otras premisas básicas requeridas, todo lo que nos da una pauta que estas “exclusivas” personas, evidentemente solo pueden pertenecer a grupos sociales que poseen una muy acomodada posición económica y su visión natural tenderá a favorecer el mantenimiento de estas estructuras sociales existentes⁸¹. Evidentemente todo ello influenciará en la forma de resolver los conflictos que se sometan a su jurisdicción, con

siquiera sobre la posibilidad real que tenían estos sujetos de conseguir una habilitación o instalar un comercio, con lo costoso que resultaba.

Los vendedores, por su parte, no entendían la prisa del sujeto, y cómo se preocupaba por eso que a ellos les sobraba.

La conclusión del relato es que este funcionario podría entender y justificar más fácilmente conductas similares a las de él, necesidades similares y formas de satisfacerlas parecidas; pero mucho más difícil le resultará entender y justificar conductas que él no realizaba, ni formas de satisfacción de necesidades que él no tenía ni tuvo.

En consecuencia, la pertenencia social, la forma de vida, la costumbres y, en definitiva, la ideología del funcionario, tenderá a justificar más a quienes entiende (portadores de la misma ideología), y a direccionar el peso de la ley, a quienes tienen conductas que le resultan menos comprensibles de acuerdo a sus propias costumbres y necesidades. De ahí que la integración del poder judicial de la nación y los ministerios públicos, revistan la trascendencia que le damos en la tesis, tanto en lo relativo a quienes ejercen la función jurisdiccional directa (Jueces, Fiscales y Defensores), como quienes lo hacen por delegación (empleados PAT y funcionarios), y a quienes interpretan y le dan un sentido determinado al derecho (los doctrinarios).

⁷⁹ “...El capitalismo tardío sigue precisando un sujeto autodisciplinado que responda a la retórica ideológica, en cuanto padre, jurado, patriota, empleado o ama de casa, amenazando a la vez con recortar estas formas más ‘clásicas’ de subjetividad con sus prácticas consumistas y de cultura de masas...”.

EAGLETON Terry, ob citada, pag. 64.

⁸⁰ Esta postura no es nueva, incluso la he sostenido fervientemente en oportunidad de ser entrevistado ante el plenario del Consejo de la Magistratura, en ocasión del concurso n° 188 para ocupar el cargo de Juez Federal de Rafaela, Provincia de Santa fé, donde estuve ternado, lo que generó una fuerte discusión que permite suponer que quizás algo de cierto debe contener esta idea al generar tanta resonancia –Conf. se puede deducir de la página web “diariojudicial.com.ar” de fecha jueves 1 de octubre del año 2009, que en copia obra en el anexo documental adjunto a la tesis. De hecho el argumento de uno de los Consejeros era que el perfil de Juez que buscaban era el que respetara la Constitución Nacional, pero el problema es que la Constitución Nacional tiene normas que fomentan el individualismo, y otras que hacen lo propio con la solidaridad social (Ej arts. 14 y 14 bis), y un mismo caso, puede ser resuelto de diferente forma, de acuerdo con la filosofía jurídica o ideología que se aplique, y ambas tendrán sustento constitucional.

⁸¹ Extraído del diario “Clarín –Zona- domingo 29 de noviembre de 2009. “EXPEDIENTES INTERMINABLES- CORRUPCIÓN: POR FALLAS JUDICIALES, LAS CAUSAS DURAN UNOS 14 AÑOS” ...El Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE) participa en varios juicios por corrupción..... Las causas (sobre corrupción pública) tardan en promedio 14 años en resolverse...el director ejecutivo del CIPCE, Pedro Biscay...señala “existen relaciones de poder muy fuertes entre los investigados y los investigadores, que sin ser de complicidad constituyen una barrera invisible. Todos pertenecen a la misma clase socioeconómica, integran círculos comunes, hasta tienen personas en común: son poderosos investigando a poderosos”.

un criterio particular que todos tenemos sobre la apreciación de lo que consideramos justo⁸².

Lamentablemente, cualquier aporte que pretenda hacerse para lograr una modificación en el ámbito del derecho, relativo a las circunstancias apuntadas, intentará seguramente ser acallado por quienes revisten la “autoridad” de decir lo que es “ciencia jurídica” de lo que no lo es⁸³.

Ciertamente se nos ha criticado la exteriorización de algunas de estas posturas, calificándolas de poco científicas o desvinculadas de lo jurídico, y hasta tildándolas de cuestiones políticas e ideológico-partidarias⁸⁴.

Sin pretender ingresar al arduo debate sobre la relación derecho - ideología (en el sentido definitivo en la cita efectuada de de Ana Quiroga), creemos que sería necio negar esa vinculación, claramente demostrada en la presente tesis. Precisamente

⁸²“...la palabra justicia, como toda obra humana, es tan solo una utopía, una bella utopía, esto es, un ideal que preside la actividad de los jueces, pero que no soporta la petulancia con la que nosotros, los juristas, y, en especial, la misma práctica judicial, se refiere a ella, rodeándola de calificativos altisonantes... que, en el contexto que rodea su utilización por fallos judiciales, resultan regularmente vacíos y a veces encubren verdaderos intentos de justificación de lo injustificable. Bastaría con que se concibiera el término justicia o, mejor expresado, tarea judicial o administración de justicia, como un servicio público que tuviera como nota distintiva la imparcialidad, siempre relativa, referida a las personas que integran el Tribunal.”. MAIER Julio B. J., ob cit, pag. 741.

⁸³ “Mi tesis es que los sistemas de ideas de toda índole deben su estabilidad y su validez perdurables – inclusive su probabilidad de sobrevivir- a las instituciones en que están incorporadas. Dicho de otro modo, una conexión de pensamientos como tal, un conjunto de ideas, puede propagarse, gracias a su autoevidencia, siempre que responda a las necesidades de una época y de una cultura, pero no puede mantenerse por sus propios medios...a un sociólogo no se le escapa que las ideas tienen pocas probabilidades de imponerse por sí solas. Requieren individuos que se empeñen en propagarlas, que les ayuden a abrirse paso y que a su vez coordinen entre ellos este trabajo. El mero intercambio literario entre escritor y lector sólo tiene una importancia secundaria...es preciso buscar siempre las asociaciones concretas que se propusieron difundir ciertas ideas, imponerlas...Las ideas no solamente se comentan: son difundidas; sólo tienen eficacia cuando se trabaja en pro de ellas; movilizan a los individuos solamente cuando son apoyadas por otros individuos, y en este caso concreto por estos círculos detectables.” “...La relación de los hombres con las cosas es un ‘apresamiento’ de la naturaleza por la técnica que ya no es, como en las otras culturas, una labor eficaz, sino la puesta en práctica del conocimiento científico que los hombres han adquirido de las leyes del universo...” GEHLEN Arnold, Antropología filosófica, Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo; ed. Paidós Básica (TJ, GEH, ant 1993); pag 95. Y en este sentido entendemos que el rol del doctrinario y el jurista, adquieren un papel relevante, precisamente en la difusión y propagación de las ideas que comparten su misma ideología en el sentido reiteradamente señalado, en virtud de la “autoridad” que se le atribuye a sus opiniones.

⁸⁴ “...si uno se sitúa en otra escala, si se plantea la cuestión de saber cuál ha sido y cuál es constantemente, a través de nuestros discursos, esa voluntad de verdad que ha atravesado tantos siglos de nuestra historia, o cuál es en su forma general el tipo de separación que rige nuestra voluntad de saber, es entonces, quizá, cuando se ve dibujarse algo así como un sistema de exclusión (sistema histórico, modificable, institucionalmente coactivo). Separación históricamente constituida, sin duda alguna. Pues todavía en los poetas griegos del siglo VI...el discurso verdadero por el cual se tenía respeto y terror, aquel al que era necesario someterse porque reinaba, era el discurso pronunciado por quien tenía el derecho y según el ritual requerido; era el discurso que decidía la justicia y atribuía a cada uno su parte; era el discurso que, profetizando el porvenir, no sólo anunciaba lo que iba a pasar, sino que contribuía a su realización, arrastraba consigo la adhesión de los hombres y se engarzaba así con el destino...”. FOUCAULT Michel, El Orden del Discurso, colección de Genealogía del Poder, Las Ediciones de La Piqueta, n° 31, traducido por Alberto González Troyano, primera edición, 1996, Ed. Endymión, Madrid, España, pags. 19 y 20.

quienes niegan tal vinculación son en general los que utilizan la ideología para conservar las estructuras sociales, ocultándola bajo un halo de objetividad jurídica.

2.4.-

Mecanismos de ingreso a la justicia nacional:

Continuando con el nudo central analizado, esta apreciación de la realidad, señalada en los párrafos precedentes, se reproduce también en lo que es el ingreso a formar parte de los equipos de trabajo en la justicia nacional en lo que se refiere a personal P.A.T.⁸⁵, es decir en los empleados de los Juzgados que realizan funciones jurisdiccionales trascendentes por la innegable delegación funcional existente.

Históricamente existieron dos formas prácticas de ingresar como empleado P.A.T. a un Juzgado. Por nombramiento directo de un juez ante la producción de una vacante, o ingresando como meritorio, es decir trabajando un tiempo sin cobrar, para demostrar que estaba preparado para ingresar a cumplir funciones, cuando se produjera una vacante, asegurando el compromiso tácito de un eventual nombramiento por parte del Magistrado, en caso de cumplir con las expectativas (aunque no siempre ese compromiso fuera cumplido).

El primer caso (en general y salvo honrosas excepciones) es el reservado para hijos (enroque mediante⁸⁶), parientes o amigos de los Magistrados, que son nombrados cuando existe un cargo vacante⁸⁷, sin la existencia de un mínimo concurso de idoneidad, a excepción de contar con el título secundario. En estos casos, la retroalimentación ideológica del sistema está garantizada, y es la situación hoy vigente⁸⁸.

⁸⁵ Personal Administrativo Técnico.

⁸⁶ Esta modalidad que denominamos “enroque” suele utilizarse dado la incompatibilidad existente para nombrar parientes de determinado grado con los magistrados. En tales casos, suele recurrirse al nombramiento del pariente de otro magistrado para que, a su vez, en otra vacante aquél nombre a su pariente, cruzándose dichos nombramientos. Ello fue intentado sortear al derogarse tal incompatibilidad en los Tribunales colegiados, durante la década de los noventa, situación vigente hasta el presente, más allá de la cuestión ética que muchas veces ello puede suscitar.

⁸⁷ Se produce la vacante, por renuncia, jubilación o ascenso de un empleado que se desempeña en determinada unidad de trabajo, y allí surge la posibilidad de nombrar otro empleado, siendo competencia del titular de la misma –Juez, Fiscal o Defensor Oficial-, reemplazarlo, mediante una mera propuesta, totalmente discrecional, y con pocas limitaciones o incompatibilidades, que van haciéndose más laxas a medida que se va aumentando en el grado de la unidad laboral (es decir se van diluyendo las escasas reglamentaciones –formal o tácticamente- a medida que aumenta el grado del lugar en que la vacante se produce: Primera Instancia, Segunda Instancia, Cámara de Casación –en la justicia penal- y Corte Suprema de Justicia-. Asimismo, cuando más ascendemos de grado, siquiera es necesario esperar la existencia de una vacante como la señalada, porque a la planta de personal permanente, se le pueden anexar eventuales contratos que no siempre responden a necesidades funcionales, lo que genera innumerables gravas consecuencias que no es del caso profundizar en la presente tesis, sino que vale simplemente mencionarlo a título ilustrativo, para entender la trascendencia de la cuestión, en apariencia menor.

⁸⁸ “Todo orden social necesita producir sujetos que reproduzcan ese orden social sin cuestionarlo, aceptándolo tal como ha llegado a conformarse...” P. DE QUIROGA Ana Y RACEDO Josefina, Ediciones Cinco, 2007, Buenos Aires, pág. 72.

La otra forma de ingreso a un Juzgado Nacional, hoy formalmente derogada, era la de la carrera de meritorio resumida párrafos anteriores. Esto abría la puerta a numerosos jóvenes, estudiantes de abogacía, que pudieran probar suerte en un futuro ingreso. Aunque en menor medida que la forma anterior, se garantizaba la reproducción ideológica del poder judicial, porque el interesado debía pasar por el filtro de la práctica hasta que se produzca la vacante (que en general duraba muchos meses), y ante la precariedad de este sistema, carente de un mínimo registro, quien no respondiera a los parámetros exigidos –aún ideológicos-, no podía subsistir, y debía abandonar el lugar del trabajo, donde siquiera tenía un vínculo formal. No obstante ello, siempre existió la posibilidad de que muchos jóvenes que no respondían a esa ideología dominante del poder judicial, pudieran pasar esos filtros compensando con su trabajo gratuito y capacidad, aquella forma de pensar diferente.

Esta última situación narrada, se revirtió, precisamente como consecuencia de una medida impulsada por el gremio de los empleados judiciales⁸⁹, que tuvo por objeto reconocer a estas personas que estaban trabajando “sin registro ni sueldo”, prohibiendo el ingreso de nuevas personas mediante la modalidad conocida como “meritorios”, pero que, al no ser acompañada por una reglamentación de concurso público y transparente para el ingreso a la justicia, terminó siendo una medida progresista, pero que finalmente benefició a la reproducción de la ideología dominante, al suprimir esta forma de ingreso y mantener el nombramiento discrecional de los empleados; y mucho más discrecional a medida que ese nombramiento depende de un grado superior, conforme se desprende de la nota anterior⁹⁰.

Quizás esto último parezca una cuestión secundaria, pero resulta un tema medular si advertimos que, en general, a quienes se suele nombrar Magistrados tanto del Ministerio Público, como del Poder Judicial, ocupan el cargo de Secretarios, cargo este último al cual se accede por medio de una extensa “carrera judicial”, que es la que mencionamos precedentemente, ya que el cargo de secretario es el máximo escalafón, anterior al de magistrado, al cual se puede acceder.

Es decir, muchos de los jóvenes que hoy ingresan a la carrera judicial como empleados del más bajo rango, serán los Magistrados del día de mañana, y en esa selección primaria, está parte del germen de la reproducción ideológica futura de los poderes formales, ya que serán quienes impongan o mantengan las interpretaciones de mayor injerencia en el sistema penal.

⁸⁹ Que llevó al dictado de la resolución plenaria n° 396/05 del Consejo de la Magistratura, de fecha 22 de septiembre del año 2005, mediante la cual se estableció: “...3°) Disponer que, a partir del día de la fecha, se prohíbe la incorporación de meritorios en todas las dependencias del Poder Judicial de la Nación...”. Similar práctica ocurrió en los Ministerios Públicos.

⁹⁰ Asimismo confr. el relevamiento estadístico publicado por la revista “Asociación Civil Justicia Democrática”, año 2, edición n° 5, 2010, pags. 22/3, donde se coteja la diferencia entre personal nombrado que hace a la jurisdicción y personal administrativo (es decir que no cumple tareas jurisdiccionales), determinándose que en los grados más bajos –Primera y Segunda Instancia- el promedio de administrativos oscila entre el cero y el quince por ciento, mientras que en la Corte suprema de Justicia de la Nación, el personal administrativo supera el cuarenta por ciento (1055 personal que hace a la jurisdicción, más 73 contratados; mientras que el personal administrativo asciende a seiscientos cincuenta y nueve más sesenta y cuatro contratados), lo que demuestra que a mayor grado, mayor discrecionalidad en los nombramientos. -Ver anexo documental-.

3.-

La autoridad legitimante de control sobre la “verdad jurídica”. El hermetismo de la dogmática penal:

Todo esfuerzo para modificar las estructuras jurídicas con el objetivo de mejorar la realidad social, para convertirla en más justa, entendemos que siempre será válido.

En este sentido, el aporte de la lingüística, la retórica y lo discursivo, nos permite volcar apreciaciones a esta tesis que consideramos de singular valor, y que está vinculado a la instauración de la autoridad determinante de la realidad jurídica; es decir, a la instauración del portador de la palabra autorizada: el magistrado, el abogado de la matrícula, el doctrinario, el empleado judicial; en definitiva, quienes producen y reproducen el discurso jurídico dominante, cerrado y hermético.

Es que esta lucha por el poder no se produce solo a nivel consciente ni se ejerce en el campo de batalla tradicional de la aplicación de la fuerza bruta o su amenaza, sino que se realiza de un modo más sutil por medio de la apropiación de la palabra.

Para la apropiación de la palabra, resulta fundamental la función de los medios de comunicación y la forma de acceso a los mismos, lo que daría lugar a la realización de otra tesis por lo extenso y complejo del tema, pero no podemos por ello dejar de mencionarlo. Pero la principal apropiación de la palabra se da en la instauración de la autoridad para determinar el contenido de verdad⁹¹.

Es que es la palabra, desde la aparición del hombre en sociedad, lo que asegura la permanencia del poder⁹².

Al poder se puede llegar por la fuerza, pero no es posible mantenerlo solo de esta manera.

Y allí es donde juega un papel fundamental la palabra, el discurso. En el convencimiento de “qué es la realidad” y de esta manera debe ser aceptada⁹³.

Y aquí radica la primer fuente de poder. Quien es el grupo autorizado para “decir la verdad”, “qué es lo bueno”, “qué es lo correcto”. Aquí notamos la relación “verdad-poder”⁹⁴.

⁹¹ “...De aquí el rechazo a los análisis que se refieren al campo simbólico o al dominio de las estructuras significantes; y el recurso a los análisis hechos en términos de genealogía, de relaciones de fuerza, de desarrollos estratégicos, de tácticas. Pienso que no hay que referirse al gran modelo de la lengua y de los signos, sino al de la guerra y de la batalla. La historicidad que nos arrastra y nos determina es belicosa; no se habladora. Relación de poder, no relación de sentido...”, FOUCAULT Michel, *Microfísica del Poder*, colección de *Genealogía del Poder*, Las Ediciones de La Piqueta, n° 1, edición y traducción por Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría, tercera edición, 1992, Ed. Endymión, Madrid, España, pags. 182/183.

⁹² “El poder es el que condiciona el saber”. ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, parte general, editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, pag. 25; de la misma manera que “No es la conciencia la que determina la vida, sino la vida la que determina la conciencia...La conciencia, por tanto, es ya de antemano un producto social y lo seguirá siendo mientras existan seres humanos...” MARX KARL y ENGELS Friedrich, “La Ideología Alemana”, ed. Pueblos Unidos, Montevideo-Buenos Aires, 1973, pags.26/31.

⁹³ CÁRCOVA Carlos María. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Ed Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 28. El maravilloso desarrollo de la ciencia alcanzado por la humanidad, se basa, en un caso, en verdades arbitrariamente establecidas y en el otro, en verdades precarias...”. CÁRCOVA Carlos María. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Ed Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 34.

⁹⁴ “No se trata de liberar la verdad de todo sistema de poder –esto sería una quimera, ya que la verdad es ella misma poder- sino de separar el poder de la verdad de las formas hegemónicas (sociales, económicas,

Entonces aparecen quienes complejizan la ciencia jurídica, generándose los pocos gurús que tienen el poder sobrenatural de ilustrarnos sobre esto.

Lógico que ello es consecuencia de un largo y complejo proceso histórico que se desarrolla, como sostuviéramos, desde el comienzo del hombre en sociedad y se viene así produciendo y reproduciendo, y adaptando a las diferentes realidades sociales.

Pero así aparecen los encargados de decir lo que es “arte” y su crítica; lo que es científico⁹⁵; lo que es filosofía, lo que es “democracia”, “lo que es el derecho”, como debe interpretarse ese “derecho”, y por supuesto lo que es el “derecho penal”, y como debe “interpretarse” y “aplicarse” el mismo⁹⁶.

Así solo unos pocos son los considerados “con autoridad” para sentenciar “lo que es bueno” de lo que “no lo es”.

De esta manera se aprecia cabalmente lo que constituye el ser doctrinario en el derecho penal, los abogados especialistas, los jueces con jurisdicción mas específica, etc., todo lo que lleva a reproducir y proteger con ello los dogmas de cada rama de la realidad social y a dificultar su cambio, tal como el consejo de ancianos lo hacía en los grupos tribales de la antigüedad, y los religiosos hasta las postrimerías de la época medieval.

Todo el resto de la sociedad debe aceptarlo porque así lo establecen los que “están más preparados para esto”, a quienes se les ha conferido el don de “revelárnoslo”.

Esto se ve claro por ejemplo en la economía y en la dirigencia política. Es solo un mínimo grupo prestigioso de economistas y dirigentes políticos quien nos dicen lo que “es lo mas conveniente para la sociedad” en la forma de producir y distribuir las ganancias. Es solo un pequeño grupo que tiene el privilegio de decir la verdad de lo que es mejor para la sociedad y convencer de ello como “la única verdad posible”.

No obstante, se trata sólo de un discurso. Si nos atenemos a algunos de los discursos dominantes que existieron en el transcurso de la historia, sería verdad la

culturales) en el interior de las cuales funcional por el momento. La cuestión política, en suma, no es el error, la ilusión, la conciencia alienada o la ideología; es la verdad misma.”, FOUCAULT Michel, *Microfísica del Poder*, colección de *Genealogía del Poder*, Las Ediciones de La Piqueta, n° 1, edición y traducción por Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría, tercera edición, 1992, Ed. Endymión, Madrid, España, pag 91.

⁹⁵ “¿quién decide y cómo, cuando un conocimiento es científico, a partir de la vertiginosidad de cambios, mutaciones y refutaciones que se materializan al interior de su propio discurso? Se puede pensar que lo hace la comunidad de científicos involucrados en el campo disciplinario correspondiente, como postula Thomas Kuhn, pero ello implica tribuir el poder que dimana de la verdad, a un muy pequeño núcleo de personas... Esta concepción controvierte el sentido común. La sociedad percibe de manera constante el estrecho vínculo establecido entre el régimen de verdad y el ejercicio del poder...” CÁRCOVA Carlos María. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Ob cit., pág. 28.

⁹⁶ “Toda ciencia es ideológica (porque cualquier saber es ideológico) y el poder, en cada caso, la manipulará según convenga a su conservación, privilegiando una ideología y desechando (o reprimiendo, coartando el desarrollo o ocultando) las que considere peligrosas o negativas para ésta... la ilusión científica de “objetividad” no pasó de ser un elemento sedativo y anestésico que hoy carece de predicamento. Con mucha mayor razón esto se torna evidente, cuando se trata del conocimiento que versa sobre el propio control social, como es el que nos ocupa. Precisamente a ello obedece la enorme confrontación ideológica que se opera en el campo de las ciencias penales... El poder instrumenta las ideologías en la parte en que le son útiles y las desecha en el resto. De este modo, recoge del sistema de ideas de cualquier autor, la parte que le conviene, con lo cual muy frecuentemente lo tergiversa”... ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, parte general, editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, pags 26/27.

existencia de varios dioses -impuestos por el pueblo conquistador a los conquistados-. Sería verdad que la tierra es plana y está apoyada sobre cuatro tortugas gigantes. Sería verdad que el universo gira alrededor de la tierra, y así tantas realidades como discursos dominantes existieron, y sociedades que tuvieron que creerles.

Esto mismo entonces sucede en el derecho penal. Se nos dice lo que es el delito, quien es delincuente, cómo sancionarlo, cuando hacerlo, nos da precisos marcos referenciales.

Pero como todo discurso del orden, también en cierta medida pregona lo que no hace y disimula lo que realiza.

Entonces se declaran cuales son todas las conductas “disvaliosas”, pero finaliza por sancionar efectivamente solo algunas de ellas.

Y aquí es donde juega una vital importancia la denominada “dogmática del derecho penal”.

Aparece cada vez más intrincado y complejo algo tan sencillo como definir qué es un delito, describir una acción humana o conducta.

Al tratar cada tipo penal concreto y cada instituto, nos abocaremos a su profundo y complejo análisis dogmático actual, y luego lo constataremos con su aplicación real, observando cuales son tales resultados para arribar así a la conclusión final de la tesis.

Creemos que todo este enmarañado de diferentes concepciones dogmáticas, que aparentemente tiene por función “limitar la punición del estado a pautas más previsibles”, termina por profundizar una selectividad del derecho penal como pocas veces se ha visto, que es lo que realmente parece encubrir el sistema penal argentino contemporáneo, bajo la apariencia –desde el punto de vista de igualdad ante la ley- de un mayor garantismo jurídico.

A estos complejos razonamientos, solo tienen acceso los estudios jurídicos mas preparados, con abogados que manejan esa dogmática, y que tienen esa “investidura” o “don” de decir la verdad, es decir abogados prestigiosos, -cuando no influyentes políticamente-, que se especializan en cada rama del derecho y de cierto renombre, a quienes solo pueden recurrir personas de determinado poder económico.

Pero tales sujetos, en general no son imputados de delitos contra la propiedad cometidos con violencia, sino, excepcionalmente, de delitos económicos, a veces sumamente graves por los montos dinerarios que contienen y/o por la cantidad de personas damnificadas⁹⁷.

Se trata de los infractores menos sancionados y es otra importante causa por la que entendemos se produce la selectividad del derecho penal a la que referimos.

Se vuelve mas compleja la interpretación del derecho penal, se profundiza la dogmática hasta dotarla de un supuesto rigor científico muy difícil de comprender y explicar, se la limita al estudio de unos pocos especialistas, y se termina por transformarla en una materia que escapa a la posibilidad de conocimiento del hombre común⁹⁸.

⁹⁷ Confr. nuevamente análisis sobre daño social producido por los delitos económicos y la corrupción pública, como así también la afectación al sistema democrático, efectuado por Martín Pedro BISCAY en: *Corrupción y Criminalidad Económica. Enfoques y problemas sociológicos para el Estado y democracia* en la revista de Ciencias sociales “delito y Sociedad”, año 17, nro. 26, 2008, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Argentina, pags 59/77.

⁹⁸ “El hombre de la calle al asistir a un proceso, tiene la impresión fastidiosa, y alguna vez angustiada, de esta separación de la vida; cuando oye disputas en torno a la interpretación de éste o de aquel artículo del

Sin embargo, es aplicada por los jueces, en general, de la manera más sencilla, es decir –y aún respetando ciertos cánones mínimos- por mero acto de voluntad, apuntalada luego con su fundamentación.

Esta concepción que acabamos de señalar, no es novedosa, y está siendo desarrollada por doctrinarios en Alemania, donde hacen hincapié en el riesgo de esta bifurcación entre una dogmática cada vez más compleja y la aplicación material del derecho penal por parte de los jueces.

Fue sostenida por Klaus Volk en la conferencia brindada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el día 25/09/06, reproducido parcialmente en la revista del MPF n° 18 en nota titulada “*La dogmática clásica de la parte general: ¿amenazada de extinción?*”, donde exhibió el vasto desarrollo de la dogmática contemporánea y su innecesaria complejidad que dificulta su comprensión, como entiende que se la reviste en las últimas décadas. Hizo una comparación entre el volumen de los libros sobre dogmática antiguos y recientes, resaltando como conclusión el antagonismo existente entre tan basto desarrollo dogmático, con la sencilla y escueta decisión judicial en el caso concreto, en donde sostiene que prácticamente no se hace eco de ese hermético y excesivo dogmatismo.)⁹⁹

En síntesis, por medio de la palabra no solo se construye la realidad, como suele suceder en muchas reconstrucciones históricas (vgr. En los fundamentos de sentencias judiciales –confr. considerandos del fallo CASAL de la C.S.J.N.¹⁰⁰.-), sino que se influye en su percepción e interpretación (por ejemplo en la retórica o discurso político).

He aquí la importancia del discurso y la relevancia de su control. He aquí la verdadera fuente de poder y el motivo de las encarnizadas disputas por el manejo de los contenidos de los medios de comunicación. He aquí el arma más poderosa de dominio social.

De ello se nutre el derecho; tanto las partes para intentar demostrar la existencia de los hechos alegados y justificar sus pretensiones en los reclamos judiciales, como los jueces para fundar sus sentencias, y los legisladores para la creación de leyes.

Código Penal, o del Código de Procedimientos Penal, es inevitable que se pregunte si este mecanismo tan intrincado y complicado no es una cosa diabólica creada por la gente que ha perdido el don de la simplicidad y del buen sentido” CARNELUTTI Francesco, “Las miserias del proceso penal”, pág. 87, ed. Temis.

⁹⁹ Contó la anécdota de una charla con un juez con quien discutía sobre la tentativa o el delito consumado y contó: “cuando le pregunté al Juez...como establecía en ciertas zonas grises para determinar cuando era tentativa o delito consumado, la respuesta fue que si le aplicaba determinada pena era un delito cometido en grado de tentativa, y si la pena era otra (mayor), era porque consideraba el delito consumado, siendo ese el fundamento de la diferencia”, es decir, determinado por la voluntad de selección de la pena.

¹⁰⁰ “...se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia...que sea reconocible el razonamiento del juez...se impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado...el método para la reconstrucción de un hecho del pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la historia...Los metodólogos de la historia suelen dividir este camino en los siguientes cuatro pasos...: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis...: heurística entiende el conocimiento general de las fuentes...crítica externa comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su credibilidad, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la síntesis es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado...” CASAL Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa –causa n° 1681-, rta. por la C.S.J.N. el 20/9/05.

Las sentencias definitivas que ponen fin a los procesos controvertidos, declaran verdades jurídicas entre las tantas alegadas por las partes o posibles. Se trata de “realidades construidas” por el sistema jurídico, dotadas de la posibilidad de coacción estatal para hacerlas valer de ser necesario (mediante juicios ejecutivos de sentencia), y no por ello es la realidad que percibieron todos los que efectivamente protagonizaron los hechos ventilados. Se trata de “la realidad creada por el juez”, entre tantas otras apreciadas e interpretadas por quienes intervinieran en los hechos tratados en cada proceso judicial (como partes, testigos y/o peritos)¹⁰¹.

Conclusión de este acápite es que esa complejidad cada vez mayor de la dogmática penal, sólo logra dificultar su comprensión, y permite que unos pocos “instituidos” puedan determinar cuáles de todas las infracciones producidas serán las finalmente sancionadas. Asistimos así a la paradoja de que la mayor elaboración de la ciencia, lleva al aumento de la discrecionalidad de sus habilitados especialistas.

Este saber monopolizado, está concentrado en prestigiosos, y por ello, muy onerosos estudios jurídicos a los que, reiteramos, solo tienen acceso quienes cuentan con recursos para contratarlos, que son precisamente los sujetos que cometen los delitos menos sancionados (delitos económicos, ecológicos, de corrupción pública, etc.), generando las interpretaciones que favorecen la impunidad en tales conductas, pese a tratarse de las más disvaliosas¹⁰².

Se advierte claramente de lo expuesto, que no cualquier persona puede llegar a revestir el título de juez o doctrinario, y la importancia de ello no radica sólo en la dificultad de reunir los requisitos objetivos para tal aspiración, sino en la responsabilidad y el gran poder que revisten los finalmente seleccionados, que excede lo formal y tangible: El poder de estar instituido como exclusivo determinador del criterio de verdad jurídica; es el que más cuidado y temor suscita entre los sectores elitistas conservadores, encargados de asegurar el mantenimiento del “estatus quo”, sobre todo en una ciencia tan pétrea y poco propicia a las modificaciones como lo es la ciencia jurídica.

¹⁰¹ De acuerdo a la propia experiencia e ideología en la forma de percibir e interpretar los acontecimientos del mundo exterior.

¹⁰² Véase a modo de ejemplo, que los delitos más graves imputados en la historia judicial argentina, son los delitos de lesa humanidad, que en su mayoría llevan más de treinta años desde su comisión, sin que muchos de ellos pudieran ser resueltos hasta el día de la fecha. La situación de letargo existente en los procesos donde se ventila la comisión de delitos de lesa humanidad surge extensamente detallada en el informe anual correspondiente al año 2008, elaborado por el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, págs. 54/79.

CAPÍTULO IV. CRITERIOS DE SELECCIÓN DE CONDUCTAS ILÍCITAS. CONDICION SOCIAL DE LA POBLACIÓN CARCELARIA.

1. -

Introducción:

Muchas veces se ha sostenido que la prisionización de personas obedecía a la existencia de una especie de tácito principio de oportunidad que determinaba la selección de las conductas mas graves, asociando éstas a su grado de violencia.

Pero ciertamente las conductas más violentas no suelen ser siempre las más graves.

Primero entonces deberíamos aproximarnos a la definición de qué se considera como “conductas graves”.

2.-

Parámetros utilizados para determinar la gravedad de los delitos:

Así, podríamos afirmar que la gravedad de un delito, deberá obedecer al tipo de punición que contienen los tipos penales, de la manera como se establece en el orden dado por el art. 24 del Código Penal.

Es decir la pena de reclusión o prisión prevista en un tipo penal es lo que nos arroja un parámetro de gravedad, por sobre los delitos que tienen penas de multa o inhabilitación en forma exclusiva.

Y dentro de estas penas de reclusión o prisión, la graduación punitiva, es decir el monto de pena que tiene establecido cada delito resulta también un parámetro fundamental para determinar esa gravedad.

No cabe dudas que cuando el art. 79 del Código Penal establece que se le deberá aplicar una pena de reclusión o prisión de ocho a veinticinco años “al que matare a otro”, esta penalidad nos está indicando que nos encontramos frente a un delito considerado “grave”.

En efecto, si lo comparamos con la pena prevista para quien “se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena” –un mes a dos años de prisión (art. 162 del Código Penal), o un mes a seis años de la misma clase de pena si mediara fuerza en las cosas o violencia en las personas (art. 164 del mismo cuerpo legal)-, no quedan dudas que el mencionado en el primer párrafo es un delito grave, y que los mencionados en el actual, son delitos que podrían ser considerados mas leves.

También podría tenerse en cuenta la posibilidad de aplicación de una condena de ejecución condicional¹⁰³, para cada delito en abstracto a los fines efectuar tal diferenciación.

¹⁰³ Art. 26 del Código Penal.

Enseguida advertiremos que quien intenta arrebatar un celular o una cartera, sería pasible de una pena que oscila entre 15 días a cuatro años de prisión –conforme arts. 42 y 44 del Código Penal y la doctrina emanada del fallo plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal n° 2¹⁰⁴–.

Es decir que, en abstracto puede no corresponderle una pena de ejecución condicional porque su máximo punitivo supera el tope de tres años establecido por el art. 26 del Código Penal, y no por eso podemos afirmar que este hecho de arrebato deba considerarse un “delito grave”.

Este razonamiento aparece más evidente si analizamos la situación de quien comete un hurto simple y no sería pasible de una condena de ejecución condicional por haber gozado de ese instituto con anterioridad y dentro del lapso previsto por el art. 27 del Código Penal –art. 26 “contrario sensu” del cuerpo legal citado.

Sería otorgarle el carácter de delito grave a quien comete un hurto simple, solo por el hecho de haber tenido una condena anterior, y además estaríamos considerando la gravedad por las características personales del autor que hacen a su comportamiento en el pasado.

Lo cierto es que estos marcadores objetivos como los altos montos punitivos previstos en los tipos penales o su posibilidad de condena condicional, no nos arrojan mucha claridad, si no hacemos un pequeño esfuerzo y le aditamos a esa escala penal, datos tales como la cantidad de personas damnificadas, monto dinerario del que se trate, cantidad de hechos efectuados¹⁰⁵, bienes jurídicos afectados, violencia o riesgo generado, relación del delito con compromiso del autor frente a la sociedad, dado por el rol que desempeña en la misma (en el caso del funcionario público de alto rango en el cumplimiento de sus funciones), etc., como rasgos relevantes.

Es en función de estos parámetros combinados sobre los que debe considerarse la gravedad de un delito, y que en los párrafos siguientes intentaremos reflejar.

3.-

El factor social como elemento determinante de la condena y la privación de la libertad:

En la observación de los delitos atribuidos a las personas que se encuentran privadas de su libertad, podemos apreciar que precisamente no se encuentran comprendidos en ellas, todos los que cometieron o se les imputa la comisión de los delitos mas graves –atendiendo a los parámetros explicados en el párrafo anterior- sino que una franja muy importante de detenidos lo están por la reiteración de condenas aplicadas por la comisión de delitos leves, cuestión que, como adelantamos, será analizada en el título “ESTADISTICAS”.

Esto, entendemos, como consecuencia de la mayor vulnerabilidad que tienen en cuanto a que, estas personas, cometen los hechos mas simples, sin planificación, generalmente sujetos de escasa formación cultural y carentes de dinero, todas

¹⁰⁴ Acuerdo n° 3/95 de la Cámara Nacional de Casación Penal, en causa de la Sala III, “VILLARINO, Martín P. y otro s/ recurso de casación s/ tentativa”, rto. el 21 de abril de 1995.

¹⁰⁵ Art. 55 del Código Penal

circunstancias que los llevan a ser pasibles de reducir hasta hacer desaparecer su posibilidad de impunidad.

Por estas características de los individuos y por su sencilla modalidad delictiva, que permiten ser sorprendidos generalmente en “flagrancia” –art 285 del Código Procesal Penal de la Nación-, los procesos que se les originan suelen ser muy breves y reciben una pronta condena penal, que los deja expuestos en cada una de sus posteriores conductas transgresoras –confr. art. 353 bis, 484 y cctes. del citado código de rito-.

Así, se da la paradoja de que muchos de los sujetos imputados de delitos leves, permanecen privados de su libertad, como una medida cautelar, mientras se sustancia el proceso penal, es decir, cuando rige sobre ellos el principio de inocencia, y suelen recuperar su libertad, cuando son condenados, o sea, cuando sentencia firme determina su culpabilidad, lo que será analizado en profundidad, al tratar tanto las estadísticas, como el instituto del juicio abreviado, en los títulos pertinentes.

Tal realidad se contrasta con la circunstancia de que existen quienes cometen delitos muchos más graves y a veces reiterados, especialmente económicos, los que, en muy pocos casos, pueden ser llevados a proceso.

Finalmente, en caso de lograrse esto último, atento a la complejidad de los mismos y los recursos materiales con los que cuentan estos imputados, suelen dilatarse los procesos, que finalizan (en la difícil hipótesis de recaer una decisión final desfavorable) por el dictado de una única condena, aplicándosele las reglas del art. 55 y 58, primer párrafo segunda parte, del Código Penal, sin necesidad de tener que utilizar la primer parte de dicho párrafo del art. 58 del mismo Cuerpo Legal.

Es que, por lo dilatado de su trámite, lo que se suelen acumular son varios hechos en un solo proceso (por las reglas del art. 41, inciso 3°, del Código Procesal Penal de la Nación) y no las penas recaídas en diferentes procesos, luego de una sentencia condenatoria.

Y si se deben acumular penas dictadas en diferentes procesos, en general se tratan de procedimientos sustanciados en forma coetánea, con lo cual la aplicación del artículo 26 del Código Penal (condena en suspenso), suele ser la regla, mediante una suma no aritmética sino composicional, cuando las penalidades mínimas no superen los tres años de prisión.

No obstante, existen numerosos delitos (cuyo grado de lesividad a delicados bienes jurídicos no es fácilmente apreciable) sobre los que no caben dudas de su extrema gravedad (tomando los parámetros aludidos al comienzo de este capítulo y por lo mencionado en párrafos precedentes), y sin embargo no son prácticamente sancionados.

Y cuando, excepcionalmente, estos últimos son pasibles de una sanción, recaen contra sus autores penas privativas de la libertad que no son de efectivo cumplimiento (condenas condicionales), y por lo tanto, tampoco sufren un encarcelamiento preventivo durante el proceso.

4.-

Conclusiones:

Repasando lo expuesto hasta aquí, nos encontramos en condiciones de sostener que las conductas que aparentemente son percibidas como las más violentas, no siempre suelen ser las más graves.

Sin ir muy lejos, es suficiente apreciar el daño producido por los delitos ecológicos y contra la administración pública¹⁰⁶, como así también los denominados “económicos”, entre otros, para advertir esta inexplicable falta de razonabilidad en los criterios de encarcelamiento y aplicación de sanciones penales.

Entonces, dichas sanciones penales quedan reservadas solo para personas que cometen los delitos ejercidos con un importante grado de violencia física o, en su mayoría, para quienes sin realizar conductas muy lesivas para terceros reiteran las mismas, siendo detectados fácilmente por lo rudimentario de su accionar¹⁰⁷, tratándose estos últimos, en su mayoría pertenecientes a los estratos sociales mas expuestos y de menores recursos económicos¹⁰⁸.

En consecuencia, nos estamos aproximando de a poco a uno de los puntos de esta tesis, porque ya vamos percibiendo que el sistema penal favorece a quienes se encuentran en mejores condiciones socioculturales y materiales para enfrentar un proceso penal.

Frente a tal realidad, los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales más garantistas, se han acentuado y abierto paso, fundamentalmente, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de la Nación y de la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994, con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, a través de su art. 75, inc. 22, conformando un bloque constitucional.

Queda entonces por desentrañar si las citadas doctrinas más respetuosas de los derechos individuales y los institutos que a través de ellos se han creado e interpretado, en verdad lograron alterar esta realidad, como en teoría lo proclaman¹⁰⁹, al pegonar esa finalidad garantista en sus postulados.

¹⁰⁶ Tanto De Soto, como así también Buscaglia, Cooter y Ratliff, demostraron que la existencia de vastos mercados informales en países en desarrollo, con su concomitante expansión de la delincuencia organizada y la pobreza, está ítimamente ligada a los altos niveles de corrupción en el sector público (Confr. DE SOTO Hernando, “The Other Path”, Ed. Harper, New York, 1985, y BUSCAGLIA Edgardo, COOTER Robert y RATLIFF William, Law an Economics Of Development, ed JAI, New Jersey, 1997.

¹⁰⁷ “...la gran mayoría de los prisionizados, lo son por delitos groseros, cometidos con fin lucrativo (delitos burdos contra la propiedad...” ZAFFARONI Eugenio Raul, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, Derecho Penal, Parte General, editorial Ediar, año 2002, segunda edición, Buenos Aires, pag 10/11.

¹⁰⁸ “...llama también la atención, que en la gran mayoría de los casos, quienes son señalados como “delinquentes”, pertenecen a los sectores sociales de menores recursos. En general, es bastante obvio que casi todas las cárceles del mundo están pobladas de pobres. Esto indica que hay un proceso de selección de las personas a las que se califica como “delinquentes”...” ZAFFARONI Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, parte general, editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, pag. 22.

¹⁰⁹ La divergencia existente entre teoría y práctica jurídica no es novedosa. Parte de la base que existen límites que se autoimpone el estado o garantías que reconoce, porque en algún momento existió una realidad que avasalló esos derechos y hubo que limitar formalmente esas prácticas y ello se logra en grado

5.-

Condiciones de detención de las personas privadas de la libertad.

Grupo de pertenencia:

Como un adelanto de lo que trataremos exhaustivamente en el capítulo siguiente (“ESTADISTICAS”), a continuación intentaremos delinear la constitución general de la población carcelaria y en especial las condiciones de detención de las personas encarceladas, efectuando algunas consideraciones que entendemos de suma relevancia, por ser cuestiones advertidas aún intuitivamente por importantes criminólogos (que incluso hemos citado en el capítulo anterior), y además porque muchas de ellas fueron reconocidas por la propia C.S.J.N. y el Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanas o Degradantes de la O.N.U.

Del contacto que hemos mantenido con parte de la población carcelaria del Servicio Penitenciario Federal, a consecuencia de nuestra tarea cotidiana como operadores del sistema penal, y con motivo de la realización de la presente tesis, podemos intuir que la mayoría de la población penitenciaria pertenece a personas de clase pobre y en especial mas marginados, siendo relevante la cantidad de detenidos que cuentan con Defensor Oficial –la mayoría a causa de la imposibilidad de contratar un abogado particular de confianza-, lo que demuestra que la mayoría de los detenidos provienen de las clases más excluidas¹¹⁰.

Además la mayoría de los detenidos se encuentran sin condena y por delitos que podríamos considerar leves, en cuanto al monto de la pena previsto y a la ecuación entre: bien jurídico afectado, cantidad de damnificados y magnitud del daño endilgado.

6.-

Opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El “caso argentino” ante la ONU:

En el trascendente fallo individualizado como “VERBITSKY Horacio s/habeas corpus”¹¹¹, el más Alto Tribunal de la Nación, reconoce no sólo la situación de hacinamiento de los detenidos, en especial en la Provincia de Buenos Aires, sino que también admite la detención de menores vagabundos y que el 75 % de los detenidos lo

diferente en cada época y lugar. Así también es reconocido por FERRAJOLI, ob. citada, pag 852: “Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o antigarantistas tout court, de grados de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema. Así, diremos por ejemplo que el grado de garantismo del sistema penal italiano es decididamente alto si se atiende a sus principios constitucionales, mientras que ha descendido a niveles bajísimos si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas...”.

¹¹⁰ “acciones conflictivas de muy diferente gravedad y significado social se resuelven por vía punitiva institucionalizada, pero no todos los que las realizan sufren esa solución, sino únicamente una minoría ínfima de ellos, después de un proceso de selección que casi siempre selecciona a los más pobres” ZAFFARONI Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, parte general, editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, pag. 23.

¹¹¹ “v. 856. XXXVIII. RECRUSO DE HECHO. VERBITSKY Horacio s/habeas corpus”.

están sin condena, en forma cautelar –con una prisión preventiva-, y sobre todo por imputaciones de delitos leves.

Asimismo se resalta el alarmante aumento de la población carcelaria, afirmando la Corte que ese incremento no se condice con el aumento demográfico de la población, ni con el índice delictivo.

Y si bien este fallo estudia exhaustivamente estadísticas de detenidos en la Provincia de Buenos Aires, se señala también como un muestreo de lo que ocurre en general de los centros de detención de todo el país, y sobre todo en relación a los detenidos alojados en el Servicio Penitenciario Federal.

A continuación transcribiré parte de párrafos textuales de lo expuesto en el fallo, donde se concretan estas aseveraciones:

“...Que el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires proporcionó un informe que da cuenta del estado de situación en materia de personas privadas de la libertad en el ámbito territorial de la provincia...De aquél, se desprende la existencia de un incremento notable (296,70%) en la cantidad de detenidos procesados por la justicia local desde el año 1990 -acentuándose desde 1998-, los que representan el 75% del total de las personas privadas de su libertad.

Por otra parte, también consta que la situación de las cárceles provinciales es crítica en materia de capacidad de alojamiento, habiéndose dispuesto por ello la imposibilidad de incorporación de nuevos detenidos por la resolución ministerial 221/04...

Por lo demás, se reconoció la superpoblación del sistema carcelario, la existencia de personas detenidas en comisarías bonaerenses...; que la mayoría de los detenidos son procesados y que los juicios son lentos...

Asimismo se reconoció que existe un abuso en la utilización del instituto de la prisión preventiva, el cual, sumado a la demora en la tramitación de los juicios, agregaba en las cárceles y comisarías una cantidad adicional de detenidos...¹¹²

“Que no se ha puesto en discusión la superpoblación de detenidos...

También ha sido reconocido que, por los menos, el 75% de la población privada de su libertad son procesados con prisión preventiva que todavía no han sido condenados, y por lo tanto gozan de la presunción de inocencia.

Finalmente, está dicho y no controvertido en autos que si bien la cantidad de detenidos en la provincia ha aumentado año a año desde 1990, en los últimos seis años ha alcanzado un incremento exponencial que no guarda relación de proporcionalidad alguna ni con el aumento demográfico de la población ni con el aumento de los índices delictivos en la provincia...”.¹¹³

¹¹² (Capítulo II., punto 9°).

¹¹³ (Capítulo VII, punto 24°).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo en análisis sostiene en el punto 61 que *"...ya no hay controversias respecto a que el 75% de detenidos en la Provincia de Buenos Aires aun no tiene condena firme. Este hecho puede deberse a distintas razones: parálisis o colapso casi total del sistema judicial, aplicación generalizada –de la prisión preventiva- a imputaciones por delitos de menor gravedad, etc..."* (lo subrayado me pertenece).

Las Naciones Unidas, a través del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos y Degradantes dictó *"sus Conclusiones y Recomendaciones"*, respecto del caso Argentino¹¹⁴.

Allí señaló los *"Factores y dificultades que obstaculizan a aplicación de la Convención"*.

Al establecer las cuestiones que eran motivos de especial preocupación para la situación Argentina enumeró entre otras las siguientes:

... (h) *El hacinamiento y las malas condiciones materiales que prevalecen en los establecimientos penitenciarios, en particular la falta de higiene, de alimentación adecuada y de cuidados médicos apropiados, que podrían equivaler a tratos inhumanos y degradantes.*

(i) *El elevado número de presos en prisión preventiva, que en el sistema penitenciario bonaerense alcanza un 78% según el Estado Parte.*

(j) *La no aplicación del principio de separación entre condenados y procesados en centros de detención, y entre éstos y los inmigrantes sujetos a una orden de deportación.*

7.-

El control de la condición carcelaria: Situación crítica de la Justicia Nacional y Federal:

Las circunstancias citadas en el párrafo anterior, no merecen mayor comentario en cuanto a la confirmación de las afirmaciones que se están sosteniendo en la presente tesis: tanto en relación a la prisionización de personas sin condenas –en forma cautelar, que supera a nivel nacional el 50 % de la población carcelaria y en condiciones materiales que no satisfacen las exigencias legales-, como al grupo social de pertenencia de las mismas.

Es que tal porcentaje de detención preventiva, resulta consecuencia de que a la mayoría de los encarcelados se les imputan delitos de menor gravedad, perteneciendo estos en general a las clases sociales más marginadas de la sociedad (lo que es resaltado a lo largo de las resoluciones parcialmente transcritas), derivando ello también en las malas condiciones materiales de encierro¹¹⁵.

¹¹⁴ 10 de diciembre de 2004 (CAT/C/CR/33/1 33º Período de Sesiones 15 a 26 de noviembre de 2004).

¹¹⁵ Esto se contrasta con la situación de detención de quienes perteneciendo a clases de mayores recursos económicos, excepcionalmente se encuentran encarceladas, quienes suelen ser alojados en pabellones denominados "vip", especialmente en el Complejo Penitenciario Federal de Marcos Paz, o en lugares de las fuerzas de Seguridad (como el Departamento Central de la Policía Federal, la D.I.P.A. de Prefectura o

Por otro lado, debemos remarcar la gravedad existente frente al reconocido colapso del sistema de ejecución penal judicial de la Justicia Nacional y Federal¹¹⁶.

La situación compleja que por naturaleza existe en cualquier centro de detención en donde se concentran muchísimas personas encerradas por la comisión de diferentes delitos, y el marco de violencia que ello conlleva, se ve agravada porque en la Justicia Nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en la Federal, por la situación de emergencia de los únicos tres Juzgados de ejecución que están en funcionamiento, asentados todos en la Capital Federal.

Éstos tienen que ocuparse del control de todas las condenas que se dictan, no solo respecto de detenidos, sino también de los condenados en libertad que tienen las reglas de conducta impuestas por el art. 27 bis del Código Penal, los que tienen similares reglas por el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba y de los que tienen medidas de seguridad.

Además, tienen que ocuparse de la concesión, control o revocación de las libertades anticipadas, salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, prisión domiciliaria, prisión discontinua y semidentención, trabajos para la comunidad, libertad asistida y extrañamientos por aplicación de la ley 25.871.

Todo ello hace imposible que en estos Juzgados de ejecución se pueda efectuar un razonable y adecuado control sobre las condiciones de detención de los condenados encarcelados¹¹⁷.

Entre todo este cúmulo de tareas mencionadas respecto de personas que están en libertad, tienen que ocuparse de controlar la condición de detención de las personas privadas de su libertad (aproximadamente 1000 por Juzgado al 29 de mayo del 2009), distribuidas en Unidades Penitenciarias del Servicio Penitenciario Federal desperdigadas por todo el país.

En consecuencia, resulta material y humanamente imposible que en la situación descrita pueda efectuarse un adecuado control judicial sobre las condiciones de detención de las personas encarceladas.

De hecho, en la resolución citada precedentemente como nota al pie de página, los Jueces de Ejecución piden expresamente que se suspenda la obligatoriedad del control judicial establecido por el artículo 208 de la ley 24.660; es decir la verificación, por lo menos semestralmente, sobre si el tratamiento de los condenados y la organización de los establecimientos carcelarios se ajusta a las prescripciones de la ley y los reglamentos.

Sentadas estas premisas que consideramos de suma relevancia volcar en esta parte de la tesis, en el título siguiente realizaremos un profundo análisis estadístico

su similar de Gendarmería Nacional), en condiciones totalmente diferentes al resto de la población carcelaria.

¹¹⁶ Ello fue plasmado en la resolución de acuerdo de fecha 29 de mayo del año 2009, efectuada por la totalidad de los jueces de ejecución (Es decir por los cinco existentes: tres en ejercicio y dos designados pero sin asumir) y presentado a la presidente de Casación Penal, en donde relatan la situación de colapso que en esos Juzgados de vive, solicitando la inmediata declaración de la emergencia judicial del fuero de ejecución Penal y se suspenda la obligatoriedad del control judicial establecido por el artículo 208 de la ley 24.660.

¹¹⁷ Si tomamos en cuenta las últimas estadísticas publicadas, correspondientes al año 2008, vemos que entre los tres Juzgados tienen 46.845 legajos en trámite (cada uno corresponde a un imputado), siendo el más crítico el Juzgado de Ejecución Penal n° 1 con 23.797 legajos en trámite para control o supervisión, cosa materialmente imposible de efectuar (confr. fs. 69 del legajo documental acollarado).

para establecer en su cotejo fáctico, el grado de verosimilitud de las apreciaciones que hemos estado volcando, y que también nos servirán para el análisis de delitos e institutos relevantes del sistema penal que haremos a partir de la parte segunda, como para la conclusión final.

CAPÍTULO V.

ESTADÍSTICAS.

1.-

Introducción:

Creemos que las subjetividades a las que tanto nos hemos referido en títulos anteriores, no se encuentra exentas en la selección de los diferentes aspectos estadísticos que utilizaremos para la construcción de nuestras observaciones, en donde ejercen su influencia, y que por lo tanto no escapan a la propia visión que tenemos de la sociedad, es decir a nuestra ideología, y a lo que en definitiva pretendemos acreditar por medio de ellas.

Por eso pensamos –no sin serias dudas- que el valor de una tesis relativa a la realidad social, no sólo radica en su intento de corroboración fáctica –si es que ello resulta posible-, ni exclusivamente en estudios de autores que procedieron de similar forma en aspectos parciales del tema abordado –que revisten incluso posturas antagónicas partiendo de idéntico campo social de aplicación-, sino también en las explicaciones y razonamientos plasmados sobre cómo creemos opera el sistema penal, específicamente en la Justicia Nacional de la Capital Federal de la República Argentina en la actualidad, basándonos en ellos para realizar la selección de determinados aspectos estadísticos concretos –que intentaremos transparentar-, procurando lograr una constatación aproximada de las afirmaciones volcadas.

Es que lo que pretendemos en esta investigación, no es solo analizar formalmente los textos legales, y los aportes doctrinarios y jurisprudenciales para apreciar su desarrollo evolutivo, sino también la forma en que opera su aplicación a los individuos que conviven en el mismo espacio físico, pero con diferente bagaje sociocultural y sobre todo material.

Para tal cometido, analizaremos, fundamentalmente, las estadísticas publicadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las del Servicio Penitenciario Federal, y las de la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación; como así también las apreciaciones de operadores del derecho y organizaciones que estudian el funcionamiento del sistema penal.

Por último, expondremos los resultados de un trabajo de campo que hemos efectuado en cinco Juzgados de Instrucción, dos Correccionales y en tres Tribunales Orales de la Capital Federal, donde analizamos especialmente la forma en que se realizan las estadísticas en ellos, como así también los datos generales más específicos

que arrojan los protocolos de interlocutorios y de sentencias obrantes en cada Estrado y los legajos para el estudio de la personalidad e incidentes de excarcelación de algunos detenidos a los que pudimos acceder, además de haber realizado encuestas en más Tribunales; observaciones que intentaremos sintetizar.

Ello, con el objeto de determinar las características de los delitos en particular, detalles concretos de los mismos, y la condición social de algunos imputados, que no son pasibles de registrar en los formularios estadísticos, no existiendo un relevamiento similar al respecto.

Tal estudio de campo fue efectuado, especialmente, en el transcurso de los meses de agosto a octubre del año 2009.

También hemos mantenido entrevistas y conversaciones informales con magistrados, funcionarios y empleados de estos distintos Juzgados a fin de corroborar las apreciaciones que íbamos efectuando de la lectura de los elementos indicados.

Agradecemos la colaboración prestada por el personal de estos Tribunales, y las autoridades que nos han permitido el acceso a los Estrados y la lectura de los protocolos y de algunos expedientes, aunque nos plantearon la reserva sobre su individualización, impidiéndonos acceder a fotocopias de algunas sentencias que nos parecieron relevantes para graficar muchas de nuestras observaciones, no obstante lo cual hemos obtenido copias de algunas resoluciones determinantes que hemos glosado en copia en el legajo documental.

En este sentido, agradecemos la invaluable colaboración y apertura prestada por un grupo de funcionarios de distintos Tribunales del fuero analizado, que aceptaron responder con total sinceridad y apertura los cuestionarios efectuados, glosados en el legajo documental¹¹⁸.

Finalmente, debemos dejar consignado que no hemos incluido a los Juzgados Federales ni a los del fuero Penal Económico, a los cuales nos referiremos solo someramente, por la necesidad de restringir el campo de estudio. No obstante ello, entendemos que carecen de relevancia determinante a los efectos de la tesis, ya que por los estudios previos efectuados antes de tomar esta decisión, advertimos que la mayoría de los detenidos a disposición de los Juzgados Federales lo son por violación a la ley de estupefacientes, y los pocos detenidos para los Juzgados Penal Económico no se vinculan con los delitos que escogimos para su estudio (cohecho, negociaciones incompatibles con la función pública, robo y hurto).

De hecho, en las estadísticas nacionales que publica la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia, se mencionan los delitos contra la propiedad en forma discriminada, y todos ellos resultan competencia de la justicia penal ordinaria en la Capital Federal, no surgiendo registros de los delitos que integran

¹¹⁸ Ellos fueron: Federico Gonzalez, Secretario del Juzgado de Instrucción n° 1; Julio Herrera y Miriam Halata, Secretarios del Juzgado de Instrucción n° 12; Juan Jabas Madueño, Secretario del Juzgado de Instrucción n° 15; Sebastian Del Gaizo, Secretario volante desempeñándose en diferentes Juzgados de Instrucción; Soledad Nieto, Secretaria del Juzgado de Instrucción n° 43; Juan Cura, Secretario del Juzgado Correccional n° 1; Walter José Candela, Juez del Juzgado Correccional n° 5; Ovidio Pogonza, Prosecretario del Juzgado Correccional n° 8; Martín Sebastián Peluso, Secretario del Tribunal Oral n° 11; Ricardo Lombardo, Secretario del Tribunal Oral n° 20; Daniel Ranuschio, Secretario del Tribunal Oral n° 21; y Carlos Rengel Presidente del Tribunal Oral n° 28 y subrogante del Tribunal oral n° 27; quienes, en su mayoría, colaboraron en el trabajo de campo realizado, nos abrieron las puertas de sus respectivos Tribunales o Secretarías, nos permitieron entrevistar a sus empleados, y respondieron a los cuestionarios efectuados que obran para su consulta en el legajo documental anexo a la presente tesis.

la competencia Penal Económica de Capital Federal (confr. fs. 15 del legajo de documentación adjunto).

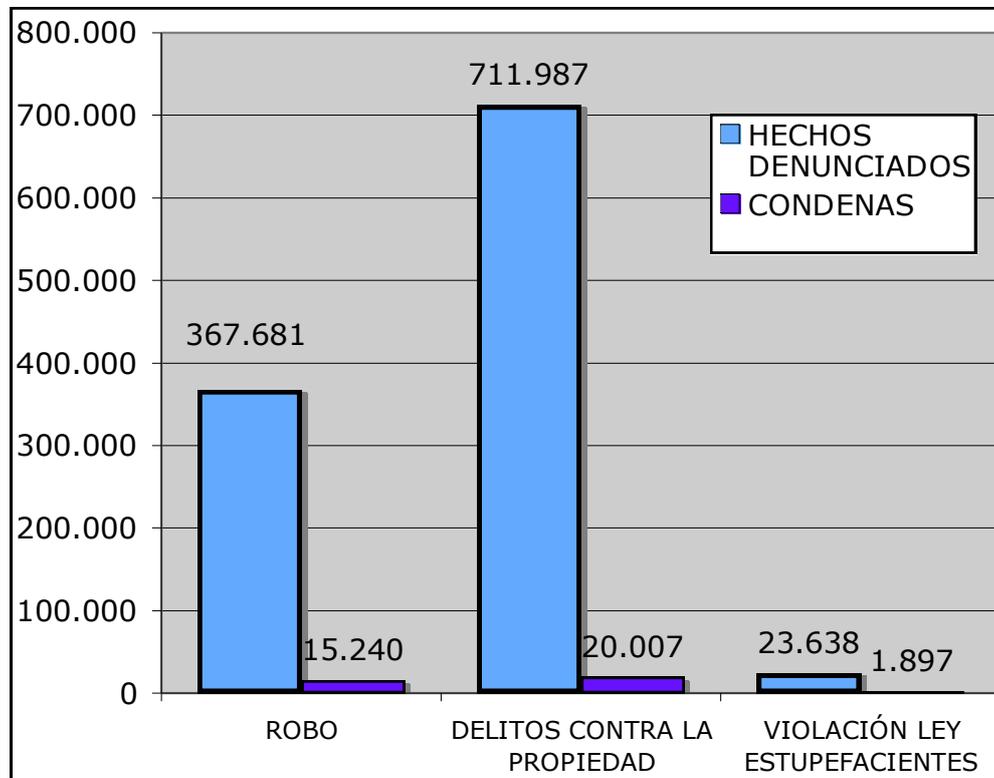
Es decir, se computan como delitos contra la propiedad, los siguientes: hurtos; hurto de automotores; robos; robo de autos; robo de bancos; extorsiones; secuestros; estafas; usura; quiebras; usurpación; y daño.

Asimismo, los delitos que tienen atribuidos esos fueros, cuantitativamente y con la salvedad que haremos, resultan de poca significación comparados con los sustanciados en la justicia ordinaria (confr. fs. 19 vta. del legajo de documentación).

2.-

Gráficos:

Gráfico 1: Denunciados y condenados



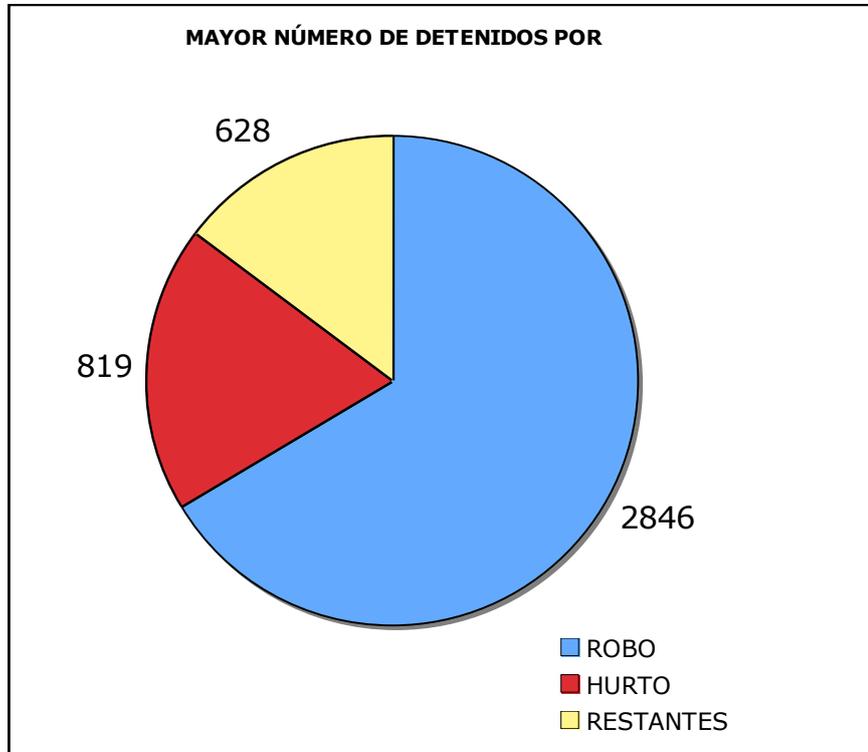
Fuente: Sistema Nacional de Información criminal. Informe total país año 2007. Direc. Nacional de Política Criminal. Minist. Justicia. Datos expresados en nº de personas.

Como se puede comprobar en el gráfico 1, frente a 367.681 hechos denunciados de robos en el año 2007, se dictaron 15.240 condenas; y respecto de 711.987 denuncias de delitos contra la propiedad, se dictaron 20.007 condenas; en ese mismo año se registraron solo 23.638 delitos contra la ley de estupefacientes –en su inmensa mayoría tenencia simple-, con 1.897 condenas, siendo este tipo de delitos los que mayoritariamente se sustancian en la Justicia Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Respecto del resto de los delitos, no existe un número significativo de dictado de condenas (ver fs. 19 vta. del legajo documental), ya que existe el dictado de condenas

por delitos contra las personas (4.890), y luego un índice muy bajo de condenas por delitos contra la administración pública (2.279).

Gráfico 2: Mayor número de detenidos por delito.



Fuente: Informe anual SPF. Estadísticas del SNEEP 2007. Datos expresados en nº de personas.

Pese a ello, y aunque no se vincule al objeto central de nuestra tesis -sobre todo al no analizar el Fuero Federal-, deseamos dejar asentado que resulta llamativo la cantidad de personas detenidas por infracción a la ley 23.737 (de estupefacientes). Es el delito por el cual existen mayor cantidad de detenidos en la estadística correspondiente al año 2007, que es la última a la que tuvimos acceso (2964 detenidos), luego de la suma de los vinculados a delitos contra la propiedad (2846 por robo, 819 por hurto, y 628 contra la propiedad restantes) (ver gráfico 2).-confr. fs. 45 vta. del legajo de documentación-.

Con ello queremos aclarar que si bien hubiera sido enriquecedor un estudio que abarque estos fueros, lo cierto es que limitaciones materiales nos impidieron hacerlo, pero, pese a ello, no se halla menguado el valor general de las conclusiones a las que arribaremos.

3.-

ESTADÍSTICAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN y TRABAJO DE CAMPO:

Previo a ingresar en el análisis de estas estadísticas, consideramos apropiado mencionar la forma en que se efectúan las mismas, merced a lo que pudimos apreciar

de la tarea de campo realizada, que además contó con el relevamiento de datos consultado a varias personas de diferentes Tribunales, que se ocupan de la confección de estas planillas de estadísticas, que son la base que se toma en cuenta para todo relevamiento oficial, por parte de la C.S.J.N. y el Consejo de la Magistratura.

Del trabajo de campo efectuado a fin de establecer cómo se realizan los relevamientos estadísticos en los Juzgados de Instrucción, Correccional y Tribunales Orales, advertimos lo siguiente:

Estas estadísticas se elaboran individualmente en cada Unidad Funcional, mediante el llenado de un formulario preestablecido; es decir se confecciona una planilla por cada Tribunal, en forma semestral, y es remitida a la Oficina de Estadísticas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Asimismo, en los últimos años se exigió enviar por oficio anexo un informe sobre las causas que concluyeron con el dictado de suspensión del proceso a prueba, y a partir de las correspondientes al año 2009, los Juzgados de Instrucción ya no las efectúan, ya que surgen del sistema informático en pleno funcionamiento en tales Estrados. El problema que advierten es que en muchos Juzgados de Instrucción, se llevan registros manuales y no suele ser volcados al registro informático, o se lo hace parcialmente por etapas.

En cuando a las planillas de estadísticas que hemos mencionado, las mismas se llenan rastreando y asentando todo el movimiento de lo sucedido en los 180 días anteriores, mediante un registro que, en general, no se constituye sobre asientos informáticos cotidianos, sino que consiste en meras anotaciones que se realizan en cada Tribunal, sin uniformidad de criterios y de acuerdo al método de la persona encargada ocasionalmente de realizarlo periódicamente, en miras a su posterior asiento semestral.

En ellas se deben registrar todos los procesos que por algún motivo ingresaron en cada Tribunal (por iniciarse o reiniciarse), y los que egresan (por resolverse definitivamente mediante modos normales o anormales de culminación, o por paralizarse los mismos –por rebeldías, etc.), durante esos seis meses.

Asimismo, no todos los Tribunales llevan esos registros con el mismo interés, por lo que el relevamiento estadístico constituye, en general, una exigencia administrativo-burocrática que ocupa un plano relegado, frente a la emergencia de la resolución de los numerosos procesos judiciales, en los que existen términos perentorios.

Con el método preparado o el armado espontáneo, sin uniformidad preestablecida ni coordinación entre los Juzgados, y con la relevancia que cada Tribunal le otorgue, se confeccionan esas planillas de asientos estadísticos semestrales. Para que pueda apreciarse lo precario de los mentados asientos, se adjunta al legajo de documentación la planilla correspondiente a los Tribunales Orales “en blanco”, que ilustra lo que estamos expresando (ver pag. 77 del citado legajo adjunto).

En las mecánicas que estamos explicando, reiteramos, no existe uniformidad sobre las formas de efectuar esas estadísticas en cada Tribunal, pero esencialmente mencionaremos las dos más habituales que hemos advertido.

Por un lado, hay encargados de confeccionarlas (empleados a los que se les encomienda esta incómoda labor, vivida incluso como una pérdida de tiempo), que mediante un relevamiento “causa por causa”, revisando todos los expedientes existentes en el Tribunal y rastreando los remitidos a otras dependencias, como

Defensorías Oficiales, Fiscalías o cuerpos periciales, y apoyados por registros manuales que suele llevar algún funcionario, tratan de determinar la cantidad aproximada de procesos en trámite, para reflejar en la estadística datos que más o menos coincidan con ello. Establecen, mediante los libros de ingresos (confeccionados manualmente) la cantidad de expedientes ingresados en ese período, y tratan de ajustar los expedientes elevados o concluidos, de modo tal que su resultado coincida ese número de expedientes que relevaron mediante su contabilización individual, lo que además es discriminado por tipo de delitos –conformados de acuerdo al bien jurídico protegido-, apoyándose en los protocolos de copias de resoluciones, para intentar determinar lo mas aproximadamente posible lo ocurrido en el período.

Esta mecánica señalada, es la que más se aproxima a la realidad de los movimientos que existieron durante el semestre.

Frente a esta modalidad, existe otra, que simplemente trata de mantener un número similar al informado en la estadística anterior, “armando” una estadística que cierre aritméticamente una pequeña ecuación que es indicada por la Oficina de Estadísticas de la C.S.J.N. y que inclusive, está impresa en la propia planilla (ver planilla glosada a fs. 77 del legajo de documentación, parte inferior izquierda).

Estas planillas, son rubricadas y remitidas a la Oficina pertinente de la C.S.J.N., que al recibirla, simplemente coteja que esa ecuación aritmética entre causas ingresadas y culminadas por diversos motivos, arroje el resultado correcto, al estilo de un balance contable¹¹⁹.

Cabe agregar a lo expuesto que los Juzgados de Instrucción actualmente llevaban un registro informático de movimiento de expedientes, en donde se debieran registrar todos los procesos ingresados y los culminados, aunque en rigor de verdad reconocemos que no siempre se hace ello oportunamente, dependiendo de cada juzgado su actualización, por lo que, dado su informatización total, desde hace poco tiempo no confeccionan esas estadísticas, sino que surgen automáticamente del propio sistema informático provisto por la C.S.J.N, siendo los operadores de la dependencia informática los que la confeccionan, no obstante lo cual, como la tesis se refiere a asientos correspondientes al año 1999, debemos señalar que en esa época, las estadísticas de marras, además de no ser uniformes entre los diferentes Tribunales, la mayoría de las veces eran meros cálculos aproximados a la manera que señaláramos en los párrafos anteriores. Este sistema nuevo, cuenta con la desventaja que no siempre se encuentra actualizado¹²⁰, con lo cual los datos no dejan de resultar también estimativos.

En lo que respecta a los Juzgados Correccionales y Tribunales Orales, tal sistema informático no está en funcionamiento, con lo cual, se cuentan registros de algunas causas ingresadas (no de la totalidad), sin que figuren sus resoluciones. Por ejemplo, en los Juzgados Correccionales las denuncias ingresadas por intermedio de la Oficina de Sorteos de la Cámara Criminal y Correccional, son asentadas en los registros informáticos, pero no ocurre lo mismo con las denuncias efectuadas en las Seccionales

¹¹⁹ Simplemente tiene que coincidir la cantidad de expedientes en trámite el último día del semestre anterior, más el total de los expedientes ingresados, menos el total de los culminados, con el número de causas en trámite el último día del semestre nuevo.

¹²⁰ A excepción de los expedientes ingresados nuevos y los elevados a Tribunales Orales, que necesariamente deben ser registrados en forma casi inmediata.

policiales, que conforman la mayoría. Y en los Tribunales Orales no se registran en el sistema informático las resoluciones de los procesos.

Por tal motivo, los registros de ingresos, egresos y resolución de expedientes, se confeccionan en forma manual, basados en los libros de ingresos de expedientes, en listados que algún empleado pueda llevar, y en las copias de los protocolos de resoluciones (copias que no siempre son agregadas) y libros de remisión de expedientes

Sobre la base de estos relevamientos (junto a los informes sobre sentencias condenatorias emanados del Registro Nacional de Reincidencias y Estadísticas Criminal, como así también por el Servicio Penitenciario Federal) es donde reposan todas las estadísticas oficiales, con lo cual, reiteramos, debemos tomarlas como un dato aproximado a la realidad, pero meramente indiciario.

A lo narrado hasta aquí, reiteramos, debemos sumarle nuestra propia subjetividad en la selección de los guarismos que tomamos en cuenta, que más allá de pretender ser lo más objetivos posible, sabemos que nuestra propia ideología condicionará la lectura que hagamos de esos datos precarios, o no tan exactos como pretende hacerse creer.

Correspondería mencionar también, como señaláramos oportunamente, la incidencia de la denominada “cifra negra” de delitos.

La cifra negra consiste en la diferencia entre la cantidad de conflictos criminalizados que realmente acontecen en una sociedad y los que llegan a conocimiento de las agencias del sistema¹²¹. Es decir está constituida por los delitos que se cometen pero que no son denunciados¹²², con lo cual carecen de todo tipo de registros y solo pueden estimarse en forma sumamente precaria, no existiendo acuerdo en los estudios efectuados al respecto. Estas estimaciones han llegado incluso a ubicar la cifra negra rondando el 70 % de los delitos cometidos¹²³. Si bien ello no puede acreditarse fehacientemente, merece su mención a los efectos de ser tenido en cuenta, al menos cuando nos referimos a los hechos delictivos cometidos, que no pueden ser nunca solo los que figuran en los relevamientos oficiales, y que opera como un argumento más para darle importancia relativa a los datos estadísticos, los que deben ser complementados, como lo hemos hecho, con trabajos de campo, entre otras percepciones fácticas, y por lo tanto no exentas de subjetividades.

También hemos advertido -cosa que resultó algo relativamente público-, que en algún Juzgado de Instrucción, al darle ingreso a un expediente en el registro

¹²¹ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, Derecho Penal, Parte General, pag 7.

¹²² En general por desinterés, ausencia de seguro sobre el bien jurídico u otro requisito formal como exigencia para realizar la denuncia, dificultades burocráticas del sistema que desalienta la denuncia, condición de vulnerabilidad de la víctima, etc.

¹²³ Confr. opinión del prestigioso criminólogo y profesor holandés LOUK HULSMAN, volcada en las notas realizadas por Tomás Orso y Carlos Rodríguez, publicadas en “Novum Paradigma” y de Ana Reineri publicada en “Sosperiodista”, ambas en copia agregadas al legajo de documentación. Además de sostener ese porcentaje realista de la cifra negra del delito, señala que esa cifra negra deriva que las alternativas al sistema penal son más la regla que la excepción, ya que los conflictos que el sistema penal soluciona son ínfimos en relación a los que efectivamente se producen (confr. HULSMAN Louk, “El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas”, pub. en “Criminología crítica y control social I: El poder punitivo del Estado”, edit. Juris, Rosario, Argentina, 1993).

informático, se alteraba alguna letra del apellido de algunos imputados, para evitar recibir más procesos por conexidad subjetiva.

Esto no es un dato menor si se atiende a la resistencia de los Tribunales a recibir causas por conexidad, cosa que se evidencia con la existencia de manuales de “jurisprudencia sobre contiendas” elaborado por la Secretaría de Superintendencia de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, y por el dispendio jurisdiccional que ello ocasiona, que en oportunidades hasta supera el trabajo requerido para resolver ese mismo proceso, cuya radicación de Tribunal se discute.

Entendemos que esta circunstancia influye sobre todo en la determinación de la clase de delitos que se sustancian, dado que, al tenerse acceso al sistema integral desde cualquier Tribunal del fuero, más de una vez, al ingresarse un expediente, deliberadamente se alteró el tipo de delito imputado (sobre todo lo relativo al agravante del mismo, que en su lugar, lo asientan cometido mediante la modalidad simple), porque la gravedad del delito es el elemento fundamental a tener en cuenta para determinar la competencia, en caso existencia de una conexidad subjetiva¹²⁴, lo que también suma argumentos para relativizar los datos estadísticos, no obstante, insistimos, su valor indiciario de aproximación a la realidad.

Por último, debemos mencionar que los datos de los Juzgados Correccionales no están discriminados por delito, sino por número de Juzgado y tipo de resolución, con lo cual, su estudio se realizará de los datos relevados por el Ministerio de Justicia y del trabajo de campo, lo que haremos en los puntos pertinentes.

Hechas las aclaraciones precedentes, nos abocaremos ahora en analizar las estadísticas tal como fueron publicadas.

Haremos un estudio comparativo, entre las causas en trámite y su forma de resolución en la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, partiendo con las estadísticas del año 1999, por ser el año en que ya se hallaba consolidado el proceso oral¹²⁵, cotejando ello con las estadísticas arrojadas diez años más tarde, es decir las últimas efectuadas, que son las del año 2008.

Para ello, contamos con el libro de “estadísticas” del Poder Judicial de la Nación, correspondiente al año 1999, y con los datos estadísticos que surgen de Internet, que hemos impreso (glosado al anexo documental), correspondiente al año 2008, en virtud de que en esta época dejaron de editarse en soporte de papel.

3.1.-

Año 1999 comparado con el año 2008:

Observamos que en el año 1999, ingresaron en los Juzgado Criminales de Instrucción, 126.869 expedientes, quedando en trámite 17.303, habiéndose elevado a juicio 4.295 y archivándose 101.442 –ver pags. 67/70 del libro de estadísticas mencionado, elaborado por la CSJN-, cifra que aumenta a 124.634 expedientes concluidos, si sumamos a los archivados, las culminadas de otras formas, como ser

¹²⁴ El proceso donde se imputa el delito más grave, absorbe al más leve, art. 42, inc. 1º, del Código Procesal Penal de la Nación.

¹²⁵ Recordemos que el nuevo Código Procesal Penal entró en vigencia en el año 2002, pero los procesos iniciados a partir de ese año, comenzaron a ingresar a los Tribunales Orales recién en años posteriores.

rebeldías, prescripciones, incompetencias y conexidades, etc. (ver fs. 77 ter del legajo de documentación adjuntado a esta tesis).

Debemos tener en cuenta que en tal año los delitos denunciados con autor no identificados, tramitaban ante los Juzgados de Instrucción, en virtud que no se había sancionado la ley que creó el artículo 196 bis, que determinó que estas denuncias debían tramitarse ante la fiscalía¹²⁶.

Del estudio comparativo entre las causas ingresadas y las elevadas a Tribunal Oral ese año 1999, arroja un promedio de 3,39 % de elevación; es decir que en la etapa de instrucción, prácticamente el 76, 61 % de los delitos denunciados, quedaron impunes.

Y si realizamos la comparación entre procesos iniciados y condenas dictadas por los Tribunales Orales, notamos que ese índice de impunidad aumenta al 99 % aproximadamente.

Debemos señalar además que no todos los delitos son denunciados, sino solo un porcentaje de ellos (para algunos oscila entre el 30 y 70 %¹²⁷, al no denunciarse los hechos por resultar sus autores no individualizados, no tener el bien asegurado en caso de robo, poca significancia del hecho, dificultad burocrática para radicar la denuncia, etc.), con lo cual esa cifra de impunidad es mayor.

Otra forma de decir lo mismo, es que menos del 1 % de las personas que cometen delitos, resultan condenadas; y esto arroja un dato importante a la hora de afirmar la existencia de un criterio de selectividad, en un sistema penal en el cual solo el 1 % de los delitos cometidos y formalmente registrados, son finalmente sancionados con una condena¹²⁸.

Asimismo, en esta época solo aplicaban el instituto de la suspensión del proceso a prueba, los Juzgados Correccionales (564 causas suspendidas ese año –pag 79 del libro de estadísticas de la C.S.J.N. del año 1999-), no así los Tribunales Orales que lo hacían en limitados casos antes del fallo ACOSTA del año 2008 –confr. fs. 78/83 del mismo libro-.

La cifra de impunidad que hemos mencionado, no fue alterada sustancialmente luego de diez años, conforme el mismo análisis efectuado en las estadísticas correspondientes al año 2008 (ver pags. 49/54 del legajo de documentación acollarado).

Debemos aclarar que no es posible efectuar mayores comparaciones entre ambos años, en virtud de la incidencia que tuvo el número de expedientes sustanciados en los Juzgados de Instrucción, a partir del año 2001, la incorporación del art. 196 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

Por otro lado, analizando las estadísticas de los Tribunales Orales, pertenecientes a ese mismo año 1999, conforme se desprende de fs. 153/155 de las estadísticas publicadas por la C.S.J.N., advertimos una llamativa diferencia en las estadísticas.

¹²⁶ Ley 25.409, publicada el 20 de abril del año 2001.

¹²⁷ Al respecto nos remitimos a la cita sobre los dichos vertidos por Louk Hulsman.

¹²⁸ Si unimos ello a la cantidad de reincidentes que se declaran, no se puede más que deducir que esas sanciones están vinculadas especialmente a la precariedad de las personas que lo cometen y la modalidad utilizada para el hecho; es decir delitos sin planificación en la que sus autores suelen ser detenidos en flagrancia.

Mientras que los Juzgados de Instrucción admiten haber elevado a juicio ese año 4.295 expedientes, en los Tribunales Orales figuran ingresados 5.095 –confr. también pags. 77 bis/ 77 quáter, del legajo de documentación adjuntado a la tesis-.

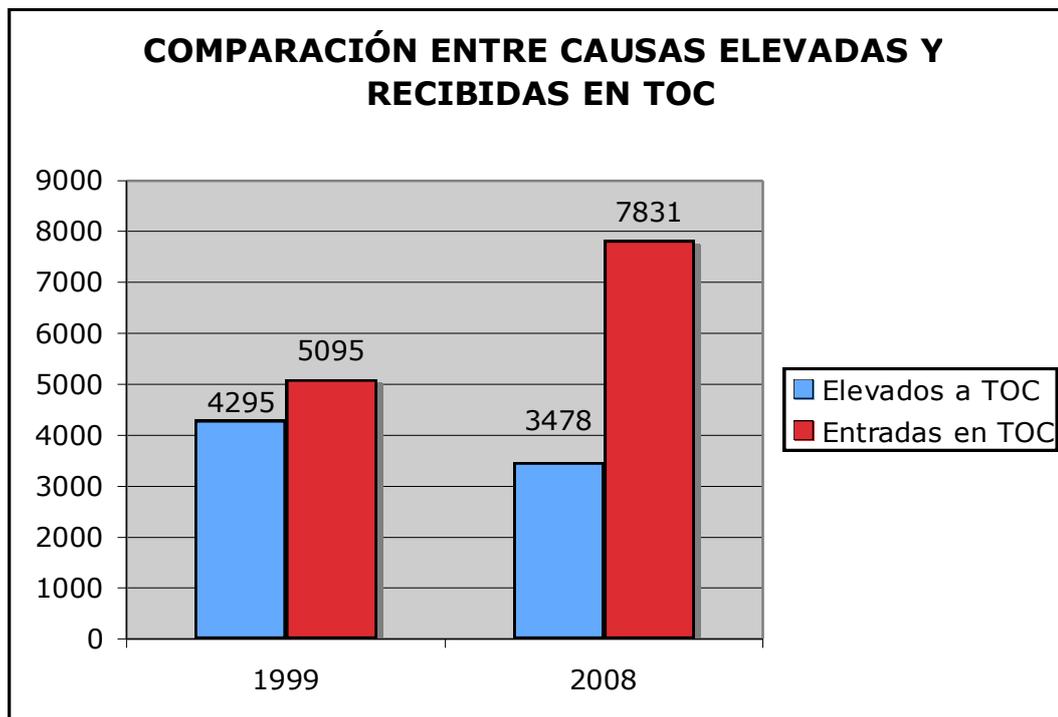
Como vemos no es un dato menor, hay una inaceptable diferencia de ochocientas causas, que demuestra la precariedad de estos datos, que paradójicamente son elaborados por la fuente oficial de estadísticas de los Tribunales del Poder Judicial de la Nación, al recabar los datos de todos los Tribunales, y sobre las cuales, junto a los datos del Registro Nacional de Reincidencia, se construyen el resto de las estadísticas vinculadas al funcionamiento de la justicia. Esta cuestión la trataremos más adelante, ya que tal diferencia aparece en forma abrumadora e incoherente en la estadística correspondiente al año 2008.

En tal informe estadístico se expone la existencia de 1.388 sentencias dictadas ese año: 655 condenas a prisión de efectivo cumplimiento; 512 condenas de prisión en suspenso; y 540 absoluciones –ver pag. 77 quáter del legajo documental citado-.

Asimismo, por el procedimiento del denominado “juicio abreviado” se dictaron 1571 sentencias, de las cuales resultaron 753 condenas a pena de prisión de efectivo cumplimiento y 984 a penas en suspenso –ver pag 77 quáter citada-.

Además, surge una cantidad de 3049 causas en trámite ante los Tribunales Orales –idem pag. 77 quater-.

Gafico 3: Comparación entre causas elevadas y recibidas en TOC.



Si observamos el cuadro comparativo precedente entre causas registradas como elevadas por los Juzgados de Instrucción a los Tribunales Orales en lo Criminal, y las causas informadas como ingresadas por los TOC, y procedemos a su análisis, ello arroja un resultado totalmente incoherente.

Las causas que ingresan a los tribunales Orales son las que elevan los Juzgados de Instrucción, más algunas veces y en forma sumamente excepcionalísima las que reciben los TOC por incompetencia de otro fuero –cosa que sucede muy esporádicamente porque a esa altura ya está determinada definitivamente la competencia territorial y también en función de la materia-, con lo cual la diferencia en las estadísticas entre los expedientes elevados (por los Juzgados de Instrucción) e ingresados (en los Tribunales Orales) no debe diferir mucho.

Sin embargo, en la estadística correspondiente al año 2008, surge que la cantidad de causas ingresadas a los TOC, es mucho más que el doble de las informadas como elevadas por los Juzgados de Instrucción, lo que resulta algo imposible y demuestra que existe un grueso error u omisión en los registros informáticos.

Es decir, o se están computando mayor número de expedientes que los que realmente ingresan en los TOC, o los Juzgados de Instrucción efectúan un incompleto informe (es decir menor) sobre la real cantidad de causas que elevan a dichos Tribunales Orales.

No se da una explicación de ello en ninguna fuente oficial.

Por las averiguaciones que estuvimos haciendo en el estudio de campo efectuado, creemos que, por un lado, se puede deber a que en muchos casos los expedientes son remitidos de un Tribunal a otro por cuestiones de conexidad subjetiva (art. 41 del C.P.P.N.), lo que genera un doble registro en Tribunales Orales del mismo expediente. Es decir, el mismo proceso elevado por un Juzgado de Instrucción a un TOC, es registrado por dos Tribunales. Pero las cuestiones de conexidad son la excepción y no la regla, con lo cual esta situación sólo puede suceder con muy pocos expedientes y nunca puede arrojar una diferencia tan grande como la correspondiente al año 2008, la que por otro lado no guarda relación con la cifra que en igual sentido se evidencia en la estadística correspondiente al año 1999, en donde existía el mismo inconveniente de doble registro de la conexidades.

Por otro lado -sostenemos que es la real causa de la diferencia-, hemos determinado que los datos contenidos en las estadísticas correspondientes al año 2008, ya no se establecen por los informes efectuados por los Juzgados de Instrucción, sino por los datos que éstos cargan en el registro informático.

Pero por lo que pudimos determinar, la mayoría de los Juzgados de Instrucción, continúa llevando un control manuscrito de expedientes, y no suelen cargar o lo hacen muy tardíamente, las resoluciones dictadas en el registro informático, con lo cual estamos en condiciones de aseverar que se trata de informes incompletos el número de causas elevadas a Tribunal Oral, que surgen de los registros computarizados de los Juzgados de Instrucción.

Además, concluimos en que el número de causas que ingresan a los Tribunales Orales, conforme lo informado por éstos en las estadísticas semestrales, es el que más refleja la realidad de lo acontecido –con la salvedad hecha de que siempre arroja un número un poco mayor a consecuencia de las excepcionales incompetencias y conexidades-, por la sencilla razón que tal número surge de un mero cotejo aritmético que arroja el libro de registro de causas ingresadas, que obligatoriamente lleva cada Tribunal, dado que a cada causa que ingresa se le otorga un número correlativo en cada Estrado, que necesariamente respeta el orden cronológico, con lo cual la determinación de expedientes allí ingresados es un dato siempre exacto.

En síntesis, de lo señalado en los párrafos precedentes –con la poca relevancia que se le otorga a la confección de las estadísticas en los Tribunales, como también a los registros, conforme se desprende del estudio de campo efectuado, y con las falencias apuntadas- no queda más que concluir en que las estadísticas elaboradas por la C.S.J.N. no resultan ser una fuente fidedigna ni reflejan la realidad de lo que ocurre en los Juzgados de Instrucción de la Capital Federal, no obstante lo cual el número informado de causas ingresadas a los Tribunales Orales (informe que efectúan los TOC individualmente), resulta ser un dato que se aproxima a la realidad.

Hechas tales salvedades, de la observación evolutiva de los años indicados, podemos advertir que mientras en el año 1999 en los Tribunales Orales en lo Criminal de Capital Federal ingresaron 5.095 procesos, en el año 2008 ingresaron 7831; es decir, casi se duplicó la recepción de expedientes en los T.O.C., mientras se mantuvo la misma cantidad de Tribunales y personal, como así también similar número de sentencias dictadas y de causas en trámite (pag 50, 70 y 77 ter del citado legajo y gráfico n° 3 precedente), con lo cual, la única forma de sobrellevar tal incremento de los procesos, sin alterar sustancialmente el promedio de expedientes, manteniendo el mismo nivel de debates y de Tribunales, lo es mediante el aumento de los juicios abreviados y la concesión del instituto de la suspensión del juicio a prueba, lo que será profundizado al analizar los institutos correspondientes.

Es más, mientras en el año 1999 se dictaron 1388 sentencias de debate, paradójicamente y con mayores recursos tecnológicos, en el año 2008, se dictaron menos sentencias: 1123.

Por otro lado, en el año 1999, se dictaron por juicio abreviado 1571 condenas, mientras en el año 2008 se dictaron 3113.

Es decir que luego de diez años se realizaron menos debates aumentando el número de sentencias ya que se duplicó la cantidad de condenas mediante el procedimiento del juicio abreviado.

En consecuencia, estamos en condiciones de afirmar como adelanto que el sistema penal en la Capital Federal, se sostiene mediante estos dos institutos seriamente cuestionados, por motivos antagónicos: La suspensión del proceso a prueba, por ser considerado muchas veces en su aplicación, como herramienta de impunidad; y, el juicio abreviado, precisamente por lo contrario, como la forma de aplicar sanciones penales, sin respeto a las garantías constitucionales mínimas, temas sobre los cuales nos explayaremos exhaustivamente al tratar cada uno de ellos en particular.

Por otro lado, observando las estadísticas correspondientes a los Juzgados en lo Penal Tributario, apreciamos un dato que nos permite inferir la ineficiencia de este nuevo fuero.

En efecto, con más de cinco años de funcionamiento, en el año 2008 (último al que tuvimos acceso), sobre un total de 1013 expedientes en trámite, se elevaron a juicio, entre los tres Juzgados, solamente 25 procesos; es decir, se elevaron por Juzgado, 8 causas a Tribunal Oral durante todo el año-ver pag. 66 del legajo adjunto-.

En los Juzgados Penal Económico advertimos una curiosidad que nos parece mucho más llamativa. Entre un total de 2835 causas en trámite al final del año 2835, han ingresado en el transcurso del año 2008, 1999 procesos, se han elevado a Tribunal Oral 316 y se han dictado 16 sentencias, con una cantidad de prescripción de 168 expedientes (pag. 62 del legajo). Por otro lado, los Tribunales Orales del fuero Penal

Económico, de 577 causas en trámite en el año 2008, solo realizaron 35 debates entre los Tres Tribunales (pag 70 del legajo). Por las consultas efectuadas a personal de los Juzgados de Primea Instancia, pudimos establecer que de las 16 sentencias informadas la mayoría son vinculadas a los delitos cambiarios vigentes en el procedimiento escrito anteriormente vigente, como también relativas a la ley 11.683.

No fue posible establecer si el número tan alto de prescripciones de la acción informadas eran consecuencia del término transcurrido o eran extinciones por pago. No obstante ello, consideramos que son prescripciones dictadas por el paso del tiempo, en atención a los delitos que surgen de la planilla de fs. 76 "E" del legajo documental; además por causa de pago voluntario, debería registrarse en el ítems "otras formas", lo que así nos fue indicado por Actuarios que se desempeñan en estos Juzgados a los que consultamos¹²⁹, con lo cual pareciera que en este fuero se utiliza el instituto de la prescripción como una especie de principio de oportunidad discrecional.

3.2.-

Suspensión del Juicio a Prueba en los Tribunales Orales en lo Criminal de la Nación:

Para determinar el número de resoluciones de suspensión del juicio a prueba dictadas en los Tribunales Orales, discriminados por delito, nos resultó sumamente difícil hacer una estimación.

Las estadísticas que se efectúan mediante el formulario confeccionado por la Oficina de Estadísticas de la C.S.J.N., no tiene ningún ítems específico, por lo que tuvimos que entrevistar a las personas que las confeccionan en los Tribunales en donde hicimos el trabajo de campo. Todas nos dijeron que como las suspensiones de juicio a prueba aunque no ponían fin al proceso, en definitiva se archivaban en legajos provisorios, las contabilizaban en la parte de egresos de expedientes, y a falta de un casillero específico, las asentaban en el rubro "otras formas". Asimismo junto a la planilla referida –una de las cuales reiteramos es agregada al legajo de documentación para su constatación- se remite un oficio en el que se informa la cantidad de suspensiones en tal sentido dictadas en el semestre, pero que no se detallan por delito.

En consecuencia, nos remitimos a los protocolos de interlocutorios para precisar un poco más en detalle los delitos a los que se las aplica con mayor frecuencia. Advertimos con sorpresa que en dos de los Tribunales consultados, las resoluciones correspondientes, no las agregaban a los protocolos, con lo que tuvimos que conformarnos con el Tribunal en donde sí se guardaban y cotejar unos legajos de archivo provisorio para ver directamente algunos expedientes.

De tal cotejo pudimos generalizar lo siguiente: que se conceden las probationes a los procesos con delitos leves, en general robo simple, no obstante lo cual hemos visto la concesión a muchas causas por el delitos de estafas y defraudaciones, por montos significativos y hasta con múltiples damnificados, sin resarcimiento real del perjuicio

¹²⁹ Dra. Fernanda De Loyola, Secretaria de Juzgado Penal Económico entre otros.

imputado, lo que provocó la oposición de los damnificados. También observamos muchos otorgamientos del instituto a imputados de delitos intermedios como robos agravados por el art. 167 del Código Penal.

Y esta observación se condice con lo que se puede inferir de las estadísticas de la C.S.J.N. correspondientes al año 2008. Se dictaron 1123 sentencias sobre un total de 4.023 causas, y se resolvieron mediante “otras formas” 2861 procesos (1034 al menos serían probations), la mayoría de los cuales lo fueron por delitos contra la propiedad, lo que surge de los informes desagregados remitidos por cada Tribunal (ver pags 50 y 76 “A”/ 76 “D”).

Esto mismo resultó coincidente con las preguntas efectuadas en las encuestas del trabajo de campo glosado en el legajo documental que se adjunta.

Debemos agregar a ello que recién a mediados del año 2008 la C.S.J.N. estableció el criterio amplio para el otorgamiento del instituto mediante el dictado del fallo “ACOSTA”, con lo cual se deduce claramente que el número de suspensiones de juicio a prueba dictadas en los Tribunales Orales en el año 2009, debe haber sido notoriamente superior, ya que en este último año se consolidó tal criterio.

Si a ello le sumamos que en el año 2008 se dictaron 3113 sentencias por el procedimiento de juicio abreviado, estamos en condiciones de afirmar que aproximadamente el 70 % del sistema penal de los Tribunales Orales de la Nación se sustenta en estos dos mecanismos, sin los cuales colapsaría, lo cual coincide con el resultado de las encuestas mencionadas que glosamos al legajo documental.

En efecto, pese a no contar con las estadísticas completas correspondientes al año 2009, pudimos tener acceso a la del primer semestre de ese año de los Tribunales Orales en lo Criminal de Capital Federal, y de ahí se aprecia que de un total de 4318 causas en trámite, se dictaron 1260 sentencias por juicio abreviado y sólo 508 mediante debate, con un total de 1145 resueltas mediante “otras formas” –en general probations-, correspondiendo estas últimas en su mayoría a delitos contra la propiedad (893) –ver fs. 74/5 del legajo documental-.

Lo grave de la lectura que podemos hacer de estos datos mencionados en los párrafos precedentes, es que el objetivo del sistema a través de los mecanismos citados, no es la resolución de los conflictos, sino el descongestionamiento de causas mediante un encubierto sistema de oportunidad procesal totalmente discrecional, al ser excepcionalmente recurribles las aludidas resoluciones judiciales. En tales condiciones, parece que ambas finalidades (descongestionamiento de expedientes y resolución de conflictos sociales), resultan antagónicas, lo que será profundizado al efectuar el análisis de “la suspensión del juicio a prueba” y del “juicio abreviado”.

3.3.-

Población carcelaria:

3.3.1.-

Condiciones de vida de las personas privada de su libertad:

Las condiciones de hacinamiento y superpoblación carcelaria, ya vienen siendo denunciadas en los informes publicados por el CELS, correspondientes a los años

2002/3 (pags.273/285), 2005 (pag169/207), y 2008 pags. 162/173) precisándose los detalles y datos estadísticos relevados, remitiéndonos además a lo tratado en el Título anterior.

Según información del Sistema Nacional de Estadística Sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) del Ministerio de Justicia, en los últimos diez años, la población carcelaria total en el país, creció más del 80 %: de 29.690 detenidos en el año 1997, a 52.457 en el año 2006¹³⁰ (ver fs. 48 bis del legajo documental), sin relación con el incremento de la cantidad de habitantes en la Argentina en tal período.

3.3.2.-

Detenidos preventivamente sin sentencia firme:

La Argentina maneja un nivel muy alto de presos preventivos. En el año 2006, estadística que hemos podido obtener, el 63 % del total de las personas privadas de su libertad, no tenían condena firme. En la provincia de Buenos Aires, este porcentaje se eleva al 73 % (confr. pags. 153/4 del informe anual del CELS correspondiente al año 2008). Ello es así, a tal punto que el Comité Contra la Tortura, órgano creado por la Convención Contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, al evaluar la situación en la República Argentina, en el mes de noviembre del año 2004, en su 33° períodos de sesiones, recomendó a nuestro Estado, que revise su legislación y prácticas en materia de detención preventiva, “a fin de que la imposición de la prisión preventiva se aplique sólo como medida excepcional”.

3.3.3.-

Estadísticas de personas detenidas, elaboradas por el S.P.F:

De las estadísticas del Servicio Penitenciario Federal, sobre personas detenidas al 4 de julio del año 2008, en la jurisdicción nacional, surge que del total de privados de su libertad (5.360), más de la mitad lo están en carácter preventivo, es decir sin condena firme (2.792 procesados entre jóvenes adultos -339- y mayores -2453-). –ver fs. 1 del legajo de documentación que acompaña a esta tesis-.

El número de detenidos aumentó al 26 de febrero del año 2010¹³¹ a 5469, mientras la cantidad de personas privadas de la libertad preventivamente es de 2721, es decir que ese porcentaje no ha sufrido alteración sustantiva –ver fs. 2 del legajo de documentación aludido-.

Como conclusión podemos afirmar que la mitad de los detenidos en la jurisdicción nacional –no Federal- de S.P.F. lo están en carácter precautorio, como medida cautelar, es decir, revistiendo a su respecto la presunción de inocencia consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Este número, a su vez, es muy superior si tomamos en cuenta las estadísticas de detenidos en los Fueros Federales exclusivamente y en todo el país, y si además

¹³⁰ No existen datos más recientes al momento de la realización de la Tesis.

¹³¹ Dato que hemos actualizado por haber sido publicado luego de la confección de la presente tesis.

añadimos los detenidos en Comisarías, Prefectura Naval y Gendarmería Nacional, conforme fuera advertido por el CELS en los informes aludidos en el título anterior.

Siguiendo con los datos del S.P.F. en todo el sistema Federal, hemos realizado un estudio longitudinal desde el año 1979 hasta el año 2007 (últimos registros con los que contamos), obrante a fs. 37 vta., advertimos algo sumamente preocupante:

En el año 1979, en pleno proceso militar, la cantidad de detenidos preventivos era de 3.194, y de condenados 2.585.

A fin de la dictadura militar (autotitulada como “proceso de reorganización nacional”), en el año 1983, la cantidad de procesados eran 1983, y de condenados 2763. Es decir que había menos detenidos preventivos que condenados (siempre que la cantidad de procesados no se trate de un error al confundirlo con el año, cosa de que dudamos porque se asemeja a las cifras relativas del año 1982). Advertimos que entre los años 1980 y 1983, fue disminuyendo notablemente la cantidad de detenidos cautelarmente.

En el primer año de instauración de la democracia, en el año 1984, los detenidos procesados eran 1212 y los condenados 1050, es decir continúan existiendo nuevamente, a partir de ese año, más detenidos condenados que encarcelados preventivamente.

Pero paradójicamente, si tomamos los guarismos posteriores al año 1994 (fecha en la cual se reformó la Constitución Nacional, incorporándose a ella los tratados internacionales de derechos humanos, que en su mayoría reforzaron el principio de inocencia y las garantías individuales en los procesos penales, como también se hallaba en funciones el nuevo proceso oral), hasta el presente, notamos sorprendidos que la cantidad de detenidos en forma cautelar, superó ampliamente a la cantidad de detenidos condenados. Esta cifra adquiere especial relevancia, en el año 2007, en la cual, los primeros ascienden a 5.038, mientras que los condenados descienden a 3.943, sobre el total de 9.024 detenidos (reiteramos analizar el cuadro glosado a fs. 37 vta. del legajo de documentación adjunto).

Es decir, que se fue incrementando notablemente la cantidad de personas detenidas mientras rige sobre ellas el principio de inocencia, por sobre la cantidad de personas declaradas culpables en los centros de detención del país.

Esto nos permite deducir una conclusión que determina la corroboración de parte de nuestra hipótesis inicial: La entrada en vigencia de una reforma constitucional –como así también un proceso penal- más garantista de los derechos humanos –en donde se refuerza reiteradamente la proclama del principio de inocencia-, no se vio reflejada en la aplicación del sistema penal, que –al menos en ese aspecto de la detención preventiva- no mejoró esa situación, sino que la empeoró al incrementar notoriamente el número de personas privadas de la libertad, sin condenas¹³².

Es verdad que el aumento delictivo está influenciado en alguna medida por el aumento de la población, lo que repercute en el incremento del índice delictivo y, consecuentemente, de la población carcelaria, pero de ninguna manera puede aceptarse un incremento a esos niveles. La cantidad de habitantes en el estado, en ese

¹³² Ver en tal sentido FERRAJOLI Luigi, ob citada, Derecho y razón, y la distinción que hace entre “*modelo constitucional y funcionamiento efectivo del sistema*”, pág 852.

período siquiera se duplicó, mientras que la población carcelaria aumentó, multiplicándose por más de siete.

Debemos ser honestos y mencionar cuestiones que no surgen de las estadísticas apuntadas, tales como que durante la última dictadura militar, existieron numerosas personas privadas de la libertad no registradas, e inclusive el análisis que hacemos lo es a nivel cualitativo, sin valorar consideraciones como trato penitenciario a los internos y condiciones de detención. Pero las cifras de incremento de la población carcelaria aparecen como un dato alarmante que marca serias falencias del sistema democrático, y sobre todo, del declamado garantismo posterior al año 1994, al menos en su vinculación con la conflictividad social y el sistema judicial.

3.3.4.-

Pertenencia social de los detenidos:

No hemos podido obtener ningún informe estadístico para determinar pertenencia social de los detenidos en las cárceles, no obstante poder inferirse ello de la situación de hacinamiento y superpoblación en la que viven (señaladas en los informes del CELS citados reiteradamente a lo largo de esta investigación), que necesariamente deben ser vinculados a las clases sociales más pobres del país.

No obstante, pudimos corroborar ello del contacto con detenidos que hemos mantenido, del Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –Ex unidad Dos “Devoto”-, como Del Complejo Penitenciario Federal n° 1 de Ezeiza (donde se encuentran las personas detenidas por delitos imputados en la Capital Federal), donde advertimos nítidamente la circunstancia mencionada en el párrafo anterior. Y si bien no hemos mantenido contacto con todos los detenidos, sino con algunos pocos de ellos, hemos tenido la posibilidad de observar las filas que se forman en ambas unidades para el ingreso los días de visita, confirmándose esa apreciación también del contacto con los familiares y amigos de los internos, en relación a su vestimenta y vocabulario, que dan una pauta objetiva del estrato sociocultural al cual pertenecen, teniendo en cuenta además que existen muchas personas detenidas que por su propia situación de marginalidad no reciben visitas con asiduidad.

Pero el dato más objetivo, lo podemos también inferir de los detenidos que cuentan con defensa oficial, que son precisamente quienes carecen de recursos económicos para contratar un abogado de su confianza, y aunque vinculado a la Provincia de Buenos Aires, ello es reflejo de la situación similar en la Ciudad de Buenos Aires. Allí, alrededor del 80 % de las personas privadas de libertad, recurren a tal patrocinio (confr. citado informe estadístico del CELS, del año 2008, pag 158).

Asimismo, del Trabajo de campo que realizamos en los Tribunales Orales y Juzgado Correccional, escogiendo al azar algunos legajos personales de imputados detenidos, pudimos apreciar que todos ellos, pertenecen a grupos sociales marginados, habitando en barrios de emergencia, casas usurpadas, hoteles o pensiones precarias, y plazas o lugares públicos como debajo de puentes o autopista.

Por otro lado, esa fue la misma percepción afirmada por la totalidad de los encuestados en el trabajo de campo, cuyo formulario obra glosado en el legajo documental.

Es decir que todos los datos recabados de distintas fuentes y trabajos de campo, como las apreciaciones y lecturas que pueden desprenderse de ellos, llevan concordantemente a la misma conclusión: Que la casi totalidad de los detenidos, sobre todo los que lo están en forma cautelar, pertenecen a las clases sociales de menores recursos económicos.

Nos llamó la atención en el trabajo de campo efectuado en tres Tribunales orales, del acceso a algunos expedientes en trámite con imputados detenidos, que al leer los incidentes de excarcelación, pese a imputárseles delitos leves, el argumento para denegarles la excarcelación, en algunos casos fue la cantidad de antecedentes que registraban, la posibilidad de ser declarados reincidentes, o la imposibilidad de otorgársele una condena de ejecución condicional en caso de resultar eventualmente condenados, como así también la identificación con varios nombres por haber aportado sus datos filiatorios falsos. Pero el argumento que se plasmó conjuntamente en todos ellos, fue la ausencia de arraigo, fundamentada en la inestabilidad de su lugar de alojamiento en caso de recuperar la libertad¹³³.

De más está señalar que la totalidad de estos detenidos tenían designados defensores oficiales.

Esto demuestra claramente la pertenencia social de la mayoría de las personas privadas de su libertad, más aún con el fundamento denegatorio de su excarcelación basado en su carencia de arraigo estable¹³⁴.

¹³³ Ver a título de ejemplo, que opera como un muestreo de lo que estamos afirmando, y que hemos notado en la mayoría los expedientes consultados, los motivos que generaron el dictado de la prisión preventiva a los imputados en los sumarios n° 50.338/09 y 11.547/10, que son los mismos que acabáramos de señalar, tratándose tales hechos de delitos leves (uno por haber comido pizza y no tener dinero para pagar, y otra por haber intentado apoderarse de una cartera mediante un tirón) –confr. copia de las resoluciones obrantes a fs. 118/124 y 132/136 del legajo de documentación adjunto-. Frente a ello notamos que en uno de los casos de corrupción económica más importantes de la historia de la Nación (conocido públicamente como el caso IBM-Banco Nación), los siete autores del hecho que resultaron condenados por el T.O.C.F. n° 3 de Capital, por los delitos de administración fraudulenta agravada y cohecho (Adalco, Contartese, Dadone, Gaggero, Soriani, Cattaneo y De Lellis), lo fueron a penas de prisión dejada “en suspenso”, luego de 16 años de sustanciación, y obviamente con los imputados excarcelados –confr. fs. 92 bis y 92 ter del citado legajo-. Es decir, se ve claramente vulnerado el principio de igualdad ante la ley y de proporcionalidad entre el daño ocasionado por el hecho y su sanción.

¹³⁴ No deja de llamar la atención, que pese a ser el argumento fundamental con el cual se deniega la excarcelación a las personas carenciadas, en la única oportunidad en la cual tuvimos acceso a un razonamiento opuesto al señalado, fue precisamente para otorgar el instituto a una persona de importantes recursos económicos, cuya discusión sobre el arraigo se basaba en su condición de extranjero, imputada nada menos que de unos de los hechos de corrupción económica más trascendente de los últimos años, conocida como caso “Skanska”. Allí, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, hace lugar a la excarcelación del imputado López, sosteniendo que no comparte: “el argumento del Tribunal en punto a que López no tiene arraigo por ser inquilino de la casa que habitaba, toda vez que la evaluación sobre la sujeción del imputado al proceso no debe construirse exclusivamente desde su situación patrimonial, a riesgo de violentar el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional. Por ello, si bien el encausado no tendría propiedades a su nombre, su condición de locador y los informes incorporados... permiten acreditar que posee domicilio permanente y residencia fija en el país...”. Sala IV. López, Adrian Felix s/rec de casación”. Lopez, se encontraba imputado como jefe de una asociación ilícita tributaria, habiéndose rechazado la excarcelación en las dos instancias inferiores porque entendieron que “el arraigo de López sería dudoso, toda vez que el nombrado vivió en el exterior del país desde fines de 1999 a principios del año 2002, ... y el medio de vida del nombrado habría sido ‘el trabajo’ en la sociedad en que se ha considerado como inexistente o “fantasma” en los autos principales.

Esto lleva inherente una grave lectura que podríamos hacer del sistema de encarcelamiento preventivo en el proceso penal en la Capital Federal: Si una persona extremadamente pobre es imputada de un delito, le será dificultoso acceder al instituto de la excarcelación, lo que vulnera gravemente la esencial garantía de igualdad ante la ley, ya que no se trata de igual forma a un sujeto sometido a proceso penal, si cuenta con bienes materiales que le permita tener una vivienda estable.

Ello, no obstante apreciar que el argumento de la denegatoria es que no será posible ubicar en el futuro a quien no tenga un lugar de residencia estable porque se ignorará su paradero; pero ello no es una condición que deba perjudicar al imputado carente de recursos, cuando es el propio estado el que incumple la obligación contenida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Es el mismo estado que le impone un castigo a una persona por una obligación que el propio estado no cumple; algo irracional inaceptable en un sistema republicano de gobierno.

Sin embargo, conforme el estudio de campo realizado, el sistema jurídico en la mayoría de los casos actúa de esta manera con el encarcelamiento preventivo, lo cual analizaremos en profundidad al tratar el instituto de la excarcelación.

3.3.5.-

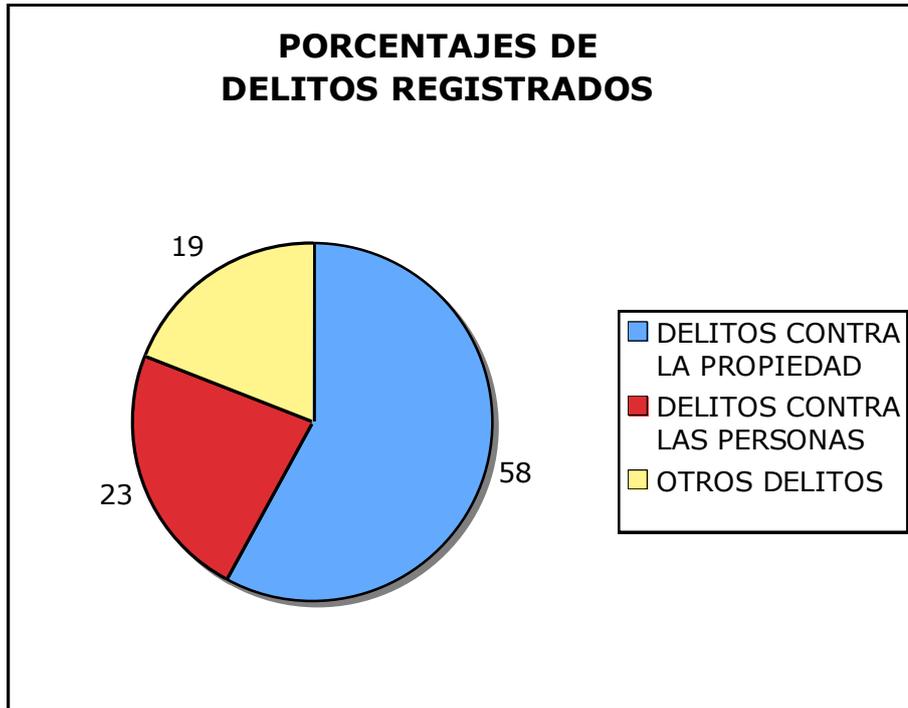
Clases de delitos imputados a las personas encarceladas:

Este tema, no solo se desprende de la comprobación efectuada en el estudio de campo realizado; es bien percibido por importantes doctrinarios y juristas argentinos:

“La comunicación social proyecta una imagen particular del resultado más notorio de la criminalización secundaria –la prisionización-, dando lugar a que en el imaginario público las prisiones se hallen pobladas por autores de hechos graves, como homicidios, violaciones, etc. (los llamados delitos naturales), cuando en realidad, la gran mayoría de los prisionizados, lo son por delitos groseros, cometidos con fin lucrativo (delitos burdos contra la propiedad y trafico minorista de tóxicos, es decir, operas toscas de la criminalidad)...En la sociedad tiene lugar un entrenamiento diferencial, conforme al grupo de pertenencia, que desarrolla habilidades distintas según la extracción y posición social (clase, profesión, nacionalidad, origen étnico, lugar de residencia, escolaridad, etc.). Cuando una persona comete un delito, utiliza los recursos que le proporciona el entrenamiento a que ha sido sometida. Cuando estos recursos son elementales o primitivos, el delito no puede menos que ser grosero (obra tosca). El estereotipo criminal se compone de caracteres que corresponden a personas en posición social desventajosa –y por lo tanto, con entrenamiento primitivo-, cuyos eventuales delitos, por lo general, solo pueden ser obras toscas, lo que no hace más que reforzar los prejuicios racistas y clasistas, en la medida en que la comunicación oculta el resto de los ilícitos que son cometidos por otras personas en forma menos grosera o muy sofisticada, y muestra las obras toscas como los únicos delitos...” ZAFFARONI Eugenio Raul, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, Derecho Penal, Parte General, editorial Ediar, año 2002, segunda edición, Buenos Aires, pag 10/11.

4.- ESTADÍSTICAS DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE POLITICA CRIMINAL.

Gráfico 4. Porcentajes de delitos registrados en 2007

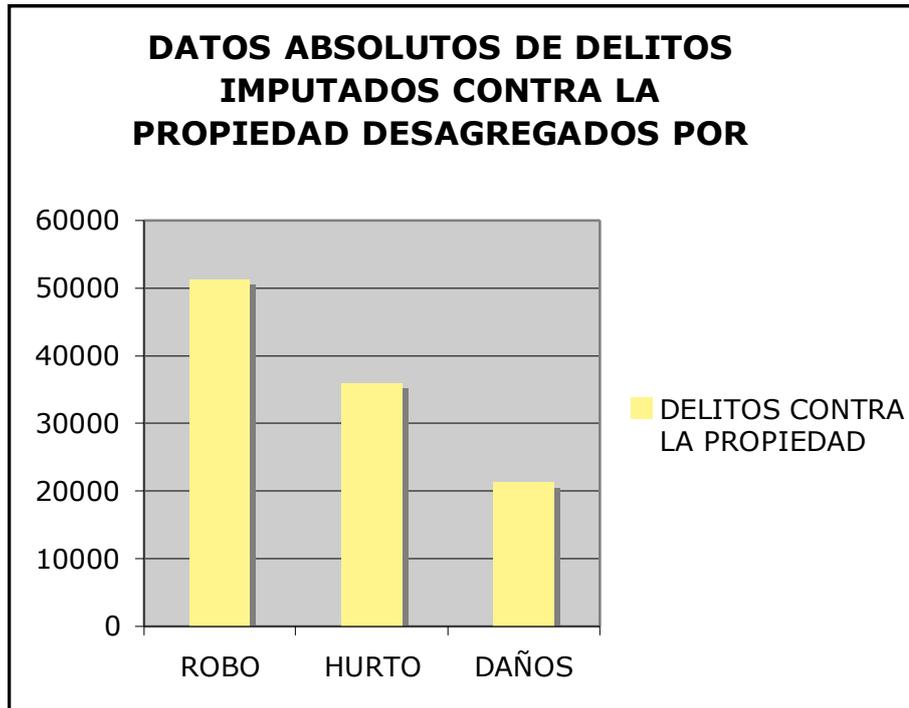


Fuente: Estadísticas de la Dirección Nac. de Política Criminal del Ministerio de Justicia. 2007.

Del sistema nacional de información criminal perteneciente a la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia, elaborada al año 2007, se determina que a nivel nacional, la cantidad de delitos registrados, se distribuye de la siguiente manera: El 58 % de delitos contra la propiedad, el 23 % de delitos contra las personas, y el 19 % conformado por otros delitos (fs. 5 del anexo documental que acompaña esta tesis).

Debemos remarcar que aquí se hace referencia a los delitos efectivamente denunciados o investigados, que no son la totalidad de los cometidos, sobre lo que hemos hecho alusión al referirnos a la denominada "cifra negra del delito".

Gráfico 5. Datos absolutos de delitos imputados contra la propiedad desagregando por tipo.



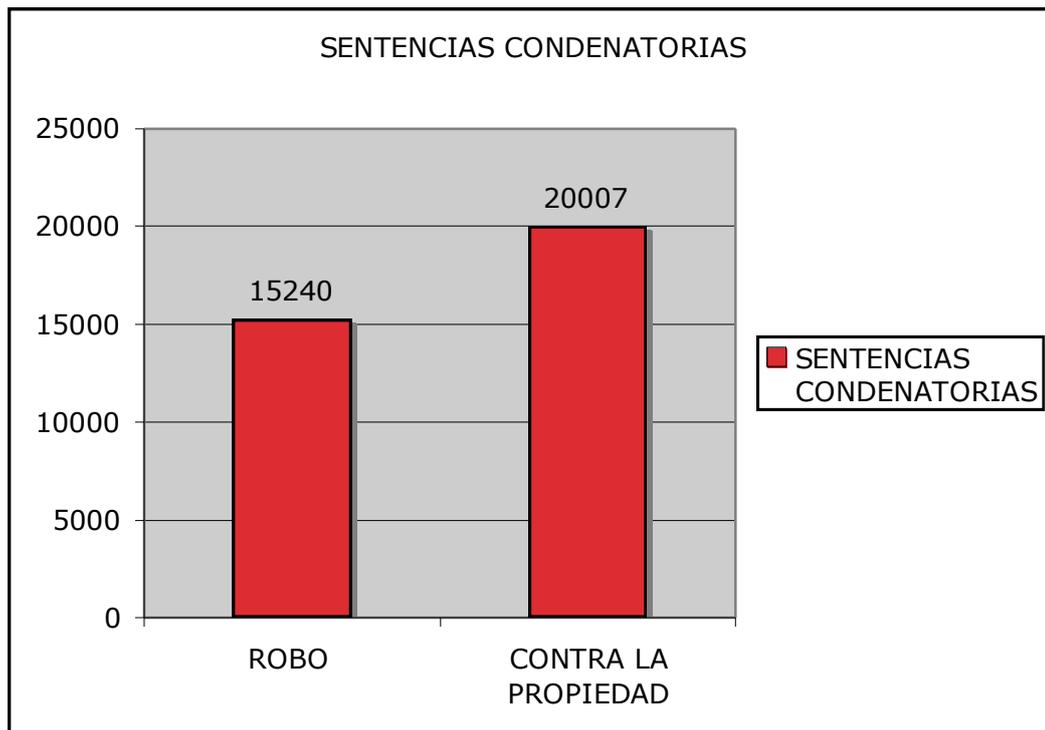
Fuente: Estadísticas de la Dirección Nac. de Política Criminal del Ministerio de Justicia. 2007

Asimismo, de los imputados por delitos contra la propiedad, conforme se puede apreciar del cuadro de fs. 18 vta., la mayoría lo son por los delitos de robos (51.362), hurtos (35.857) y daños (21.204); la diferencia respecto de los demás delitos es elevadísima.

Aquí nos referimos a delitos que son efectivamente adjudicados a algún autor determinado.

Del cuadro de fs. 19 vta. del legajo de documentación, se determina que la mayor cantidad de sentencias condenatorias, en el relevamiento a nivel Nacional correspondientes al año 2007, se dictaron contra personas imputadas de la comisión de delitos de robos (15.240) y de los demás delitos contra la propiedad (20.007), siendo notoriamente superior al resto de los delitos (ya que le siguen por cantidad, las condenas por delitos contra las personas -4890- y por el resto de los delitos su número es mucho menor- (ver asimismo gráficos 1, 4 y 6).

Gráfico 6: Sentencias condenatorias



Fuente: Estadísticas de la Dirección Nac. de Política Criminal del Ministerio de Justicia. 2007

Sólo debemos aclarar, en relación a esto último, que no advertimos el motivo por el cual se escinde a los robos del resto de los delitos contra la propiedad, y por qué respecto de las condenas por ilícitos contra la propiedad no se efectúa el detalle de los que comprenden las mismas, como se hizo con respecto a los hechos “imputados” (ver fojas 14 vta. y 15 del legajo personal, en donde obran parte de las estadísticas del Ministerio de Justicia), que es muy relevante para establecer la gravedad de los hechos, como ocurre por ejemplo al consignar los hurtos –como delitos leves- y con los robos con armas –como delitos graves- (ver fs. 17, en donde incluso se discriminan los robos con armas simples y con armas de fuego). No obstante ello, si unimos este cuadro –aún con las falencias apuntadas-, al de los delitos imputados (a personas determinadas) en todas las estadísticas relevadas (ver pags. 3/19), apreciamos que la mayoría lo son por delitos de robos no graves –es decir robo simple o con algún agravante como los previstos en el artículo 167 del Código Penal- y por hurtos. O sea que la enorme mayoría de los procesos por los cuales se dictan condenas, son por delitos leves o intermedios.

Si bien tenemos el mismo problema al analizar las estadísticas de la Corte Suprema, al figurar los delitos consignados en forma no desagregada, sino por el bien jurídico protegido, -es decir se consignan como delitos contra la propiedad-, lo cierto es que del estudio de campo efectuado en algunos Tribunales Orales de Capital Federal, pudimos apreciar que en las condenas dictadas, esos delitos contra la propiedad, se componen principalmente por delitos de robo simple o con alguna de las agravantes del artículo 167 del Código Penal, y algunos pocos delitos de estafa de escaso monto económico, cometidos mediante burdos ardides; y, en los Juzgados Correccionales, lo componen en su mayoría los delitos de hurto, y en menor medida, los daños contra la propiedad.

Una cosa que nos llamó la atención, es que del estudio comparativo entre cantidad de hechos registrados y condenas dictadas, el delito que reviste menor grado de impunidad (junto a los delitos contra la seguridad pública), es el homicidio doloso: Sobre 2071 hechos registrados en el año 2007, se dictaron 1.026 sentencias condenatorias, es decir un 49,54 % de efectividad del sistema, cifra que se aleja abismalmente en relación al el resto de los delitos (ver pág. 36 del legajo de documentación).

Como conclusión de las estadísticas hasta aquí atendidas, estamos en condiciones de afirmar que la mayoría de las condenas que se dictan en el ámbito nacional, pero sobre todo en la jurisdicción de la Capital Federal, lo son contra personas que se les imputa los delitos de robo y hurtos, siendo que también, el robo, se trata del delito por el cual existen mayor cantidad de personas detenidas. Y si bien ello resulta tener cierta vinculación con la cantidad de hechos de tal naturaleza registrados, no podemos afirmar que se trate de la totalidad de los delitos cometidos en la sociedad, sino solamente que son los más denunciados.

5.-

TRABAJO DE CAMPO: CONCLUSIONES:

Del trabajo de campo efectuado en Tribunales Orales Nacionales de Capital Federal (cuyas observaciones parciales hemos ya adelantado), conjugado ello con el resto de las estadísticas mencionadas, podemos señalar las siguientes apreciaciones, a las que pueden asignárseles un valor relativo, no obstante revestir para nosotros una gran importancia, por permitirnos acceder a detalles que de otra forma nos hubiera sido imposible haber obtenido, pero debemos aclarar que se trata de datos observados en un porcentaje ínfimo de Juzgados existentes:

Más del 60 % de los imputados que registran causas en trámite en estos Tribunales Orales, tienen defensor oficial, aumentando notablemente ese porcentaje si contabilizamos solo a los imputados detenidos, enrostrándosele a la gran mayoría de los encarcelados, el delito de robo simple, o con algún agravante establecido en el artículo 167 del Código Penal.

Que la mayoría de las personas detenidas cautelarmente, lo están por imputársele este delito –robo-, mientras unas pocas lo están por robo con armas de fuego y en poblado y banda –en concurso real- (es decir, por delitos que podríamos considerar como cometidos con cierto grado de organización), o delitos naturales como homicidio doloso o abuso sexual grave.

Que la mayoría de los delitos por los que se dictan condenas mediante el procedimiento de juicio abreviado, lo son por delitos de robo o robo con el agravante citado (art. 167 CP), con la característica de que las condenas que recayeron, o lo son de ejecución condicional, o lo son a una pena de prisión de efectivo cumplimiento inferior a tres años –en mayor número-, lo que permitió recuperar la libertad del detenido precautoriamente, en un tiempo muy próximo al del dictado de la sentencia, siempre posterior a la individualización de la pena plasmada en el acuerdo prestado para este tipo de juicio. Esto se compadece con las estadísticas del Servicio

Penitenciario Federal, en relación a que la mayoría de los detenidos lo están en forma preventiva, ya que recuperan su libertad antes de ser sometidos al régimen de progresividad, exclusivo para condenados y excepcionalmente para procesados que se sometan voluntariamente.

Se advierte también de este estudio de campo que prácticamente no existen procesos en trámite por el delito de cohecho, ni por lo tanto registros de sentencias condenatorias. Hemos tenido acceso solo a dos procesos de este tipo en trámite en tres Tribunales chequeados, y se trataba de cuestiones insignificantes de empleados de bajo rango equiparados a funcionarios por el art. 77 del Código penal. Ello, pese a que de denunciarse este delito en el ámbito del desempeño funcional de las autoridades del Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, la sustanciación es competencia de los Tribunales Orales en lo Criminal.

Este trabajo de campo resultó importante, porque si bien en las estadísticas figuran un cierto número de condenas por delitos cometidos contra la administración pública, ello lo son en su mayoría por el delito de encubrimiento o encubrimiento agravado y en poca medida por el delito de falso testimonio. Pero prácticamente no existen condenas por otros delitos como el cohecho, negociaciones incompatibles con la función pública o similares, entre los tantos tipificados en el Título XI, del libro Segundo, del Código Penal, más que algún atentado o resistencia a la autoridad menor que concurre en general con algún robo y que se ven en mayor medida, en forma autónoma, en los juzgados Correccionales.

Observando los protocolos de sentencias, advertimos que las pocas condenas que se dictan por los delitos de defraudaciones o estafas, lo son por hechos que no contienen un ardid sofisticado, sino burdas maniobras fáciles de detectar, o abusos de confianza menores cuya prueba de cargo redundaba en el proceso.

Podemos citar como ejemplo de relevancia, el vinculado a un proceso en trámite, ventilado en el ya citado sumario n° 50.338/09 del registro informático¹³⁵, en donde los hechos imputados son estafas reiteradas, consistiendo los mismos en que en tres oportunidades uno de los imputados comió pizza en un bar y no la abonó. El imputado resultó procesado solo por uno de esos tres hechos, y al decretarse el correspondiente auto de procesamiento, se le dictó la prisión preventiva por registrar antecedentes condenatorios, por figurar registrado en el Registro Nacional de Reincidencias con otros alias, y por haber quedado rebelde en otro proceso (confr. resolución de marras que en copia obra glosada en el legajo de documentación anexo a fs. 118/124). Este proceso culminó con el dictado de una sentencia condenatoria a una pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento, mediante el procedimiento de juicio abreviado (ver fs. 125/130 de citado legajo), pese a su precaria situación material (que se desprendía del informe socioambiental, ver fs. 131 del legajo adjunto) lo que también guarda relevancia para el análisis de este instituto, del de excarcelación, y el del principio de significancia que evaluaremos al analizar los delitos de robos y hurtos en particular.

También notamos la existencia de muy pocas condenas por defraudaciones de montos significativos, pero la comisión del delito databa, en general, de más de cinco años (es decir que la sustanciación de los procesos fue superior a cinco años, llegando

¹³⁵ Sumario n° 50.338/09 del Juzgado de Instrucción n° 16, Secretaría n° 111, caratulado “CONTE Héctor Daniel y ALARCÓN David Emanuel, por estafas reiteradas.

en general a un promedio de entre cinco y ocho años de trámite), y pese a la importancia de los montos dinerarios que se trataban, en algunos casos recayeron sentencias condenatorias mediante el proceso de juicio abreviado, y siempre con el dictado de una condena de ejecución condicional. Algunos de estos procesos registraron además unificaciones mediante el sistema compositivo, también con una pena única en suspenso, o mediante diferentes procesos acumulados.

Asimismo, en los Juzgados Correccionales a los que tuvimos acceso, como dato relevante, podemos señalar que la casi totalidad de los juicios abreviados dictados, lo son por delitos contra la propiedad, comprendidos en su mayoría por hurtos, y en forma excepcional por daños a la propiedad, o delitos contra las personas.

Los pocos detenidos que existen por Secretaría (entre uno y siete, mediante un relevamiento muy fluctuante, que depende de la proximidad temporal con que el Juzgado de encuentra del turno de denuncias), lo están por imputárseles el delito de hurto, revistiendo antecedentes condenatorios la totalidad de ellos, y en su mayoría por ser apresados en flagrancia, intentando sustracciones toscas de poca significancia material.

En síntesis, de lo observado y plasmado precedentemente, podemos reafirmar que el delito de robo, es aquel por el cual, en el sistema penal de la Capital Federal, se condena y encarcela a la mayor cantidad de personas, tratándose en su casi totalidad de sujetos de condición sociocultural baja; es decir de sujetos con escasos o carentes recursos económicos.

Frente a ello, uno de los delitos de menor registro, y casi nula condena, son los denominados "delitos económicos", y sobre todo cometidos contra la administración pública, o por funcionarios pertenecientes a ella, o empresarios privados en connivencia con aquellos.

PARTE SEGUNDA:

DELITOS E INSTITUTOS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

Para verificar si las afirmaciones adelantadas en los títulos precedentes se cumplen, a continuación analizaremos los institutos concretos del derecho penal que aparecen como garantía de un sistema penal más justo o equitativo, y los delitos que consideramos más importantes al respecto, lo que permitirá así arribar a una fundada conclusión.

Estos son:

a) Los delitos:

El cohecho y las negociaciones incompatibles con la función pública (en el ámbito de la corrupción pública) por un lado, y por el otro, los delitos de robo y hurto, analizando luego su vinculación con la igualdad ante la ley, por ser grupos de delitos antagónicos, en cuanto a los registros condenatorios relevados, siendo casi exclusivamente –estos últimos- los que se resuelven mediante los denominados “juicios abreviados”.

b) Los institutos:

La prescripción de la acción penal; la suspensión del proceso a prueba; la excarcelación, y el juicio abreviado.

DELITOS

CAPÍTULO VI.

DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA.

1.-

Aclaración preliminar:

Desde el relevamiento estadístico efectuado, nos encontramos en condiciones de afirmar que, algunos de los delitos más graves que se cometen y con mayor índice de impunidad, son los económicos vinculados a la función pública, que suelen denominarse “delitos de corrupción pública”¹³⁶. Ello en su análisis comparativo frente

¹³⁶ “la corrupción es algo más que un acto porque encierra una interacción social –que en términos normativos calificamos disvaliosamente- entre sujetos que toman parte de una relación social. Funcionarios públicos, empresarios y empresas se relacionan entre sí en el espacio social del mercado a

a los delitos de robos y hurtos que son aquellos por los que fundamentalmente se encarcela a las personas en el sistema penal.

Esto -no obstante su eminentemente naturaleza política- denota una evidente trascendencia jurídica.

La corrupción de la función pública y la impunidad de la que gozan éstos funcionarios –también los privados que los asisten y quizás más se benefician- resulta alarmante¹³⁷, pese a la existencia de numerosas conductas tipificadas en el Código Penal, relativa a la buena administración pública y a la creación de tratados internacionales, como en especial la *Convención Interamericana contra la Corrupción – ratificada por ley 24759 del 13/1/97*, y el dictado de la Ley 25188 de ética pública¹³⁸.

Es precisamente el funcionario público el que tiene la responsabilidad de prevenir y sancionar la corrupción económica, tanto privada como pública y mixta; de ahí que creemos que es el engranaje principal de esas prácticas delictivas.

Por tal motivo será dedicada a esta cuestión un especial y profundo análisis, tratando de determinar en primer lugar las causas que pueden generar un alto grado de corrupción vinculado a la administración pública. Luego analizaremos el delito por excelencia que afecta esta relación de confianza entre funcionario público y sociedad, en la cual intervienen generalmente grupos de empresarios privados, que se traducen en contratos, concesiones y licitaciones públicas -celebrados entre funcionarios públicos y empresarios particulares-.

Concretamente resulta de vital importancia efectuar un análisis del artículo 265 del Código Penal y luego referir al cohecho pasivo y a su posibilidad de ser tipificado el acto de tentativa.

La intención es realizar un exhaustivo análisis dogmático de este último delito. Ello es para que se advierta lo sumamente desarrollado que está su estudio teórico, no obstante lo cual, su aplicación es excepcional.

Asimismo intentaremos exhibir cómo la doctrina y jurisprudencia fue afinando su interpretación, como para descartar de la figura la tentativa del cohecho pasivo -siendo la que es dentro de esa excepcional aplicación-, una de las formas más habituales de detección en la práctica investigativa.

Finalmente, haremos referencia a los delitos de robo y hurto, que son los ilícitos por los cuales más condenas se dictan y, reiteramos, más gente se prisioniza.

Aclarado ello, y reseñada la forma de desarrollo de los temas a tratar, a continuación se formularan, en una prieta síntesis, alguna de las causas histórico-

partir de una serie de intercambio...” “la práctica democrática en la Argentina contemporánea revela que en el corazón de los cimientos políticos del orden social el delito económico y la corrupción están presentes porque de ellos dependen la producción y reproducción del orden económico, del orden político e, indirectamente del orden social. La impunidad estructural respecto de los delitos económico y de la corrupción, expresada en la magra cantidad de condenas y en la permanente recurrencia de nuevos escándalos públicos demuestra que el orden social no se altera ni convulsiona frente a este tipo de comportamientos criminales...” BISCAY Pedro Martín, *Corrupción y Criminalidad Económica. Enfoques y problemas sociológicos para el Estado y democracia en la revista de Ciencias sociales “delito y Sociedad”*, año 17, nro. 26, 2008, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Argentina, pags 64 y 74.

¹³⁷ “El hecho de que el daño social producido por la corrupción haya alcanzado como mínimo conocido 13 mil millones de dólares y sólo se hayan identificado 7 condenas sobre un total de 750 casos judicializados por el sistema penal argentino, evidencia a las claras que la corrupción y los negocios asociados a ella poseen una funcionalidad propia en la estructura social argentina.” BISCAL, ob. cit.

culturales que creemos influyeron en la especial incidencia de este tipo de prácticas, mas generalizadas en América Latina que en el resto de los países más desarrollados o de otras regiones, lo que adunará un dato de interés para repensar a qué podría obedecer la realidad que hoy experimentamos al respecto.

2.-

CAUSAS DEL ALTO GRADO DE CORRUPCIÓN PÚBLICA EN AMERICA LATINA EN GENERAL, Y EN ARGENTINA EN PARTICULAR:

Antes de ingresar en este análisis propugnado en el título del acápite, conviene aclarar que, en la actualidad, mas allá de cuestiones culturales, el primer motivo de práctica generalizada de este tipo de conductas vinculada a la función pública, es la conformación de estados subdesarrollados dentro de la estructura global del mundo, lo que favorece la corrupción político-económica, al ser la nueva forma mas sutil de dominación de los países otrora conquistadores, que vino a reemplazar al modelo de colonización declarada, directa y por la fuerza, que rigió hasta mediados del siglo XX.

No obstante ello, la corrupción en el ámbito de la función pública, no es una cuestión nueva, ni exclusivamente patrimonio de la República Argentina.

Existió desde el origen de la humanidad y podemos advertir de ella en todas partes del mundo; mediante la globalización hoy existente y la evolución de las comunicaciones lo podemos evidenciar en todos los rincones.

Sin ir más lejos, las publicaciones periodísticas de cualquier país, ahonda en cuestiones vinculadas a este tipo de conductas públicas delictivas.

Inclusive ello también se advierte en los países más desarrollados, produciéndose la corrupción dentro de su seno y perjudicando a esas sociedades, utilizándose muchas veces empresas constituidas por capitales de tales países y controladas desde estos estados, pero ejecutando sus actos ilícitos en otros países donde actúan sus filiales, sucursales o cualquier denominación que pueda atribuírseles a los tentáculos de las empresas madre.

Esta práctica fue y es desarrollada prácticamente en todas las civilizaciones. Llama la atención la alarmante intensidad o mayor grado de desarrollo alcanzado en América Latina –entre el grupo de países subdesarrollados- y la vergonzosa impunidad con la que se intuye que actúa en estas regiones¹³⁹.

Quizás esto pueda ser mejor graficado si se atiende a la experiencia recogida hace casi 200 años por un científico que apreció ello como un observador externo de – entre otras- la zona geográfica en la que hoy convivimos.

¹³⁹ “En ella (En la República Democrática) la riqueza ejerce su poder indirectamente, pero de un modo más seguro. De una parte, bajo la forma de corrupción directa de los funcionarios, de lo cual es América un modelo clásico, y de otra parte bajo la forma de alianza entre el Gobierno y la Bolsa. Esta alianza se realiza con tanta mayor facilidad, cuanto más crecen las deudas del Estado y más van concentrando en sus manos las sociedades por acciones...” ENGELS Friedrich, “El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado, ed. Planeta, Barcelona, 1992, pags. 294/5.

“Durante los últimos seis meses, he tenido la oportunidad de apreciar en algo la manera de ser de los habitantes de estas provincias [del Plata].

Los gauchos u hombres de campo son muy superiores a los que residen en las ciudades. El gaucho es invariablemente muy servicial, cortés y hospitalario. No me he encontrado con un solo ejemplo de falta de cortesía u hospitalidad. Es modesto, se respeta y respeta al país, pero es también un personaje con energía y audacia.

La policía y la justicia son completamente ineficientes. Si un hombre comete un asesinato y debe ser aprehendido, quizá pueda ser encarcelado o incluso fusilado; pero si es rico y tiene amigos en los cuales confiar, nada pasará.

Es curioso constatar que las personas más respetables invariablemente ayudan a escapar a un asesino. Parecen creer que el individuo cometió un delito que afecta al gobierno y no a la sociedad. (Un viajero no tiene otra protección que sus armas, y es el hábito constante de llevarlas lo que principalmente impide que haya más robos.)

Las clases más altas y educadas que viven en las ciudades cometen muchos otros crímenes, pero carecen de las virtudes del carácter del gaucho. Se trata de personas sensuales y disolutas que se mofan de toda religión y practican las corrupciones más groseras; su falta de principios es completa. Teniendo la oportunidad, no defraudar a un amigo es considerado un acto de debilidad; decir la verdad en circunstancias en que convendría haber mentado sería una infantil simpleza. El concepto de honor no se comprende; ni éste, ni sentimientos generosos, resabios de caballerosidad, lograron sobrevivir el largo pasaje del Atlántico.

Si hubiese leído estas opiniones hace un año, me hubiese acusado de intolerancia: ahora no lo hago. Todo el que tiene una buena oportunidad de juzgar piensa lo mismo.

En la Sala de Buenos Aires no creo que haya seis hombres cuya honestidad y principios pudiesen ser de confiar. Todo funcionario público es sobornable. El jefe de Correos vende moneda falsificada. El gobernador y el primer ministro saquean abiertamente las arcas públicas. No se puede esperar justicia si hay oro de por medio. Conozco un hombre (tenía buenas razones para hacerlo) que se presentó al juez y dijo: 'Le doy doscientos pesos si arresta a tal persona ilegalmente; mi abogado me aconsejó dar este paso'.

El juez sonrió en asentimiento y agradeció; antes de la noche, el hombre estaba preso. Con esta extrema carencia de principios entre los dirigentes y con el país plagado de funcionarios violentos y mal pagos, tienen, sin embargo, la esperanza de que el gobierno democrático perdure. En mi opinión, antes de muchos años temblarán bajo la mano férrea de algún dictador”. (Escritos del 29 de noviembre al 4 de diciembre de 1833)¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Los textos son de Charles Darwin's *Diary of the Voyage of 'H.M.S. Beagle'*. Edited from the MS by Nora Barlow, 1933, Cambridge University Press, pp. 197-200. Traducción de nota publicada en

Comentarios al margen, retomando el hilo argumental del desarrollo de esta investigación, y centrándonos específicamente sobre el tema relativo a los orígenes y causas de la corrupción en la Argentina en particular, pero como integrante de América Latina en general (y apoyados en el atesorado aporte brindado en la materia por el análisis del Dr. Ricardo Levene¹⁴¹), entendemos que esta generalización y tolerancia de tales prácticas, obedece a algunas causas específicas que signaron la conformación de la sociedad actual Latinoamérica.

2.1.-

Factores histórico-culturales:

2.1.1.-

La distancia existente entre América y España y la forma de organización jurídico-política establecida por la “Madre Patria” para con sus colonias:

Luego del descubrimiento de América y la exploración del territorio por parte de la República Española, comenzó la ardua y cuestionada conquista y colonización de estas nuevas tierras, pobladas por grupos autóctonos, sobre cuya valoración dejamos para otro trabajo.

Lo cierto es que las “Nuevas Indias”, fueron consideradas parte del Reino de Castilla.

De esta manera, trasladaron toda la legislación vigente y las instituciones existentes en ese Reino, al continente conquistado –hasta el dictado de las leyes de indias-.

Así surgió, el primer inconveniente desde el punto de vista jurídico, político y administrativo; el de la imposibilidad –en la mayoría de los casos- de aplicar leyes que obedecían a las costumbres de un reino con diferente grado de organización y un importante desarrollo económico, a una nueva y muy disímil realidad social¹⁴².

En efecto, los problemas existentes en América, eran totalmente distintos a los conflictos que se suscitaban en el reino de Castilla.

“Ciencia Hoy”, Volumen 6, N° 31. Revista de Divulgación Científica y Tecnológica de la Asociación Ciencia Hoy.

¹⁴¹ Deducidos de Historia de America, Buenos Aires, W. M. Jackson, 1940.

¹⁴² “La falta de un derecho aceptable en el Nuevo Mundo obligó a España a adoptar la legislación castellana como base para resolver los problemas que iban surgiendo con el descubrimiento y la conquista. Muy pocas costumbres indígenas fueron mantenidas, porque en general chocaban con los sentimientos cristianos y con el deseo de implantar la civilización europea en estas comarcas. Pero además se fueron presentando numerosas situaciones que no estaban previstas en las leyes castellanas, o que éstas no resolvían adecuadamente...” ZORRAQUÍN BECÚ Ricardo, Historia del Derecho Argentino, Ed Perrot, Buenos Aires, 1992, primera edición, quinta reimpression, tomo I., pag 213.

La conquista y colonización importaba constantes luchas y violencia generalizada, aplicándose disposiciones para un ámbito geográfico y cultural diferente.

Las costumbres de los indígenas (que diferían incluso entre ellas mismas teniendo en cuenta la gran extensión de América y las diferentes tribus de población aborigen que la habitaban), su relación con la forma de organización social que pretendió imponerse, la problemática de las uniones mestizas, etc., fueron un escollo insalvable para la aplicación de las normas que se importaron de España y que no eran útiles para resolver la mayoría de los conflictos, que hasta en oportunidades resultaban contraproducentes para los fines de la convivencia.

Se sumaba a ello el inmenso poder que tenían los primeros “adelantados” y el abuso que producía, lo que generó desde esa época la aplicación de una legislación “paralela” sobre la cual hoy todavía quedan vestigios.

Como consecuencia de lo descripto, ante la imposibilidad de aplicación de la justicia formal en el ámbito de las relaciones sociales, se forjó una administración política, económica y jurisdiccional, absolutamente discrecional por parte de la autoridad.

No existían reglas claras de convivencia y los conflictos eran decididos por quienes detentaban el poder político real de las maneras más arbitrarias, de la misma forma que era ejercida la función pública, y obviamente, de lo que se beneficiaban.

No en vano la cuestión del derecho administrativo paralelo es profundamente tratada en la actualidad por el Dr. Humberto Quiroga Lavié en su libro y conferencias dadas sobre el derecho procesal organizacional¹⁴³.

Este autor hace hincapié en que la costumbre administrativa en la actualidad, es decir la aplicación real de las formas de organización, es tan diferente a la formal, que incluso aparecen como dos legislaciones disímiles, en donde una excluye a la otra.

Para graficar ello, menciona el mas ilustrativo de los ejemplos: Cuando en una medida de fuerza por parte de cualquier sector de la administración pública decide “trabajar a reglamento”, lo que logra es obstruir el sistema al cual se aplica, llevándolo al colapso, de lo que concluye en que la reglamentación formal resulta incompatible con los fines de una adecuada administración.

2.1.2.-

La clase de población que en un principio arribó a América Latina y que fue diferente de la producida en otras regiones como América del Norte:

¹⁴³ “ Sabido es que el derecho procesal argentino ha sido influenciado notablemente por la legislación procesal española, especialmente por la Ley de Enjuiciamiento Civil de antigua data. Veamos a qué conclusiones llegan los españoles, sobre como funciona el proceso civil en ese país: ‘El sistema español civil de enjuiciar se ha venido manteniendo por una especie de inercia histórica, toda vez que hace muchos años perdió su razón de ser, debilitándose continua y progresivamente, habiéndose sostenido por la conjunción de una serie de intereses y rémoras concordantes en sostener un sistema anticuado, deslabazado, inconexo y carente de racionalidad en estructura y función...’QUIROGA LAVIE Humberto, La Formación del Derecho Procesal Organizacional, libro publicado por la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, diciembre de 1998, pag. 29; citando un informe denominado “Materiales para la reforma procesal” del Ministerio de Justicia de España, España, 1991, pág 422.

En efecto, durante los primeros siglos de la conquista, quienes inmigraban a América Latina, no eran familias que tenían la intención de venir a instalarse para continuar aquí el desarrollo de su vida futura y la de sus descendientes, sino que por el contrario, la mayoría eran solo hombres que arribaron al continente, al solo efecto de procurar asentarse para enriquecerse; en general inmigro mucha gente inescrupulosa que intentó lograr riquezas para en un futuro volver a España.

Además, por las características geográficas, la amenaza de luchas con la población autóctona y la necesidad de defender lo que se iba conquistando (incluso de otros conquistadores), la violencia y la apropiación del suelo por la fuerza fue una de las circunstancias más salientes de esa época que marcaron la personalidad de los que viajaban a estas zonas.

No cualquier persona estaba dispuesta a hacer semejante viaje y correr tantos riesgos si no era compensado con importantes beneficios económicos. Ello requería de una especial personalidad, dispuesta a realizar esa conquista, efectuada a sangre y fuego, para producir el saqueo a los grupos indígenas que justificaran tamaña travesía.

Ello se profundizó con la conquista progresiva de las tierras ocupadas por la población autóctona y su distribución en pocas manos, lo que les otorgó un desmedido poder económico que influyó en su relación con la organización político-administrativa.

2.1.3.-

La enorme distancia existente entre América y España, lo que motivaba la extrema lentitud entre las comunicaciones:

El rumor sobre los problemas administrativos en América derivaban en el envío de un veedor del rey, que demoraba muchos meses en llegar (cuando no se perdía en la difícil ruta marina). El mismo, luego de observar lo ocurrido, si advertía irregularidades debía volver a España tardando otro largo período. Luego que el rey o la autoridad competente dispusieran las medidas que consideraban apropiadas, debía hacer llegar a América esa disposición, con un nuevo periplo de meses.

Y por su puesto, también se demoraba el posterior control del cumplimiento de las nuevas directivas, lo que en definitiva, provocaba que la única autoridad real en América eran los gobernantes que aquí residían, quienes en realidad, por este motivo, tenían más poder que el Rey para disponer lo que quisieran, ya que era probable que cuando se intentaran concretar las nuevas disposiciones de la corona española, su ciclo había fenecido o era depuesto, pero en general las irregularidades ya estaban irremediabilmente consumadas.

Esto favoreció en América la impunidad en la práctica gubernamental transgresora de las normas impuestas por la autoridad residente en España. Porque en definitiva prácticamente era imposible determinar el cumplimiento de la voluntad de la autoridad española, y cuando se verificaban transgresiones, la sanción no llegaba, siendo una de las pocas que efectivizaban, la remoción de los delegados en América.

Así se llegó a las mas aberrantes prácticas para lograr apropiaciones tanto de bienes materiales, como de seres humanos, sin el mas mínimo control por parte de ninguna autoridad del reino –o con la complicidad de éstos, conforme la postura

histórica que se asuma-, posibilitándose todo tipo de conductas antinormativas (aún en aquella época), sin que sus autores pudieran ser alguna vez sancionados, ya que los españoles residentes en América, gozaban de un poder absoluto por estas circunstancias apuntadas.

Además poseían la ventaja determinante para el poder de conquista sobre los habitantes autóctonos: “El conocimiento de la producción y utilización de la pólvora y su derivado mas importante, las incipientes armas de fuego”.

2.1.4.-

La práctica aberrante de la esclavitud y sus excesos, que tuvo que ser legitimada como el método necesario para la forma de explotación de las Américas:

Esta justificación parece que no puede ser ajena al análisis de la forma de gobierno que se viene gestando desde ese entonces, que además, llevó a un tipo particular de migración a América, con fines determinados, que necesariamente terminaron por influenciar la población que se fue desarrollando¹⁴⁴.

2.1.5.-

La forma de distribución de la tierra a partir del siglo XIX:

En efecto, mientras por ejemplo en Norteamérica el modo de distribución –en general- fue más parejo (minifundio), en Latinoamérica y en especial en Argentina (a excepción de algunas regiones, como parte de las Provincias de Santa Fe y Entre Ríos), la forma de relación con el suelo resultó totalmente diferente, ya que se fueron produciendo grandes concentraciones de hectáreas en pocos individuos que monopolizaron la propiedad de la tierra (latifundio).

Sobre todo, debe tenerse en cuenta que el desarrollo industrial no llegó a América Latina sino hasta el siglo siguiente a su aparición en Europa (y con características incipientes), por lo que esta región se caracterizó por ser una zona de producción agrícola-ganadera, con una industria vinculada esencialmente a la explotación de los recursos naturales.

Así el centro de la producción del estado en Argentina, fue concentrado en pocas personas, quienes –mediante alianzas internas y externas- tuvieron el poder suficiente para decidir políticas y gobiernos; y, evidentemente, su influencia en la forma de organización jurídica fue determinante.

Un ejercicio del poder tan significativo como el narrado (casi mayor que los gobernantes formales), evidentemente está íntimamente vinculado a los delitos de corrupción pública y a los económicos-societarios, sobre todo en la relación contractual de estos poderosos empresarios, originariamente terratenientes (algunos luego transformados en industriales), con el estado.

¹⁴⁴ Confr. LEVENE Gustavo Gabriel, Nueva Historia Argentina, ed. Sánchez Tertulio S.A., Buenos Aires, séptima edición, 1980, Capítulo 6, pags. 131/140.

Es que, a través del estado, se produce a su vez la relación con Naciones importadoras, determinándose así, los modelos económicos del estado, de favorecimiento a determinados grupos minoritarios de poder nacional -transformados en especies de castas merced al régimen jurídico de las “sucesiones”-, sea por medio de reintegros a exportaciones, de exenciones aduaneras, de concesiones obra y servicios públicos, prebendas, etc.

Por ello la combinación de todos estos factores, dejó marcado a fuego su fatídico legado, que fue luego influenciado por la interpretación y aplicación que se efectuó posteriormente sobre los delitos de corrupción pública, que creemos evidentemente siempre tendió a favorecer estas prácticas, y derivó en la dificultad de realizar un proceso penal contra los imputados de esta clase de delitos.

Esbozadas a modo de ensayo estas premisas, a continuación se analizarán los tipos penales mencionados, su modo de interpretación -de acuerdo a las reforzadas garantías del proceso penal- y efectiva aplicación, tratando de determinar -en líneas generales- si ello desalienta o, por el contrario, termina favoreciendo estas prácticas lesivas a la adecuada administración pública (de la que se benefician actores privados de concentrado poder económico) incidiendo en la selectividad del sistema penal, que es, en parte, lo que sostenemos en esta obra¹⁴⁵.

3.-

Análisis sobre los delitos económicos y de corrupción pública:

Una problemática fundamental sobre este tipo de delitos, radica en la falta de previsión de las conductas ejecutadas por quienes no se encuentran dentro de la función pública, pero que utilizan a los funcionarios para obtener incalculables ventajas económicas.

La creación de un fuero especial como el “Penal Tributario”, o el ya existente “Penal Económico”, conforme los datos relevados en el título “ESTADISTICAS”, lejos están de poder dar respuesta a la cantidad y complejidad de delitos cometidos por quienes escudados en la ficción de la “empresa” como persona jurídica, utilizan las figuras y herramientas legales que brinda el estado (con la idea de mejorar emprendimientos y productividades), para mero beneficio económico mediante la realización de actos delictivos que poco suelen investigarse, como: contrabando, evasión impositiva, contabilidades adulteradas para lograr mayores reintegros del Estado, ocultamiento de ganancias para tributar menor monto y todo un entramado de actividades regidas por un enmarañado y complejo marco normativo utilizado, sobre los que el Estado no puede siquiera ejercer un adecuado control.

¹⁴⁵ De hecho, estudios recientes han demostrado que la corrupción a altos niveles del estado, atenta contra la fiel traducción de las preferencias sociales concernientes a las políticas judiciales, y por ende, contra el desarrollo económico de las naciones, afectando así a los sectores económicamente más marginados de la sociedad (confr BUSCAGLIA Edgardo, RATLIFF William y DAKOLIAS María, “Judicial Reform in Latin América: A Framework for National Development”, Essays in Policy Studies”, Stanford University Press, Stanford, CA, 1995, y también BUSCAGLIA Edgardo “Judicial Corruption in Developing Countries: Its Causes and Economic Consequences”, Hoover Institution Press, Stanford, 1999). Ello se debe adunar a la interpretación y aplicación más selectiva de las normas jurídicas que en esta tesis estamos tratando

Porque si el funcionamiento del Estado aún no supera métodos del siglo XIX, y la corrupción económica puede acceder sin más a las posibilidades que brinda el siglo XXI, el defasaje es tan amplio que la posibilidad de punición a los aludidos “delitos de cuello blanco” (en especial las conductas mencionadas en el párrafo anterior) se convierte, en la mayoría de los casos, en una abstracción carente de sentido.

Si bien hubo señales sobre algunos métodos nuevos de inteligencia fiscal que agudiza el ingenio cruzando bases de datos en tiempo real, como las investigaciones de los responsables del área tributaria, en la cual se cruzan informaciones de deudores fiscales con tarjetas de crédito emitidas desde cuentas radicadas en el extranjero, va de suyo que la justicia, su alcance y sus posibilidades ciertas de sanción frente a acciones que rompen con la norma, finalmente dependen de la voluntad y de la mayor o menor creatividad de los funcionarios de turno (judiciales y políticos).

En el cada vez menos azaroso y más estratégico juego del poder, lo que antes eran personas privadas que argumentaba en calidad de público sobre cuestiones políticas, hoy se han transformado en una serie heterogénea de intereses.

Las empresas transnacionalizadas, hoy mucho más importantes que los Estados nacionales, ostentan en muchos casos un poder que no se debe a una competencia pública de argumentos, sino de coacciones de neto corte económico¹⁴⁶.

Esta pérdida de racionalidad argumentativa y su reemplazo cada vez más creciente por coacciones de intereses económicos, degenera todo proceso de selección y discusión de argumentos y valores.

Así, las acciones y la sanción de leyes se mueven al compás de intereses articulados en consenso o conflicto, pero no a través de la discusión pública de argumentos y valores, sino, en la puesta en escena del teatro de la política a través de una estratégica utilización (en el sentido de racionalidad estratégica de Weber de los medios periodísticos, los que en la actualidad más que nunca están conformados por los intereses empresariales).

Mientras los ciudadanos pierden representatividad en la discusión de políticas públicas, las multinacionales ganan espacio en el poder, ya sea a través del lobby o directamente a través de prestar hombres al Estado. Y así como alguna vez Umberto Eco supo señalar que en el medioevo las abadías prestaban sus mejores hombres al monarca de turno, así como en su momento Harvard y Chicago han prestado hombres al tesoro norteamericano; en la Argentina los grupos económicos más poderosos entrenan actualmente decenas de profesionales en economía y leyes para después ubicarlos a redactar normas y decretos en lugares estratégicos tanto del Parlamento como de importantes ministerios (vid la “fundación mediterránea” en la década del 90).

Pareciera que la justicia no es ajena a la realidad de la distribución del poder material.

¹⁴⁶ Ello mucho más favorecido cuando se advierte un repliegue de los estados nacionales frente al fortalecimiento organismos transnacionales, como también organizaciones regionales. “En lo que hace al papel del Estado, se observa una desjerarquización del concepto de Estado nacional como consecuencia, por un lado, de la aparición de entidades supranacionales gubernamentales y no gubernamentales y, por el otro, del fortalecimiento de centros de poder infranacionales...” GRUN Ernesto, Una visión Sistémica y Cibernética del Derecho en el Mundo Globalizado del Siglo XXI, Ed Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pag 79.

Quienes se encuentran inmersos en estos emprendimientos, siquiera pueden ser pasibles de la más mínima investigación administrativa, para poder determinar la existencia de alguna irregularidad desde el ámbito del derecho penal, con lo que estamos hablando de personas impregnadas de verdaderos “fueros especiales” que les asegura la impunidad para obtener de cualquier forma cuantiosos incrementos patrimoniales (escudados en la mala utilización de esta ficción de la “persona jurídica”), aún mediante posibles acciones delictivas desde el punto de vista formal, transformando en letra muerta los fundamentales preceptos que se desprenden del artículo 16 de la Constitución Nacional¹⁴⁷.

Otro aspecto actual a tener en cuenta, es la necesidad de que la justicia penal pueda dar respuesta a actos ilegales de sujetos públicos, ante la falta o ineficiencia de mecanismos institucionales de control político y administrativo, y la falta de formación y participación popular.

La jurisdicción penal se convierte así en un lugar donde se ponen de manifiesto serias contradicciones del sistema.

No hay soluciones judiciales para las crisis políticas y menos aún para las sociales. La selectiva aplicación del derecho penal a la que nos referimos continuamente en la presente tesis, solo exhibe la problemática sociopolítica, pero de ningún modo, sólo desde lo jurídico se la podrá resolver, sino apenas comprender, lo cual es uno de los objetivos de esta investigación.

A la falta de capacidad de la instancia judicial para hacer frente a la delincuencia económica, se suma otro problema de deslegitimación adicional, en la medida en que la jurisdicción penal aparece ineficaz ante supuestos concretos de corrupción político-económica, careciendo de aptitud, por no ser además el medio idóneo, para el tratamiento generalizado y global de problemas de dimensiones estructurales.

Así se produce un defasaje de poderes y funciones que trae aparejada como consecuencia, la debilidad institucional, el descrédito, la ineficiencia y la selectividad del derecho penal, que lleva a la acentuación de un cada vez mas inequitativo sistema jurídico imperante.

La norma puede ser un instrumento contra la corrupción o a la inversa, puede complejizar su intento de erradicación ante el desmedido sobredimensionamiento del caudal de normas superpuestas que, unido a las deficiencias del sistema jurídico, la permiten y/o facilitan.

El Estado de derecho no es ni una cuestión de verdad revelada, ni de orden natural. No es inherente al hombre por su condición de tal, ni posee características de validez universal. Es tan sólo una forma de organizar una sociedad bajo un conjunto de creencias, que son constitutivas y condicionantes de la identidad de una comunidad y de sus miembros individuales en un tiempo y en un lugar determinado.

Se trató de dar respuesta a ello mediante la creación en la Capital Federal, del Fuero Penal Tributario, sin embargo, las estadísticas que hemos citado en el Capítulo pertinente demuestran su ineffectividad, a cuyos datos nos remitimos en homenaje a la brevedad.

¹⁴⁷ C.N. art. 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley...”.

La forma en que funciona el sistema penal en la República Argentina en este sentido, nos demuestra que el sistema organizativo actualmente imperante, lejos se encuentra de tender a lograr una sociedad más equitativa e integrada, sino por el contrario, permite asegurar el mantenimiento de la gran brecha que separa a los grupos concentrados de poder, de la mayoría de los ciudadanos que padecen innumerables carencias materiales, destruyendo así el más elemental principio que debería regir en cualquier sistema político (máxime si se precia de ser un sistema democrático): **La igualdad entre sus habitantes**, contenida en el ya citado artículo 16 de nuestra Carta Magna, precepto que solo confirma la idea de una ficción para reforzar el orden social imperante.

CAPÍTULO VII.

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON LA FUNCIÓN PÚBLICA. CRÍTICAS AL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO PENAL.

1.-

Introducción:

Procuraremos llevar a cabo un análisis reflexivo sobre la figura de “negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas”, prevista y sancionada por el artículo 265 del Código Penal¹⁴⁸, enmarcado en el ámbito de los delitos contra la administración pública.

Previo al cometido concreto, consideramos que el análisis sólo es posible si se ubica correctamente el problema que se genera ante una descripción que no es sumamente clara, detallada y prolija respecto de la conducta que es objeto de reproche jurídico.

Para ello, precisamente, deviene fundamental determinar que: la conducta realizada por un funcionario público, se considera grave -de conformidad con la norma- teniendo en cuenta la consecuencia que ello trae aparejada (la aplicación de un castigo corporal, como lo es la privación de la libertad para quien se repute su autor).

Este tipo penal tiene prevista una condena de uno a seis años de reclusión o prisión. No deja de llamar la atención que el máximo de pena, es el mismo que el del robo simple.

¹⁴⁸ En su texto conforme a la redacción establecida por la ley 25.188.

Si nos atenemos a la diferencia de significancia y consecuencias de estos dos tipos penales, esa equiparación punitiva parece no guardar razonabilidad. O el máximo del robo simple es muy elevado, o el del art. 265 del Código Penal es muy leve, revelando, en tal caso, una grave afectación al principio de proporcionalidad entre lesión producida por el hecho ilícito y su sanción.

Es necesario también (e imperante en nuestra ciencia), delimitar el alcance del verbo típico que se utilice, de modo que no dé lugar a diferentes interpretaciones, por lo que se impone revisar la redacción completa del artículo, su gramática y sintaxis, no sólo por juristas, sino especialmente por lingüistas (especialistas en la materia), para evitar o reducir al mínimo posible las manifestaciones vagas o ambiguas que se puedan plasmar.

Lo relevante que queremos remarcar es que, quien puede aparecer como imputado, es precisamente una persona de determinado poder, tanto económico como en relación a sus influencias sobre otros funcionarios.

Así pues, se desprende de lo dicho, que el eventual sujeto activo suele tener la posibilidad de contratar a los mejores y más selectos estudios jurídicos, aunado a la posibilidad de “lobby” de todo tipo, cuando no de acciones más linderas con lo delictivo, en pos de un resultado judicial favorable.

Pero sin dispersarnos del centro de la crítica, la importancia de la cuestión radica en la redacción del tipo penal porque como consecuencia de este poder mencionado, se tejen las más variadas, complejas y enmarañadas posturas, desde la doctrina y la jurisprudencia, que amparan la impunidad de estas conductas, más aún, cuando se ven favorecidas por la deficiente técnica legislativa empleada en la redacción de la conducta punible, como en el caso del actual art. 265 del Código Penal.

2.-

Bien jurídico protegido:

En miras a realizar un breve análisis de la figura penal, corresponde formular primeramente algunas someras consideraciones en cuanto al bien jurídico protegido.

Han sido muchas las formulaciones realizadas por distintos autores al respecto. En general, todas ellas concuerdan y se centran en el concepto de que la norma protege la transparencia de los actos de administración pública, como también la imparcialidad y fidelidad de los funcionarios públicos en su actuación como tales.

Entendemos, que dada la ubicación del artículo en el Título XI del Libro Segundo del Código Penal, sobre todo desde su modificación con la ley 25188 de ética pública, no quedan dudas que para un correcto desarrollo de la actividad, es menester que las personas a cargo de sus funciones actúen en forma prístina e imparcial, sin limitar la exigencia de este comportamiento, a la realización de los contratos y operaciones en que les corresponda intervenir, sino extendiéndola a todas las tareas en que por la atribución de la competencia efectuada por el ordenamiento jurídico actúen, aunque no tengan marcada connotación pecuniaria.

Por ello no debe ajustarse el concepto de “administración pública” a lo que se entiende por “administración” en el ámbito privado, más circunscrito a una actividad de maximización de ganancias u optimización de recursos, vinculado esencialmente a lo económico.

Por el contrario, la administración pública está ligada (en cuanto función constitucional) al desarrollo de la actividad de la gestión delegada por la sociedad, consistente en “administrar lo de todos”, para el beneficio “de todos”, concepto que a todas luces excede lo meramente económico, alcanzando, entre otros conceptos, la salubridad, la protección al ambiente, etc.

La norma en conclusión, tiende a garantizar la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al funcionamiento e interés de la administración pública. Y ello, se refuerza desde la inclusión al ordenamiento jurídico interno de la Convención Americana contra la corrupción, que claramente exige la “transparencia”, “eficacia” y “publicidad” de los procedimientos que el Estado lleve a cabo para exteriorizar su voluntad¹⁴⁹.

3.-

Sujeto activo y acción típica. La deficiente redacción de la norma:

Adentrándonos ya a la estructura de la figura en estudio, es en primer término imprescindible recordar la letra del artículo 265 del Código Penal, que reza:

“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.”

La acción típica que se desprende del primer párrafo del artículo, consiste en “interesarse” con miras a un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en la que el funcionario intervenga en razón de su cargo.

¹⁴⁹ En este sentido, se ha señalado que “[...] La figura de negociaciones incompatibles exige que el autor (funcionario público) desdoble su personalidad de funcionario adoptando un interés personal a la vez que continúa en funciones como órgano del Estado. Este delito tutela el interés de la colectividad en la imparcialidad de la administración pública y el prestigio de los funcionarios; se pretende el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de sus órganos no sólo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad.” C.C.C. Fed. Sala I “Martínez de Hoz, José Alfredo s/ inf.art. 265 C.P.”, c. 22.372, Rta. 15/11/90.

Señala Sebastián Soler, que dicha acción se manifiesta en el desdoblamiento que realiza el agente, actuando a la vez como interesado y como funcionario público¹⁵⁰.

Distintas corrientes se han manifestado en cuanto a lo que debe entenderse por “interesarse”. Por ejemplo: mientras que la escuela italiana formula, en relación al interés, un concepto amplio que incluye en la acción extremos que van más allá del mero beneficio económico, la corriente francesa lo limita a una cuestión pecuniaria¹⁵¹.

Por su parte, Creus avanza en el concepto diferenciado el contenido de la pretensión que constituye el interés privado (que debe ser exclusivamente patrimonial) de la finalidad que guía al autor (que puede ser de cualquier naturaleza)¹⁵².

Ahora bien, cabe cuestionarse si las afirmaciones de los párrafos anteriores son claras y compartidas.

Como puede apreciarse, la existencia de innumerables opiniones que se sostienen en cuanto a los aspectos de esta figura penal, como así también las reformas que ha sufrido, ponen en evidencia, además del poder de cuestionamiento normativo que poseen los imputados por este delito, la mala técnica legislativa que adolece la redacción del artículo, lo que en definitiva, atenta contra la finalidad que se tuvo en mira al dictar la norma -por lo ya expuesto al comienzo-, que no se percibe de manera tan abundante en otro tipo de delitos también de peligro.

En efecto, en el comienzo del artículo se indica la sanción al funcionario que “[...] *directamente, por persona interpuesta o por acto simulado*[...]”, con lo cual ya genera un primer problema, pues limita las posibilidades relativas a la modalidad de comisión de la maniobra.

Ya no hay quienes argumentan que para ser el autor de este delito deben darse los tres supuestos o al menos dos, ya que la conjunción “o” antes de acto simulado no daría esa posibilidad.

Igualmente entendemos que parece claro que debe darse cualquiera de esos supuestos, ya que si se actúa directamente, no puede hacerlo por persona interpuesta. Pero cabe la posibilidad de argumentar que para cometer el delito el funcionario debe actuar directamente, y además debe existir en la negociación, una persona interpuesta.

Para evitar favorecer estas forzadas interpretaciones, hubiera sido más sencillo y aún más atinado señalar “[...] *el funcionario público que **de cualquier forma se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero*** [...]”

Por otro lado, el término “interesarse” es ambiguo y ello resulta lamentable, pues se trata precisamente del verbo típico, es decir, aquél que denota y delimita la acción delictiva.

Según el diccionario de la Real Academia Española:

¹⁵⁰ SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos aires, 1992, T. V., pag. 245/6.

¹⁵¹ SOLER Sebastián, ob cit., T V., pag 247.

¹⁵² Confr DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte Especial, ed. Rubinzal – Culzoni, Sante Fé, 2005, pags. 313/330 y sus citas.

interesar (De interés), significa: 1. “Dar parte a alguien en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés”. 2. “Hacer tomar parte o empeño a alguien en los negocios o intereses ajenos, como si fuesen propios”. 3. “Cautivar la atención y el ánimo con lo que se dice o escribe”. 4. “Inspirar interés o afecto a alguien”. 5. “Producir impresión a alguien”. 6. “Dicho de una cosa: Producir alteración o daño en un órgano del cuerpo”. 7. “Solicitar o recabar de alguien datos, noticias, resoluciones, etc.”. 8. “Ser motivo de interés”. 9. “Adquirir o mostrar interés por alguien o algo”.

Vistas las distintas acepciones y la poca precisión para determinar las conductas que en él se encuadran, creemos que mejor hubiera sido que, en vez de “se interesare en miras de un beneficio propio...”, la redacción expresara “interviniere procurando un beneficio propio...”.

Además, se omite aclarar que lo que se rechaza no es cualquier interés, ya que, en el ejercicio de la función pública, el de beneficiar al Estado es la finalidad que se busca. Lo que la ley repudia, es el de todo otro objetivo que se superponga con éste.

Entonces, una clara redacción debió haber previsto la punibilidad, precisamente, de lo señalado, es decir, al que “interviniere procurando un beneficio propio o de un tercero, diferente o superpuesto al interés público” (lo que no fue adecuadamente redactado en la reforma del artículo efectuada en el año 1999), en el que “actúe”; pero no en razón de su “cargo”, sino de su “función”; ya que el cargo suele ser formal, y la función en general no coincide con éste, sobre todo en lo relativo a la delegación de funciones.

Por lo tanto, la función real suele ser más amplia que el ejercicio formal de los cargos, y de esta manera quedarían comprendidas todas las conductas reales de los funcionarios deshonestos.

Tampoco se aprecia el sentido en haber limitado la actuación funcional pública a los contratos y operaciones, pues no se trata de un delito contra la propiedad, sino contra la administración pública y su debido funcionamiento.

Consecuentemente, debió haberse previsto “[...] *en toda decisión que tome en el ejercicio de sus funciones*”.

Así quedarían incluidas –y no habría mayores cuestionamientos respecto de su tipicidad– conductas vinculadas, por ejemplo, con actos discriminatorios en decisiones funcionales, nombramiento de personal, aplicación de sanciones y, en general, todo tipo de decisiones que, por tradición –y tolerancia de la sociedad–, se acostumbra tomar en la función pública de este país, en forma discrecional y sin ningún control, y que dieran lugar a las más groseras arbitrariedades concebibles en las que la única consecuencia fue sólo la excepcional revocación por una autoridad de rango superior, sin siquiera la menor responsabilidad, aunque más no sea administrativa –en caso de arbitrariedades groseras, obviamente–.

El tipo penal en análisis, además, debería aclarar que el concepto de administración pública no alcanza sólo al gobierno central, sino también al provincial y municipal, en cualquiera de sus ramas. (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), e incluir expresamente a los órganos extrapoder y fundamentalmente a los organismos de contralor y entes reguladores de las empresas privatizadas por cumplir una función pública, cuya gravitación en el cuerpo social –en lo que hace a su labor– suele ser idéntica a la de cualquier funcionario público de alto rango, y ello no fue asentado

expresamente, resultando cuestionable, desde el punto de vista constitucional –por la afectación al principio de legalidad- la posibilidad de ampliar ello por vía de interpretación.

Por otra parte, no podemos dejar de advertir la deficiente prevención y tratamiento de la corrupción pública en éste tipo de conducta, toda vez que únicamente, se ha atendido a la autoría del funcionario, quedando fuera la conducta del privado, en general empresario o intermediario, que es quien obtiene el mayor beneficio, al cual sólo es posible considerar como un cómplice primario o partícipe necesario¹⁵³ –no faltando quienes niegan esta posibilidad–.

Claro está que, aún de aceptarse esto último, resultaría difícil en la práctica determinar y probar una complicidad primaria, de quienes (actuando desde lo privado pudiendo incluso ser varias personas, con diferentes roles y escudadas generalmente tras del velo de personas jurídicas), suelen obstaculizar la determinación de responsabilidades.

Y desde este sector privado, ello se ve favorecido, ante la inexistencia de una norma similar a la del enriquecimiento ilícito, que obligue a justificar el incremento patrimonial de estas personas, bajo la misma amenaza de sanción que la establecida para el funcionario público (ello sin ingresar a la sostenida postura de la inconstitucionalidad de tal exigencia por la inversión de la carga de la prueba).

Es que la falta de previsión y control en la actuación de personas jurídicas, en todo lo que atañe a las conductas que configuran los delitos contra la administración pública, es una constante manifestada –y no resulta ocioso repetirlo– en toda la legislación vinculada a este tipo de sujetos, que se agrava aún más ante la falta de una mejor y efectiva regulación de aquellos que interactúan de alguna forma con el Estado.

Resultaría vital, también, la obligatoriedad de que ceda el secreto bancario (al menos en la jurisdicción nacional, pero sobre todo logrando acuerdos internacionales), frente a un pedido vinculado a una investigación que tenga como objeto procesal un delito contra la administración pública o sus bienes, en forma más ágil, integral y con menos requisitos, y no como sucede actualmente.

4.-

Conclusiones y propuestas:

Por lo expuesto, consideramos que la deficiente técnica legislativa del artículo 265 del Código Penal, es apenas un pequeño escollo entre numerosos vericuetos legales, insertado en un esquema o sistema jurídico que no prevé la más mínima posibilidad de evitar, y menos aún de castigar, a sujetos privados y públicos involucrados en hechos de corrupción, quienes tienen limitada la pena a sufrir. En el peor de los casos, el padecimiento de un prolongado proceso penal que culminará en forma favorable para éstos, o excepcionalmente, con el dictado de una condena de ejecución condicional, sin la exigencia de devolver lo mal habido o reparar el daño

¹⁵³ Art. 45 del Código Penal.

producido¹⁵⁴ (podemos citar como excepción el recupero de activos respecto del renombrado caso “ALSOGARAY, María Julia s/ enriquecimiento ilícito”, en donde se dispuso la devolución al estado de una importante suma dineraria, pero que cobró trascendencia, justamente por tratarse de una exclusiva excepción).

No escapa a esta conclusión, la idea de que, tanto en relación a este delito como al de cohecho, debe procederse a una reforma estructural, con amplio consenso internacional, en donde:

Se facilite la individualización de las personas que están detrás de las empresas nacionales o multinacionales creadas a tal efecto;

Se oriente el dictado de la legislación en materia de “Sociedades” al conocimiento de los verdaderos titulares, controladores y/o determinadotes de las decisiones societarias y sus reales administradores.

Se facilite la información sobre movimientos bancarios;

Se exija mayor transparencia en todo lo que tenga que ver con la gestión pública;

Se erradiquen decretos o leyes secretas y de organismos de inteligencia, que terminan por ser parte de sofisticados grupos delictivos, con la única finalidad de asegurar la impunidad ante cualquier investigación o colaborar con el enriquecimiento de algunas personas.

Ello, entre otras actitudes, que ilustran nuestra posición respecto a que la buena o mala técnica legislativa resulta ser un dato menor a la hora de analizar los delitos de corrupción pública.

CAPÍTULO VIII: LA FIGURA DEL COHECHO Y SUS AGRAVANTES. DIFERENCIA CON LA CONCUSIÓN.

1.- COHECHO:

A riesgo de incurrir en un excesivo análisis dogmático de las figuras en cuestión, y que pueda parecer una desviación del tema central de la tesis, procuraremos analizar con la mayor profundidad posible estos delitos, porque constituyen el paradigma de los tipos penales que producen el mayor antagonismo en la aplicación selectiva del derecho penal, ya que sus autores casi no son sancionados.

En efecto, la producción de conductas previstas en este tipo, son las que revisten mayor impunidad

Son incluidas dentro de los denominados “delitos de cuello blanco” –que ya hemos definido-, e integran las cifras negras de los delitos al ser los menos

¹⁵⁴ Es decir, incumpliendo las normas expresas contenidas al respecto, en los artículos 23 y 30 del Código Penal.

denunciados, por los intereses que existen en juego y la coautoría de quienes, desde el ámbito privado –y también público-, intervienen en el mismo.

Ello dificulta la detección y cuantificación precisa de estas conductas, pese a las modernas técnicas de procesamiento de datos y control bancario –aunque opacadas como contrapartida por el secreto que rige en muchos países receptores de depósitos, como así también por la utilización de personas jurídicas ficticias-.

Se debe sumar, como ya señaláramos, el poder político y económico que revisten sus autores, que producen las consecuencias reiteradamente marcadas a lo largo de esta tesis.

Tal aclaración viene a colación de que no es posible entrar en un idealismo reduccionista y analizar un tipo penal tan trascendente, solo desde el punto de vista teórico, cual si fuera el desmembramiento de estructuras lógicas, y menos aún recurrir a cuasi-ficciones como las técnicas interpretativas de las normas jurídicas, tales como los métodos gramatical, exegéticos, teleológico, dogmático, de la evolución histórica, o fenomenológico; no porque ello aparezca inadecuado, sino porque entendemos que resulta incompleto, si se pretende comprender debidamente la dinámica de su existencia como realidad socio-jurídica.

1.1.-

Antecedentes de la figura penal:

Este tipo penal encuentra su antecedente en el Derecho Romano (*crimen repetundarum*). Originariamente la acción de cohecho no era una acción que proviniese del delito, sino una “*conditio*” por adquisición ilícita, por lo que se podía dirigir a los herederos del autor¹⁵⁵.

De allí fue tomado por el Código Italiano y el Francés, conocido como delito de corrupción, y recibido en nuestro país desde el Código de España que lo adquirió en su art. 250, y lo describió, en su forma básica, en dos artículos separados, regulando en uno el cohecho pasivo y en otro el activo.

Finalmente, luego de la celebración de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la ley de ética pública 25188 ha modificado su texto de la manera en la que se encuentra actualmente vigente.

1.2.-

Bien jurídico tutelado:

El bien jurídico tutelado es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, castigándose no sólo al funcionario público, sino también al particular que intenta corromperlo.

De ahí que se señale que el posible sujeto pasivo sea siempre el estado, aunque como damnificados indirectos puedan aparecer en algunas circunstancias determinadas particulares¹⁵⁶.

Se castiga la venalidad del funcionario público, aún desarrollada en relación con un acto que éste debe cumplir legalmente.

En el caso “Wowe, Carlos y otro”¹⁵⁷, publicado en J.A. 1998, T. II. P. 266, la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha señalado que “[...] La figura del cohecho implica un resguardo de la administración pública frente a la venalidad de los funcionarios, es decir que el bien jurídicamente protegido en esta clase de delitos es siempre la moralidad y corrección que debe imperar en la administración pública[...]”.

El cohecho pasivo y activo pueden tener como objeto tanto un acto determinado (arts. 256, 256 bis –tráfico de influencias–, 257 y 258), o sólo una eventualidad de actos indeterminados que procura en consecuencia tener en vista el propio oficio del funcionario (art. 259).

2.-

COHECHO PASIVO:

La figura básica del cohecho pasivo se encuentra tipificada en el art. 256 del Código Penal, que establece: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones”.

El delito de cohecho se encuentra legislado en el Código Penal entre los delitos contra la administración pública, lesionando la actividad funcional, normal y correcta de la administración pública.

Es un delito de carácter bilateral por cuanto se exige un concierto de voluntades entre cohechante y cohechado; el funcionario corrompido supone un sujeto corruptor¹⁵⁸. En este sentido Ricardo C. Nuñez sostiene que en el delito de cohecho, el funcionario no es autónomo con relación al tercero cohechador, se exige un

¹⁵⁶ “[...] Es que la venalidad, aún en el acto en que el funcionario cumple su función, deteriora el Estado de Derecho, poniendo en peligro su propio funcionamiento, ya que, como se sabe, y como bien lo hizo notar Max Weber, que había tomado como ejemplo a la eficiente burocracia alemana, éste es esencial para que el Estado funcione como tal. La falta de una burocracia inteligente y eficiente lleva al desorden y a la corrupción del propio estado. De modo que se protege, además del normal funcionamiento de la administración, que los funcionarios actúen o desarrollen sus funciones sin otro aliciente que el deber, por una parte, y el sueldo que reciben del estado[...].” DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Rubinzal-Culzoni. T. III p. 209-10.

¹⁵⁷ *Wowe, Carlos y otro*. Publicado en J.A. 1998. T. II p. 266

¹⁵⁸ conf. Humberto S. Vidal, “Cohecho”, publicado en el boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba. Año 32, n° 4/5, oct. dic. 1968. p. 231

acuerdo¹⁵⁹. Por lo tanto, existe una parte que es el funcionario público que a cambio de dinero o de una dádiva, hace o deja de hacer algo relativo a sus funciones.

2.1.-

El tipo penal objetivo:

Se trata de un delito de los denominados especiales, en los que el legislador limita las personas que pueden ser autores, de modo que este delito sólo puede ser cometido por un funcionario público, y el acto debe versar sobre algún acto funcional realizado en el marco de su competencia.

En la acción puede intervenir éste directamente (“por sí”), o mediante una “persona interpuesta”, pero en este último caso, tal persona debe actuar de acuerdo con el funcionario público para que se configure este tipo penal, porque de lo contrario, su conducta podría llegar a estar encuadrada en otro ilícito (por ej. 172, 173 inc. 10, o 256 bis del Código Penal).

2.2.-

Acción típica:

Podemos decir que son dos las acciones típicas que pueden ser realizadas por el funcionario público:

- a. “recibir dinero o cualquier otra dádiva”
- b. “aceptar una promesa”.

Ambas conductas deben ser efectuadas con un fin determinado.

De esta manera podemos colegir que **recibe** quien entra en la tenencia del dinero o la dádiva.

Acepta quien admite recibir en un futuro lo que se le promete.

Se entiende por **dinero**, cualquier moneda de curso legal, sea nacional o extranjera.

La **dádiva** es lo que se entrega, que se puede dar y recibir, y que debe estar provisto de un valor para el funcionario, que resulte idóneo para motivar a éste a hacer, retardar o dejar de hacer el acto relativo a sus funciones.

¹⁵⁹ NUÑEZ, RICARDO C. *Derecho Penal Argentino*. ed. Lernes. T. VII. p. 98-99.

La **promesa** es el compromiso asumido por el sujeto activo de entregar dinero o dádiva, que puede ser directa o indirecta (dirigida directamente al funcionario o expresada en forma indeterminada)¹⁶⁰.

2.3.-

Objeto del acuerdo:

El acuerdo que celebren las partes debe tratarse de un hacer o no hacer “algo” (acción u omisión de un hecho “determinado”) relativo a las funciones del autor – funcionario público–, habiendo agregado la ley 25188 además el “retardar” un acto de este tipo.

No es necesario que el acto sea propio de la función específica del autor, sino simplemente que sea “relativo” a sus funciones.

Así señaló la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal en la causa "Navarro, Sandro y otro", que:

“[...] El artículo 256 del Código Penal no requiere que el acto sea ‘propio’ de la función específica del empleado o funcionario que recibe la dádiva, sino tan sólo ‘relativo’ a tales funciones y capaz de afectar el bien jurídico tutelado por la ley penal al reprimir los delitos contra la administración pública [...]”¹⁶¹.

Por otra parte, el acto que realice el funcionario puede ser legal o ilegal, ya que el Código no diferencia entre cohecho propio e impropio, lo importante es que se encuentre dentro de su esfera funcional, tanto material como formal¹⁶².

La convergencia de ambas voluntades debe referirse a un acto u omisión futuros, o sea *para actuar* u omitir y no *por haber* actuado u omitido.

2.4.-

Tipo subjetivo:

La figura penal analizada exige para su configuración por parte del autor la existencia de un dolo directo, o sea, el conocimiento y la finalidad o voluntad de realizar los elementos descriptos por el tipo. Es decir, tiene que haber actuado con intención, discernimiento y voluntad de aceptar el contrato ofrecido por la otra parte o insinuado por esta, para llevar a cabo alguno de los hechos aludidos en la norma (hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones) y además, en su caso para recibir la contraprestación ofrecida para ello (dinero, dádiva o promesa).

¹⁶⁰ CREUS, CARLOS. *Delitos contra la Administración Pública*. p. 498

¹⁶¹ Navarro, Sandro y otro, rta. el 15/7/92. J.A. 1995 II.

¹⁶² DONNA, EDGARDO A. *op. cit.*, p. 222

2.5.-

Consumación:

El delito se consuma con el acuerdo, es decir, con la aceptación de la realización del acto y la recepción del precio (dinero o dádiva), o la aceptación de la promesa, aunque ella luego no se cumpla o el acto no se realice, ya que lo que configura el delito es el “acuerdo” y no su ejecución.

“Lo que caracteriza al cohecho del art. 256 C.P. es el compromiso venal que constituye su contenido; cuando ese pacto se perfecciona, recién ahí se consuma el delito”¹⁶³.

Humberto Vidal sostiene que siendo un delito de dolo específico, resulta indiferente que la intencionalidad del autor se concrete, no interesando el cumplimiento objetivo del “do ut des”, bastando el perfeccionamiento subjetivo del intercambio para su consumación¹⁶⁴.

2.6.-

Tentativa:

En lo que respecta a este punto, no hay acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ya que para algunos al consumarse el delito con la celebración del acuerdo, antes de que ello se formalice, sólo hay actos preparatorios impunes, y para otros, las tratativas previas al pacto, constituyen el comienzo de ejecución del delito, con entidad suficiente para poner en riesgo el bien jurídico protegido, circunstancia que será analizada con mayor profundidad en otro punto específico por su incidencia en el tema central de la tesis.

3.-

COHECHO ACTIVO:

El artículo 258 expresa que:

“Será reprimido con prisión de uno a seis años el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las

¹⁶³ CNCC Sala 7a, agosto 31 1982 E.D. 103-377

¹⁶⁴ confr. Vidal. *op. cit.*, p. 241

conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en lo Artículos 256 bis, segundo párrafo, y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además la inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez en el segundo.”.

3.1.-

Bien jurídico protegido:

Como se evidencia de la simple lectura del artículo, el bien jurídico protegido sigue siendo el mismo que el del cohecho pasivo, o sea el normal desenvolvimiento de la administración pública. Pero aquí se busca hacerlo desde el punto de vista no ya del funcionario público, sino de cualquier persona que ofrezca o dé dádivas a un funcionario público a los fines indicados en los artículos 256 y 256 bis.

O sea que aquí se amplía el tipo penal, ya que cualquier persona puede ser autor del mismo.

3.2.-

Tipo objetivo:

El tipo objetivo está constituido por el comportamiento ejercido por cualquier persona para corromper o intentar corromper a un funcionario público.

Se puede realizar la acción a través de dos conductas alternativas:

1. Dar dádivas –entregar–, u
2. Ofrecer dádivas –prometer–.

Cualquiera de ellas debe ser realizada a un funcionario público, directamente por el autor, o por un tercero a pedido de éste, a los mismos fines establecidos por el art. 256 del Código Penal.

El delito se agrava cuando se da el tráfico de influencias ante un magistrado del Poder judicial o del Ministerio Público a los fines indicados en el art. 256 bis (segundo párrafo), cuando se ofrezcan las dádivas a uno de estos funcionarios señalados con el objeto de realizar las conductas vedadas en el artículo al cual remite (art. 257), o cuando el autor –o sea el que da u ofrece la dádiva– también revista el carácter de funcionario público.

3.3.-

Tipo subjetivo:

El presente, consiste en un delito que sólo admite el dolo directo. El autor debe tener conocimiento del tipo, es decir debe saber que está realizando un ofrecimiento u entrega ilícita a una persona que es un funcionario público, con la intención de que éste realice alguna de los actos indicados en el art. 256.

Señala Carlos Creus¹⁶⁵, que se trata de una instigación a la acción¹⁶⁶.

3.4.-

Consumación:

Se consume con la entrega de la dádiva o la realización del ofrecimiento.

Aquí la diferencia con el cohecho pasivo radica en que al tratarse de un delito de codelincuencia necesaria, aquél se consume con el acuerdo entre corruptor y corrompido, mientras que en el presente artículo, el tipo se consume con el mero ofrecimiento, lo que demuestra la autonomía existente entre ambos, mas allá de la bilateralidad necesaria requerida por parte de la doctrina y jurisprudencia para el primero.

Pareciera que este tipo penal no admite la tentativa, ya que a diferencia del cohecho pasivo, aquí, si existe ofrecimiento, el delito se encuentra consumado.

Debería analizarse el caso de que alguien pretenda ofrecer una dádiva a un funcionario y no llegue a ponerlo en conocimiento de éste, pero que alcanzó a un tercero que el cohechador pretende que actúe como su intermediario¹⁶⁷.

4.-

DIFERENCIA ENTRE COHECHO Y CONCUSIÓN:

Sebastián Soler sostiene que la corrupción es un delito bilateral, mientras que la concusión -exacción- no lo es.

¹⁶⁵ CREUS, CARLOS. *op. cit.*, p. 546

¹⁶⁶ DONNA, EDGARDO A. *op. cit.*, p. 244

¹⁶⁷ confr. Carlos Creus. *Delitos Contra la Administración Pública*. “Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal”, Ed. Astrea. p. 300.

Una acción de requerimiento de dádiva no se transforma en concusión por la mera circunstancia de que sea un funcionario público quien la exija, si se llega a un acuerdo libre y voluntario, ya que en la concusión debe existir un elemento coactivo que genera la entrega de la dádiva, por temor a la autoridad. En la corrupción – como en el derecho romano se denominara a lo que en nuestro código llamamos cohechos dos sujetos llegan a un acuerdo voluntario¹⁶⁸.

La corrupción pasiva consiste en recibir o aceptar porque entiende que el nombre de esta figura, no solamente proviene de la consideración del sujeto del delito (el corrupto), sino que la acción de éste consiste generalmente en una actitud pasiva; cuando el funcionario sale de esa actitud para entrar a requerir, imponer o procurar el dinero, fácilmente se penetra en el terreno de la concusión, e inclusive para ciertos autores este detalle muestra una línea divisoria entre ambas infracciones¹⁶⁹.

Laje Anaya diferencia que cuando la oferta nace del funcionario, si existe un contrato, constituiría un cohecho, o si existe una exigencia unilateral impuesta conformaría una coacción¹⁷⁰.

Núñez hace hincapié en la exigencia del funcionario en el caso de la exacción ilegal, de la dación o promesa sugerida para el cohecho¹⁷¹.

Rimondi (L.L. 1999 B.306) considera que en el cohecho siempre el acuerdo venal debe surgir de la iniciativa del particular corruptor, dado que hay disparidad de fuerzas entre ambas partes. Señala que si la propuesta viene del particular, el funcionario puede o no corromperse, pero si parte del funcionario, no habría libertad del particular porque ella se encontraría cercenada en alguna medida.

Entendemos que esto no necesariamente debe ser así, ya que en la época actual, muchas veces el particular que negocia, en algunas ocasiones suele, o puede tener, mucho más poder que el funcionario, con lo cual no se daría esa disparidad de fuerzas.

Además, debemos reconocer que pueden existir sutiles insinuaciones que sólo pueden avanzar con la anuencia de la otra parte que demuestre interés en la continuación de un diálogo que encamine hacia un acuerdo de este tipo que de otra manera no prosperaría.

Ernesto J. Ure sostiene que la iniciativa no puede aceptarse como criterio distintivo, ya que puede haber cohecho cuando el funcionario simplemente propone y el particular acepta con plena libertad de consentimiento. Por el contrario, puede haber exacción cuando el funcionario prepara el terreno de forma tal que coloca a la víctima en situación de incitarla a la iniciativa, concluyendo que resulta erróneo establecer como regla invariable que en la exacción el funcionario “pide” y en el cohecho “acepta”¹⁷².

Se ha calificado cohecho la acción de hábiles insinuaciones –sin requerimientos intimidatorios– tendientes a hacer comprender la conveniencia de gratificar servicios¹⁷³, bastando la proposición de arreglar mediante una dádiva¹⁷⁴.

¹⁶⁸ conf. “Derecho Penal Argentino”. T.V. ed. TEA. p. 157 y 195

¹⁶⁹ SOLER, SEBASTIÁN. *Derecho Penal Argentino*. Ed. TEA, 1992, Bs. As., Tomo V. p. 211

¹⁷⁰ ANAYA, JUSTO LAJE. *Comentarios al Código Penal. Parte especial*. Vol III. ed. Depalma. p 102, nota 121

¹⁷¹ conf. Núñez. *op. cit.*, p. 99

¹⁷² URE, ERNESTO J.. “Temas y casos de Derecho Penal”, n. 238, 1942

¹⁷³ BLANCO DE BARBER *Teresa y otras*. Cam Fed. Córdoba, Sala A, 3/9/84. La Ley Cba. 1984-1253

Creemos que no es necesaria sólo la circunstancia de la bilateralidad para que exista cohecho y se deseche la exacción, ni su diferencia radica en quién es el que pide el dinero.

La concusión, se sustenta en ese temor o condición de inferioridad en que se encuentra quien puede llamarse víctima del funcionario, en la medida en que no pueda negarse a la exigencia, sin que de ello de desprendan consecuencias graves.

Tulio Sauchelli, sostiene que en el cohecho tanto el funcionario público como el particular pueden ser a la misma vez sujetos activos, pero cada uno de distinto delito y en ambos casos, el sujeto pasivo del delito es la administración pública¹⁷⁵.

Aunque resulte redundante, a esta altura no existen dudas respecto a que la distinción fundamental entre cohecho y concusión radica en que en este último la voluntad del que paga está viciada por el temor que la exigencia del funcionario ha engendrado o, por lo menos, por el error que en este último puede inducir en el primero (casos de concusión explícita o implícita).

En cambio, en el cohecho existe un posible acuerdo de partes que es voluntario.

Finalmente, entendemos que deben aplicarse estos criterios señalados, y así la distinción entre ambas figuras, deberá encararse mediante una rigurosa confrontación para determinar correctamente los casos de difícil deslinde, prestando atención especial a la situación de hecho dada. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar, unidas a las formas de manifestarse las personas, permitirán establecer si un caso fronterizo constituye cohecho o exacción¹⁷⁶, o sea, si ha existido total libertad de decisión por parte del particular para llegar a un verdadero concierto de voluntades.

5.-

TENTATIVA DE COHECHO PASIVO:

El tema que genera gran controversia, es si en el acuerdo de voluntades destinado a obtener una conducta favorable de parte del funcionario se admite o no la tentativa de cohecho, lo que es sumamente debatido tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia.

Todo este debate doctrinario, ocasionado fundamentalmente por importantes opiniones doctrinarias y denodados planteamientos de estudios jurídicos, culminó con el cuestionamiento a la posibilidad de punir la tentativa del cohecho pasivo¹⁷⁷, que

¹⁷⁴ confr. Cam. Fed. Mendoza, 29/8/77. FAZZIO, Raúl M. y otros. La Ley 1978-B-130

¹⁷⁵ SAUCHELLI, TULLIO. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Editorial Bibliográfica Argentina. Tomo III. p. 228 y ss

¹⁷⁶ confr. Vidal. *op. cit.*

¹⁷⁷ DOMÍNGUEZ, OSVALDO G.. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, febrero 1, 1977, L.L., tomo 1977-D;

IMPALLOMENI. *Tratado de Derecho Penal*. Bs. As. 1985. T. VII p. 565;

JESCHEK, HANS HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal*. T. II. p. 713;

son los casos que suelen llegar a los Estrados judiciales, por denuncia de una de las partes, lo cual, ciertamente, constituye una demostración más de que nos encontramos frente a una de las causales de la selectividad del derecho penal, ya que este amplio debate no se observa en otros delitos cometidos, mayoritariamente, por sectores más vulnerables, como por ejemplo hurtos y robos simples¹⁷⁸.

Este es uno de los delitos que no suelen verse con frecuencia en los procesos que se sustancian en la justicia Nacional, dado la dificultad de su detección, como también su complejidad probatoria.

En general, los funcionarios públicos son sorprendidos en plena tratativa, o denunciados por el que recibe la oferta –o viceversa-, y, en consecuencia, quedan incusos en la posible conducta, pero en grado de conato.

De allí que ante la abundante doctrina y jurisprudencia que entiende la atipicidad de este tipo de acción, resulte importante una seria revisión

Consideramos que toda conducta tendiente a facilitar un ofrecimiento o promesa, como ser la alusión por parte del funcionario de que realizará necesariamente la conducta que su función le impone (o que materialmente no podría realizar de otra forma) pero que la misma merecería una recompensa, como por ejemplo el desliz de frases tales como “si quisiera colaborar yo no me ofendería”, “este mes no llego con el dinero”, o todo tipo de sutiles y audaces estratagemas o comentarios tendientes a exteriorizar una conducta dispuesta a aceptar una gratificación -o al menos a escuchar alguna propuesta u oferta de acuerdo como los tipificados-, sin que tal acuerdo se concrete, constituyen una tentativa de cohecho pasivo.

El ofrecimiento o, mejor dicho, la sugerencia de parte de un funcionario público que da a entender claramente que no se ofendería o que aceptaría un acuerdo sobre la entrega de dinero, una dádiva o una promesa de ello, a fin de hacer u omitir algún acto relativo a sus funciones, entendemos que constituyen actos ejecutivos de este delito, ya que independientemente de que el acuerdo se perfeccione o no, el

MANZINI, VINCENZO. *Tratado de derecho Penal Italiano*. Traducción Ed Jurídica Europa-América. Bs. As., 1952. Tomo II p. 216;

Núñez. *op. cit.*, p. 100;

SOLER, SEBASTIÁN. *op. cit.*, p. 213; *Ibíd.*, p. 163;

VALEIJE ALVAREZ, IRMA. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario; el delito de cohecho*. edit. Edersa, Madrid, 1995. p. 97-98; *Ibíd.*, p. 120;

VARELA CID, Eduardo y otro. *op. cit.*;

“WOWE Carlos y otro s/cohecho, etc.”. Causa n° 267. TOC n. 27 de fecha 3 de octubre de 1997. Voto del Dr. René Morales Penela; *Ibíd.*, Voto del Dr. Raúl ARAGÓN;

“WOWE Carlos s/recurso de casación”. Causa 847. Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal. Fallo dictado el 30 de octubre del año 1998.

¹⁷⁸ Es más, a diferencia de lo que ocurre en los delitos económicos, en los de robo y hurto, la interpretación doctrinaria y jurisprudencial, en oportunidades suele agravar o ampliar las figuras penales, como por ejemplo la interpretación sobre el agravante de arma de utilería –recientemente incorporada al art. 166 del Código Penal, por la ley 25.882-, cuando se utiliza un arma de fuego apta para el disparo pero descargada o que no es apta por tener desperfectos, en la comisión de un robo, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria entendió que el arma descargada era equiparable al término “arma de utilería”, pese a que, en rigor, un arma de fuego de correcto funcionamiento de ninguna manera es de utilería, sino que es un arma real –y además, de ser secuestrada, también puede ser peritada y determinarse su aptitud para el fin específico-, pero que fue omitido –por error del legislador-, incorporar esta hipótesis concreta en la reforma. Confr. DONNA Edgardo Alberto, *Reformas Penales*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, pags. 192/5.

funcionario público ya hizo todo lo posible que tuvo a su alcance para exteriorizar su voluntad de aceptación de un convenio de este tipo, realizando la acción tendiente a este fin, lo cual de no cumplirse será en todo caso por causas ajenas a su voluntad.

Es un delito que requiere la convergencia de la conducta de dos personas, una de las cuales ya fue realizada o iniciada, restando sólo el acuerdo de la otra parte para que el tipo se consume; de no producirse el mismo, indudablemente el delito queda tentado, ya que no podría quedar impune la conducta antedicha, al haber existido dolo en el autor que exteriorizó su voluntad, comenzó a ejecutar el hecho y puso en peligro el bien jurídico protegido, al producir la conducta que vulneró el correcto desenvolvimiento de la administración pública.

Deben quedar descartadas de esta manera las teorías formales objetivas y objetivos materiales de punición del conato como la de Lorenzo Carnelli “La tentativa de Cohecho” Jurisprudencia Arg. T. 55, quien al fundar el cohecho en el concierto de voluntades, entiende que antes del mismo no hay nada, ya que si el cohecho se constituye recién cuando dos voluntades coinciden, por mas que una haga todo lo posible para lograr el acuerdo, no habría nada.

Coincidimos con Javier Augusto De Luca¹⁷⁹, en el sentido de que debe partirse de un criterio objetivo-subjetivo del fundamento de la punición de la tentativa (dolo mas afectación del bien jurídico).

No se llega a un acuerdo de voluntades este tipo, que no esté precedido de alguna forma de negociación, y es allí donde se enmarca el plan individual del autor, debiendo determinarse en cada caso particular si hubo actos preparatorios, de tentativa o consumados, sin poder prescindirse para ello de la planificación del autor.

Debemos extraer como conclusión que si tenemos en cuenta que nos encontramos frente a un delito de los denominados “de tipo especial” –el legislador limita las personas que pueden ser autoras; en este caso sólo los funcionarios públicos en lo que hace al cohecho pasivo–, no caben dudas de que debe primar un disvalor de acción por sobre un disvalor de resultado, en virtud de la mayor exigencia que se genera en las conductas de esta clase de personas, con su carga ética y moral.

Nótese que lo que se protege en este tipo de delitos es el normal desenvolvimiento de la administración pública, y lo que subyace, es el interés del Estado por mantener la observancia de los deberes de probidad de los funcionarios públicos¹⁸⁰, con lo cual, a los efectos de la tentativa, no puede tenerse en cuenta un criterio que no contenga una concepción subjetiva.

Como corolario de ello, debe aceptarse la presencia de una tentativa cuando mediante la exteriorización de la conducta del funcionario público, se acredite la existencia de dolo y se afecte el bien jurídico tutelado, mediante actos idóneos para llevar a la concreción de un acuerdo venal como los tipificados.

Pero, la interpretación doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria, dejó impune este tipo de conductas que son las únicas que, en la práctica, suelen ser denunciadas.

¹⁷⁹ DE LUCA, JAVIER AUGUSTO. “Cohecho y concusión, nota a fallo”, jurisprudencia La Ley, T. 1999 E. p. 331-346.

¹⁸⁰ DONNA, EDGARDO A. *op. cit.*, p. 217.

6.-

CONCLUSIÓN:

La importancia de este tipo de delitos, y por lo que le hemos dedicado especial atención, radica en que, en general, son cometidos por funcionarios públicos, conjuntamente con poderosos empresarios privados –con los que se sella el acuerdo y quienes mayor beneficio suelen obtener-, resultando damnificados todos los habitantes, y en especial esa creación formal conocida como “administración pública”, resultando ser un ente abstracto que le resta identidad a las verdaderas víctimas de tales conductas.

No deja de llamar la atención la denominación que le suele dar la doctrina a esta clase de delitos, que le quita valor negativo desde el punto de vista de la lingüística, lo que ya nos está dando el indicio de la dificultad para su aplicación.

Es un delito de corrupción pública, vulgarmente conocido como “soborno” o “coima” o a secas “corrupción”(término, sin embargo, limitado exclusivamente por el Código Penal a delitos contra la integridad sexual).

Pero en vez de ser denominado “soborno”, que suena como lo que es en el lenguaje natural, o sea el pago o cobro indebido, fue “bautizado” como “cohecho”, y la doctrina aclara “hecho en el que intervienen por lo menos dos”, o “hecho al menos de dos”, cuando la oración “un hecho de dos”, no tiene ningún tipo de connotación valorativa que se relacione con algo delictivo.

Si existe esta resistencia para ponerle el nombre por parte de quienes “declaran” o “interpretan” lo que constituye materia de derecho penal, podríamos trazar su paralelismo para cuando se pretenda sancionar tales conductas, a las que hasta costó darle una denominación que la vincule a una conducta disvaliosa.

Con esto no tratamos de hacer un juego de palabras. Por el contrario entendemos que constituye una realidad, que puede ser mejor comprendida si además la comparamos con los delitos de mayor aplicación en el Código Penal.

En efecto, del relevamiento estadístico efectuado en el capítulo pertinente, se aprecia que la mayoría de los delitos por los que recaen penas privativas de la libertad, son los delitos contra la propiedad, y en especial los robos y hurtos (sin tomar en cuenta los vinculados a la infracción de la ley de estupefacientes).

La consecuencia lógica que debemos extraer de estos datos estadísticos son solo dos hipótesis posibles:

O que los delitos de corrupción pública, o económicos no suelen cometerse o son muy poco frecuentes;

O que esta clase de delitos son más frecuentes de los que podría contabilizarse a través de las denuncias o condenas, pero por diversos motivos sus autores revisten una gran impunidad.

Y la segunda de las hipótesis, entendemos que es la verdadera, tanto por su sospecha aisladamente corroborada, como por su aproximación intuitiva, ante la ausencia de datos empíricos cotejables, al integrar uno de los delitos que más injerencia tienen en las denominadas “cifras negras” de delitos, ya que difícilmente se

denuncie y acredite un acuerdo espurio, en el que intervienen dos partes y ambas reciben beneficios, dado además el ámbito de reserva que rodea aquellos.

En consecuencia, la desarrollada doctrina y jurisprudencia moderna que pretende otorgar atipicidad a la tentativa de cohecho pasivo y aumenta los requisitos para la tipicidad de este delito, no hace más que limitar su punición, a diferencia de lo que ocurre con los robo hurtos (como mostráramos en relación al arma de fuego descargada), lo que demuestra, una vez más, la profundización de la selectividad del sistema penal, mediante una alegada interpretación garantista del delito de cohecho.

Y tratándose de un ilícito que solo puede ser ejercido por un reducido grupo selecto de la sociedad, separa mucho más la brecha con los grupos más expuestos que cometen delitos de resultados como los robos y hurtos, cuya declaración formal de culpabilidad y sanción ante un órgano jurisdiccional, como su encarcelamiento preventivo, aparece cada vez con mayor frecuencia.

CAPÍTULO IX.

LOS DELITOS DE MAYOR OCURRENCIA: HURTO Y ROBO. CONDENAS Y ACTORES SOCIALES.

1.-

Introducción:

La idea en este capítulo es exhibir, muy someramente, el desarrollo dogmático y la interpretación que se les da a estas figuras penales, comparando con relación a otros delitos, las omisiones determinantes de las causales de justificación y/o de inculpabilidad, poco desarrolladas y utilizadas, pese a la clara posibilidad de cuestionar la realización de un reproche penal en tales circunstancias.

El delito de hurto y sus agravantes, se encuentra tratado en los art. 162 y 163 del Código Penal, mientras que el robo, lo está en el artículo 164 (en su figura básica), tipificándose en los artículos 165 a 167 la figura agravada.

En estos cinco artículos, tenemos concentrado las figuras penales por las que se dictan la mayoría de las condenas en la justicia Criminal y Correccional de la Capital Federal. No obstante desarrollar este punto más adelante, no queríamos dejar pasar esta introducción sin señalarlo, y así ingresar a efectuar una breve descripción del concepto teórico de estos tipos penales, al menos en sus figuras simples, contenidas en los artículos 162 y 164 de la ley de fondo, y así ilustrar sobre qué estamos hablando cuando nos referimos a estos ilícitos.

Previo a definir qué se entiende por hurto y robo, debemos someramente señalar el bien jurídico que se protege en los delitos contra la propiedad, en el cual se encuentran enmarcados los tipos penales mencionados.

2.-

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD:

Según Nuñez, lo que se protege en el Título VI. del Libro II. del Código Penal, es “La propiedad”; pero no la propiedad o dominio que se desprende del artículo 2506 del Código Civil, sino que tiene una extensión mucho mayor. No solo protege el dominio, sino otros derechos reales, derechos personales, derechos administrativos y la vinculación entre una persona y las cosas, de posesión y tenencia¹⁸¹.

Es la propiedad en el sentido de la Corte Suprema le dio al término basado en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional: Ampara a todo el patrimonio, incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales e inmateriales, todos los intereses apreciables que una persona pueda poseer fuera de sí mismo y de su vida y libertad, más amplio que lo que el art. 2312 define como “bienes”¹⁸².

Es decir, el derecho penal protege la parte activa del patrimonio¹⁸³.

Según la postura mixta, es el conjunto de bienes o derechos con valor económico (Patrimonial), pero que además gozan de protección jurídica. Es una combinación que toma como base la parte económica, es decir, las cosas que revisten valor, pero siempre que estén en poder del sujeto en virtud de una relación jurídica¹⁸⁴.

3.-

HURTO:

Art. 162, Cod. Penal:

“Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”.

3.1.-

Bien jurídico protegido:

Conforme la doctrina ya citada, existe consenso en sostener que este tipo penal protege el poder, la relación de hecho entre la persona y la cosa, como poder autónomo sobre el objeto. Es decir, protege hasta la tenencia precaria legítima.

¹⁸¹ NUÑEZ Ricardo, “Delitos contra la propiedad”, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, pags. 7/8.

¹⁸² Fallos: 184:137

¹⁸³ TOZZINI Carlos A., “Los delitos de hurto y robo”, Depalma, Buenos Aires, 1995, pjs. 80 y ss.

¹⁸⁴ DONNA Edgardo Alberto, tratado de “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II-B, ed Rubinzal-Culzoni, año 2004, pags. 11/13.

3.2.-

Acción típica:

Siguiendo la doctrina mayoritaria, la acción típica la da precisamente el verbo¹⁸⁵, es decir que la conducta es “apoderarse” de la manera y las cosas que en el artículo 162 del Código Penal se detallan.

La idea es la ofensa por parte del autor, de la posesión que tiene la víctima sobre la cosa objeto del hurto.

3.3.-

Consumación:

Existen diversas teorías al respecto; sintetizaremos aquí las más importantes.

Teoría del desapoderamiento (seguida por Nuñez¹⁸⁶) y de la posibilidad física de disponer (Soler, Creus, Tozzini, entre otros¹⁸⁷).

a) Teoría del Desapoderamiento:

Esta teoría, como adelantáramos, desarrollada por Nuñez, sostiene que se consuma el hecho cuando la cosa salió de la esfera de custodia de la víctima.

b) Teoría de la disponibilidad:

A diferencia de la anterior, la doctrina más numerosa, considera que, como el verbo típico es “apoderarse”, se consuma con el efectivo apoderamiento de la cosa por parte del ladrón.

Entonces, la acción típica es el apoderamiento (que se da cuando existe la posibilidad física de disponer del bien).

Esto cobró suma relevancia para definir cuando hay tentativa o consumación en los casos límite, que son numerosos, relativos a la aprehensión de los imputados en flagrancia, cuando han pasado pocos instantes del desapoderamiento a la víctima, y no es posible hallar esos bienes (o parte de ellos), o cuando, por las características del bien, no es posible su apropiación por parte del autor, en ese poco lapso –como por ejemplo tratándose de automotores-.

La última postura sostenida, tiende a establecer la posibilidad real de disponibilidad que tuvo el autor del hecho, pero vinculado a la facticidad de su real apoderamiento, desvinculado de la acción de descarte de la prueba o mera tenencia precaria momentánea, con lo cual, en estos numerosos casos, el delito es considerado sin consumación, quedando en las previsiones del artículo 42 del Código Penal.

En consecuencia, siguiendo esta doctrina a la cual adherimos, la consumación del delito, consta de dos fases: El desapoderamiento de la cosa a su tenedor, y la toma efectiva de poder por parte del ladrón

¹⁸⁵ Art. 162 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”.

¹⁸⁶ Ob citada, pags. 181/2.

¹⁸⁷ Donna, ob citada, pags. 28/32.

3.4.-

Ilegitimidad del apoderamiento:

Es un elemento del tipo objetivo, que debe estar abarcado por el dolo. De esta manera existiría error de tipo cuando el autor cree erróneamente que el apoderamiento es legítimo¹⁸⁸.

3.5.-

Cosa mueble:

La palabra “cosas”, está definida por el art. 2311 del Código Civil: Son los objetos materiales susceptibles de tener un valor, y se agrega que las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.

Es decir, se tienen que dar dos contenidos 1) la materialidad y 2) El valor. Así quedan fuera los derechos, por ser inmateriales¹⁸⁹.

Por otro lado, la norma, al referirse a “cosa mueble”, quiere decir las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro. Se incluyen los objetos que siendo civilmente inmuebles, pueden ser objeto de desplazamiento.

3.6.-

Ajenidad de la cosa:

Exige siempre que la cosa esté en poder de otra persona y que sea ajena implica que es toda aquella que pertenece al patrimonio que no sea el del agente¹⁹⁰.

3.7.-

Sujeto activo:

Puede ser cualquier persona, pero se excluye quien se halle en la tenencia, posesión, propiedad o copropiedad de la cosa.

3.8.-

Sujeto Pasivo:

También cualquier persona que detente esa relación con la cosa.

3.9.-

Tipo subjetivo:

Se conforma con la intención del autor de apoderarse de la cosa, y el conocimiento de la ajenidad de la misma o la falta de derecho alguno de su parte.

¹⁸⁸ DONNA, Derecho Penal, Parte Especial, ob cit., T. II. B, Pag 33.

¹⁸⁹ Confr TOZZINI, ob. cit., pag. 134/6

¹⁹⁰ DONNA, ob. cit., T. II B, pag. 42.

4.-

ROBO:

El art. 164, Cod. Penal:

“Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad”.

Se trata en rigor de verdad, de una figura agravada del hurto, con lo cual contiene los mismos elementos que aquel, a los que se le suma la fuerza en las cosas o la violencia en las personas.

Comparte con el hurto la estructura básica: La acción de apoderarse del objeto material cosa mueble, la ajenidad total o parcial de éste y los sujetos activos y pasivos.

Los elementos que se adhitan, contenidos en el artículo 164 del Código Penal¹⁹¹, son los siguientes:

4.1.-

Fuerza en las cosas:

La fuerza que se aplica en las cosas es en un sentido físico y debe ser ejercida en una forma anormal, aunque no necesariamente destructiva o dañadora; el sujeto activo debe vencer la resistencia de la propia cosa. Se trata de un esfuerzo superior del que llevaría a cabo el dueño para retirarla del lugar en donde ésta se encuentre¹⁹².

4.2.-

Violencia:

Es una energía física sobre la víctima, que lleva a suprimir o limitar materialmente la libertad de acción y la resistencia que esta pudiera oponer al apoderamiento. La misma puede ser real o simulada y tiene que tener una relación de medio a fin con el apoderamiento¹⁹³. La acreditación del dolo en estos casos es lo determinante, y suele marcar la diferencia entre un hurto en concurso con lesiones de un robo (entre otras figuras), lo que deber regirse por las reglas probatorias de cada procedimiento.

¹⁹¹ Art. 164 C.P. “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad”.

¹⁹² Confr NUÑEZ, ob. cit., pag 192/215.

¹⁹³ Confr GONZALEZ RUS Juan Jose, “Manuel de Derecho Penal, parte especial, Edersa, Madrid, 1992, citado por DONNA, ob. cit., Tomo II-B, pag 113

4.3.-

Reforma introducida por ley 25.882:

El 26 de abril del año 2004, se publicó la ley 25.882 que agravaba las penas de los delitos de robo cometidos con arma de fuego.

Lo que respecto de esta tesis nos interesa, es la creación de una nueva figura agravada, incorporada en el último párrafo.

Concretamente señala el artículo en tal parte que “si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión”.

Es decir, que contempla dos supuestos: Que se utilice un arma de fuego cuya aptitud para su fin específico no pudiere determinarse (el típico caso en que el arma no puede ser secuestrada), o cuando se utiliza un arma de utilería.

Quedaron sin incluirse expresamente, dos de las hipótesis por las cuales debía crearse este agravante: Cuando se utiliza un arma descargada o cuando el arma utilizada o sus balas no son aptas para el disparo.

Resulta claro que el arma de utilería es una cosa con características similares a un arma, es decir que aparenta ser un arma, pero que no lo es. En consecuencia, un arma descargada o que no es apta para el disparo, o que las balas carecen de esa aptitud, no es un arma de utilería, sino que es un arma de fuego real, con lo cual en estos casos, la conducta debe quedar encuadrada en la figura de robo simple.

No desconocemos que esta circunstancia puede llevar a situaciones inequitativas, ya que quien comete un robo con un arma de juguete sería pasible de una pena superior a quien comete el mismo hecho pero con un arma de fuego descargada o con balas no aptas para el disparo.

En ese caso la solución debería ser no aplicar el agravante para equiparar ambos supuestos en cuanto a su graduación punitiva.

Pero lo que de ninguna manera puede hacerse es utilizar la analogía para agravar las conductas, estableciendo por vía de interpretación un agravante que no está expresamente previsto¹⁹⁴.

No obstante ello, existe importante doctrina y jurisprudencia, hoy en día mayoritaria, que aplica el agravante del robo en estos supuestos no previstos expresamente por la norma (arma de fuego no apta, descargada, o con balas que no pueden ser disparadas)¹⁹⁵.

Es decir, se utiliza la interpretación para agravar la conducta en el caso del tipo penal de robo, a diferencia de lo que sucede con otros delitos, cometidos generalmente por grupos sociales con mayores recursos socioeconómicos, en donde toda la interpretación doctrinaria y jurisprudencial tiende a desincriminar la conducta (confr. lo tratado sobre tentativa de cohecho).

¹⁹⁴ Ello violenta el principio de máxima taxatividad interpretativa que se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía “in malam partem”, conforme lo sostenido al efecto por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. (confr. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob. citada).

¹⁹⁵ Confr. Código Penal y Normas complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencia. Parte Especial”, dirigido por David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, coordinado por Marco A. Terragni, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, tomo 6, pags. 266/316 y jurisprudencia citada a fs. 331/347.

5.- APLICACIÓN DE LAS FIGURAS DE ROBO Y HURTO. CONCLUSIÓN PARCIAL.

Hecha esta síntesis de la exposición dogmática de los delitos de hurto y robo, según la visión sostenida por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria actualmente vigente, pasaremos a continuación a analizar la aplicación que se efectúa de estas figuras y las omisiones que se advierten.

De las estadísticas que publica anualmente tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como del Ministerio de Justicia, se evidencia claramente que la mayoría de los delitos por los que se dictan condenas en los Tribunales orales en lo Criminal de la Capital Federal, y en los Juzgados Correccionales, son los delitos contra la propiedad.

Pero mas allá de la parcialidad que pueda tener cualquier dato estadístico, relativo a la selección de los guarismos que se efectúen, lo cierto es que si observamos el desagregado de esos delitos contra la propiedad que son los mas sancionados, notamos que la casi totalidad corresponden a robos y hurtos.

Pero profundizando más el análisis estadístico con el estudio de campo realizado (sintetizado en el título "ESTADISTICAS"), vemos que muchos de tales delitos tienen por objeto elementos de escaso valor y su forma de ejecución, puede ser de escasa – en caso de algunos robos- o nula violencia –en caso de hurto-, cometidos evidentemente por personas carentes de los más mínimos recursos materiales para su subsistencia, lo que lleva a interrogarse como puede suceder esto si existe una situación contemplada por el Código Penal, concretamente en su artículo 34, inciso 3°, que le quita antijuridicidad a tales conductas.

Y creo que la explicación más ajustada de este fenómeno la ha dado *Domingo Luis Altieri* al tratar la inaplicabilidad del estado de necesidad justificante, la cual querríamos transcribir expresamente por la claridad ajustada de sus conceptos.

Sostiene este autor que:

"...El "Sistema Penal", junto a otros instrumentos de control social mediante sanciones, integra el denominado "control social primario", por oposición al "control social secundario" que trata de internalizar normas o modelos de comportamiento social sin recurrir ni a la sanción ni al premio (por ejemplo la escuela).

Se presenta como un orden coactivo resguardado por individuos que ejercen el poder en nombre del Estado, poder que tiene por finalidad obtener o fomentar determinados comportamientos individuales en la vida social o castigar su transgresión...

Al igual que otros sectores del discurso del orden, el penal, se vale de ficciones, ideas o abstracciones (mentiras o encubrimientos de la verdad), que tienden a ocultar el real significado de sus términos y proposiciones, ya que de otra forma serían resistidos por aquellos sectores a los que se les aplica y que no han contribuido a formar el discurso.

Quizá la mas significativa sea la pretendida igualdad frente a la ley penal sostenida por la dogmática jurídica y el derecho penal "liberal", que no es más que una ficción que tiene por objeto esconder la desigualdad

substancial que plantea la realidad (por cuanto los bienes jurídicos protegidos son de interés sólo sectorial y la pena está fundamentalmente destinada a criminalizar las formas típicas de desviación de los estratos sociales más desprotegidos), situación que ha quedado plasmada en la genial expresión del dramaturgo Bertold Brech en cuanto señala irónicamente que “la ley penal es igual para el rico como para el pobre. A ambos les prohíbe robar pan y dormir bajo los puentes”...

El Código Penal Argentino, describe ampliamente en numerosas figuras –arts. 162 a 185- las distintas formas en que puede afectarse la propiedad por la conducta previamente definida como desaprobada.

Dichas normas han sido sancionadas por los “representantes del pueblo” y...se presentan como el resultado del consenso, de una amplia discusión, aunque en realidad es el resultado de las presiones ejercidas por un sector y sólo están destinadas a proteger a una parte de la sociedad, es decir, a la parte de los propietarios o de los que poseen, que por lo general son lo únicos con capacidad para ejercer influencias en aquellos con capacidad de legislar.

Pero para que ello no resulte evidente, el discurso del orden parece aprobar que en determinados casos, en circunstancias puntualmente pactadas, pueda admitirse que el bien jurídico propiedad pueda ser violentado, contemplándose así –en el art. 34, inc. 3° del C. Penal-, como causa de justificación, el estado de necesidad, (para preservar un bien jurídico mayor), pero no obstante ello la interpretación en extremo rigurosa de la norma efectuada por los Tribunales, hace de ella una mera ilusión...”¹⁹⁶.

En tal artículo, demuestra y transcribe reiterada y pacífica jurisprudencia que rechaza la aplicación de la aludida norma de justificación¹⁹⁷.

En definitiva, es en muchos de estos casos, en los cuales debe afinarse la observación, analizando la conducta exteriorizada, y la significancia del bien jurídico protegido por la norma, en función también de la situación social del imputado (patrimonio, ingresos, familia a cargo, etc.), para determinar la posible existencia de un estado de necesidad.

Es también en muchos de estos casos, en los cuales debiera abrirse paso la denominada “teoría de la insignificancia”¹⁹⁸, no obstante lo cual, y pese a la diferente relevancia de los valores jurídicos en pugna, en el discurso jurídico dominante que

¹⁹⁶ Confr. Domingo Luis Altieri, “*Acerca del Sistema Penal...*”, revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, n° 81, abril del año 2008, Buenos Aires, pags. 17/21.

¹⁹⁷ Confr a título de ejemplo n° 20.481/10, caratulado “CAJAL Héctor Gastón s/tent de hurto, etc.”, en donde resultó condenado Cajal a la pena de diez meses de prisión, entre otras conductas, por haber sustraído una gaseosa y un paquete de pastillas de un kiosco de una estación de servicio.

¹⁹⁸ ZAFFARONI Eugenio Raúl, tratado de Derecho Penal, parte general, editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, Tomo III., pags. 553/7.

trata tales hechos, sigue primando la inclinación hacia el de menor valor (la propiedad privada, aún tratándose de una afectación insignificante)¹⁹⁹.

No obstante ello, de todo el amplio desarrollo dogmático analizado, por todos los tratadistas citados, poca jurisprudencia ha hecho hincapié ciertamente en estas cuestiones²⁰⁰. Quizás tenga mucho que ver en ello, la ideología de los juristas y los doctrinarios²⁰¹. Quizás ellos estén más familiarizados para entender las necesidades que puedan atravesar las personas que pertenecen al mismo sector sociocultural, entendiéndolos y justificándolos con mayor claridad, y distanciándose consecuentemente de las necesidades, vivencias y experiencias de los individuos que delinquen y pertenecen a los sectores sociales de mayor pobreza²⁰².

199 Confr. C.C.C. Sala VII, 10/3/11, causa “B., D.A.”, en donde un hombre intentó egresar de un comercio escondiendo en sus vestimentas cuatro fracciones de queso, resultando aprehendido por personal de seguridad, resultando procesado por el delito de hurto en grado de tentativa, rechazándose el planteo de aplicación del principio de insignificancia” (confr. suplemento La Ley, Penal y Procesal Penal, del 17/5/11, pags. 47/49).

200 De hecho, se promueve todo lo contrario. Resulta paradigmático la propia jurisprudencia señalada al respecto por DONNA, ob. citada, pag. 91, quien por otro lado resume la postura de todos los doctrinarios tradicionales mencionados: “La figura del hurto protege el derecho de propiedad, sin establecer ninguna cuantía a su valor concreto, el que tendrá limitada relevancia a los fines previstos en la determinación de la pena” CNCCorr., Sala VII, 9-2-99 “Camacho Ortiz, César J. y otro”, L.L. 1999,-F-748.

“1. El principio de insignificancia que atiende al escaso valor de la cosa sustraída –en el caso, se imputa el desapoderamiento de un prolongador eléctrico- no está previsto en nuestra legislación penal. 2. Cualquiera sea la magnitud de la afectación del bien tutelado que resulta del apoderamiento ilegítimo..., en tanto no se prevén grados ni límites, la conducta queda comprendida dentro del tipo penal que prevé el artículo 162 del Código Penal, salvo que la insignificancia sea tal que lleve a despojar a la cosa de ese carácter.” CNCCorr, Sala I, 5-4-2000, “Cabrerá, Norma G.”, L.L. Supl. Dcho. Penal, del 30-10-2000.

201 Ideología definida por Ana P. de Quiroga, y que hiciéramos referencia oportunamente (ver cita correspondiente).

202 Tal como sucediera en el citado caso ventilado en el expediente n° 50.338/09 en donde se procesó con prisión preventiva a un imputado, finalmente condenado a una pena de prisión, por haber comido pizza en un bar y no tener dinero para pagar. Si bien fue calificado el hecho como estafa, lo cierto es que vale su remisión a los fines aquí tratados, en cuanto al principio de significancia y al estado de necesidad mencionado (confr. legajo documental adjunto).

INSTITUTOS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

CAPÍTULO X.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. INSTITUTOS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

1.-

Introducción:

Así como en el capítulo anterior hemos tratado los delitos más paradigmáticos respecto a la selectiva aplicación del sistema penal, por tratarse de los grupos de delitos más antagónicos en cuanto a su aplicación, conforme el relevamiento estadístico efectuado, tanto basado en la cantidad de condenas dictadas, como por las condiciones personales y pertenencia social de sus autores, en el presente capítulo analizaremos los institutos creados o modificados como para garantizar un derecho penal más igualitario, y comprobaremos si esa finalidad fue cumplida, o si, por el contrario, fueron apropiados por los grupos históricamente más beneficiados del sistema, logrando así profundizar, o al menos mantener, la excesiva selectividad apuntada.

Asimismo, analizaremos el instituto por medio del cual se dicta el mayor número de condenas en la justicia Nacional de Capital Federal, y veremos a qué tipos de delitos se aplica en general, a qué obedece ello y cuáles son sus consecuencias, para lo cual profundizaremos el estudio del denominado "juicio abreviado", no solo desde su construcción dogmático-jurídico, sino respecto a cómo opera en su aplicación concreta.

2.-

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

2.1.-

Naturaleza, finalidad y forma de utilización:

Consideramos a los institutos de la prescripción de la acción penal, junto al de la suspensión del proceso a prueba y la excarcelación, como los más importantes respecto de la tesis que estamos realizando.

Por un lado, porque son unos de los más desarrollados desde la teoría y dogmática; el de la prescripción, por la oportuna pésima creación de las causales interruptivas, que no resultó del todo subsanado con su reciente reforma; el de la suspensión del proceso a prueba por encubrir un criterio discrecional de oportunidad; y el de la excarcelación, por las diferentes interpretaciones que se han sostenido para armonizarlo con su contracara: el principio de inocencia.

Por el otro, por la finalidad para la cual fueron creados; uno, para poner un límite temporal al interés persecutorio del estado –la prescripción-; otro, para –entre otras cosas-concentrar la energía estatal hacia los delitos más graves (veremos luego si ese objetivo se logra) –la suspensión del proceso a prueba-; y el último, para asegurar la libertad del imputado durante el transcurso del proceso –la excarcelación y exención de prisión-.

A ello se le deben adunar las interpretaciones otorgadas a otros institutos procesales, que ineludiblemente tienden a favorecer a quienes sufren un proceso penal complejo, que conlleva a la conveniencia para los justiciables, de la prolongación de los juicios, cuando no se encuentran privados de su libertad, sobre lo cual nos referiremos seguidamente.

Partimos para el análisis, de la siguiente premisa subjetiva: creemos que la finalidad de la creación del instituto de la prescripción de la acción penal, no obstante tener una aplicación general, resultó fundamentalmente apropiada y desnaturalizada, por quienes tienen el poder de dilación de los procesos.

Es decir –redundando en el análisis e idea central de la tesis-, por el selecto grupo de ciudadanos que posee el poder económico de contratar a los mejores estudios jurídicos, quienes articulan los más variados recursos en un proceso penal excesivamente formal, logrando dilatarlo en el transcurso del tiempo.

En consecuencia, se combina un proceso excesivamente formal²⁰³ y desordenado, donde en la etapa de instrucción no se termina de delimitar quien tiene la dirección del mismo, si el Fiscal –titular de la acción²⁰⁴-, o el Juez –quien tiene la facultad de delegar la investigación y reasumirla cuando le plazca y de manera discrecional²⁰⁵-, con un variado número de institutos que terminan teniendo por finalidad declarada, descongestionar la tarea que recae sobre los Tribunales, más que la de mejorar el sistema penal –lo que sólo se prevé como finalidad indirecta y

²⁰³ Incrementándose su formalismo por vía de interpretación doctrinaria y jurisprudencial, que habilita el tratamiento de excepciones y recursos no previstos en el Código Procesal, aún presentados en etapas procesales que están expresamente vedados.

²⁰⁴ Art. 120 C.N. “El Ministerio Público es un órgano independiente...tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República...”.

Art. 196 bis CPPN “...en los sumarios por hechos ilícitos de competencia Criminal de Instrucción o Correccional, que no tengan autor individualizado, la dirección de la investigación quedará desde el inicio de las actuaciones **delegada** (lo resaltado nos pertenece) al Ministerio Público Fiscal, con noticia al Juez competente en turno.”.

Ver también art. 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público –n° 24.946- y fallos de la C.S.J.N. “Tarifeño, Francisco” s/encubrimiento, del 28 de diciembre de 1989; “García, José Armando” s/uso de documento falso, del 22 de diciembre de 1994; “Catonar, Julio Pablo” s/abuso deshonesto, del 19 de junio de 1995 y Mostaccio, Julio Gabriel, rta el 17 de febrero de 2004, éste último cuyos fundamentos se remiten al caso Caseres del Mismo Tribunal -Fallos 320:1891-.

²⁰⁵ Art. 196 del CPPN “El juez de instrucción podrá decidir que la dirección de la investigación de los delitos de acción pública de competencia criminal quede a cargo del agente fiscal...En aquellos casos en los cuales la denuncia de la comisión de un delito de acción pública sea receptada directamente por el agente fiscal, o promovida por éste la acción penal de oficio, éste deberá poner inmediatamente en conocimiento de ella al juez de instrucción...el juez de instrucción decidirá inmediatamente si toma a su cargo la investigación, o si continuará en ella el agente fiscal...”.

mediata- (confr. fundamentos del dictado de la ley 24.316, que trataremos al analizar la suspensión del proceso a prueba en el capítulo pertinente).

A ello le debemos agregar la problemática emergente de los prolongados procesos, tales como la valoración de la prueba oralizada muchos años después de ocurrido el hecho, lo que fomenta la impunidad de estos delitos que devienen en procesos extensos, (criterio reforzado por la C.S.J.N. al sostener la necesaria concurrencia de los testigos de cargo al debate sin permitir la valoración de sus declaraciones anteriores²⁰⁶).

Es que, el excesivo tiempo transcurrido entre el momento del hecho, y – excepcionalmente cuando ello se produce- la realización del debate, genera una importante merma en el recuerdo de los testigos que deponen en los juicios, lo que, unido a la dificultad de obtener la comparecencia de muchos de ellos luego de transcurrido holgado tiempo desde la comisión del delito, imposibilitan una certera reconstrucción de las acciones imputadas, lo cual, favorece la aplicación de la directiva contenida en el artículo 3 del Código de rito, de jerarquía constitucional a partir del año 1994 por la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos.

El instituto de la prescripción de la acción penal, se encuentra íntimamente vinculado con la garantía constitucional del “plazo razonable” de duración de un proceso, incluido en la garantía constitucional de defensa en juicio como lo afirmara la C.S.J.N.²⁰⁷

Todos estos elementos esenciales que meramente hemos mencionado, se erigen como garantías fundamentales de protección de los individuos contra posibles actos arbitrarios o desmedidos por parte del estado. Pero ello también parece encubrir otra realidad muy diferente: que finalizan por evitar la sanción, especialmente a las mismas personas que gozan de la mayor probabilidad de impunidad por la posición socioeconómica en que se encuentran ubicados –por contar con mejores medios económicos para su defensa-, y por el tipo de delitos que en general se les suele imputar –de mayor complejidad para su investigación y para el desarrollo del proceso-²⁰⁸. Veremos si en verdad ocurre ello.

²⁰⁶ Confr. fallo de la C.S.J.N., en causa “BENIDEZ Anibal Leonel s/ lesiones graves”, B.1147, XL, causa n° 1524, rta. el 12/12/06.

²⁰⁷ “...debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal...” C.S.J.N., caso “Mattei, Angel s/contrabando de importación en Abasto”, rta. el 29 de noviembre de 1968.

²⁰⁸ Extraído del diario “Clarín –Zona- domingo 29 de noviembre de 2009.“EXPEDIENTES INTERMINABLES- CORRUPCIÓN: POR FALLAS JUDICIALES, LAS CAUSAS DURAN UNOS 14 AÑOS” ...El Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE) participa en varios juicios por corrupción..... Las causas (sobre corrupción pública) tardan en promedio 14 años en resolverse...el director ejecutivo del CIPCE, Pedro Biscay...señala “existen relaciones de poder muy fuertes entre los investigados y los investigadores, que sin ser de complicidad constituyen una barrera invisible. Todos pertenecen a la misma clase socioeconómica, integran círculos comunes, hasta tienen personas en común: son poderosos investigando a poderosos”.

2.2.-

Desarrollo dogmático del instituto:

A continuación, entonces, nos abocaremos al estudio del instituto de la prescripción de la acción penal, por aparecer –insistimos– como una de las causas encubiertas de profundización de la selectividad del derecho penal.

El instituto bajo análisis, en lo que a las penas de reclusión y prisión se refiere, está contenido en los artículos 59, inciso tercero, 62, 63, 64 y 67 del Código Penal.

Mucho se ha escrito al respecto (basta citar a guisa de ejemplo el tratado de Calvete y la vasta bibliografía por tal autor citada²⁰⁹), y numerosos son los aspectos desde los que puede abordarse, pero lo que aquí nos interesa es centrarnos en la prescripción de la acción penal, respecto a los delitos previstos con la clase de penas indicada (de reclusión y prisión), que es lo que tiene injerencia directa en el tema central de esta tesis.

Numerosas también son las definiciones que se le ha dado al instituto, no obstante lo cual existe consenso generalizado y resulta incuestionable considerar a la prescripción de la acción penal como un límite autoimpuesto por el estado en la persecución penal.

Ese límite se relaciona con el decurso del tiempo, es decir que el estado no puede perseguir o impulsar un proceso penal eternamente contra una persona imputada de un delito, sea por perder sentido una eventual sanción a los fines de la prevención especial²¹⁰, o en igual medida a los fines de prevención general²¹¹.

En consecuencia, el Código Penal establece para los procesos en que se imputa la comisión de un delito que tiene prevista este tipo de penas, que la acción penal se extingue “*después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años*”²¹², debiendo comenzar a computarse este plazo “*desde la medianoche del día en que se cometió el delito, o si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse*”²¹³.

Asimismo, y siendo esta básicamente la redacción originaria del Código Penal, a los efectos de evitar la prescripción de la acción penal en los procesos largos, en el año 1949, mediante la sanción de la ley 13.569, a instancias del legislador Gómez²¹⁴, se introdujo una causal interruptiva que generó las mas variadas polémicas

²⁰⁹ CALVETE Adolfo, Tratado de la Prescripción de la Acción Penal, Ediciones de la República, Buenos Aires, 2008, tomos I. y II.

²¹⁰ Porque luego de un tiempo de ocurrido un delito se presume que la persona sospechada de su comisión pudo haber modificado su conducta, resultando injustificada entonces la aplicación de una pena por una acción transgresora muy antigua que no fue reiterada a lo largo del tiempo.

²¹¹ Porque la sociedad ya perdió interés en sancionar una conducta ilícita ocurrida mucho tiempo atrás. Ese hecho delictivo ha quedado en el olvido, y después de transcurrido determinado tiempo del delito, su sanción no puede provocar un llamado de atención para evitar que otras personas incurran en la misma acción.

²¹² Art. 62, inc 2° del Código Penal.

²¹³ Art. 63 del mismo cuerpo legal.

²¹⁴ Proyecto conocido como Coll-Gómez; confr. SOLER Sebastian, Derecho Penal Argentino, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, T II, pags. 545/549.

doctrinarias, dado que no pudo determinarse su significado siquiera de la expresión de motivos de esta cuestionada reforma que imperó hasta hace apenas unos pocos años.

Así se estableció en el art. 67 del Código Penal, que *“la prescripción se interrumpe por la comisión de otro delito o por secuela de juicio”*.

No podemos obviar en este breve análisis del instituto, todo el debate doctrinario y jurisprudencial que emergió durante décadas en torno a lo que implicaba el término denominado *“Secuela de juicio”*.

Evidentemente tal término, que por su vaguedad resultó muy poco feliz, generó la proliferación de las más diversas y opuestas teorías y fundamentos, que llevaron a considerar *“secuela de juicio”*, prácticamente desde toda providencia dictada en un expediente, pasando por los actos impulsores del proceso, hasta la disímil posición - que interpreta el término en su sentido literal, derivado de la medicina- que consideraba que no existe otro acto interruptivo más que la sentencia condenatoria (lo que quedó del juicio, al igual que la secuela de una enfermedad es lo que quedó de ella)²¹⁵.

Como consecuencia de ello, la posibilidad de prescripción de la acción penal en un proceso, pasó a depender del albur vinculado al criterio interpretativo que tenía el magistrado del Tribunal en donde se sustanciaba cada expediente, generando evidentemente una inaceptable inseguridad jurídica ante la falta de previsión sobre el de duración de un proceso penal.

Esta falencia intentó ser superada mediante la reforma introducida por la ley 25.990²¹⁶, que tuvo por finalidad precisamente solucionar y evitar la vaguedad que revestía término *“Secuela de juicio”*, eligiéndose como forma de resolver ello, suprimir tal término y proceder a la determinación, expresa y taxativa, de cada uno de los actos procesales con entidad interruptiva.

Esta preocupación o finalidad de acotamiento de las diferentes interpretaciones efectuadas al término *“secuela de juicio”*, surge de los fundamentos de los distintos proyectos existentes en el Congreso y que motivaran la sanción de la hoy vigente ley 25.990 (confr. anteproyectos que dieron origen a la presente ley: Expresamente el presentado por el Diputado Nacional Guillermo E. Jonson y en especial el proyecto originario que fue la base de la reforma presentado por la Diputada María E. Barbagelata).

Entonces con la sanción de la citada ley 25.990, se interrumpe la prescripción de la acción penal solo por la existencia de alguna de las cinco causales expresamente enumeradas en la nueva redacción del referido artículo 67 del Código Penal; es decir:

- “ a) Por la comisión de otro delito;*
- b) El primer llamado efectuado a una persona...con el objeto de recibirle declaración indagatoria.*
- c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente;*
- d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y*
- e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentra firme.”.*

²¹⁵ Confr. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob. cit., pag. 905.

²¹⁶ Promulgada el 10/1/2005.

No obstante la claridad de la redacción, no falta en la doctrina quien pretende interpretar que algo similar al término “secuela de juicio” continúa vigente, aunque con otra denominación y fundamento, ya que sostienen que cuando el inciso “d” de la reforma menciona “acto procesal equivalente”, se refiere a todo acto procesal de la trascendencia similar al “auto de citación a juicio”, abriendo de esta manera nuevamente numerosos e inciertos actos interruptivos no contemplados expresamente.

Pero ello además de resultar descabellado fue expresamente rechazado del anteproyecto²¹⁷.

Conforme este proyecto de ley originario de fecha 29 de junio del año 2004 (identificado con el nº de proyecto 3855), y que fuera tomado como base para la sanción de la ley finalmente aprobada, la modificación rezaba: “Artículo 1º: Modifícase el párrafo cuarto del artículo 67 del Código Penal que quedará redactado de la siguiente manera:

“La prescripción se interrumpe por la comisión de un nuevo delito o por la decisión judicial de citar a una persona a prestar declaración indagatoria o por el requerimiento acusatorio fiscal de elevación a juicio o por el decreto de citación a juicio, o por sus equivalentes según la denominación que les confiera a estos actos la legislación procesal aplicable”.

No obstante ello, cuando se realizó el dictamen de comisión, por parte de la Comisión de Legislación Penal en la Cámara de Diputados, donde se redactó la modificación que prácticamente reproduce este proyecto individualizado con el nº 3855 pero dividida en 5 acápites, se omitió hacer la mentada aclaración que venía contenida en el proyecto originario de la diputada Barbagelata, que igualmente se asentara en el acápite anterior –el individualizado como c)-, pero que –entendemos de ninguna manera obedeció a alguna moción para alterar su claro sentido²¹⁸.

Por tal motivo, resulta claro que con la sanción de esta ley, se pretendió precisar actos concretos que interrumpan la prescripción, evitando la mención de actos, o las

²¹⁷ Específicamente señaló la referida diputada Barbagelata que “...en el proyecto de reforma del artículo 67, párrafo cuarto, del Código Penal que proponemos, entendemos que resulta mas apropiado la **individualización, expresa, de los supuestos procesales que dan efecto interruptivo al curso de la prescripción.** Es decir, brindar dentro del propio artículo 67 del Código Penal, **el catálogo de las causales interruptivas de la prescripción, sin acudir a expresiones abiertas, como lo constituye la voz “secuela de juicio”, que pueden generar interpretaciones ambiguas** No cualquier acto del proceso puede tener la potencia de interrumpir el curso de la prescripción de la acción penal...

Entendemos, en este sentido, que tienen tal carácter: la decisión judicial de citar a una persona a prestar declaración indagatoria, el requerimiento acusatorio fiscal tendiente a abrir el juicio (durante la etapa instructoria) y el decreto de citación a juicio (etapa de debate).”

²¹⁸ confr. expediente originario de la sanción de la ley, y en especial, proyectos de ley individualizados con los nº 2558, 2697, y 3855 como también sus fundamentos, dictamen de la Comisión de de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, versión taquigráfica de la 16. Sesión ordinaria de la Cámara de Diputados del 18 de agosto del año 2004, y dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales de la Cámara de Senadores del 19 de octubre del año 2004 publicado en el orden del día nº 1372 del 21 de ese mismo mes y año.

frases que revestían vaguedad como ocurría anteriormente con el cuestionado término “secuela de juicio”.

Es que sostener algo semejante, sería volver a la incertidumbre existente cuando regía la vigencia del término “secuela de juicio” como causal interruptiva, que reiteramos, fue lo que se pretendió superar a través de la reforma tratada, lo que además de ser una interpretación forzada, se opone a la racionalidad que debe exigírsele a la actividad de los funcionarios públicos en un estado con un gobierno republicano –art. 1 de la Constitución Nacional-.

El término de acto procesal equivalente al auto de citación a juicio, tuvo que ser introducido porque, al tratarse de una ley de fondo, debía vincularse a los Códigos Procesales de todas las Provincias de la República y no todos –en ese momento-, tenían previsto como acto procesal el “auto de citación a juicio”²¹⁹.

2.3.-

Constitucionalidad de las causales de interrupción de la prescripción

Existe un sector de la doctrina que sostiene la inconstitucionalidad de esta ley 25.990 que modificó la redacción del art. 67 del Código Penal, por considerar que agravan las garantías prescriptas en los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional y en los art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos, al entender que igual se siguen permitiendo mediante estos actos interruptivos la prolongación de la duración de los procesos, por mas tiempo del que puede considerarse un “plazo razonable” para su culminación.

Al contrario de ello, entendemos que no puede considerarse que la sanción de la ley nº 25.990 resulte inconstitucional, cuando lo que hizo fue precisamente mejorar el “Instituto” de la “prescripción” y adaptarlo de esta manera a los requerimientos de la Constitución Nacional, mas exigentes desde la incorporación de los pactos internacionales de derechos humanos con la misma jerarquía, a través de su art. 75, inc. 22.

Y de tal forma, hizo efectiva la otra garantía fundamental como la de igualdad ante la ley, ya contenida en el artículo 16 de la Carta Magna, al evitar que la posibilidad de declaración de prescripción de un proceso penal, dependiese del albur proveniente de un sorteo que determinase el Tribunal con la postura mas o menos favorable para la interpretación de la vaga terminología “secuela de juicio”.

219

Por ejemplo, al dictarse la ley que estamos analizando, en la Provincia de Santa Fé, no existía el Código Procesal actualmente vigente, sino el anterior, que contenía un procedimiento común que se dividía en dos etapas (a partir del art. 375, en el Título Primero del Libro Tercero, se desarrollaba la etapa del “Juicio Común” o de plenario), y esta segunda parte del proceso ordinario, continuaba teniendo un procedimiento escrito, por lo que no existía un acto procesal con idénticas características a las que se mencionara antes como auto de citación a las partes a juicio –similar al art. 354 del Código Procesal Penal Nacional-. Entonces, en el código procesal vigente en ese momento en la Provincia de Santa Fé, en la segunda de sus etapas, tenía prevista una acusación Fiscal y luego un traslado a la defensa para procederse finalmente a la apertura a prueba, todo mediante dictámenes escritos, con lo cual era allí en donde la jurisprudencia debería determinar cual era ese “único” acto procesal equivalente al auto de citación a juicio.

En otro orden de ideas, el instituto de la prescripción, está vinculado al derecho de toda persona imputada de la comisión de un delito, a ser juzgada en un plazo razonable, como garantía del debido proceso e integrante del derecho de defensa en juicio, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo n° 272:188, “Mattei”, y en tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional por la reforma introducida en el año 1994, como artículo 75, inc. 22 de la Carta Magna²²⁰.

Estos derechos de los imputados y en especial vinculados a los institutos de la prescripción (indefectiblemente ligados a la cuestión de la duración de los procesos penales) son admitidos también en los más altos Tribunales internacionales²²¹

Pero la cuestión a dilucidar en el caso es la siguiente: ¿qué se entiende por plazo razonable?

Y desde este punto de vista, se advierte claramente que la limitación de los actos interruptivos de la prescripción de la acción penal, no puede ser de ninguna manera tachada de inconstitucional, ya que mediante la nueva redacción del artículo 67 del Código Penal, solamente se fijó la forma de computar el tiempo máximo de duración de un proceso, término que no puede ser considerado en abstracto, sino en relación a cada caso en concreto, conforme con los parámetros establecidos por los órganos internacionales de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos.

En este sentido, la Corte Interamericana de derechos Humanos en los fallos “Suárez Rosero”, sentencia del 12 de noviembre del año 1997, Serie C, n° 35, párrafos 70, 71 y 72, y “Genie Lacayo”, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, n° 30, párrafo 77, compartiendo el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos -ver fallos Eur. Court H.R. “Motta Judgment” of 19 february 1991, Series A, n° 194-A, párrafo 30, Eur.Court H.R. “Ruiz Mateos c/Spain Judgment” of 23 june 1993, Series A, n° 262, párrafo 30-, respecto del concepto de plazo razonable ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) La complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales.

Y no es posible establecer un criterio “in abstracto” de este plazo, sino que el mismo se fijará, en cada caso, vistas y valoradas estas circunstancias (Ver informe de la Comisión IDH en el caso “Firmenich” -Argentina- n° 27/89 (caso 10.037) y texto en el “informe 1988-1989”).

²²⁰ Confr. arts 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del art. 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, todos tratados internacionales con jerarquía constitucional; implícitamente del art. 18 de la Carta Magna, reconocida por pacífica jurisprudencia (como ejemplo los fallos de la C.S.J.N. como el citado n° 272:188 “Mattei”, y también en este sentido: 300:1102 “Mozzatti”, 312:2075, 316:365, 306:1688 y 312:2075 entre otros) a nivel nacional, y a nivel internacional, fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos n° 404 US 307,323 “United States v. Marion”.

²²¹ Ver fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos en causas: “Terranova v Italia” del 4 de diciembre de 1995; “Phocas v Francia” del 23 de abril de 1996, y “Süssmann v Alemania” del 16 de septiembre del año 1996, como así también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros en el caso “Suarez Rosero”, sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, n° 35.

Por ello, precisamente para fijar límites temporales a la actividad punitiva del estado, teniendo en cuenta las mencionadas circunstancias de complejidad del caso, conducta del sujeto pasivo del proceso, y actuación de las autoridades judiciales, -que no puede establecerse en términos concretos-, es que se fijó el instituto de la prescripción y se establecieron taxativamente las causales interruptivas del de su decurso, por lo que la modificación introducida por la ley 25.990, no resulta contraria a las directivas emanadas de la Constitución Nacional.

Entonces, volviendo al hilo argumental, se aprecia claramente, que la reforma introducida al artículo 67 del Código Penal tuvo por finalidad, precisamente, adaptar la interrupción del decurso de la prescripción a los nuevos y mas exigentes requerimientos constitucionales –surgidos como consecuencia de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, art. 75, inc. 22 de la Carta Magna-.

Es necesario tener en cuenta, además, que conforme surge de distintos antecedentes jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales, no se trata de una garantía exclusivamente asignada al imputado sino también a las víctimas del delito -confr. lo delineado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Bulacio c/ Argentina”, rto el 18/9/03, párrafo 114-, quienes tampoco pueden sortear el destino del proceso a las posibles dilaciones motivadas en actividades propiciadas por la contraparte.

Es que tanto la Constitución Nacional como las leyes dictadas en su consecuencia, oscilan en un delicado equilibrio entre los intereses generales y los derechos particulares, como así también entre los derechos de las víctimas y los de los imputados.

También dijo la misma Corte, que todos los derechos reconocidos por la Carta Magna tienen igual valor y deben interpretarse armónicamente sin que unos estén por sobre los otros, tratando de lograr un equilibrio, que es lo que se pretende en todos los casos en general en que el estado, a través de la sanción de las leyes pertinentes, fija. Por un lado, límites a la actividad punitiva del estado; y por el otro, establece interrupciones en el cómputo de ese plazo de prescripción, basado en circunstancias concretas y necesarias que se suscitan durante el transcurso de un proceso.

Cabe destacar, finalmente, que las causales de interrupción de la prescripción, como así también, de aquellos delitos que pueden catalogarse de imprescriptibles, a la luz de los antecedentes de los distintos tratados internacionales de derechos humanos, y más recientemente nuestro máximo Tribunal en “Arancibia Clavel”, permiten determinar que no se trata de presupuestos incluidos arbitrariamente, sino en miras de mantener la vigencia punitiva del Estado frente al transcurso del tiempo y atendiendo a distintas situaciones que se presenten.

Si desde la óptica de los derechos humanos existen hechos que por sus particularidades y la gravedad que representan contra la vida e integridad de los seres humanos son considerados de lesa humanidad y declarados imprescriptibles, atendiendo en especial a las víctimas de los mismos, no aparece como incongruente o inconstitucional fijar razonables interrupciones al cómputo del plazo de prescripción, atendiendo a los derechos de los imputados, de las víctimas, y de la sociedad en su conjunto que fijó como objetivo de la organización jurídica el “afianzar la justicia”, declarado a través del preámbulo de la Constitución Nacional, finalidad que no se concretaría si, desde los instrumentos legales (tanto formales como su interpretación

doctrinaria y aplicación jurisprudencial), se favorece la impunidad de los delitos más graves.

Ahora bien, luego de lo hasta aquí razonado, creemos que estamos en condiciones de incorporar un nuevo motivo de inconstitucionalidad de las causales interruptivas de la prescripción de la acción penal, no ensayado seriamente hasta el presente.

Creemos que la verdadera causal de inconstitucionalidad de los actos interruptivos no deviene de cuestiones formales, sino de la acreditación del exclusivo favorecimiento del instituto a los sujetos imputados de delitos graves y complejos, es decir a un exclusivo sector de la sociedad, en detrimento de la mayoría de los grupos expuestos a padecer procesos penales por delitos leves, lo que entendemos viola ostensiblemente y de forma incuestionable el sistema democrático de gobierno, que es el principio de igualdad ante la ley²²², combinado con el de proporcionalidad entre un acto disvalioso y su sanción, como lo veremos en el punto siguiente en donde elaboraremos la conclusión parcial del capítulo, como así también al tratar el procedimiento del “juicio abreviado”.

Esta conclusión no se opone a las garantías consagradas por la C.S.J.N. en el citado fallo “MATTEI”, dado que si este principio no lo supeditamos al de igualdad ante la ley, se desmorona la esencia de todo el sistema democrático.

Vemos claramente la grave consecuencia que descalifica al sistema como tal, la aplicación selectiva del sistema penal y su apropiación casi exclusiva por parte de las personas imputadas de los delitos que solo pueden ejecutar quienes pertenecen a estratos sociales de concentración del poder.

2.4.-

Conclusión:

Se evidencia de lo hasta aquí analizado, el hecho importante de que pese a que se ha mejorado con la reforma citada (ley 25.990) un instituto del derecho penal, de tanta trascendencia como lo es el que permite poner un límite temporal a la persecución penal del estado, su impacto más significativo fue producir la extinción de la acción penal en muchas importantes causas de gravedad institucional, sustanciada contra funcionarios públicos del más alto rango, que incluían a presidentes, vicepresidentes y ministros de la Nación, pertenecientes al presente gobierno o a los anteriores, como así también a destacados empresarios privados y banqueros, que demuestran una vez más la marcada selectividad que venimos sosteniendo²²³.

²²² Art. 16 de la Constitución Nacional y tratados internacionales de derechos humanos de igual jerarquía por imperio del art. 75, inc. 22 de la Carta Magna. Por ser tan sostenido este principio en la Constitución Nacional, y en tantos artículos reiterado, entendemos que es uno de los más relevantes que existen para la existencia de una efectiva sociedad democrática, y el que más suele ser vulnerado en la práctica, de allí su necesidad de revestir tamaña protección en la Constitución como en los citados tratados internacionales, por lo que entendemos, esta garantía no debe perderse de vista en el análisis de ningún instituto del derecho, y debe ser su eje central.

²²³ Confr. Publicaciones que a continuación se detallan, cuyo texto fuera extraído de las páginas públicas de Internet, y que en copia obran agregadas al anexo documental adjunto.

Ello obedeció a la prolongación que llevan insitos este tipo de procesos, la complejidad de los hechos, la presión de las partes, la carencia de recursos materiales de las judicaturas, la explotación de los recursos procesales que articulan los hábiles equipos de estudios jurídicos contratados por las partes²²⁴, las concesiones de los funcionarios judiciales en busca de procurarse mayor poder y respaldo político, entre otros tantos motivos importantes que exceden el marco de esta tesis²²⁵; y

DIARIO DE CUYO.COM “LA NUEVA LEY DE PRESCRIPCIÓN CERRÓ UNA CAUSA POR FRAUDE...en la Cámara Federal de Mar del Plata, y benefició a un grupo de 31 empleados del Banco Nación...que estaban imputados por fraude a la administración pública...El presidente de la Cámara, Alejandro Tazza...explicó que la resolución ‘deriva del tiempo transcurrido entre el llamado a indagatoria (que fue en junio de 1998) y el próximo acto, que sería el auto de elevación a juicio’...La promulgación de la ley 25.999...generó una polémica, ya que varios jueces federales advirtieron que la nueva ley hará caer la mitad de las causas que ellos tramitan, especialmente las de casos de corrupción...”.

DIARIO LA NACIÓN, de fecha 6 de febrero del año 2005 “DESACTIVAN CAUSAS VINCULADAS A GRAVES CASOS DE CORRUPCIÓN”...Entre los sumarios que ya estarían prescriptos, se encuentran los del presunto ocultamiento por parte de Carlos Menem –ex presidente de la Nación-, de una cuenta en Suiza, las posibles irregularidades en el manejo de regalías petroleras de la Provincia de Santa Cruz, el presunto pago de sobornos en los contratos ‘IBM-Banco Nación’ e ‘IBM-ANSES’ –ambas de público conocimiento por su gravedad institucional- y gran parte del expediente sobre las posibles anomalías en la obtención de créditos millonarios del grupo ‘Yoma’...La enumeración la hicieron los funcionarios judiciales que intervienen o intervinieron en esas investigaciones. ‘...es muy alto el número de causas significativas y no significativas que están en esta situación...’ dijo a La Nación el Camarista Federal Gabriel Cavallo. ‘...van a prescribir numerosas causas de delitos contra la administración pública’ opinó el Juez Rodolfo Canicoba Corral’...”. Al respecto, debemos aclarar que si bien la causa conocida como IBM-Banco Nación, finalmente no prescribió, lo cierto es que, luego de 16 años de tramitación, se dictaró sentencia por un monto que no se ajusta de ninguna manera al injusto cometido, pero que merced a ello les permitió a los condenados recibir una sanción “en suspenso”, mediante el cuestionado procedimiento del “juicio abreviado”, sobre lo cual nos explayaremos más al tratar específicamente ese modo de sentencias, en un capítulo concreto.

DIARIO CLARIN de fecha 16/12/2005 “PASEO DE LA INFANTA: CIERRAN LA CAUSA POR LA MUERTE DE UNA NENA. La Cámara de Casación confirmó ayer, en fallo dividido, el dictamen de la jueza de la causa. Argumentó que en los últimos cuatro años, no hubo acciones judiciales que frenaran los plazos de prescripción...El escultor que hizo la obra..., la dueña de la galería que la exhibía..., y los funcionarios comunales...procesados por homicidio culposo...El cierre de la causa, fue dispuesto en primera instancia por la Jueza Nocetti de Angeleri, quien echó mano a la controvertida ley 25.990. El Fiscal, Marcelo Martínez Burgos mostró su enojo porque a su juicio, los defensores de los imputados entorpecían el desarrollo de la causa: ‘en todos estos años las defensas hicieron cerca de 80 planteos, que buscan demorar el juicio para lograr la prescripción’. Con este fallo, los cinco procesados quedan sobreseídos.”.

RIO NEGRO ON LINE, del sábado 12 de febrero del año 2005. DOS MENEMISTAS SERÁN LOS PRIMEROS EX FUNCIONARIOS BENEFICIADOS...Los ex presidentes del Banco Central y Banco Nación...Pedro Pou y Aldo Dadone, se convertirían en los primeros ex altos funcionarios, beneficiados por la ley 25.990, que modifica los plazos de prescripción de las causas penales...la causa judicial en que ambos están procesados por presuntas maniobras perjudiciales para el estado en la quiebra del ‘Banco Medefin’...al igual que sus consortes de cuales, entre los cuales figuran otros ex directores del BCRA..., del Banco Nación...el ex titular del Banco Medefin...”.

Casi todas estas causas, como muchos otros procesos extensos por defraudaciones millonarias, han quedado finalmente sobreseídas por prescripción, conforme fuera periódicamente informado en posteriores publicaciones de los medios de comunicación que sobrepasan el interés de esta tesis, y que por otro lado son de público conocimiento.

²²⁴ Confr. la opinión del Fiscal Martínez Burgos en la nota publicada en el diario “Clarín” citado, sobre el sobreseimiento dictado por prescripción en la causa denominada “Paseo de la Infanta”, en donde las partes presentaron durante el proceso, alrededor de 80 excepciones procesales –ver nota en leg. Documental-.

²²⁵ Extraído del diario “Clarín –Zona- domingo 29 de noviembre de 2009, agregado al anexo documental: “EXPEDIENTES INTERMINABLES- CORRUPCIÓN: POR FALLAS JUDICIALES,

especialmente a la remisión a estas causales expresas aquí tratadas, como motivo de interrupción del curso de la prescripción, lo que soslayó las causales anteriores que mantenían la vigencia de tales procedimientos.

Como se advierte, esta importante modificación legislativa, cuyo valor vinculado al respeto a los derechos humanos resulta incuestionable, culminó favoreciendo, fundamentalmente, a las personas que se les imputaba la comisión de los delitos más graves, logrando así aumentar la direccionalidad del sistema penal hacia los delitos leves, que son los que más rápido se sustancian por la simplicidad de su prueba, sobre todo en los robos y hurtos –en especial cuando sus autores son detectados en flagrancia-, por ser condenados en su mayoría, mediante el procedimiento del “juicio abreviado”, sobre lo cual, nos referiremos en el capítulo específico dedicado al estudio de este procedimiento especial de condena.

Frente a esta realidad, los prestigiosos estudios jurídicos y doctrinarios, pretenden considerar inconstitucional cualquier causal interruptiva del curso de la prescripción de la acción penal, lo que solo operará en beneficio de las personas más favorecidas por el sistema, ya que conforme lo plasmado en el título “ESTADÍSTICAS” y en los informes de entidades especializadas en el seguimiento de procesos judiciales por corrupción económica, se estimaron como promedio de duración de tales procesos, el término de diez años, con lo cual, sin esos actos interruptivos, prescribirían todas las acciones vinculadas a tales ilícitos.

LAS CAUSAS DURAN UNOS 14 AÑOS” Clarín tuvo acceso a un informe preliminar de la investigación que la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) comenzó a elaborar analizando el trámite de doce causas por corrupción investigadas en distintos juzgados federales de la Capital...En síntesis, los motivos que vuelven interminables estos juicios...son:

Investigaciones mal organizadas...Meses enteros sin avances...Procedimientos tardíos, burocráticos y mal resueltos: ...las declaraciones indagatorias de los acusados se realizan sin muchas pruebas, y también se incumple el plazo de diez días para procesarlos o dictar su falta de mérito. “los imputados soportan procesos de décadas, lo que –sean o no culpables- viola sus garantías constitucionales. En la causa “Riscillo, Antonio y otros sobre malveración de caudales públicos”, iniciada en el año 2000, el juzgado federal nro 2 consideró que la instrucción estaba terminada el 9 de agosto de 2006. Desde entonces, y hasta el 13 de noviembre de 2007, el expediente acumuló 54 actos procesales, entre notificaciones a las partes, recepción de esas notificaciones, citaciones que se repitieron varias veces por distintos errores, notas cruzadas, planteos de los defensores y otros trámites...al día de hoy, casi una década después de iniciada la causa, el juicio oral todavía no tiene fecha.

Uso dilatorio de las herramientas procesales: Se sabe: los abogados usan todos los recovecos legales posibles para beneficiar a sus clientes, y en las causas por corrupción lo más fácil es recurrir ante la Cámara cada decisión del juez “Según lo que vimos, cada uno de estos recursos se resuelven en un promedio de seis meses” dice Leguizamón. Una buena pintura de esta ordalía de chicanas la ofrece el famoso expediente por coimas en el contrato con la empresa Siemens para realizar 42 millones de DNI. El 31 de agosto de 2004, el juez a cargo dispuso pedir las declaraciones indagatorias de Carlos Menes, Carlos Corach, Aldo Carreras –ex funcionario del Ministerio del Interior- y dos directivos de Siemens. Desde ese día, los distintos defensores presentaron cinco incidentes de nulidad cuya resolución en la Cámara llevó trece meses. Aún así, hasta hoy esas declaraciones indagatorias no se realizaron.

Pericias sin rumbo: en casi todos los juicios por corrupción se deben analizar balances, declaraciones juradas y otros documentos que requieren de la intervención de peritos contables. “pero a veces los jueces les mandan todo el expediente sin hacerles preguntas claras, o interrogándoles si hubo delitos, algo que deben determinar ellos...las pericias, a su vez, tardan siglos.

CAPÍTULO XI.

LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO O PROCESO A PRUEBA.

1.-

Introducción:

En distintos ordenamientos jurídicos del mundo moderno, se ha intentado la aplicación de diferentes mecanismos de resolución de conflictos, como alternativa a los largos procesos penales que culminaban con el dictado de penas privativas de la libertad, agravando en definitiva la conflictividad social que a través de ella se pretende resolver.

Estos mecanismos se caracterizan por ser mas simples y útiles para todas las partes del conflicto, logrando además la descompresión de la gran cantidad de procesos que atarean a los Tribunales, dirigidos en general a los hechos considerados de menor gravedad, medido ello en función de la pena que tenga prevista la conducta de que se trate.

Uno de tales mecanismos, es el que aquí trataremos, incorporado a nuestro sistema jurídico penal mediante la sanción de la ley 24316.

Tras diferentes proyectos legislativos sobre el tema y conforme reclamaran para nuestro ordenamiento legal la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como otros instrumentos internacionales de derechos humanos que se refieren a los derechos de las personas que hayan infringido la ley -entre ellos especialmente las denominadas “Reglas de Tokio”, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990²²⁶- finalmente se sanciona entre nosotros, como modificatoria del Código Penal, la ley 24316 -B.O. 19/5/94-.

Dicha regulación, además de introducir al cuerpo normativo de fondo el art. 27 bis – *sobre las reglas de conducta a aplicarse para el supuesto de ejecución condicional de la pena-*, modificar el art. 64 de ese cuerpo legal – *sobre extinción de la acción penal por pago voluntario de la multa y la reparación de los daños causados por el delito-* y la ley 22117 –*sobre el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria-*, consagra en el nuevo Título XII del Libro Primero del Código Penal el instituto de la suspensión del juicio a prueba –*arts. 76bis, 76 ter y 76 quater-*.²²⁷

²²⁶ “1.5 Los Estados miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos, para proporcionar otras opciones, y de esta manera reducir la aplicación de penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”.

²²⁷ La intención de dotar al derecho penal y a su procedimiento en especial de una mayor celeridad y eficiencia al introducir en la legislación vigente diferentes institutos concebidos para esos fines, comienza a verse materializada tras la reforma constitucional de 1994 en una serie de leyes que procuran alcanzar los mencionados objetivos. Véase por ejemplo la sanción, luego de la ley 24.316 en el año 1994, de la ley 24825 –B.O. del 18/6/97- sobre juicio abreviado; de la ley 24424 –BO del 9/1/95 que modificó la ley 23737 introduciendo la figura del arrepentido en los arts.29 bis y 29 ter y la ley 24826 –BO del 19/6/97- que reguló el procedimiento de la instrucción sumaria –art. 353 bis del CPPN-.

Finalmente la propia norma aclara que sus disposiciones no alterarán los regímenes especiales dispuestos en las leyes 23.737 y 23.771.

Tanto el debate parlamentario que precedió el dictado de la ley como el mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó el proyecto presentado a tratamiento, fundamentaron la necesidad de la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba en distintos aspectos que pueden sintetizarse principalmente en dos órdenes argumentales diferentes: por un lado, en un sentido preventivo-especial, para evitar la aplicación de penas leves privativas de la libertad carentes de eficacia resocializadora (eludiendo las consecuencias negativas que puede tener la intervención penal en la persona del imputado) y por el otro para descongestionar el funcionamiento de nuestros Tribunales y agilizar el procedimiento penal al introducir algún criterio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, racionalizando los recursos de la justicia. Veremos Luego cual de ellos es el que se cumple y si ambas finalidades pueden coexistir.

Otra de las cuestiones que se hacen manifiestas con el dictado de esta ley es la tendencia a revertir el largo proceso de expropiación del conflicto que el Estado había impuesto al sujeto pasivo del ilícito penal. En este caso, también se han tenido en cuenta –solo en teoría- los intereses de la víctima para permitirle obtener un pronto resarcimiento por el supuesto daño causado por el delito, cosa que como veremos, ha sido totalmente desvirtuada por la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, en donde la opinión de la víctima ha quedado relegada.

El instituto pretendió alcanzar los fines resocializadores atribuidos a la condenación condicional, dejando en suspenso por única vez –en determinado período (art. 76 ter, anteúltimo párrafo)- la prosecución de un proceso que puede derivar en la imposición de una pena, en lugar de dejar, solamente, la ejecución de la condena en suspenso.

No obstante ello, veremos luego que su aplicación generalizada y casi automática, lejos está de cumplir con tales fines, sino que lleva a agravar la selectividad en la forma de aplicación del derecho penal.

Julio de Olazábal define a la suspensión del proceso a prueba como la introducción de un limitado criterio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales conformado por una paralización del proceso penal, con potencialidad extintiva del ejercicio de la acción, limitada a determinados delitos (detectables por la pena con la que se los conmina) y determinados acusados de ser sus autores (detectables por la posibilidad abstracta de lograr una condena condicional), sujeta en su operatividad inicial a la petición por el imputado (acompañada de la promesa de reparar el daño causado y someterse a un plan futuro de conducta) aceptada por el juez con consentimiento fiscal, y condicionada finalmente por el plan trazado.²²⁸

A continuación pasaremos a analizar las características del mismo, centrándonos exclusivamente en los delitos que tienen prevista pena privativa de la libertad, que son los que tienen relación directa con el tema central de la tesis, dejando de lado, entonces, los delitos reprimidos con penas de multa e inhabilitación en forma exclusiva:

²²⁸ Julio de Olazábal, “Suspensión del proceso a prueba”. Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 23.

2.-

La determinación del monto de la pena:

Más allá de los problemas interpretativos que genera la confusa redacción legal, el juego del art.76 bis²²⁹ y ss. del Código Penal regula los supuestos a los que el instituto puede aplicarse, como así también determinados casos que quedan fuera de su ámbito de eficacia a pesar de cumplir con los requisitos necesarios: tal sería el caso de la participación de los funcionarios públicos en hechos punibles cometidos en ejercicio de sus funciones, o los delitos que prevén pena de inhabilitación –no obstante la interpretación jurisprudencial que se está tornando mayoritaria al respecto, que no considera ello como un óbice para la concesión del instituto-.

La inteligencia de los párrafos I y II del art. 76 bis indican claramente que el instituto resulta aplicable ante la imputación de un delito de acción pública o concurso de ellos cuya pena máxima privativa de la libertad no supere los tres años. Los conflictos y discrepancias interpretativas se presentan al intentar determinar el significado y alcance que corresponde asignar al párrafo IV; máxime teniendo en cuenta que mientras que en su primera parte el art. 76 bis alude a la pena “cuyo máximo no exceda de tres años” (pareciendo así referirse a las penas abstractas aplicables), el párrafo IV refiere “si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable”(pareciendo así focalizarse en la pena de posible aplicación al caso concreto).

Si bien numerosa doctrina y jurisprudencia ha abordado el tema y elaborado construcciones de lo más variadas, sintetizamos ahora las dos posturas más generalizadas respecto de la interpretación que al juego del articulado se le asigna:

229 Art. 76 bis C.P. “ El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En los casos de concurso de delito, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y e este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiere consentimiento fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además que se pague el mínimo de la multa correspondiente. El imputado deberá abandonar a favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

2.1.-

La tesis restringida:

Como argumento de mayor peso práctico –por sus implicancias- corresponde aquí citar la doctrina sentada por el acuerdo nro. 1 en Plenario nro.5 de la Cámara Nacional de Casación Penal “**Kosuta, Teresa R. s/ recurso de casación**” del 17 de agosto de 1999 –auto convocatoria en causa nro. 1403 de la Sala III-²³⁰. En dicho fallo plenario, mientras que la minoría se inclinó respecto de la procedencia de la llamada tesis amplia, la mayoría se impuso a favor de limitación de la aplicación del instituto a delitos reprimidos con pena de reclusión o de prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años²³¹. Los argumentos utilizados para arribar a tal conclusión se focalizan principalmente en la circunstancia de que la introducción del instituto de la suspensión del juicio a prueba en nuestro ordenamiento penal vigente –además de posibilitar la descongestión de puntos críticos de la organización judicial argentina– cuenta con el objeto de evitar la imposición innecesaria de penas a personas que, habiendo cometido delitos de escasa gravedad conminados con penas cuyo máximo en la escala penal no supere los tres años de prisión (“insignificantes”, “de lesión mínima al orden jurídico”, “faltas de baja potencialidad ofensiva” o “delitos de bagatela”) se sometan a los requisitos previstos en dicha norma. Esta inteligencia se fundamenta principalmente en el análisis del proceso legislativo que gestó la sanción de la ley 24316 y en las manifestaciones –vertidas en este sentido- por los legisladores²³².

2.2.-

La tesis amplia:

Puede afirmarse que actualmente es la postura que cuenta con mayor aceptación en nuestro medio, tanto desde la doctrina como desde la jurisprudencia en

²³⁰ En ese precedente se estableció como doctrina plenaria, por mayoría que: la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el artículo 76 bis y siguientes del C.P. es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años; que no procede la suspensión del juicio a prueba cuanto el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa y que la oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio; y por unanimidad que: el querellante tiene legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

²³¹ “la conclusión adecuada sobre el sentido jurídico que debe acordársele a la norma en estudio es la que conceptúa que el artículo 76 bis del Código Penal plantea un único e indivisible supuesto en virtud del cual se podrá conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba al imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, siempre que él lo solicitare, ofreciere hacerse cargo de reparar el daño en la medida de lo posible, las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la pena aplicable, y mediase consentimiento Fiscal”.

²³² Se ha reparado principalmente en las expresiones vertidas por el diputado Antonio Hernández y por el senador Augusto Alasino (“Antecedentes Parlamentarios”, año 1994, nro.2, Ley 24.316- Probation, “La Ley” parágrafos 34, 41, 90, 91, 94, 95, 125 y 160).

general; ello a punto tal, que su aplicación se volvió automática al asumirla la propia C.S.J.N. –aunque sin describirla acabadamente- en el fallo ACOSTA²³³.

Los argumentos a favor de esta postura también son variados y abundantes. A modo de síntesis, en esta línea argumentativa, es pertinente reseñar la postura sustentada en el fallo “Kosuta” por el voto minoritario de los Dres. Casanovas y Tragant. Respecto de la pertinencia de la aplicación de la tesis amplia, los magistrados sostuvieron que esta medida guarda filiación con las formas de simplificación procesal y un conjunto de alternativas al encierro carcelario tradicional que proliferaron en el contexto político-criminal internacional a partir de los años sesenta, que afectaron fundamentalmente a aquella franja de delitos menores y/o realizados por jóvenes o drogodependientes; como así también que la incorporación de este tipo de medidas debe enfocarse desde la perspectiva de la búsqueda de la economización y racionalización de la intervención penal, como también la valoración negativa de los fines de la pena privativa de la libertad como “reina de las penas”.

En este mismo sentido se sostiene que la ley se refiere a cada grupo de delitos en párrafos diferentes y que:

- En el primer párrafo del art. 76 bis del C.P. se prevé pena en abstracto (cuyo máximo no exceda de tres años), en tanto que en el cuarto párrafo se considera la pena en concreto, con clara alusión al artículo 26 del C.P.

- En razón del uso que la ley hace de los términos “juez” en el tercer párrafo del artículo 76 bis y “tribunal” utilizada en el cuarto, puede admitirse la existencia de dos supuestos de procedencia al resultar compatibles con el órgano jurisdiccional que en la etapa de debate puede acordar la suspensión del proceso a prueba.

- La exigencia del dictamen fiscal favorable en el cuarto párrafo patentiza la existencia de dos supuestos diferentes.

- Finalmente, sostienen que esta interpretación resulta más coherente con la finalidad perseguida por la norma a los fines de brindar una herramienta eficaz para el descongestionamiento de los puntos críticos de toda la organización judicial, como así también a la necesidad de utilizar medios alternativos que limiten o reduzcan los efectos estigmatizantes de la reacción penal.

3.-

Delitos por los que se concede o no la probation:

3.1.-

Delitos de acción pública:

Solamente los imputados por delitos de acción pública -entre los que obviamente se encuentran los dependientes de instancia privada una vez instada la acción penal- que reúnan los restantes requisitos legales, podrán beneficiarse con la suspensión del

²³³ “ACOSTA Alejandro E. s/ infr. Art. 14, párrafo 1° de la ley 23.737”, resuelta por la C.S.J.N. el 23 de abril del 2008, causa 28/05.

juicio a prueba. Esta limitación surge expresamente de la propia norma que así lo dispone.

3.2.-

Delitos reprimidos con pena de reclusión:

Si bien el art. 26 del C.P. no resulta aplicable para los delitos reprimidos con pena de reclusión, sí lo es la suspensión del proceso a prueba en tanto, concurriendo en el caso el resto de los requisitos exigidos por el instituto, los mismos se encuentren conminados con una pena que no supere los tres años. (art. 76 bis párrs. 1 y 2).

Si bien parece que resultan contradictorios los párrafos 1 y 2, con el 4, todos del art. 76 bis citado, entendemos que ello no es así, y que se trata de supuestos diferentes. En efecto, creemos que los párrafos 1 y 2 se refieren a penas de reclusión o prisión que “en abstracto” contengan el máximo de la graduación punitiva que no supere los tres años. En ese caso, si se dan los supuestos del párrafo 3, es posible otorgar la suspensión del juicio a prueba. En tanto, el párrafo 4 se refiere a los delitos cuyo máximo de la graduación punitiva en abstracto o por las reglas del concurso superen los tres años, pero que en el caso concreto, pueda vislumbrarse una condena a una pena de prisión de ejecución condicional. Por tanto, este último supuesto, excluye la aplicación a hipótesis en las que en concreto, la pena a aplicar podría ser de tres años o menor, pero de reclusión, ya que en tal hipótesis, la condicionalidad de la pena no resulta posible.

3.3.-

Delitos cometidos por funcionarios públicos:

Como otra de las excepciones para la concesión del instituto, previstas por el art. 76 bis C.P., en el párrafo VII se dispone que *“No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito”*.

Distintas cuestiones se suscitan en torno a este supuesto. Una de ellas consiste en establecer si la prohibición se refiere al hecho o a su autor, es decir si la imposibilidad de otorgar el beneficio es una cuestión personal -respecto del funcionario público por su calidad de tal- o si se extiende a todos los partícipes del hecho.

En el debate parlamentario, el senador Alasino, señaló sobre el tema que “no procederá cuando el partícipe sea un funcionario público, dado que en este caso existirá una vinculación con delitos contra la Administración Pública y se pondrá en juego toda la transparencia que la comunidad exige de aquellos que de alguna manera tienen injerencia en la administración de los recursos comunes”.

Esta opinión sobre la norma y la política criminal que en ella subyace, que se focaliza en el especial interés de la comunidad en el esclarecimiento de hechos en los que se encuentren involucrados funcionarios públicos, es tomada como base por quienes entienden que la norma se refiere al hecho en el que participó un funcionario público -haciendo así extensiva la prohibición a todos los partícipes aunque no revistan

la calidad de funcionario público- y no a la participación de un funcionario público en un hecho -que limitaría la prohibición solo al individuo-.

La posición contraria considera que la suspensión del proceso a prueba constituye un beneficio individual y personal que produce efectos exclusivamente sobre quien resulte beneficiado con él, sin afectar el proceso en relación a los demás involucrados. Por ello, desde esta óptica, la prohibición de esta norma no se refiere al hecho ni al proceso, sino exclusivamente al partícipe que revista esa calidad. Desde esta concepción se entiende que una interpretación diferente sería violatoria del principio de igualdad ante la ley respecto de los imputados que no revistan la calidad de funcionario público y que por ello no se encuentren en esa especial situación de obligación que justifica el tratamiento diferenciado de los integrantes de la administración pública.

Este debate debe ser enriquecido con las normativas dictadas en relación a la función pública –tales como la ley de ética pública- y la legislación internacional sobre el tema, no obstante lo cual, esta última postura es la que prima, y deja abierta la posibilidad de otorgamiento del instituto a los privados que generalmente intervienen en connivencia con los funcionarios públicos, sobre todo en los delitos económicos contra la administración pública.

A los fines de establecer el alcance específico de esta excepción, debe meritarse que se trata de un “funcionario público” que, “en el ejercicio de sus funciones”, “hubiese participado en el delito”.

Como primer punto de análisis corresponde establecer qué debe entenderse en el caso por funcionario público, ya que se trata de un elemento normativo del tipo definido por el art. 77 del Código Penal²³⁴ que limita y define sus alcances. Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción –ratificada por ley 24759 del 13/1/97- también nos brinda una definición de lo que debe entenderse por función pública y por funcionario público-²³⁵.

Hechas estas aclaraciones, advertimos que en el art. 77 del Código Penal, se definen como sinónimos las nociones de funcionario y empleado público, utilizando un criterio amplio al respecto que se aleja del restringido utilizado por el derecho administrativo.

Al respecto, nos remitimos en lo ya tratado en el Capítulo referido a los delitos de corrupción pública.

En el caso concreto de este instituto, además de lo ya dicho al tratar los delitos indicados, entendemos lógica la ampliación que reconocemos del término “funcionario público”, y al tipo de “participación” dado que el instituto se trata de una forma de resolución alternativa del conflicto, en el cual, cuando la persona que se encuentra

²³⁴ Art. 77 C.P. “Por los términos “funcionario público” y “ empleado público”, usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”

²³⁵ “Para los fines de la presente Convención se entiende por... Función Pública: toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Funcionario Público: cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

imputada de un delito, lo sea en razón de una confianza que le ha dispensado la sociedad en función del beneficio común, y se sospecha que ella ha sido vulnerada por la acción del inculpa, tal conducta reviste una magnitud contra la sociedad en su conjunto, que impide suspender el proceso para llegar de tal forma al descubrimiento de la verdad formal, y la aplicación en su caso de la sanción pertinente –que necesariamente influirá en la sanción administrativa- o la libre absolución del encausado.

Es que aunque el funcionario público imputado de un delito en el ejercicio de sus funciones, ofrezca autoinhabilitarse durante el plazo de la suspensión, ello resulta un término muy reducido –entre uno y tres años- , frente a la posibilidad máxima que prevé el art. 20 bis, en casos como el indicado, en donde lo que está en juego es precisamente la afectación del interés público confiado, sobre el cual es válido suponer –cosa que nosotros sostenemos- que el legislador entendió que no alcanza con el plazo ni las condiciones de la “probation” para devolverle esa confianza, resultando imprescindible aplicarle la pertinente sanción –penal y su influencia sobre la administrativa-, en caso de confirmarse su responsabilidad penal.

Mas allá de tales consideraciones, lo cierto es que el instituto se ha ampliado y si bien en la práctica su interpretación se remite al concepto de derecho administrativo, hasta se a tildado de inconstitucional esta limitación por ser considerada violatoria del principio de igualdad ante la ley, con lo cual por variadas argumentaciones se está concediendo el instituto aún a los funcionarios públicos²³⁶, ante la doble responsabilidad que estos tienen, es decir alegando la existencia de la responsabilidad administrativa para preservar el interés del estado al depositar en un ciudadano la confianza de su intervención en la cosa pública, como así también diferenciando entre funcionario público o equiparado a tal.

En parte, ello se puede ver claramente sintetizado en los fallos “RODRIGUEZ R.E., s/recurso de casación”²³⁷, y “FEIJOO, Ariel y otro s/recurso de casación”²³⁸.

3.4.-

Delitos con pena de inhabilitación:

Si bien es terminante el art. 76 bis del Código Penal al impedir el otorgamiento del instituto a los delitos que tienen prevista pena de inhabilitación²³⁹, lo cierto es que comenzó por otorgarse cuando aquel delito estaba previsto como pena conjunta o alternativa, y siempre y cuando el imputado ofreciera autoinhabilitarse del tipo de actividad determinada en el delito, por el período de la probation. Pero luego, tras el

²³⁶ Confr. a guisa de ejemplo resolución del 31 de marzo del 2010 de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que confirma la concesión de la suspensión del proceso a prueba a una Juez Contravencional que fue destituida del cargo por las amenazas proferidas a empleadas de tránsito, caso que tomó estado público por haber sido filmada mientras emitía esas amenazas, caratulada: “PARRILLI Rosa Elsa s/ infr art. 149 CP, amenazas”, n° 42.850-00-CC/09.

²³⁷ Sala III. C.N.C.P., causa 10.494.

²³⁸ Sala IV. C.N.C.P., causa 11.223, rta. el 4/11/09, registro 12.551.4.

²³⁹ “...Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.”; art. 76 bis, último párrafo.

fallo “NORVERTO”²⁴⁰ de la C.S.J.N., en el cual el Alto Tribunal solamente hace una remisión al fallo “ACOSTA”, dictado el mismo día, se advirtió que en el primero de los citados casos, el delito imputado tenía prevista la inhabilitación como pena conjunta.

Entonces, basándose en esa omisión de la Corte al tratar el caso de la inhabilitación en “NORVERTO”, la mayoría de los Tribunales sostiene que se encuentra así habilitada la posibilidad del otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, en caso de delitos previstos con esta clase de pena, y aún sin el requisito de autoinhabilitación, tal como lo concediera la Corte (que en realidad no advirtió ese detalle), ampliando notablemente la aplicación de este instituto, sobre todo a los delitos culposos -en especial a las lesiones y homicidios en donde se imputa la violación a algún de cuidado-.

4.-

Cuestiones subjetivas de procedencia:

Conforme las consideraciones expuestas ha de recordarse que el juicio de mérito sobre la conveniencia de la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba deberá efectuarse en base a consideraciones preventivo especiales.

En consonancia con ello, desde la concepción del fundamento de la sanción penal como herramienta de reeducación y resocialización del imputado, la aplicación al caso concreto de una medida alternativa a la pena privativa de la libertad, deberá fundamentarse en su mayor aptitud para la obtención de esos fines, evitando los efectos negativos que para el individuo trae aparejada la pena de encierro.

5.-

Suspensiones de juicio anteriores:

El art. 76 ter párr. 6º del C.P. permite la obtención por segunda vez de la suspensión del juicio a prueba luego de transcurridos ocho años desde la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

Sin embargo la norma establece específicamente excepciones para la concesión del beneficio por segunda vez. Tal es el caso de la revocación del beneficio por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas -art. 76ter párr. 7mo-, y del supuesto de revocación por comisión de un nuevo delito, caso en el que explícitamente se dispone que de recaer condena, la misma deberá ser de cumplimiento efectivo -art. 76 ter, párr 5to- lo que elimina la posibilidad de concesión de condenación condicional y de suspensión del juicio a prueba (al menos para el caso del párrafo IV del art. 76 bis del C.P. según la postura doctrinal que se adopte y las circunstancias del caso).

En este sentido, para poder afirmar que se produjo “*la comisión de un nuevo delito*”, debe estarse a la espera de la culminación de este segundo proceso, incoado como consecuencia del segundo delito imputado, y de ser allí condenado, recién a

²⁴⁰ “NORVERTO Jorge s/infracción al art. 302 del Código Penal”, rta. por la C.S.J.N. el día 23 de abril del año 2008.

partir de ese momento corresponde dictar sentencia en el que se decidiera la suspensión del juicio a prueba –que debe ser previamente revocada por este motivo-.

6.-

La intervención de la parte damnificada y la reparación:

Se considera que la intervención de la parte damnificada para expedirse a los fines de obtener la reparación del daño causado no requiere formalmente la constitución en “parte” en el proceso. Ello, no solo porque la ley no lo requiere específicamente, sino además porque la eventual reparación no se hace depender de un reclamo previo de la parte. Además los fines del instituto tienden a contemplar los generales intereses de la víctima, y la exigencia de la constitución formal en el proceso como parte, no se condice con la escasa participación que se concede a los solos efectos de manifestar si se acepta o no la reparación, para que luego, el órgano jurisdiccional, efectúe el control de razonabilidad del ofrecimiento. En este mismo sentido, se toma en cuenta también que su participación solo se limita, en caso de no aceptar la oferta del imputado, a mantener abierta la vía civil correspondiente, sin que le asista recurso alguno contra la resolución de razonabilidad del ofrecimiento.

No obstante ello, entendemos que nada obsta a que la participación que se otorgue al damnificado sea más amplia que la sola aceptación o no de la reparación. Creemos que su opinión sobre la concesión o no –aunque no vinculante-, su relato sobre la superación de la crisis oportunamente generada en ella, todas las consecuencias post suceso, entre otras circunstancias, como así también cualquier elemento que resulte de interés en caso de duda, tanto para el representante del Ministerio Público, como del órgano jurisdiccional, son elementos relevantes que tienden a determinar la existencia de un pragma conflictivo “actual” y su relevancia, otorgándole una intervención mas integral, sobre una situación que lo tuvo como sujeto pasivo de una crisis, y que resulta acorde con tendencias más democráticas y participativas.

Se lograría así hacer efectiva la contemplación de los intereses de las víctimas en todo proceso penal, como puede interpretarse de lo delineado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Bulacio c/ Argentina”, rto. el 18/9/03, -confr. en especial parágrafo 114-.

El problema en este sentido radica en que siendo no vinculante la opinión de la víctima, y careciendo de posibilidad recursiva sobre lo que el Tribunal resuelva, la aplicación que fue realizándose del instituto, se alejó de uno de sus objetivos: el de la resolución del conflicto, inclinándose exclusivamente en el otro objetivo original: el de descomprimir la cantidad de procesos existente.

Así, bajo la apariencia de aplicación de un instituto para mejorar la coexistencia social, se utiliza un encubierto criterio arbitrario de oportunidad procesal, como herramienta para seleccionar los procesos a sustanciar, selección efectuada, como dijéramos en forma discrecional por parte de los jueces, quienes así direccionan y profundizan la selectividad del sistema penal denunciada. (ver las estadísticas al respecto en el correspondiente Título y las críticas que efectuaremos oportunamente, al final de capítulo, en especial, la remisión a la opinión de Claus Roxin).

7.-

El consentimiento fiscal:

Tras el pedido efectuado por el imputado y siempre antes de la resolución sobre el pedido de suspensión del juicio, la intervención fiscal es decisiva e ineludible.

Sin perjuicio de que alguna doctrina minoritaria ha sostenido que aun mediando dictamen desfavorable del Ministerio Público Fiscal podía concederse la suspensión del juicio a prueba, sobre este aspecto se han planteado principalmente dos cuestiones: la primera –y en la cual nos alineamos al considerar que el art. 76 bis trata de dos supuestos distintos– consiste en sostener que el dictamen fiscal en contra de la concesión de la suspensión del juicio solo resulta vinculante para el órgano jurisdiccional en los casos del párrafo IV del art. 76 bis CP, mientras que la segunda considera que la conformidad es exigible en todos los casos.

Este tema fue también específicamente tratado en el plenario “Kosuta” de la CNCP en el que la mayoría consideró que el consentimiento del representante del Ministerio Público Fiscal es una condición necesaria e ineludible para suspender el juicio en los términos del art. 76 bis del C.P. siendo su oposición vinculante para el Juez o Tribunal.

Ahora bien, en el posterior dictado por parte de la C.S.J.N. del citado fallo “ACOSTA”, el Alto Tribunal expresamente se alineó en la tesis amplia referida, con lo cual, al afirmar que el art. 76 bis del Código Penal, trata dos hipótesis diferentes, la opinión vinculante del Ministerio Público Fiscal, solo lo es en relación a los delitos cuyo máximo punitivo supera los tres años de reclusión o prisión, pero que el pronóstico eventual y provisorio de pena, en el caso concreto, podría llevar inherente una pena de ejecución condicional.

8.-

La parte querellante:

Nada dice la ley de fondo respecto de la actuación específica del querellante en el trámite de la suspensión del juicio a prueba.

En el ámbito nacional el art. 293 del CPPN dispone que podrá concederse el beneficio en audiencia única donde las partes tendrán derecho a expresarse. Por ello, se lo deberá oír como parte constituida en el proceso, y también por ser el damnificado del hecho imputado pero su oposición no podrá obstar a una eventual concesión del beneficio consentida por el fiscal como titular de la acción penal pública.

También el plenario “Kosuta” analizó si tenía legitimación el querellante para recurrir la suspensión del juicio a prueba, excluido el supuesto correspondiente al monto de la reparación, expidiéndose por unanimidad a favor de la legitimación autónoma del querellante para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos ante decisiones que hacen imposible la continuación de las actuaciones. Ello así tanto más desde que la Corte se ha pronunciado afirmando que la acusación del querellante en la oportunidad del

artículo 393 del CPPN habilita, aun en ausencia del requerimiento fiscal, el dictado de una sentencia condenatoria²⁴¹

Así se ha favorecido evidentemente a las víctimas que cuentan con recursos materiales para poder constituirse como partes querellantes y tener habilitada así la posibilidad de llevar adelante un proceso penal, aún ante el pedido de sobreseimiento o absolución –en su caso- del Fiscal competente, con lo cual no encontramos frente a dos estándares de víctimas: Los simples damnificados, y los querellantes, a quienes por vía de interpretación se le amplían y garantizan sus derechos, a diferencia de las otras víctimas que son cada vez más desplazadas del sistema, y que no ha podido resolver siquiera el intento de hacer operativas las 100 reglas de Brasilia, asumiéndolas como propias tanto la C.S.J.N., como el Ministerio Público Fiscal.²⁴²

9.-

El plazo de suspensión del juicio o proceso a prueba:

El art. 76 ter establece que *“el tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito”*.

De ello se colige que la gravedad del delito debería ser el único parámetro para fijar el tiempo de suspensión.

Entendemos que si bien ello es lo determinante, no debe ser lo excluyente. No se pueden dejar de atender para ello las circunstancias particulares del imputado, como ser:

La edad: ya que no es lo mismo fijar un término para un joven de 18 años de edad, que para un anciano de más de ochenta.

La familia que tenga a su cargo: ya que exigirle mayor tiempo de estar fuera de su casa, por prolongar injustificadamente el término de la suspensión, con las obligaciones que se le impongan, importaría generar un conflicto familiar por intentar vanamente resolver otro social.

²⁴¹ LL, 1998-E-329 y ss. En la causa “Santillán, Francisco A.” la CSJN revocó una sentencia de la CNCP por la cual se confirmaba la sentencia del TOC nro.5 que disponía la absolución del imputado Santillán del delito por el que fuera solicitada la elevación a juicio por parte del Agente Fiscal y del querellante, pero al momento de emitir opinión luego de celebrado el debate oral el Fiscal de juicio requirió la absolución del imputado mientras que el acusador privado pidió condena. El Tribunal entendió que la actuación del querellante particular no es autónoma respecto del órgano acusador oficial, de modo que, si el Fiscal requiere la absolución, el pedido de condena de la querrela no es suficiente para habilitar al Tribunal a emitir un pronunciamiento de condena, motivo por el cual absolvió a Santillán. Ante esta situación la CSJN dejó sin efecto la sentencia de la CNCP que confirmaba la postura del Tribunal sosteniendo que “la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito contenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula (fallos 143:5)” y que “todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma”.

²⁴² Resoluc. 58 PGN de fecha 2/6/09, mediante la cual se adhiere a estas 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, establecidas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

Las ocupaciones que haya acreditado tener: ya que no es lo mismo el tiempo de duración para quien no tiene ocupación por estar sin trabajo y no cursar estudios, que quien realiza ambas cosas.

Resultan de suma importancia también, la salud del imputado, el grupo familiar a su cargo, los medios materiales con que cuenta para sustentarse él y los suyos, y todo otro elemento de importancia en la vida de una persona que pueda argumentarse o fundarse racionalmente.

También resulta fundamental a estos fines, considerar la cantidad de delitos imputados, fijando un lapso mayor cuanto más son los hechos enrostrados, en caso de concurso real -mencionado en el art. 55 del Código Penal-.

En la determinación del quantum de tiempo de suspensión del juicio a prueba, debe mediar un preciso acto de racionalidad.

Para determinar la gravedad del delito, debe atender el Tribunal a la graduación punitiva del delito imputado, y dentro de esos parámetros, de acuerdo a los tiempos establecidos por el art. 73 ter, fijar el correspondiente a la suspensión, atendiendo a las características objetivas del hecho imputado, el cual nunca puede superar el máximo de la pena prevista para el delito.

Fijar un tiempo de suspensión del juicio a prueba superior al monto máximo de la pena establecida para el delito, entendemos que atenta contra la racionalidad que debe reinar en los actos del Estado, en un gobierno republicano.

10.-

Reglas probatorias:

10.1.-

Las reglas de conducta y la suspensión del proceso a prueba:

El art. 76 ter C.P. reglamenta la imposición de estas reglas de conducta determinando que deberán ser establecidas por el Tribunal conforme las previsiones del art. 27 bis C.P., el cual sienta el criterio rector para la aplicación o imposición de las reglas de conducta bajo tres premisas fundamentales: *“... el tribunal deberá disponer que... cumpla todas o algunas de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para la prevención de nuevos delitos”*.

De ello se infiere que la única finalidad de imposición de reglas de conducta es la prevención de nuevos delitos. Que solo puede imponerse reglas de conducta en tanto resulten adecuadas para ese fin. Y que en caso de que las reglas no resulten adecuadas o no resulte necesaria la prevención de nuevos delitos, las reglas no podrán ser impuestas.

En cuanto a la duración de las mismas, el tiempo de suspensión del juicio fija el tope máximo a lo largo del cual podrán extenderse las mismas, las que no necesariamente deberán tener tal magnitud, pudiendo incluso aplicárselas por un período menor.

10.2.-

Incumplimiento de las reglas de conducta. Revocación del beneficio:

El incumplimiento de las reglas de conducta impuestas al conceder la suspensión del juicio a prueba constituye una de las causales por la cual puede ser revocada la suspensión. Este supuesto de incumplimiento, previsto en el art. 76 ter párr. IV C.P. se encuentra sujeto a un régimen especial.

Tanto para la determinación de las reglas de conducta a imponer como en todo lo relativo a su plan de cumplimiento, el art. 76 ter párr.1 C.P. remite a las previsiones del art. 27 bis C.P. De esta manera, y conforme el último párrafo de este artículo, en caso de incumplimiento de alguna regla de conducta el Tribunal no deberá disponer directamente la revocación de la suspensión, sino que sólo lo hará ante su persistencia o reiteración.

Así, la norma establece el procedimiento aplicable ante los casos de incumplimiento de las reglas de conducta consistente en la intimación previa al imputado en esos casos para que se avenga al cumplimiento y en la revocación del beneficio como última ratio para los casos de persistencia o reiteración.

Ha de tenerse en cuenta que las reglas de conducta pueden ser modificadas o sustituidas durante su cumplimiento -de oficio o a pedido de parte- y que el juicio sobre su cumplimiento no debe obedecer a una excesiva rigidez, siendo que el incumplimiento que obedezca a casos de fuerza mayor o situaciones totalmente extrañas al imputado no le podrán ser imputadas.

El problema subyacente es que con la existencia de solo tres Juzgados de Ejecución Penal para todos los Juzgados con competencia Penal Nacional y Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que se encuentran en emergencia judicial, y totalmente colapsados, no existe el más mínimo control sobre el instituto, el cual una vez concedido, al Tribunal otorgante se desentiende y se remiten actuaciones a estos Juzgados de ejecución, en donde se depositan los legajos y excepcionalmente se dicta alguna resolución oportuna al respecto, en general a pedido de la parte interesada.

Por tal motivo es habitual que luego de transcurrida una cantidad de años muy superior a la que se otorgara el instituto, se tienen por cumplidas las reglas de conducta impuestas, aún sin constancias de su realización, por haberse tornado abstracto el contralor en atención el excesivo plazo transcurrido.

10.3.-

Comisión de un nuevo delito:

El párrafo IV del art. 76 ter C.P. dispone que si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un nuevo delito, se extinguirá la acción penal. Por ello, verificado el cumplimiento de las demás obligaciones -reparado el daño y cumplidas las reglas de conducta- el Tribunal debe declarar extinguida la acción penal si no es posible afirmar que al momento de extinción del plazo de suspensión el imputado ha cometido un nuevo delito. La cuestión consiste aquí en determinar entonces cuando es posible afirmar que el imputado "ha cometido un nuevo delito".

Si bien puede tratarse de cualquier delito, se considera que el requisito se encuentra cumplido cuando exista una sentencia condenatoria firme dentro del plazo de suspensión a prueba que así lo establezca, no resultando suficiente la sola imputación de un hecho ilícito.

El delito por el que recae condena ha de ser posterior a aquel por el que se concediera la suspensión del juicio a prueba, sin desmedro de que en caso de ser anterior, y no haber sido conocido, pueda obrar como factor de revocación de esa suspensión, en los términos ya considerados.

10.4.-

Incumplimiento de la reparación ofrecida:

Como requisito para la concesión de la suspensión del juicio a prueba cuando se ha declarado razonable el ofrecimiento y la víctima lo ha aceptado, el incumplimiento de la reparación ofrecida vencido el plazo de la suspensión, operara como una circunstancia que impedirá que se declare extinguida la acción penal –art. 76 ter párrafo 4to *a contrario sensu*-.

10.5.-

La suspensión del juicio o proceso a prueba y la persona jurídica:

Existe una antigua discusión doctrinaria respecto a la posibilidad de someter a proceso a una persona jurídica y eventualmente aplicarle una pena.

Al respecto, una parte de la doctrina entiende, en una breve síntesis, que el delito es ante todo una acción, es decir una conducta humana, lo que sólo pueden realizar las personas físicas, por lo que las personas jurídicas no pueden nunca cometer un delito.

A su vez la postura contraria sostiene que las personas jurídica realizan actividades, por intermedio de sus representantes pero como sujetos distintos a éstos, produciendo verdaderas mutaciones físicas que pueden llegar a ser consideradas como una acción que encuadra en la categoría de delito, sin que por ello se desincrimine el acto de las personas físicas que componen sus órganos decisores. Agregan finalmente que existen penas pecuniarias –como la de multa-, que efectivamente pueden ser cumplidas por las personas jurídicas, por lo que en delitos concretos concluyen que pueden ser pasibles de sanción penal.

En nuestra opinión, sin ingresar en el referido debate, no es posible negar la realidad jurídica actual, y advertir que existen tipos penales que tienen prevista la sanción penal de las personas jurídicas, aunque en general en forma conjunta con las personas físicas que las comandan y que llevaron a la producción de un delito.

En este sentido basta ojear el art. 23 de la ley 25.246 y su modificación (art. 8 de la ley 26.268) –aunque en remisión al régimen penal administrativo-, más allá de la discusión que subyace en torno ello.

Creemos que no existe óbice alguno de rango constitucional que impida concederle el beneficio a esta clase de personas, independientemente del curso procesal que lleven las personas físicas también imputadas.

Para ello resulta vital la posibilidad de una persona jurídica de hacerse cargo de la reparación del daño imputado a las personas que aparecen como víctimas en la relación que tuvieron con ésta.

Asimismo, si bien parece poco posible que la persona jurídica realice alguna de las reglas de conductas establecidas en el art. 27 bis, lo cierto es que fijar domicilio en caso de tratarse por ejemplo de una empresa grande con varias sucursales, es factible, lo mismo que destinar aportes materiales o servicios –de acuerdo a su objeto social- a entidades de bien público o al estado.

No podemos perder de vista, que muchas veces las personas jurídicas son utilizadas como mero medio para realizar maniobras delictivas, por la facilidad de su creación y disolución, y la complejidad de la acreditación de las operaciones realizadas, que trae aparejada la imposibilidad de recuperar por parte de los eventuales damnificados siquiera un porcentaje de los bienes o dinero perdido –recupero de activos-, con lo cual aceptar esta postura de concesión del instituto a la persona jurídica, redundaría en beneficio de la mejor convivencia social.

11.-

Conclusiones:

La sanción de la ley 24316 que incorpora en nuestro medio el instituto de la suspensión del juicio a prueba, no constituye un hecho aislado, sino que es uno de los diferentes remedios procesales o de política criminal que en nuestro país se han instaurado con el fin de agilizar el proceso penal, intentando optimizar y racionalizar la utilización de los recursos disponibles, a la vez que se pretende por medios alternativos a la clásica imposición de la prisión -como reina de las penas- una mayor concreción de los fines sancionatorios del derecho penal consagrados hacia la resocialización del criminal.

El problema es que observamos en esta tesis que tal finalidad no se cumple, sino que por el contrario, como adelantáramos, es utilizado como un encubierto criterio de oportunidad discrecional²⁴³.

En los comienzos del siglo 21, con el avance de las ciencias y las comunicaciones, y la relevancia adquirida por la sociología, la psicología y la criminología –entre otras-, pretender la resocialización de sujetos que han sido sorprendidos en conductas transgresoras al orden social establecido, mediante una condena penal como único medio, que puede derivar en el encierro y el sometimiento a un obsoleto tratamiento penitenciario, aparece como una respuesta cuanto menos insatisfactoria (y podríamos aventurar hasta irracional) por parte del estado.

En este marco actual del sistema penal argentino, la incorporación como herramienta del instituto de la suspensión del juicio a prueba, aparentaba ser una

²⁴³ Ver lo tratado en el punto 2. “intervención de la parte damnificada y la reparación”.

buena alternativa necesaria para lograr la recapacitación de los imputados de delitos leves –si solo se lo aplica a estos casos-, logrando una posibilidad de solución real del conflicto, permitiendo asimismo una mayor racionalidad de los órganos jurisdiccionales si estos intentan concentrarse en el juzgamiento de los delitos más graves que son los que mas afectan a todo el conjunto de la sociedad.

La mayor proximidad entre el hecho y su reparación, que el instituto de la mal llamada “probation” impone –al simplificar los pasos procesales-, sumado al deber de cumplimiento de las reglas de conducta que se establezcan, permite en el beneficiario del instituto la creación de la conciencia de su injusto como también de lo que, una parte de la sociedad, espera en adelante de él y de su comportamiento. Lo que, en los supuestos de delitos de poco monto de pena, se encuentra más cercano a la realidad de lograr una ansiada paz y armonía social que lo que implica un encierro efectivo.

Pero más allá de las críticas o elogios que el instituto en abstracto pueda merecer, sobre lo que se ha extendido profusa y renombrada doctrina y jurisprudencia, lo cierto es que la realidad en la que se encuentra inmersa la suspensión del proceso a prueba en la actualidad adolece de una crítica incuestionable -aunque sí subsanable-, y es la que se refiere a la desigualdad ante la ley que provoca la circunstancia que se amplíe –como está sucediendo- la aplicación en forma indiscriminada y automática de este instituto a los delitos de cierta gravedad, a funcionarios públicos imputados de delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, y fundamentalmente a los delitos económicos con existencia de muchos damnificados o con un significativo monto dinerario que caracteriza la imputación.

De esta manera so pretexto de resolver conflictos sociales –lo cual aparece en estos supuestos como un sofisma-, o de descomprimir las tareas que pesan sobre los Tribunales –cosa que sí se logra, aunque haciendo una selección equivocada del direccionamiento de los recursos liberados-, se termina logrando una profundización de la selectividad de la aplicación del derecho penal, hacia los imputados pertenecientes a los sectores mas vulnerables, que son lo que reinciden en las conductas mas penalizadas y que no suelen ser paradójicamente las de mayor gravedad social.

Este instituto que acabamos de analizar profundamente y cuya crítica por profundizar la selectividad del derecho penal en la República Argentina hemos sostenido al final de la exposición, sorprendentemente reproduce lo ocurrido con un similar instituto en la República Alemana, que en este sentido fue elocuentemente graficado por uno de los doctrinarios mas importantes del mundo del derecho penal, el maestro Claus Roxin, en la conferencia que brindara en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, invitado por el Ministerio Público Fiscal de la Nación, el día...cuya exposición titulada “*Acerca de la evolución del derecho procesal penal alemán*”, y puede obtenerse en la biblioteca de esta institución.

Reproduciremos textualmente las palabras del maestro Alemán, que por su claridad de exposición y los ejemplos dados de lo ocurrido en su país de origen, demuestran esta realidad que sostenemos, en cuanto a la ampliación de este instituto de la suspensión del proceso a prueba.

En dicha oportunidad sostuvo:

“...el proceso penal alemán ha entrado en crisis en los últimos veinte años, lo cual ha transformado fuertemente su realidad ya hoy y amenaza con transformarla aún más. Resumo este desarrollo desde dos

puntos de vista diferentes: desformalización y exacerbación de la injerencia... Comienzo con la desformalización que, en parte a través de innovaciones legislativas y en parte por desarrollos extralegales, ha reemplazado las rígidas reglas de nuestro procedimiento por un proceso ampliamente informal orientado al acuerdo entre las partes. 1. La génesis ha sido la introducción en 1974 [mil novecientos setenta y cuatro] del § 153 a [parágrafo ciento cincuenta y tres a]. Éste permitía en casos de delitos menos graves —que son delitos cuya amenaza de pena mínima es inferior a un año de privación de libertad— que la fiscalía, con acuerdo del tribunal y del imputado, sobreseyera el proceso con la imposición de las llamadas condiciones e indicaciones (en la práctica mayoritariamente erogaciones dinerarias a favor de instituciones de utilidad pública) cuando “en casos de reducida culpabilidad, [éstas] sean aptas para eliminar el interés público en la persecución penal”. Ante delitos más exigüos con consecuencias leves el sobreseimiento puede también dictarse sin acuerdo del tribunal. Con posterioridad a la acusación el tribunal, bajo las mismas condiciones, puede sobreseer el procedimiento con acuerdo de las partes. El precepto estatuye, pues, una excepción al principio de legalidad procesal según el cual la fiscalía está en principio obligada a acusar frente a todo comportamiento punible.

Esta regulación se impuso rápidamente en la práctica en razón de que trajo palmarias ventajas: alivia a la notoriamente sobrecargada justicia, conduce en el ámbito de los delitos leves a una descriminalización sensata desde el punto de vista político criminal y fomenta objetivos socialmente útiles mediante el cumplimiento de condiciones e indicaciones.

Pero la regulación también contenía, ya en su versión original, un peligro respecto del cual la ciencia llamó la atención desde el comienzo.¹³ Ésta transfiere en los delitos leves el poder de decisión desde el tribunal, en sí competente según los preceptos de la Constitución, hacia la fiscalía. La decisión no surge de un proceso público controlable por cualquiera y desarrollado conforme las reglas de la Ordenanza Procesal, sino de modo completamente informal a puertas cerradas. La decisión tampoco exige ninguna fundamentación similar a la sentencia de modo que nadie se entera nunca por qué la culpa es exigua y no existe interés público en la persecución penal. Esto provoca un peligro de tratamiento desigual, permanece desconocido por qué se ha sobreseído en tal o cual caso y no en los otros. Se puede generar también la impresión de que los acaudalados pueden “comprarse la libertad” a través de altas sumas de dinero, mientras que los desposeídos carecen de esa posibilidad...”

“...¹³ Cfr. por ejemplo la reciente descripción de KÜHNE, Strafprozessrecht, 72006, número marginal 583 y ss., 589 y ss., o bien de SCHOREIT, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 52003, § 153 a, número marginal 1 a 4.

“...la pretendida simplificación del proceso mediante la disolución de todas sus formas y controles regulares paga un alto precio. Los reparos se relativizan invocando simplemente que el ámbito de aplicación de la norma estaba limitado, cuando fue introducida, a casos de

“culpabilidad reducida” en los que se podría opinar que perdonarle la pena al imputado compensa la renuncia a garantías legales. Sin embargo, el efecto ahorrativo le satisfizo tanto al legislador que en el año 1993 [mil novecientos noventa y tres] suprimió el requisito de culpabilidad reducida del § 153 a [parágrafo ciento cincuenta y tres a] 5 mediante la “Ley de descongestión de la administración de justicia”. Actualmente lo único que se exige es que “la gravedad de la culpabilidad no lo impida...”.

“...En la práctica también ha sucedido que procesos espectaculares con trasfondo político y penal económico fueron sobreesidos conforme el § 153 a [parágrafo ciento cincuenta y tres a] de la Ordenanza Procesal Penal. Así ocurrió en el denominado proceso por las donaciones a los partidos políticos contra el anterior Canciller Kohl, en el cual los perjuicios ascendían a varios cientos de miles de euros. Pocos meses atrás fue también sobreesido un proceso seguido contra altos ejecutivos (entre ellos el presidente del consejo directivo del Deutsche Bank) a quienes se les reprochaban pagos injustificados por alrededor de cincuenta millones de euros. Las sumas de dinero que en razón de ello deben pagar a instituciones de utilidad pública se encuentran muy por debajo de este monto.

En la opinión pública alemana, el modo en el que concluyó justamente el proceso mencionado en último lugar ha experimentado, con razón, un gran descrédito. Aquí no se trata de ninguna manera del deseo de ver sancionadas a personalidades prominentes. Tal vez hubiera correspondido que fueran absueltas. Pero lo que en tal caso tendría que haberse exigido es una sentencia cuidadosamente fundada. Cuando los tribunales en supuestos de esas características retacean el pronunciamiento de una sentencia ello se asemeja a una denegación de justicia. Ello así, pues las dificultosas cuestiones jurídicas que se plantean en estos casos permanecen sin acabada explicación. Es sabido que nuestros tribunales, entretanto, eluden cada vez con mayor frecuencia la decisión de problemas jurídicos complicados acudiendo a la aplicación del § 153 a [parágrafo ciento cincuenta y tres a] de la Ordenanza Procesal Penal. Pero dado el carácter incontrolable e irrecurrible de tales decisiones, ello no se puede evitar.”

Como se puede advertir esta clara direccionalidad que en la Argentina va tomando el presente instituto –por vía interpretativa, profundizado luego de los fallos de la C.S.J.N. “Acosta” y “Norverto” ya mencionados- hacia la renuncia por parte del Estado de continuar la profundización de los procesos penales hacia determinados delitos de cierta importancia –aunque seguro en forma no querida deliberadamente- logra ese efecto de profundizar la selección del sistema penal hacia los delitos leves cometidos por personas que por su propia situación de marginalidad, reiteran este tipo de conductas que les impide acceder a la suspensión del proceso a prueba.

Y esta realidad, en cierto punto, parece reflejarse en la legislación y jurisprudencia alemana conforme lo sostenido por Claus Roxin en el artículo parcialmente reproducido.

Pero en el caso de la Argentina se ve agravado por no tratarse de una decisión legislativa, sino de una ampliación pretoriana, en donde la marginalidad social y crisis

del sistema penal es mayor que la que existe en Alemania, lo cual sólo logra reproducir un sistema social totalmente inequitativo, insisto hasta desde lo institucional, dado que a la ausencia de mecanismos de reducción de la marginalidad se suma el aumento de prisionización de personas de estos sectores que cometen delitos leves, agravando el problema a través de su encierro –al no resultar el encarcelamiento un sistema adecuado para una verdadera inserción social a quien ya estando en libertad, y sin antecedentes penales, le fue negada tal posibilidad-.

La mencionada postura interpretativa absolutamente amplia es utilizada para ser concedida, pese a la aparente prohibición originaria, a los funcionarios públicos, a los delitos intermedios o de cierta gravedad, a los delitos previstos con penas de inhabilitación, etc., pero paradójicamente es negada para quienes son las personas que pertenecen a la franja social más expuesta y marginada; es decir, a los ya condenados y reiterantes de delitos leves.

Resulta indicativo de la certeza de la hipótesis planteada en la tesis, que hasta el presente, no se haya siquiera discutido la posibilidad de otorgarle este instituto a quienes revisten condenas anteriores e incluso a los reincidentes.

Ha quedando habilitada tal posibilidad, dado que si la C.S.J.N. aplicó el criterio amplio en el citado fallo “Acosta”, existen dos supuestos tratados en el art. 76 bis (delitos correccionales y delitos criminales).

Y la posibilidad de concesión de la probation, en el caso de imputarse delitos correccionales, no depende de la viabilidad de la aplicación de una condena condicional, sino de que no se le haya otorgado anteriormente el instituto a ese imputado.

De tal manera, por el solo hecho de registrar el enjuiciado condenas anteriores, o dicho de otra forma, por la imposibilidad de ser pasible eventualmente una condena de ejecución condicional, a una persona imputada de la comisión de un delito correccional (es decir que contenga una graduación punitiva que en abstracto no supere los tres años de prisión, y en especial a los reincidentes en los delitos de hurto), no es posible negarle la concesión del presente instituto, si puede acreditar que cumplirá con las condiciones que el mismo exige y que ya hemos analizado.

Sin embargo, reiteramos, nadie siquiera ha planteado este supuesto, ni mereció el más mínimo tratamiento por parte de la doctrina y jurisprudencia, por lo que concluimos en la evidente apropiación de este relevante instituto de evitación de condenas innecesarias, por parte de los grupos tradicionalmente más favorecidos por el sistema penal, es decir, por quienes cuentan con los recursos económicos suficientes para responder ventajosamente a un proceso judicial penal, en el cual excepcionalmente suelen ser condenados.

CAPÍTULO XII.

EL INSTITUTO DE LA EXCARCELACIÓN Y LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD DURANTE EL PROCESO.

1.-

Introducción:

Como acabamos de ver en los capítulos anteriores, hemos analizado dos institutos fundamentales del derecho penal, la mayoría de amplia aplicación en la jurisprudencia internacional, tales como el instituto que pone límites temporales a la acción persecutoria del estado –la prescripción de la acción penal- y otro como el que produce soluciones alternativas de los conflictos –la suspensión del juicio o proceso a prueba-, que tras su distorsión interpretativa y su forma de aplicación, finalizan siendo instrumentos esenciales de los imputados de delitos pertenecientes a los grupos sociales de mayores recursos económicos, para lograr la impunidad respecto de graves hechos –en especial de profunda connotación económica- que muchas veces suele imputárseles.

En el caso del instituto de la excarcelación, a partir de la reforma del Código Procesal Penal de la Nación (sancionado por ley 23.984), que modificó el régimen establecido por los arts. 378 y 379 del viejo Código creado por la ley 2372, para instaurar el régimen contenido en los arts. 316 y 317 actualmente vigentes, y sobre todo tras la reforma constitucional acontecida en el año 1994, se llegó –al igual que en los otros institutos analizados-, a una evolución jurídica más garantista de los derechos individuales de las personas.

Analicemos ahora si esta mayor “garantía”, en el caso de la excarcelación, repercutió igual en todos los segmentos sociales y en todas las clases de delitos²⁴⁴.

Adelantamos que se advierte una vez más, y aún intuitivamente, que la evolución dogmática en apariencia más democrática e igualitaria, aparece paradójicamente profundizando la selectiva aplicación del derecho penal.

El sometimiento a proceso de los grupos sociales de mayor pobreza, que son los más expuestos –por las características de los delitos cometidos y muchas veces por la ausencia de adecuados recursos materiales para su defensa- continúan siendo casi exclusivamente de los que padecen el encarcelamiento.

²⁴⁴ No obstante, como adelanto, nos vemos obligados a efectuar la siguiente cita que compartimos por su nivel de análisis en el contexto en que fue esbozada: “En la mayor parte de los Estados históricos, los derechos concedidos a los ciudadanos se gradúan con arreglo a su fortuna, y con ello se declara expresamente que el Estado es un organismo para proteger a la clase que posee contra la desposeída. Así sucedía ya en Atenas y en Roma, donde la clasificación era por cuantía de los bienes de fortuna. Lo mismo sucede en el Estado feudal de la edad media, donde el poder político se distribuyó según la propiedad territorial. Y así lo observamos en el censo electoral de los Estados representativos modernos....La forma más elevada del Estado, la república democrática, que en nuestras condiciones sociales modernas se va haciendo una necesidad cada vez más ineludible...no reconoce oficialmente diferencias de fortuna. En ella la riqueza ejerce su poder indirectamente, pero de un modo más seguro...” ENGELS Friedrich, “El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado, ed. Planeta, Barcelona, 1992, pags. 294/5.

Esta circunstancia aparece así reflejada en este instituto fundamental que garantiza la libertad de los seres humanos, frente a la amenaza coactiva del estado.

Se trata de la herramienta que entendemos de mayor importancia en relación al tema que estamos tratando, de aparente corte procesal –pese a su relevancia en razón del bien jurídico que garantiza- pero que consiste en una garantía constitucional²⁴⁵, que es –insistimos- el instituto de la excarcelación, como forma de hacer efectivo el principio de inocencia, tendiente a evitar el encarcelamiento preventivo de una persona imputada de la comisión de un delito, durante el transcurso de un proceso penal, el cual pasaremos a analizar a continuación.

2.-

Presunción de inocencia y libertad procesal:

El principio de libertad durante el proceso, en caso de que no surjan restricciones legales, aparece como una garantía implícita emergente tanto del art. 18 de la Constitución Nacional²⁴⁶, como también de varios de los tratados internacionales de derechos humanos con igual jerarquía, incorporados a la Carta Magna por el art. 75, inc. 22, además de su expresa invocación en el artículo 1 del Código Procesal Penal de la Nación.

En efecto, la presunción de inocencia, la encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11.1) que prescribe: *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. XXVI señala que *“Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 14.2, establece que *“toda persona acusada de un delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*.

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.2 reza *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*.

En forma similar se expresa en su art. 40.2.b.i. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta presunción de inocencia encuentra una manifestación concreta en el instituto de la “libertad procesal” durante el transcurso de un proceso penal. Puede definirse como el derecho que tiene toda persona a su libertad corporal y ambulatoria mientras una sentencia firme en su contra no haga cesar su presunción de inocencia, y sólo en ese caso es posible su encarcelamiento para el cumplimiento de una pena aplicada, luego de un juicio en el cual se hayan respetado las garantías del debido

²⁴⁵ La excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley de forma” C.S.J.N., Fallos 7:368; 16:88; 54:264; 64:352, 102:219 y 312:185; entre otros.

²⁴⁶ “nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”

proceso y la defensa en juicio, con fundamento en leyes dictadas anteriormente al hecho por el cual se lo condena.

Empero, durante el transcurso de un proceso penal, es posible la privación precautoria de esa libertad, sólo motivado por suficientes razones preventivas y cautelares, que guarden relación con el fin de tal proceso y el descubrimiento de la verdad.

3.-

Prisión preventiva: Requisitos y límites constitucionales. Opinión de doctrina y jurisprudencia:

La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva y no puede constituir la regla general, pues de lo contrario, se violaría el principio de inocencia ya referenciado²⁴⁷. Por ello su aplicación debe ser excepcional²⁴⁸.

En este sentido establece el PIDCP en su artículo 9.3 que *“la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado al acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*.

La CADH en el art. 7.5 dice respecto de las personas procesadas que *“su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”*.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, afirmando la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada, mediante una sentencia firme.

También sostuvo que de lo dispuesto en el art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad de una persona mas allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues señala que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva²⁴⁹.

Las limitaciones al ejercicio de los derechos personales y patrimoniales, tanto del imputado, como de terceras personas que se imponen durante el transcurso de un proceso penal, sólo tienen como fin garantizar el logro de sus objetivos: el descubrimiento y la prueba de la verdad de la imputación, y la aplicación de la ley sustantiva en el caso concreto²⁵⁰.

Por otro lado, en las ya citadas “Reglas de Tokio” se establece que “En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso,

²⁴⁷ Confr. jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Suárez Rosero” del 12 de noviembre de 1997, serie C, n° 35, párrafo 77, que si bien no es obligatoria para los Tribunales del país, debe servir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica (fallos 318:514 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina).

²⁴⁸ Ver informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

²⁴⁹ Confrontar al respecto lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Suárez Rosero” citado, párrafo 77.

²⁵⁰ ver José I. Cafferata Nores, Garantías y sistema constitucional, en Revista de derecho Penal, 2001-1, Rubinzal-Culzoni, pág. 124 y ss.

teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima²⁵¹.

Entonces, a partir de esta evolución doctrinaria-jurisprudencial-, no caben dudas –al menos en la actual doctrina casi unánime- de que la libertad durante el proceso penal es la regla básica, y que la detención preventiva es la excepción a ella, puesto que toda norma que coarte la libertad personal del imputado debe ser interpretada en forma restrictiva, conforme lo establecido en el artículo 2 del CPPN, y en especial porque todo ciudadano goza de la presunción de inocencia, garantía consagrada constitucionalmente y a la que se hiciera referencia en los párrafos anteriores.

Ello, cuando se verifiquen los supuestos de los arts. 316 y 317 del Código de rito, y no se dé el impedimento contenido en el artículo 319 del mismo cuerpo legal.

En este sentido, es resaltado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que todos los derechos no son absolutos, sino que están limitados no sólo por las leyes que reglamentan su ejercicio²⁵², sino también por iguales derechos, los que se encuentran exaltados por la Carta Magna, y siempre teniendo en cuenta además la dogmática derivada del artículo 33 de la misma, así como que todas las directivas constitucionales deben conjugarse de manera armónica ya que en ellas se combina un ensamble entre derechos individuales y garantías generales que deben coexistir coherentemente y en forma equilibrada²⁵³.

Es decir que debe existir un equilibrio y respeto armónico que los principios republicano y federal demandan, y de esta manera se debe garantizar el funcionamiento correcto de las instituciones y sus objetivos, sin sacrificar en aras de ellos otros derechos y deberes.

Se puede afirmar como síntesis que hoy la doctrina y jurisprudencia resultan casi unánimes en considerar que la única forma de privar preventivamente de la libertad a una persona, es cuando aparezca “indispensable” para asegurar la sujeción del imputado al proceso penal y al cumplimiento de una eventual pena, y garantizar al órgano jurisdiccional la investigación de los hechos.

En este sentido, señala Claus Roxin, que la prisión preventiva es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Ella tiene tres objetivos: 1° asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; 2° garantizar una investigación de los hechos en debida forma por los órganos de la investigación penal; y 3° asegurar la ejecución penal²⁵⁴.

En otras palabras, la privación de la libertad de una persona por parte del Estado, debe ser restringida a los límites indispensables para lograr, mediante un proceso penal, el descubrimiento de la verdad y el cumplimiento de la ley material, es decir de

²⁵¹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, art. 6.1.

²⁵² C.S.J.N., fallos 304:319, 1524, 272:188, entre otros.

²⁵³ “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” Art. 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

Confr. también en este sentido: Roxin C., “Política Criminal y Sistema del derecho penal”, pag. 110.

²⁵⁴ Claus Roxin, “Derecho Procesal Penal”, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2002.

efectivizar la sentencia que en definitiva recaiga -cosa que fuera debatida hasta fines de la década del 90-.

Tales objetivos fueron expresamente plasmados en el citado art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación²⁵⁵.

Pero fue con un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional²⁵⁶ y otros de la Cámara en lo Penal Económico, que se comenzó a abrir paso mayoritariamente en la Justicia ordinaria de Capital Federal.

Y se terminó de consolidar, con el dictado del fallo plenario n° 13 (1/2008) de la Cámara Nacional de Casación en lo Penal, caratulado "DIAZ BESONE Ramón Genaro s/ recurso de casación²⁵⁷", dejando en claro que aquella es la única finalidad posible del encarcelamiento preventivo, como jurisprudencia obligatoria.

Pero este fallo fue más preciso, ya que, sobre todo en el voto del Dr. Pedro R. David que reposa, entre otras consideraciones, en trabajos doctrinarios del Dr. Solimine²⁵⁸, recepta parte de la doctrina imperante al respecto, marca pautas para considerar una particular manera de asegurar tales fines.

²⁵⁵ Art. 280: "...la libertad del imputado solo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley...".

²⁵⁶ Fallo de la Sala Primera de la C.C.C. "BARBARÁ, Rodrigo Ruy s/inc. Exención de prisión", n° 21.143, rta. el 10/11/03).

²⁵⁷ DIAZ BESONE. Plenario n° 13, acuerdo n° 1/2008, de fecha 30 de octubre del año 2008. Allí se resolvió que "no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del CPPN) sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el artículo 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal".

Si bien esto aparece como una resolución garantista, porque limitó la denegación automática de la excarcelación, lo cierto es que solo favoreció a los imputados de delitos graves, dado que la pena con que se conmina estos delitos no pueden ser de ejecución condicional.

Y si bien debió haber beneficiado a los imputados de delitos leves, y en especial a los de robos y hurtos que son los más encarcelados preventivamente conforme lo tratado en el título "ESTADISTICAS", lo cierto es que de los considerando de este fallo plenario, se aprecia como directiva clara -además aplicada por la mayoría de los Tribunales-, que debe denegarse la excarcelación frente a la acreditación de "riesgo procesal", es decir que el imputado no se presente, y ese riesgo, reiteramos, se sostiene esencialmente basado en el arraigo del imputado, arraigo que por sus condiciones materiales carecen las personas sin recursos económicos.

Como consecuencia de la interpretación deducida de este fallo plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal, obligatorio para los Tribunales inferiores, se encarcela preventivamente, fundamentalmente, a quien carece de domicilio estable, y se beneficia a quien tiene importantes bienes registrales para poner en riesgo, es decir a los imputados que cometen delitos, aunque sean graves, pero con una sólida posición económica, y cuanto mejor sea esa posición, más se debilita una presunción de fuga, aún se trate la imputación, de la comisión de un delito con una amenaza punitiva sumamente elevada (como por ejemplo el resonante caso imputado a CHABAN Omar -conocido como causa Cromañón- en donde se imputaba el homicidio doloso de más de 180 personas, entre otros delitos, y pese a ello se otorgó la excarcelación, comentado en distintos artículos por Solimine -citar-).

²⁵⁸ SOLIMINE, Marcelo A., "La Excarcelación de Chaban, Episodio III. El fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal: una fértil oportunidad para el estudio de instituto.", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, año 2006 n° 4, pags. 661/673; y, Tratado Sobre las causales de Excarcelación y Prisión Preventiva, en el C.P.P.N., Ed Ad-Hoc, Bs. As, 2003.

Se colige del mismo entonces, que las únicas dos causas por las cuales resultaría ajustado a derecho mantener privada a una persona de su libertad en el transcurso de un proceso penal son:

- 1) El entorpecimiento de la investigación.
- 2) La imposibilidad de realizar el derecho de fondo.

Ello, en la medida en que se advierta la existencia de lo que se denomina “riesgo procesal”, criterio incluso impulsado por el CELS en el informe 2002/3²⁵⁹.

Analizaremos a continuación estas circunstancias, pero por sobre todo, los principales elementos tenidos en cuenta a los fines de restringir la libertad de una persona durante el proceso penal.

3.1.-

El entorpecimiento de la investigación:

Este argumento entendemos que resulta un sofisma, una ficción jurídica formada por términos vagos y ambiguos cuyo sentido no puede llegar claramente a desentrañarse.

No se entiende de que forma una persona que pretende entorpecer las investigaciones no podría hacerlo estando detenido. Y siempre vinculado a las clases de delitos por los cuales la persona está privada de su libertad –en cuanto a la modalidad utilizada y su infraestructura, etc.-.

Por ejemplo, tomemos un grupo de personas que se agrupan para realizar sus conductas ilícitas –y que no llegan a conformar la figura de la asociación ilícita tipificada en el art. 210 del Código Penal-, y asumen repartos funcionales de tareas, además de cierto grado de organización, entre otras características –como por ejemplo la organización de la logística necesaria para el delito, tareas de inteligencia previas, etc.-, para poder sostener así que estamos en presencia de delitos de cierta gravedad y/o complejidad probatoria, y no de meros autores de robos simple a modo de arrebatos, hurtos, o estafas oportunistas.

En estos casos nos preguntamos: ¿cuáles son las conductas de entorpecimiento de las investigaciones que puedan evitarse manteniendo a algunos integrantes del grupo detenidos?

No encontramos ninguna respuesta lógica.

Es que entorpecer las investigaciones consiste prácticamente en oponerse deliberadamente a la actividad jurisdiccional del estado, confundirla, distraerla o desviarla.

Y evidentemente ello no lo puede realizar quien no cuenta con una mínima cantidad de recursos materiales y humanos disponibles.

²⁵⁹ Informe anual publicado por ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, pags. 278/9.

Este no sería el caso de las personas marginadas o que se encuentran en la extrema pobreza, con lo cual tal argumento restrictivo de la libertad en forma cautelar no podría racionalmente aplicárseles. Sin embargo, son estos sujetos quienes casi exclusivamente se encuentran detenidos en forma cautelar.

En cuanto a las personas que cuentan con importantes recursos como los mencionados, insistimos, no apreciamos cuáles son las conductas que mediante el encierro no podrían realizar terceros por el imputado. Es decir ignoramos cuál sería la conducta que se le impediría realizar a un sujeto encarcelado a quien se le impute un hecho cometido mediante cierto grado de organización sofisticada, que no pueda realizarlas mediante terceros colaboradores que se encuentren en libertad.

Es por estos motivos que rechazamos esta causal, y la exhibimos como una mera declaración formal sin un verdadero correlato fáctico.

Por otro lado nos preguntamos: ¿Cuál sería el fundamento para mantener a un imputado detenido cuando el sumario pasa a estado de plenario, luego del requerimiento de elevación a juicio y no queden casi medidas investigativas para entorpecer –a excepción de alguna extraordinaria instrucción suplementaria de las contenidas en el art. 357 del Código Procesal Penal de la Nación-?

Finalmente, el argumento que pretende considerar que este entorpecimiento de las investigaciones se produciría en caso de que el imputado se profugue, debe ser también desechado. Por un lado porque la rebeldía del imputado no paraliza el trámite de la instrucción²⁶⁰, lo que permite continuar con la investigación; y por el otro, porque ningún elemento probatorio podría frustrarse en tal caso, ya que la mayoría de la prueba que provenga de la persona del encausado, depende de su aporte voluntario, no pudiendo obtenerse de manera coactiva.

No obstante, en este último caso, cuando no se requiera ese aporte voluntario del imputado, sino de su persona como objeto de prueba y en forma coactiva –ej. extracción compulsiva de sangre o reconocimiento en rueda de personas-, el encierro preventivo debería cesar con la realización de las mentadas medidas.

Asimismo, la doctrina ha ensayado una serie de interpretaciones –sintetizadas en su mayoría, en las obras de Solimine señaladas- para intentar otorgarle cierta racionalidad al encarcelamiento preventivo y limitarlo a los casos estrictamente necesarios.

Estas concepciones que aparecen como fundamentadas en el objetivo de lograr un derecho penal más justo y que asegure garantías a los sujetos sometidos a proceso frente al estado, finalizan por profundizar una selección de los sujetos a los cuales se priva de la libertad, que resultan ser los más marginados y expuestos al sistema represivo estatal, tratándose paradójicamente de quienes cometen los delitos de menor gravedad, tal como fuera demostrado en el Título ESTADÍSTICAS de esta tesis, al cual nos remitimos.

Veamos estas interpretaciones que se presentan como garantistas y cotejémoslas con fundamentales principios y garantías constitucionales, y finalmente, con la forma en que operan en su aplicación, para determinar la pertenencia socioeconómica de quienes son sometidos a un proceso penal encarcelados y así arribar a una conclusión provisoria sobre el capítulo.

²⁶⁰ Art. 290 del Código Procesal Penal de la Nación.

3.2.-

La provisional valoración de las características del hecho imputado (art. 319 del Código Procesal Penal de la Nación):

Además de encontrarse previsto en el Código ritual argentino, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las características de los hechos punibles y las penas que podrían corresponder al acusado, hacen presunción fundada de que es necesario cautelar para que la justicia no sea evadida, tornando la excarcelación improcedente²⁶¹.

Esto evidentemente se asoma como una contradicción al principio de inocencia, ya que se valoran imputaciones y valoraciones provisionales para privar de la libertad a una persona, lo que contradice todo lo que viene sosteniendo esta postura respecto del principio de inocencia.

3.3.-

La posibilidad de que el imputado se fugue:

Se sostiene que el peligro de fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia, debiendo analizarse la procedencia de la excarcelación junto al de razonabilidad de duración de la detención preventiva²⁶².

Esta afirmación ha sido tomada fuera de contexto, ya que resulta claro que la posibilidad de ocultamiento de un imputado no se vincula tanto al tiempo que el mismo permaneció detenido, sino sobre todo a la perspectiva mas o menos factible del resto de tiempo que eventualmente podría continuar encarcelado en caso de una sentencia condenatoria.

En efecto, en caso de una imputación por un delito de homicidio calificado, con una pena mínima prevista de veinticinco años de prisión, poco importa la evaluación del tiempo de detención sufrido hasta el pedido de excarcelación (que no puede ser superior a tres años recordemos), para enervar una presunción o no de fuga vinculada a la posibilidad de que recaiga una condena.

3.4.-

La razonabilidad de la duración de la prisión preventiva:

Este argumento, basado en la consideración de la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de la autoridad competente, como ya lo planteáramos al comienzo del capítulo, reproduce nítidamente lo que concluyéramos en torno a los institutos de la prescripción de la acción penal y la suspensión del proceso a prueba: Esta postura fundamentada básicamente en la idea de promover la protección de los derechos humanos de los imputados²⁶³, y que resulta una definición

²⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución 17/89, conclusión 8° “b”.

²⁶² Informes 12/96 y 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

²⁶³ Confr. Opinión de la C.I.D.H. caso Firmenich.

de las posiciones más progresistas, desarrolladas en las últimas décadas²⁶⁴, finalizan por beneficiar a quienes cometen los delitos mas graves y sobre todo los mas complejos desde el punto de vista de la actividad probatoria, a lo que se aduna que son precisamente los imputados que cuentan con recursos materiales y/o influencias políticas para contratar a los mejores estudios jurídicos, hacer lobbis y demorar deliberadamente la sustanciación de los procesos, de lo que no resulta ajena en oportunidades la falta de “diligencia de la autoridad competente”.

3.5.-

La solidez de la imputación:

Se ha sostenido que a los fines de merituar la posibilidad de fuga de un individuo sometido a proceso, se deben tener en cuenta los elementos de prueba reunidos en su contra.

Lo que se presume –según esta postura- es que si un imputado de un delito tiene reunidos muchos elementos probatorios en su contra, resultaría muy probable que resulte condenado, y de esta manera el peligro de fuga se evidenciaría más factible, o al menos debería valorarse con mayor seriedad la posibilidad de que se presente a cumplir una eventual pena a aplicársele²⁶⁵.

En otras palabras, lo que se pretende con este enfoque es que al momento en que se requiera la excarcelación de un imputado en un proceso penal, se analice la prueba reunida en su contra y se determine la consecuente probabilidad de que resulte condenado.

Desde ya sostenemos que esta postura resulta inaceptable en un sistema penal como el nuestro, ya que viola, además del principio de inocencia, la garantía de imparcialidad del juez de la causa.

Es que de la manera indicada se produciría un prejuizamiento sobre la responsabilidad del incuso en una etapa que no es la adecuada.

Nos preguntamos si ello no podría influir al momento del dictado de la sentencia, en caso de que el mismo Juez o Tribunal decisor le haya denegado mucho tiempo antes la libertad a un imputado por la valoración de prueba reunida en su contra.

Por circunstancias similares se ha recusado y excusado más de un Magistrado, argumentándose la parcialidad del juzgador, que fuera el criterio confirmado finalmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁶⁶.

²⁶⁴ Ver CASTEX Francisco y FERNANDEZ BLANCO Carolina “Los plazos de duración de la prisión preventiva bajo la óptica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, Bs. As., Ad Hoc, cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 3, n° 7, pág. 963.

²⁶⁵ Confr. Alejandro Carrió “Excarcelaciones, presunción de inocencia, peligro de fuga y peligrosidad...”, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Excarcelación, Santa Fé, año 2005.

²⁶⁶ Confr en ese sentido el contenido del fallo “LLERENA Horacio L s/abuso de armas y lesiones arts. 104 y 89 C.P.”, rta. por la C.S.J.N. el 17 de mayo del año 2005, en donde entendió el Alto Tribunal que el Juez del Juzgado Correccional que había dictado el procesamiento había perdido la imparcialidad para dictar el fallo. Allí se plasmó que: “...Puede entonces tomarse como pauta orientadora que el mismo juez -entendido como la misma persona- que llevó adelante la instrucción y elevó a juicio la causa, se encuentra impedido para realizar el juicio y dictar sentencia respecto de ese mismo caso, y por ende debe elevar al superior jerárquico la causa para que por algún medio -como por ejemplo el sorteo- se remita la

3.6.-

El riesgo de comisión de nuevos delitos:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha expresado: "...cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad..."²⁶⁷.

Esta valoración de la posibilidad de encarcelamiento preventivo, resulta también inaplicable en nuestra legislación, al incurrirse mediante este análisis en un claro derecho penal de autor, incompatible con las garantías constitucionales vigentes en el estado argentino.

Es que de esta forma se estaría encarcelando a una persona no por el acto que cometió, sino por la forma de vida que eligió, es decir por su personalidad y por el análisis subjetivo que se haga de su posibilidad futura de cometer nuevos delitos, o "peligro" que supuestamente representa.

Además se vería afectada también la garantía constitucional del "non bis in idem", ya que se estaría encarcelando -sin condena firme- a una persona en función de un hecho anterior por el cual ya cumplió la correspondiente pena.

No obstante que la opinión consultiva hace referencia a delitos graves, se ha ampliado esta interpretación y se generalizó a los posibles reincidentes y reiterantes en general.

Pero finalmente esta postura, sostenida luego de la reforma constitucional del año 1994, y por las corrientes precisamente garantistas y progresistas -al darle jerarquía constitucional al Pacto de San José de Costa Rica y ser receptada por la doctrina y jurisprudencia locales-, culminó por justificar el encierro preventivo de los imputados más expuestos al sistema penal; es decir de los individuos que pertenecen a los grupos sociales de menores recursos materiales e intelectuales. Ello, dado las características de los hechos cometidos e imputados a estos sujetos expuestos, que son generalmente más fáciles de detectar, y de sencilla comisión, como también de rápida resolución judicial -ante la ausencia de una defensa efectiva- y corta pena, lo que los pone en condiciones de imputados "peligrosos" nuevamente²⁶⁸, tornándolos en los únicos individuos reincidentes por la pluralidad de condenas que reciben.

causa a otro juez correccional para su juzgamiento, y en caso de que no lo haga, habrá motivo de recusación para el imputado por temor de parcialidad..."

²⁶⁷ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos n° 2/97.

²⁶⁸ Incurriéndose en un inaceptable derecho penal de autor.

3.7.-

La imposibilidad de realizar el derecho de fondo:

A partir de la reforma del Código Procesal Penal de la Nación, vigente desde el año 1992, se instituyeron causales de denegatoria de la excarcelación, por situaciones contempladas en el artículo 319 –no obstante que ello debe ser conjugado con los arts. 2, 280, 316 y 317 del mismo cuerpo legal, y sobre todo adaptado a los requisitos de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos de igual jerarquía-

Éste establece que:

“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”.

A estos supuestos la doctrina y jurisprudencia les suman otros, entre los que podemos mencionar: las condenas anteriores, las causas paralelas, la violación de la libertad condicional, y fundamentalmente la posibilidad de ubicar al imputado en un domicilio fijo en donde tenga arraigo, y en el cual se acredite vive hace tiempo con su familia, es decir, lo que se suele calificar como “arraigo”, principal causal de encarcelamiento por la construcción denominada “riesgo procesal”.

3.8.-

La posibilidad de que el imputado registre condenas anteriores o su declaración de reincidencia:

El Código Procesal Penal dispone que, para valorar la eventualidad de otorgamiento de la excarcelación, en un proceso penal en trámite, se debe analizar la posibilidad de que el imputado sea declarado reincidente en caso de recaer condena²⁶⁹.

En este punto nos remitimos a lo ya dicho. No se puede analizar la posibilidad de una eventual condena para determinar el encarcelamiento futuro, porque rige al respecto el principio de inocencia.

No obstante, conforme lo demostráramos en el título “ESTADÍSTICAS”, la posibilidad de declaración de reincidencia o el registro de condenas anteriores del imputado, es utilizado como argumento general para denegar la excarcelación en los procesos donde se ventila la comisión de delitos de robo y hurtos.

Pero siguiendo con el análisis, y aún descartando que así se vulnere ese principio de inocencia, si pretendemos hilvanar una hipótesis restrictiva de la libertad basada en la eventualidad de que recaiga una condena en ese proceso, no puede ser limitada solo a la posibilidad de declaración de reincidencia del imputado.

²⁶⁹ Art. 329 del Código Procesal Penal de la Nación: “...Restricciones. Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación...la posibilidad de declaración de reincidencia...”.

Mucho más debe ser utilizada como limitación para las expectativas de penas muy elevadas. Pero se realiza un argumento en forma inversa para conceder la excarcelación cuando existe la imputación de graves delitos económicos. Allí siempre se hace exclusivo hincapié en el principio de inocencia durante la tramitación del proceso penal.

Esta valoración diferenciada que mencionamos resulta violatoria del principio de proporcionalidad entre la lesión que se imputa y la sanción. Hecha por tierra la interpretación “pro homine” asumida en el citado fallo plenario “Diaz Besone” de la Cámara Nacional de Casación Penal, y sostenida expresamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Acosta”, sobre la suspensión del juicio a prueba que ya hemos analizado.

Paradójicamente, a “Diaz Besone” se lo favoreció con la interpretación efectuada, por considerar (en opinión mayoritaria del pleno de la Cámara Nacional de Casación Penal) que la valoración de una expectativa de pena resulta violatoria del principio de inocencia, si con ello se pretende fundar la detención preventiva, no obstante estar imputado de delitos de lesa humanidad, violatorios de los derechos humanos durante la última dictadura militar; es decir, hechos gravísimos.

Pero paradójicamente, mientras se logra posibilitar la liberación en casos de estos delitos graves, con tal interpretación, este mismo criterio “pro homine” no es utilizado para los delitos leves, en los que sólo la reiteración delictiva, la eventual aplicación de una pena de efectivo cumplimiento breve o la posibilidad de declaración de reincidencia, son el único escollo para obtener la libertad durante el proceso penal, conjuntamente con el criterio de “riesgo procesal” basado en la carencia de “arraigo”, al carecer de domicilio estable, lo cual lo analizaremos más adelante.

También, por interpretación doctrinaria, se agrega otra hipótesis restrictiva en casos similares a los tratados anteriormente: Se evalúa la posibilidad de que en caso de recibir una condena, la misma lleve aparejada la revocación de la libertad condicional que se le había concedido al imputado en relación a una condena anterior.

Rechazamos ello porque la posibilidad de violación de la libertad condicional, solo se puede determinar, al igual que la reincidencia, mediante el dictado de una sentencia condenatoria firme, y no debe ser evaluada durante un proceso en trámite - como mera posibilidad-. Es que el instituto de la libertad condicional se debe revocar cuando se determina la comisión de un nuevo delito por parte del imputado, dentro de los términos establecidos por el art. 50 del Código Penal²⁷⁰, pero insistimos, solo es consecuencia de una nueva condena que declare que la conducta atribuida constituye un delito que le debe ser reprochado al sujeto.

Por otro lado, la proclividad hacia la comisión de delitos –causal de denegación del instituto creada por la doctrina²⁷¹- no deriva ni en la imposibilidad del descubrimiento de la verdad, ni de la aplicación de la ley en relación a un hecho

²⁷⁰ “...la pena (anterior) sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.”

²⁷¹ No surge de la letra expresa de los arts. 280 y 319 del Código de Procedimientos en lo Criminal, ni se deriva de la interpretación “contrario sensu” de los arts. 316 y 317 del mismo cuerpo legal.

imputado, es decir no impide la aplicación de una pena y su cumplimiento –si finalmente resulta condenado²⁷².

De otra forma sería justificar la detención de un sujeto por su “peligrosidad” o “para evitar que siga cometiendo delitos”, lo que solo puede lograrse mediante la concepción de un derecho penal de autor, inaceptable en un sistema republicano de gobierno. Además la propia Constitución establece un derecho penal de acto²⁷³.

En consecuencia, en estas hipótesis denegatorias tratadas (reiteración de delitos, posibilidad de declaración de reincidencia, imposibilidad de condena condicional), ninguna puede ser vinculada a las restricciones expresas de la libertad, contenidas en el art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación, e incorporadas a la Constitución Nacional a través de los tratados internacionales de derechos humanos ya citados.

Sin embargo, son las causales exclusivas del encarcelamiento preventivo durante el proceso penal, conforme se desprende de las estadísticas aportadas signadas en el capítulo pertinente al cual remitimos.

3.9.-

La carencia de arraigo:

Este es el principal argumento que se utiliza para fundamentar el encarcelamiento preventivo, sustentado en lo que se denomina “riesgo procesal” por ausencia de arraigo, conforme acreditáramos en el título ESTADÍSTICAS y basado tanto en las estadísticas oficiales, como en el estudio de campo realizado.

Cuando el imputado es una persona marginada, en general no logra tener ni una formación, ni la capacidad como para desarrollar conductas muy complejas, y rara vez suelen ser graves, sino más bien reiterativas, lo que los lleva a recurrir continuamente a delitos de fácil detección, y por ende de simple prueba, recibiendo así una rápida condena tras un ágil y breve procedimiento²⁷⁴.

Esa marginalidad entonces lo lleva a la sencillez de su acción ilegal y su rápida condena, pero también le impide mantener su arraigo ante la ausencia de los más básicos elementos materiales de subsistencia, consecuencia también de la carencia de educación formal.

Por consiguiente, se encuentran destinados a padecer un proceso penal, privados de su libertad, porque en general viven en pensiones, hoteles o lugares usurpados, cuando no en lugares públicos que utilizan provisoriamente.

²⁷² Únicas causales por las cuales una persona puede ser detenida preventivamente conforme lo dispuesto por el art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación y sobre todo por el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁷³ Art. 18 de la Constitución Nacional: “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al **hecho** del proceso...”. Art. 9 de la C.A.D.H: “Nadie puede ser condenado por **acciones u omisiones** que en el momento de cometerse no fueran delictivos...”. Art. 15.1 del P.I.D.C.y P: “Nadie será condenado por **actos u omisiones** que en el momento de cometerse no fueran delictivos...”.

²⁷⁴ Procedimiento breve que en general suele tramitarse en la etapa de instrucción, cuando existe flagrancia, por las reglas del artículo 353 bis del Código Procesal Penal de la Nación, aplicándose el procedimiento previsto en el artículo 431 bis del mismo cuerpo legal para la aplicación de la condena.

El cuestionable argumento de la detención preventiva para delitos leves, basado en que el enjuiciado no se presentará a los llamados del Tribunal –por carecer de domicilio fijo por falta de vivienda-, cuando el delito atribuido reviste una expectativa de penalidad corta, deriva en la incoherencia –que reiteradamente hemos apuntado- de mantener a una persona detenida durante el proceso –en donde rige el principio de inocencia-, y otorgarle la libertad cuando finalmente es condenado –por cumplimiento total o parcial de pena, o por recibir una condena de ejecución condicional- y se quiebra esa presunción de inocencia.

Qué sucede si comparamos estos delitos leves, por ejemplo, con la persona a quien en general suele imputársele la comisión de un delito grave, como ser una millonaria estafa o un hecho cometido mediante una persona jurídica.

A quien se le impute un hecho de tales características, evidentemente va a tener por lo menos un valorable inmueble donde habita –aunque figure otro sujeto como titular-, el asiento de un gran negocio o empresa, y otros elementos que permitan afirmar con los criterios apuntados –aún tratándose la imputación de un homicidio-, que difícilmente frustrará la aplicación de la ley al no presentarse por ejemplo a cumplir una condena luego del proceso, ya que no se resignaría a sacrificar todos estos bienes materiales, o al menos a privarse de ellos.

Este argumento resulta falso y aparece como un sofisma, porque nada impide a una persona condenada sustraerse a sus obligaciones procesales, sin que por ello pierda sus bienes materiales.

Es más, en general estos bienes suelen ser previamente preservados antes del dictado de la sentencia mediante diferentes mecanismos legales que no viene al caso aquí tratar, sino que basta mencionarlo simplemente a título ilustrativo.

Además, utilizando el razonamiento inverso, si una persona tiene cuantiosos bienes materiales, no se resignaría a privarse de ellos durante los años que pueda durar un encarcelamiento en caso de ser condenado a una pena de reclusión o prisión elevada. Máxime cuando la posesión de bienes materiales resulta ser un elemento trascendente para favorecer una fuga a otro país y un mejor ocultamiento.

Evidentemente, y la experiencia así lo demuestra, cuando una persona es condenada a una pena extensa, y luego de agotados los recursos procesales, en general no se presenta voluntariamente en detención. Y ello es lo previsible utilizando hipotéticamente el mismo fundamento que permitió otorgarle la libertad, pero aplicado en sentido inverso: “Se supone que quien tiene numerosos bienes y afectos no estará interesado en privarse de ellos”; pues eso es lo que ocurriría de presentarse espontáneamente a cumplir una pena cuando sea intimado, en caso de una sentencia condenatoria a una pena muy extensa. Imaginemos que puede ocurrir en caso que se condena a una persona a reclusión perpetua; se resignaría en tal caso a estar de por vida en detención y privarse del disfrute de esa libertad y valores mencionados voluntariamente?

Paradójicamente en el caso de que se aplique una pena alta mediante una sentencia, mientras no ha adquirido firmeza no se aplica el razonamiento mayoritario de posibilidad de fuga, sino que se utiliza el criterio inverso que establece que debe disponerse la captura del enjuiciado luego de que la sentencia quede firme y no preventivamente –es decir al finalizar el debate o en el mismo veredicto- por considerar vigente hasta el momento de la firmeza el principio de inocencia,

otorgándose el término de diez días para la interposición de los recursos pertinentes, lo que mantiene un largo lapso la condena sin posibilidad de ejecución.

Vemos así que los mismos principios son analizados y valorados en forma diferente y hasta contradictoria, de acuerdo a la gravedad o características del delito; ergo, de acuerdo a la pertenencia de los imputados a los diferentes estratos sociales.

Pongamos a modo de ejemplo un hecho que repercutió mucho en los medios de comunicación como es el caso del incendio de un local en donde se realizaban recitales, denominado “República Cromañón”.

Los imputados a título de dolo eventual de homicidio simple –entre otros delitos-, y en especial su principal enjuiciado –Omar Chaban-, y sobre quien se vuelca la mayor responsabilidad no solo por el hecho acaecido, sino por su comportamiento luego del mismo, transitó el prolongado proceso parcialmente en libertad, mientras que las cárceles se encuentran abarrotadas de imputados de delitos leves que agotan en detención preventiva la pena que finalmente se le aplica.

Y el fundamento más relevante para el otorgamiento de su libertad, fue precisamente este garantista que esencialmente modifica el criterio de gravedad del delito imputado, por el de la presunción de que no podrá frustrar la aplicación de la ley.

Mas aún, habiendo sido condenado Chabán por sentencia no firme a la pena de 20 años de prisión, accesorias legales y costas, por los delitos de incendio doloso, calificado por haber causado la muerte de 194 personas y lesiones a por lo menos 1.432, y cohecho activo, no se dispuso su detención por considerarse que no frustrará la aplicación de la ley porque se presentará voluntariamente al cumplimiento de la pena cuando sea intimado a ello.

Esto último –la presunción de que no frustrará la aplicación de la ley-, mediante una ficción que se sostiene por determinados elementos que se desprenden de la retórica más que de la corroboración estadística y empírica.

Reiteramos, nada impide que luego de ser condenado el imputado en libertad a una elevada pena de prisión, se abstenga fácilmente de su cumplimiento. Ni siquiera una caución real puede tener más valor que la propia libertad.

Debemos resaltar que la mayoría de los Tribunales de Juicio otorgan al imputado en libertad diez días hábiles, luego de dictado el fallo, para que interpongan recursos de casación y luego extraordinario, tras lo cual recién intimarán a que se constituya en detención, presentación espontánea que casi nunca suele ocurrir, y menos cuando se trata de penas elevadas.

4.-

Conclusión:

Al analizar el instituto de la excarcelación, advertimos una vez más que asistimos al desarrollo de un derecho penal que formalmente evoluciona y se define teóricamente como más igualitario cuando, como otra de las ficciones jurídicas²⁷⁵, en realidad encubre una aplicación más selectiva del encarcelamiento preventivo.

²⁷⁵ “...las ficciones suministraban un arsenal de técnicas para eludir los obstáculos que la realidad levantaba frente a las acciones humanas, proporcionando una auténtica alquimia, una potente herramienta

El análisis efectuado al respecto en el título ESTADÍSTICAS vinculando la cantidad de sujetos prisionizados y su pertenencia social, como así también los delitos imputados a los sujetos preventivamente detenidos, claramente lo demuestran.

No pretendemos desconocer que existe un importante incremento de la población en las últimas décadas, como también un aumento del índice delictivo, pero lo que remarcamos es que aún así, la brecha entre el encarcelamiento preventivo de imputados de delitos leves y graves ha aumentado, siendo las personas a las que se le atribuyen delitos de robos o hurtos sencillos –entre otros delitos leves- las que casi exclusivamente pueblan las cárceles alojados en forma cautelar, tratándose en todos los casos de sujetos pertenecientes a las clases pobres.

No somos partidarios de las explicaciones monocausalistas; por ello, reconociendo que la afirmación efectuada en el párrafo anterior reviste como una de sus causales el aumento de la pobreza y la marginalidad en la sociedad que llevó al aumento del número de delitos, ello no debería necesariamente repercutir en el incremento del encarcelamiento preventivo respecto de delitos menos graves en un sistema penal que se pretende afirmar como más justo e igualitario.

El razonamiento que se deriva como conclusión evidente de este capítulo, de acuerdo con la tendencia doctrinaria y jurisprudencial vigente que hemos resumido, es que la presunción de peligro de fuga, motivo esencial que hoy fundamenta el encarcelamiento preventivo, produce exclusivamente la detención cautelar de las personas pobres que carecen de vivienda fija. Un imputado que posee un importante desarrollo empresarial en el país, y mucho más aún si tiene el asiento de sus negocios, y un arraigo familiar en un lugar determinado que asegure el asentamiento definitivo en un sitio fijo, es quien se favorece por esta interpretación.

De tal manera, se pretende convencer de que quien se encuentre en estas circunstancias no se fugará ante la amenaza de una pena privativa de la libertad, en la que pueda derivar finalmente el proceso penal.

Se colegiría entonces que el individuo que reúna estos requisitos, difícilmente se abstenga de someterse al proceso, o eventualmente al cumplimiento de una pena, dado el perjuicio que le ocasionaría abandonar tal forma de vida arraigada.

Estos razonamientos suelen ser muy comunes observarlos en excarcelaciones concedidas en procesos incoados ante la Justicia Nacional en lo Penal Económico, pese a que la amenaza de pena que se imputa, supere los parámetros temporales acordados por el art. 316 del Código Procesal Penal de la Nación, no obstante de que este convencimiento presumido carece de la menor verificación fáctica y de todo sustento que la mera enunciación de esta pretendida relación de causa-efecto, sostenida como postulado teórico.

Pero lo que advertimos con notoria obviedad como consecuencia de esta explicación (que parece sofista), y consideramos sumamente grave, es que muchos de los enjuiciados por delitos leves, en especial robos y hurtos simples, carecen de lugar estable de asiento de su vida, lo cual –reiteramos- resulta ser el motivo esencial por el cual (unido a la reiteración de hechos delictivos) se produce su prisionización preventiva.

Es decir que la imposibilidad de contar con una propiedad en donde asentarse, o la ausencia de recursos materiales para poner en riesgo (hasta como caución real), es lo que impide su posibilidad de libertad durante la sustanciación del proceso.

En definitiva, aumenta la posibilidad de ser encarcelado cuando el imputado es considerado constitucionalmente inocente, por carecer de los más mínimos recursos materiales a los que el propio estado debe garantizarle el acceso²⁷⁶, como una paradoja más que desnuda la retórica jurídica que en los hechos entra en contradicción con lo declamado formalmente. Encima, en tales casos, cuando se atribuye la comisión de delitos leves, se violenta el principio de proporcionalidad entre acto y sanción.

Esto trae aparejado como consecuencia lo que es apreciado claramente por los jueces de ejecución fundamentalmente²⁷⁷: que el imputado de un delito leve, permanece detenido durante el proceso, con la presunción de inocencia, y en caso de ser finalmente condenado a pena privativa de la libertad, no superior a tres años, al ser declarado culpable, recupera su libertad, o en el mismo momento de la sentencia, o al poco tiempo de ello, con lo cual, no se le brinda la posibilidad de un tratamiento penitenciario –aunque ciertamente cuestionado– ya que el condenado recupera su libertad cuando siquiera fue sometido a un régimen de progresividad²⁷⁸.

66. Art. 14 bis de la Constitución Nacional.

²⁷⁷ Sostenido reiteradamente por el profesor Sergio Delgado, ex titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1, en distintas conferencias brindadas al respecto; en especial en el Seminario Internacional sobre la Reforma procesal Penal, coorganizado por la U.E.J.N. de Argentina y el Sindicato de Funcionarios Judiciales del Paraguay, auspiciado por la C.S.J.N. del Paraguay y la P.G.N. de Argentina, desarrollado en Buenos Aires entre los días 21 y 25 de septiembre del 2009.

²⁷⁸ Establecido en la ley 24660.

CAPÍTULO XIII.

JUICIO ABREVIADO.

1.-

Introducción:

Éste es, quizás uno de los más controvertidos institutos del actual proceso penal nacional.

Fue incorporado al Código Procesal Penal de la Nación en el año 1997²⁷⁹, como artículo 431 bis.

Sintéticamente, podemos explicar que el mismo consiste en el dictado de una sentencia, basada en la prueba acumulada en la etapa de instrucción o instrucción suplementaria, al existir un acuerdo entre el fiscal y el imputado con su defensa, con la conformidad expresa del enjuiciado sobre “la existencia del hecho y la participación de aquel”, acordándose también una pena que es propuesta al Tribunal de juicio, la cual necesariamente debe ser inferior a seis años.

El Tribunal verifica la adecuación de la calificación legal al hecho imputado (y admitido) y en su caso dicta la sentencia que no puede contener una pena superior a la acordada²⁸⁰.

En este procedimiento de sentencia –y en el instituto de la suspensión del proceso a prueba-, se sustenta el funcionamiento del sistema judicial nacional, ya que casi el 80 % de los juicios sustanciados en la justicia ordinaria de la Capital Federal, se resuelven mediante estos institutos.

2.-

Opiniones contrapuestas sobre el instituto:

Mientras el juicio abreviado es ponderado por una parte de la doctrina²⁸¹, el ala más progresista le formula los más acérrimos cuestionamientos, considerándola un instituto extorsivo e inconstitucional²⁸².

²⁷⁹ Por ley 24.825.

²⁸⁰ El Tribunal solo puede rechazar la solicitud de juicio abreviado argumentando la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o su discrepancia fundada con la calificación legal admitida, y en tal caso, deberá remitir el proceso a otro Tribunal para que realice el juicio, sin que la admisión efectuada por el imputado pueda ser tomada como un indicio en su contra (incisos 3 “contrario sensu” y 4 del art. 431 bis).

²⁸¹ Entre otros: CAFFERATA NORES José I., “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”, ed. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pags. 78/82. MAIER J. “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”, en *Derecho Penal*, Rosario, Ed. Juris, 1993 y mismo autor también “Mecanismos de simplificación del procedimiento penal”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Tomo (/a, Bas. As., Ad Hoc., 1998. AGUIRRE Santiago Marino, *El Juicio Penal Abreviado*, ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pags. 135/138.

Los defensores del juicio abreviado lo consideran más beneficioso para el imputado. Ponderan la participación activa del enjuiciado considerándola más democrática y conveniente para sus intereses ante la posibilidad de obtención de una condena más reducida, cuando la prueba resulta abundante y sólida, agilizando el proceso y logrando así un resultado definitivo más rápido y con menor desgaste jurisdiccional, en donde las partes llegan a un acuerdo, garantizándose también un debido control del órgano judicial. Es decir, reasaltan sobre todo, los principios de economía y celeridad procesal.

Esto es considerado una falacia por quienes aplican un criterio mucho más realista de constatación del funcionamiento del instituto en los Tribunales, y observan la aplicación de estos postulados que parecen tan beneficiosos, analizando no sólo lo que el instituto promete, sino también lo que realiza al respecto.

Entre estos últimos, encontramos fundamentalmente a Eugenio Zaffaroni²⁸³ – Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, a Luis Niño –Juez de un Tribunal Oral, a quien citáramos-, entre otros.

Si estudiamos el funcionamiento real del juicio abreviado y su forma de aplicación, no tenemos más que compartir la opinión de estos últimos, ya que se aprecia claramente lo que sostienen:

Que el instituto es un sofisma, ya que en realidad no se produce ningún juicio propiamente dicho, sino que se incorporan todos los elementos probatorios de la instrucción, y sin el debido control derivado de la oralización e inmediatez con la prueba, por lo que consideran que la denominación correcta debería ser condena abreviada²⁸⁴. Señalan que no se conjugan en él, ninguna de las características que

XI CORVALAN, Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, pags. 546/7, Buenos Aires, 1997, citado por D'ALBORA, Francisco J. "Código Procesal Penal de la Nación", T II., Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pag 958.

AGUIRRE Santiago Marino "El Juicio Penal Abreviado", ed Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pags 25. "la ley 24.825 no altera ese ideal que gobierna al proceso, como surge abiertamente de su letra al requerir que la sentencia obtenga sus fundamentos de los elementos probatorios reunidos en la instrucción. Esto es, no se admite ningún tipo de consenso entre las partes respecto de la verdad de lo ocurrido, sino sólo sobre la extensión de la pena a imponer...".

Ver también CANTARO "Compatibilidad del procedimiento abreviado...", JA, 2002-II-1238; BERTOLINO Pedro J., "Para un encuadre del proceso penal abreviado", JA, 1997-IVV782.

²⁸² Confr. Voto del Dr. Luis Fernando Niño en la resolución de fecha 1/2/2010, en la causa n° 3258/3333, del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, seguida a "J.I.M. y J.D.R.M., por el delito de robo simple en grado de tentativa reiterado", que en copia se encuentra glosado en el legajo de documentación. Allí, dicho Juez sostiene: "...quien suscribe hubo de decantarse por la inconstitucionalidad del procedimiento incorporado a la normativa procesal penal en el orden nacional y federal por la ley 24825. Dos son los argumentos centrales de esa postura, invariablemente reiterada...: el del quebrantamiento de la regla preceptiva que impone la celebración de un juicio previo a la imposición de cualquier pena (CN, art. 18), y el de la regla prohibitiva que veda la autoincriminación compulsiva, con igual sede normativa.

²⁸³ Cuya postura al respecto dejó asentada en la conferencia que realizó en ocasión del "Seminario Internacional para Actuarios Judiciales del Paraguay sobre la Reforma Procesal Penal", organizado por la U.E.J.N., declarado de interés nacional por la C.S.J.N. del Paraguay y auspiciado por el Ministerio Público Fiscal de la República Argentina, los días 21 al 25 de septiembre del año 2009, formulando las duras críticas al juicio abreviado, que sintetizamos en este capítulo.

²⁸⁴ Confr. Voto del Dr. Luis Fernando Niño en la SENTENCIA de fecha 30/12/09, dictada en la causa n° 3300, del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, seguida a "RIVEROS J.M., por el delito de robo simple en grado de tentativa", que en copia se encuentra glosada en el legajo de documentación: "...el

conforman “el debate” o “el juicio oral” propiamente dicho²⁸⁵. Es decir que tras el acuerdo presentado por escrito, el Tribunal lo homologa y dentro de los diez días debe dictar una sentencia por escrito basada en la prueba glosada en el expediente²⁸⁶.

Cuestionan también que en muchos casos se utiliza la amenaza de aplicación de una pena alta, condicionando el pedido Fiscal durante el juicio, ya que para convencer al imputado de que acuerde una pena menor a la que hipotéticamente se le pediría en caso de producirse un debate, se le formula una amenaza de pedido punitivo elevado que después, si se realiza un debate, debe sostenerse²⁸⁷.

Que además, muchos Tribunales al concluir un juicio oral, suelen aplicar penas más elevadas que las correspondientes, para convencer a los otros imputados detenidos de la conveniencia de acceder a un exigido acuerdo de juicio abreviado, ya que resultaría más beneficioso para el imputado, porque lograría una pena mucho más reducida que de producirse un debate.

Además, teniendo en cuenta que en la mayoría de los juicios abreviados se aplican penas de prisión no superiores a tres años de prisión, y a personas que se encuentran ya detenidas preventivamente, consideran que se especula también con la ansiedad que tiene el imputado para lograr salir en libertad -con una confesión mediante-, ya sea al momento de la presentación del acuerdo, al dictado de la sentencia, o al poco tiempo de ello, al alcanzar los ocho meses de detención (confr art. 13 del Código Penal).

Y, como lo afirma el Dr. Delgado, ello no favorece a la reinserción social del condenado.

suscrito postuló la declaración de inconstitucionalidad... por entender básicamente: a) que la supresión -y no “abreviación”, como eufemísticamente se proclama- de la etapa de juicio que el nuevo procedimiento importa colisiona frontalmente con la premisa inicial del artículo 18 de la Constitución Nacional”.

²⁸⁵ En efecto, en este brevísimo trámite no se dan las características que señala todo tratado de derecho procesal penal, como inherentes a lo que constituye un “juicio oral”. Concretamente, esas características son: Oralidad, publicidad, continuidad, contradicción, concentración, inmediatez, lo que además lleva inherente menor delegación de la función jurisdiccional; en un juicio abreviado se produce todo lo opuesto a estos postulados.

²⁸⁶ Debemos volver a citar en este caso el hecho ventilado en el sumario n° 50.338/09, en donde en definitiva se condenó a una persona a cumplir varios meses de prisión por haber comido unas porciones de pizza y no tener dinero para pagar, calificándose el mismo como constitutivo del delito de “estafa”. En tal sumario se dictó una sentencia mediante el procedimiento de juicio abreviado, es decir, no fue posible siquiera alegar un estado de necesidad que es uno de los pocos casos en el que al menos ameritaba un planteo semejante, teniendo en cuenta que del estudio socioambiental surgía que el imputado juntaba para la manutención por mes y en forma irregular haciendo changas, la suma de 300 pesos solamente –confr. fs. 131 del legajo documental-. No obstante ello, se optó por una confesión en el marco de un juicio abreviado, ya que de tal forma obtuvo el enjuiciado su libertad con la sentencia (ver copia de la sentencia obrante a fs. 125/130 del legajo documental adjunto), en un plazo más breve que si hubiera optado por un debate; ello en atención a que ante la poca disponibilidad de fechas para efectuar los debates, en casi todos los Tribunales la fijación del juicio lleva varios meses de demora, mientras que en el procedimiento del juicio abreviado, se debe dictar la sentencia en el plazo de diez días hábiles.

²⁸⁷ Coincidimos con el Dr. Niño en el sentido de que no puede negarse que se logra la “conformidad” del imputado, persuadiéndolo de que, de no prestarla, la respuesta penal será más dura (que es la otra manera de exponer la frase del legislador, como la colaboración prestada en el acuerdo puede obtener una reducción de la pena, vertida en O.D. n 561, del 23-X-96, de la H.C.D.,).

Sostiene este Juez de Ejecución que el mayor índice de reincidentes se produce entre los condenados que recuperaron la libertad sin ser pasibles de salidas progresivas, y sin ser sometidos a un tratamiento de progresividad penitenciaria.

Y ello se produce precisamente en los casos de condenas dictadas mediante juicio abreviado, ya que por lo dicho, y conforme se desprende del relevamiento estadístico, la mayoría de los condenados por este instituto –que recordemos solo puede aplicarse a penas menores de seis años de prisión–, lo son a penas privativas de la libertad de tres años o menos, con lo cual, insistimos, recuperan su libertad con la presentación del acuerdo, o inmediatamente después de la condena firme. De esta manera, no son sometidos a tratamiento penitenciario (establecido por la ley 24660) por no estar detenidos como condenados, o si lo están –en los casos excepcionales–, no superan la fase denominada “de confianza”.

Por otro lado se han desvirtuado al máximo las reglas que lo estructuran. En primer lugar porque la mayoría de los Tribunales interpreta que frente al acuerdo de partes, no rigen los límites temporales establecidos para la presentación de la propuesta²⁸⁸, que en la mayoría de los casos se efectúa instantes antes del juicio, y de esta manera tanto partes como Tribunal, se evitan la engorrosa tarea de llevar adelante un agotador juicio oral. Es que, en tales casos, no sólo se cancela ese debate fijado (y se resuelve definitivamente el proceso con el dictado de una sentencia sencilla no recurrible), sino que resulta imposible reprogramar otro para reemplazarlo porque se violaría el plazo fijado por el artículo 359 del Código Procesal Penal de la Nación, y además no existiría posibilidad física de convocar ni a testigos ni a las partes de otro proceso, para ese mismo momento.

Asimismo, es de práctica habitual en algunos Tribunales, que en muchos casos, cuando se consensúa arribar a un juicio abreviado luego del término establecido en el artículo 431 bis del citado código, se acuerda la realización de un debate oral, pero con la confesión del imputado y la aplicación de una pena ya comprometida entre las partes y el mismo Tribunal. Así, se abre el debate y, en la oportunidad prevista por el artículo 378 del código ritual, al concedérsele la palabra al imputado, este confiesa conforme se acordara previamente, y se incorpora toda la prueba por lectura, con el dictado del veredicto comprometido.

De esta forma, se realiza un “encubierto” juicio abreviado, aunque figura en las estadísticas como un debate, lo que dificulta la determinación de la cantidad real de juicios abreviados que dictan.

Por último, otro de los desvíos interpretativos que se efectúa del citado procedimiento, es que si bien el código establece que “Cuando hubiera varios imputados en la causa, el juicio abreviado sólo podrá aplicarse si todos ellos prestan su conformidad”, la jurisprudencia unánime considera que cuando el artículo expresa “todos los imputados”, se refiere a los que se encuentran a derecho en el momento del acuerdo.

²⁸⁸ Confr. TOC Fed n° 4, “trocchia, Ignacio A.” LL del 22/8/97, f. 95.805, con comentario de Palacio. Tal antecedente es citado para suspender las audiencias incluso el día del debate, y dar curso al trámite del juicio abreviado, como a guisa de ejemplo se cita en el auto de fecha 3 de noviembre del año 2009 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 11, dictado en la causa 2935 “Rodríguez, Ricardo A., por robo calif.”, que obra en fotocopia en el anexo de documentación acollorado a la presente tesis.

Con esta interpretación, si son varios imputados y algunos están rebeldes y otros obtuvieron la concesión del instituto de la suspensión del proceso a prueba, pese a que respecto de estas personas el proceso está suspendido, resulta viable la posibilidad del acuerdo de juicio abreviado para el resto que está con el proceso en trámite.

La consecuencia negativa de esta interpretación consiste en que si el proceso se reanuda respecto de los imputados que lo tenían suspendido, y obra una sentencia condenatoria dictada en el marco de un juicio abreviado respecto del mismo hecho por el reconocimiento efectuado por otro de los partícipes en el mismo, tal sentencia reviste al carácter de declaración de verdad judicial de los hechos o plena prueba.

En este caso, dichos imputados rezagados, podrán ser sometidos a un debate, pero condicionados en cuanto a la existencia de los hechos por una declaración de verdad efectuada en una sentencia anterior, derivada de una admisión de esos hechos efectuada por un tercero, en un cuestionado procedimiento, lo que pensamos que vulnera notoriamente del derecho de defensa en juicio y del debido proceso respecto de éstos, condicionándolos al momento de decidir sobre la conveniencia o no de realizar el juicio u optar por otra alternativa posible (vid. suspensión del proceso a prueba o juicio abreviado).

Volviendo al hilo argumental y específicamente al cuestionamiento de este procedimiento de condena, en las condiciones en que se produce un acuerdo de juicio abreviado, una condena aplicada sin un verdadero juicio en donde realmente se ponga en juego el contradictorio, carece de legitimidad en una sociedad como la nuestra, porque vulnera la mínima exigencia de un debido proceso penal, conforme lo exige la Constitución Nacional y tratados internacionales de idéntica jerarquía.

En el juicio abreviado, no existe siquiera, en muchos casos, un acuerdo libremente consentido por el imputado²⁸⁹. Ello también es claramente sostenido por

²⁸⁹ Confr. Voto de Luis Niño en la citada sentencia dictada en la causa 3300: "...toda vez que la aquiescencia del encausado proviene de una negociación, trato o acuerdo con el Fiscal General, es forzoso concluir que, en el mejor de los casos, ha aceptado contribuir al avance del proceso obteniendo a cambio alguna mejora, en cuanto a la pretensión punitiva en su contra se refiere. Lo afirmado emerge, sin margen para la duda, del debate parlamentario en ambas cámaras del Poder Legislativo, a la hora de gestarse la Ley 24.825, y del propio juego de disposiciones de esa malhadada norma. Pues bien: como quedara sobradamente expuesto, la mera obtención de ese consenso mediante promesas, por leves y aparentemente inocuas que aparezcan, colisiona insalvablemente con el mentado artículo 18 CN y con el artículo 14 (3-g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de jerarquía indudablemente constitucional (artículo 75 inc. 22 CN)...Ese individuo, por lógica, no es libre ni plenipotente; está condicionado por la amenaza de sufrir una privación de bienes jurídicos fundamentales. Pesa sobre él, además, la incertidumbre respecto de la cantidad y calidad de tales bienes que puedan serle detraídos, en caso de triunfar la pretensión punitiva. En ese contexto, mal que nos pese, en aras a la economía procesal, el descongestionamiento de los estrados judiciales y otros dioses menores del templo de la eficacia, el titular de la acción pública, esto es, su acusador, se aviene a negociar con él los términos de su rendición, de la entrega sin combate del baluarte garantista del juicio contradictorio...Hablar aquí de libre consenso es inadmisibile. Puede concebirse que, en ciertos casos, el individuo esté en condiciones de renunciar a determinadas garantías que la Constitución o la ley programan en su favor. Pero para que esa renuncia tenga alguna relevancia, no sólo será necesario que se cumplan determinados requisitos, sino que es indispensable que no existan circunstancias exteriores que afecten la libertad de ese individuo (V. dictamen del Procurador General y resolución de la CSJN, en Fallos, T. 308, vol. 2, sep-dic 1986, "HANSEN, C. E y otros, s/ infracción Ley 20.771"). Esas circunstancias, en el caso de un imputado en causa criminal, existen siempre; por cierto que tanto más cuando se encuentra privado de su libertad ambulatoria, en base a una medida cautelar.

Schiffrin, en el mismo sentido que lo hacemos en esta tesis, sobre todo considerando que la mayoría de estas personas, pertenecen a clases marginadas, sin recursos materiales, y asistidas por Defensores Oficiales atestados de trabajo²⁹⁰.

Y si como hemos señalado, observamos las estadísticas de las condenas dictadas mediante este tipo de proceso, notamos que son todas por delitos leves o intermedios, especialmente de hurtos –en los Juzgados Correccionales- y robos simples o sin el agravante de armas-, que son los cometidos por los habitantes pertenecientes a los grupos de personas excluidos del sistema social.

Esta conclusión se refuerza, cuando advertimos, además, que la casi totalidad de las sentencias condenatorias se dictan por este tipo de delitos.

Finalmente, toma relevancia esta conclusión, cuando comprobamos que existen condenas aplicadas a personas que confesaron en el marco del proceso de juicio abreviado, supuestos delitos que luego pudo determinarse que no fueron cometidos por ellos, pero que de tal manera les permitía recuperar la libertad mucho más rápido que lo que le demoraría hacerlo en un debate oral probando su inocencia²⁹¹.

3.-

Conclusión:

Corolario de lo hasta aquí expuesto es que la mayoría de los imputados de delitos pertenecientes a las clases más excluidas del sistema, son quienes resultan condenados mediante este procedimiento breve, extorsivo e inconstitucional, ocultando –en un solo artículo (el citado 431 bis), que debería ser de aplicación excepcional- un sistema netamente inquisitivo, que no respeta elementales exigencias del debido proceso legal, bajo la fachada de un formal procedimiento parcialmente acusatorio, que queda reservado sólo para casos excepcionales.

²⁹⁰ SCHIFFRIN Leopoldo H., “corsi e ricorsi, de las garantías procesales penales en Argentina (a propósito del juicio abreviado y del arrepentido)”, cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año IV, n° 8-A. “...el juicio abreviado representa una revivencia del valor probatorio de la confesión...en la práctica, la renuncia que la contiene, difícilmente sea tan incoacta si se tiene en cuenta el nivel social y educativo de la mayoría de los imputados, cuya asistencia letrada, en la mayor parte de los casos, recae en Defensores Oficiales atestados de trabajo...”.

²⁹¹ Confr. resolución de fecha 25 de septiembre del 2009 dictada en la causa n° 3049 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 11 de Capital Federal, proveniente del Tribunal Oral n° 21, y sentencias del Oral 21 en causas 952/1904 del 22 de marzo del año 2005, y de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación penal, de fecha 3 de septiembre del año 2008, registro n° 10.793, todas respecto del imputado SANABRIA Juan Ramón o Alfredo Miguel, etc., cuyas copias obran en el legajo de documentación adjunto a la tesis, donde se condenó a una persona (Juan Sanabria) por dos hechos, uno de los cuales no podía haberlo cometido porque se demostró que el autor fue su hermano, pero como alegar ello demoraría tiempo de prueba, el imputado optó por admitir la existencia del hecho y su participación, dado que, al ser condenado por ambos sucesos y realizando una composición de la pena, por las reglas del artículo 55 del Código Penal, obtuvo una sanción acordada que le permitió recuperar su libertad el día de firmar el acuerdo del juicio abreviado. Ignoramos si sabía el contenido de la admisión que estaba realizando, pero no caben dudas de que optó por hacerlo por la sencilla razón que mediante tal consentimiento, lograba obtener la excarcelación, sin interesarle realmente si era declarado culpable o no de un delito. Ello, a guisa de ejemplo de cómo funciona el procedimiento analizado, pero que no es algo tan aislado, sino que situaciones así suelen producirse mucho más de lo que se las advierte, lo que es reconocido ciertamente por los abogados defensores que asisten a los imputados como también por estos mismos, pese a que pocos los quieran escuchar.

Todo el “Libro III” del Código Procesal, simplemente aparece como un catálogo de procedimientos que deberían observarse para el dictado de una condena que – aunque atrasado y en forma parcial- cumple medianamente con las elementales exigencias de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional, pero en realidad constituye un instrumento meramente declarativo, ya que en la mayoría de los casos, las condenas se dictan mediante un acuerdo basado en la prueba producida mayoritariamente durante la prevención policial, de la misma manera en que se hacía con el código instaurado en el año 1888, por la ley 2372. Y estas condenas son, precisamente, las que se aplican a los sujetos más expuestos del sistema, conforme señaláramos en el párrafo anterior²⁹².

²⁹² Confr. a guisa de ejemplo las sentencias condenatorias dictadas en los exptes. del registro informático de la C.S.J.N., n° 12.762/09 “MONTIVEROS Maximiliano Emanuel s/ daño calificado.” en donde resultó condenado a la pena de seis meses de prisión de efectivo cumplimiento (revocándosele una suspensión del proceso a prueba) por haber efectuado una pintada en un pequeño lateral de un vagón de un subte (mejorando incluso su deteriorada estética); como así también el n° 20.481/10, caratulado “CAJAL Héctor Gastón s/tent de hurto, etc.”, en donde resultó condenado Cajal a la pena de diez meses de prisión, entre otras conductas, por haber sustraído una gaseosa y un paquete de pastillas de un kiosco de una estación de servicio (pudiendo argumentarse el principio de significancia), hechos que no hubieran pasado un adecuado análisis de tipicidad, en un pertinente juicio contradictorio.

CAPÍTULO XIV. CONCLUSIONES FINALES.

En el año 1992, se llevó a cabo la reforma del Código Procesal Penal de la Nación, mediante la cual, en comparación con el Código anteriormente vigente, se reforzaron en mayor grado los derechos y garantías de los sujetos sometidos a proceso.

Asimismo, en el año 1994, se modificó la Constitución Nacional, plasmándose nuevos derechos y garantías operativos para el sistema penal, al incorporarse fundamentales tratados internacionales de derechos humanos.

A partir de estos hitos pero, sobre todo, de la mencionada reforma constitucional, comenzaron a incorporarse nuevos institutos al sistema penal –como la suspensión del proceso a prueba-, a modificarse otros –como la prescripción-, a realizarse interpretaciones que aparentan ser más garantistas –como la excarcelación-, además de orientaciones direccionadas hacia una interpretación “pro homine” de sus directivas, y una concepción del derecho penal de excepción, de mínima intervención, o de “ultima ratio”.

Sin embargo demostramos que, llamativamente, ha aumentado la población carcelaria, así como que se ha incrementado el porcentaje de personas detenidas en forma cautelar –sin sentencias firmes que alteren su presunción de inocencia-, y no se ha llegado a un derecho penal más igualitario.

Por el contrario, no se ha modificado la prisionización de personas pertenecientes a las clases más excluidas del sistema social, que son las que casi exclusivamente pueblan las cárceles. Además el aumento de la población carcelaria no se compadece con el crecimiento del número de habitantes de la Nación.

Y si se busca ese incremento en motivos vinculados al aumento del índice delictivo, necesariamente nos corrobora la afirmación efectuada sobre la imposibilidad de escindir la ciencia jurídica de la realidad social, demostrando la pertinencia de las apreciaciones volcadas en la Parte Primera de esta tesis (en donde mostramos el incremento de la conflictividad social, su evolución histórica, como así también conceptos que permiten advertir, si bien no las únicas, sí las importantes causas que producen una aplicación selectiva del sistema penal).

En la parte segunda de la presente, hemos descripto exhaustivamente el desarrollo dogmático de una serie de delitos, advirtiendo cómo la doctrina y la jurisprudencia han realizado una interpretación restrictiva sobre aquellos ilícitos cuyos autores suelen pertenecer a los grupos sociales con mayores recursos económicos, favoreciendo su impunidad; en especial en el delito de tentativa de cohecho, y en el de negociaciones incompatibles con la función pública, basado –entre otras cosas- en su pésima redacción.

Asimismo evidenciamos a través de las estadísticas, la excepcional aplicación que se hace de los delitos económicos contra la administración pública (inclusive respecto de los privados que interactúan con los funcionarios del estado).

También analizamos los delitos mayoritariamente sancionados, como los robos y hurtos, apreciando que las mismas doctrina y jurisprudencia mayoritarias, tienden en general a hacer una interpretación que no restringe su aplicación; en especial, al resistir en el análisis de la tipicidad y antijuridicidad, la situación de necesidad de sus autores en relación con el grado de afectación del bien jurídico protegido (es decir no

suele hacerse una comparación entre bienes jurídicos en juego en cada caso concreto: la relación entre necesidad material para la supervivencia del autor del delito en ese momento –que eventualmente se relega solo al análisis de la culpabilidad- vs. grado de afectación del derecho de propiedad –al que se le da mayor relevancia entre derechos de igual jerarquía-).

Algo similar hemos puesto en evidencia en el caso de la utilización de un arma descargada en los robos. Tal conducta se suele agravar equiparándola por “analogía” al delito de robo con arma de utilería, para calificar la conducta, pese a que no está expresamente previsto el término “arma descargada” en la última reforma efectuada al art.166, inc. 2º, último párrafo, del Código Penal, y resultar vedada la utilización de la analogía en tales supuestos.

Hemos resaltado entonces el antagonismo que se advierte en la llamativa forma de interpretar de los delitos menos sancionados (como el cohecho), de los mas sancionados (robos y hurtos), conectando tal antagonismo con la pertenencia de sus imputados a grupos sociales netamente diferenciados.

Mediante las estadísticas obrantes en la primer parte, basadas en los distintos relevamientos oficiales y en el trabajo de campo efectuado, demostramos que los delitos de robos y hurtos son aquellos por los cuales se dictan la mayoría de las condenas en los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal y Juzgados Correccionales del mismo ámbito.

También comprobamos que las personas detenidas en las unidades carcelarias, lo están en su mayoría por la comisión del delito de robo, en su modalidad simple, perteneciendo dichas personas, casi en su totalidad, a las clases más excluidas de la sociedad y con menores recursos económicos.

Y por último, destacamos que la mayoría de los detenidos en forma preventiva, imputados por la comisión de ese delito, recuperan su libertad al ser condenados o al poco tiempo de ello, y por lo general no son sometidos al régimen de progresividad penitenciaria (más allá de los cuestionamientos que puedan hacerse sobre su efectividad).

Finalmente, al culminar la segunda parte, analizamos de la misma forma institutos del derecho penal y procesal penal, demostrando, en primer lugar, que en la suspensión del proceso a prueba, se beneficia a quienes carecen de antecedentes y cometen actos ilícitos de gravedad intermedia, aplicándose a los funcionarios públicos, y a los delitos que tienen prevista penas de inhabilitación, cosa expresamente vedada por la norma que, además profundiza la selectividad del sistema penal, al impedir la aplicación exclusivamente a quienes registran condenas anteriores, lo que favorece la declaración de reincidencia de éstos.

También acreditamos cómo tal proceder se agrava con la cuestionable aplicación que se efectúa del procedimiento de juicio abreviado –el cual analizamos exhaustivamente-, que unido a las características toscas de comisión de la mayoría de los robos y hurtos que se juzgan, y a la sencillez de su acreditación, muchos detectados en flagrancia, derivan en la aceleración de estos procesos y pronta condena, incrementando la posibilidad de reincidencia de sus autores.

Se combina esto con la modificación del régimen de prescripción de la acción penal, que si bien otorgó precisión a la vaga terminología de “secuela de juicio”, y permitió una interpretación homogénea, sin embargo, pudimos demostrar que ello favoreció la impunidad de los delitos más complejos y de mayor gravedad, sin mayor

injerencia en los de robos y hurtos que, por su aumento, concentran las energías del sistema.

Y finalmente la interpretación de la excarcelación que favorece la detención preventiva de los socialmente excluidos, conduce a una mayor concentración de los Tribunales hacia los procesos en que se imputan estos delitos, por la urgencia que genera la sustanciación propia de un expediente con una persona detenida, frente a otro en el que la persona imputada está excarcelada.

En consecuencia, el sistema penal insume la mayoría de su energía sobre los procesos en los que se encuentran personas detenidas que, como ya citáramos, en su mayoría son delitos de robos o hurtos si mayor complejidad, pero que por su considerable número, impiden que el sistema dirija su atención sobre los procesos donde se sustancian delitos más complejos y trascendentes.

Como los expedientes en donde se dirimen hechos complejos, tanto en lo relativo a su comprensión, como a su acreditación, no pueden ser adecuadamente atendidos por los limitados recursos materiales y humanos con que cuentan los Tribunales –pues de hacerlo resentiría el tratamiento del resto de los legajos-, a lo cual se suma la condición social de los ejecutores de tales delitos, como así también a la infraestructura defensiva a la que éstos pueden acceder –tema que ya hemos desarrollado exhaustivamente-, constituyen los procesos en que sus autores resultan más favorecidos por los institutos e interpretaciones garantistas del sistema penal.

La aplicación de estas herramientas garantistas (detalladas en la “parte segunda” de esta tesis) en los procesos donde se ventilan hechos complejos –exceptuados aquellos vinculados a delitos naturales como los homicidios dolosos- resultan indispensables para “presentar” ante los justiciables y la sociedad, una resolución que exhiba algún grado de racionalidad, aunque en realidad se trate, muchas veces, de verdaderos criterios discrecionales y encubiertos de oportunidad procesal, mediante los cuales se seleccionan los expedientes que se van a atender o descartar.

Como conclusión definitiva de esta investigación, creemos haber demostrado claramente cómo las normas legales que constituyen el derecho penal, y la interpretación que de ellas ha efectuado el garantismo jurídico, nos muestran un sistema aparentemente racional para su aplicación equitativa a quienes son sometidos a un proceso; pero no obstante ello, vimos que esa equidad aparece solo dentro de una retórica que de ninguna manera se materializa en su aplicación concreta.

Ha resultado por demás acreditado en esta tesis que, tanto la declaración formal efectuada por las normas legales que conforman esta rama de la ciencia jurídica, cuanto la creación y desarrollo de los institutos que deberían evitar la selectividad del derecho penal, finalizaron por profundizar el direccionamiento del sistema –sobre todo en lo relativo al encarcelamiento- hacia los grupos más marginados de la sociedad.

Así, pudo apreciarse en el desarrollo de la presente, cómo los grupos minoritarios que pertenecen (o pretenden pertenecer) a las clases con mejores recursos económicos –por interpretación y aplicación del derecho penal-, condicionan el encarcelamiento de los pobres que conforman el grupo mayoritario dentro de la sociedad, y que padece el ejercicio de ese poder de prisionización.

También hemos puesto en evidencia el hecho de que, a través de la selectividad en la aplicación del derecho penal, se disciplina y subyuga a esa mayoría que –por esta

causa entre otras- está determinada a aceptar la estructura socioeconómica imperante, y a respetar la distribución económica existente.

Esto, no como un mecanismo decidido deliberadamente mediante maquinaciones perversas, sino a través de prácticas antiquísimas, actualizadas e impuestas a través de un discurso del orden, basado en ficciones y prédicas, producidas y reproducidas aún desde el inconsciente y el imaginario colectivo, que si bien responden a un hoy y ahora, vienen precedidas de una historia que la conforman y sostienen, y que llevan al convencimiento de aceptación de esa realidad, tal como lo sostiene Ricardo Entelman al afirmar que la sociedad se encuentra estructurada como una trama de relaciones tejidas por el poder, que aparecen frente al sujeto como preestablecida y difícilmente modificable, a partir de la cual “...se ordenan grupos y clases, se instituyen dependencias y dominios, se consagran formas de convivencia y de enfrentamiento...”²⁹³.

Como corolario, podemos señalar que consideramos demostrado, desde el punto de vista antropológico, sociológico y jurídico, cómo, por medio de un complejo proceso social, se produce una selectividad del sistema penal, que tiende a concentrar la punición, en mayor medida sobre un grupo social que sobre otro. Y finalmente, que este grupo económicamente más favorecido y menos prisionizado, se apropia de los mecanismos jurídicos más garantistas.

Así, la conclusión necesaria y esencial de esta tesis, es que las mayores garantías individuales, terminan siendo apropiadas, fundamentalmente, por ese mismo grupo social que ya era beneficiario del sistema, y profundiza más el rumbo de la voluntad represiva del estado, hacia los sectores de menores recursos económicos, a quienes no lo favorecen de igual forma los institutos que teóricamente son creados, modificados o interpretados para tales fines.

Si apreciamos como una constante, durante el transcurso de la historia, que las clases sociales de mayores recursos económicos, han influenciado en la propia concepción de las diferentes religiones, podríamos realizar el siguiente razonamiento paralelo: Si se han apropiado hasta de Dios, como es posible que no se apropien también de las tendencias garantistas de los sistemas punitivos?

Tras haber demostrado a lo largo de esta investigación cuál es la aplicación que se realiza de los declamados postulados garantistas, consideramos haber aportado, al menos, un intento de comprensión de tal fenómeno.

Aportes para mejorar el sistema descripto:

Partiendo de la base de este diagnóstico detallado, nos permitiremos ahora ensayar unas soluciones que, correctamente aplicadas, pueden mejorar la realidad descripta:

Antes de esta tesis pensábamos que garantizar el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables, aparecía como una condición fundamental para lograr un servicio de justicia más igualitario. Pero ahora, tras lo hasta aquí determinado, estamos convencidos que eso no alcanza, porque el acceso a la justicia, tal como hoy se lo erige, consiste en que las clases más desplazadas del sistema lleven la resolución de sus

²⁹³ Confr. Ricardo Entelman, ob. cit. “Discurso normativo y organización del poder”, pág. 299.

conflictos a grupos de poder que se apropiaron del sistema jurídico, o sea a sujetos que les resulta difícil comprender sus problemáticas. Por ello, la solución superadora, sólo puede derivarse de asegurar a los ciudadanos ubicados en la periferia del sistema social, el acceso a la palabra y de allí el acceso al discurso jurídico, para lograr una inclusión real.

En tal caso, poder y transmisión de la palabra resultan sinónimos.

Para lograr tal cometido, en consecuencia, resulta necesario la incorporación de algún tipo de mecanismo de intervención de los ciudadanos en las decisiones judiciales, haciendo efectivas las tres cláusulas constitucionales expresas al respecto (arts. 24, 75 inc. 22, y 118).

Y si la referida manda constitucional de establecer el juicio por jurados resulta de difícil implementación, debería intentarse, cuanto menos, una reforma procesal penal con el establecimiento de jurados mixtos; por ejemplo dos jueces legos y uno letrado, o algún tipo de participación popular como la narrada.

Ello permitirá una mayor intervención de la ciudadanía en general, y una forma más democrática de circulación del discurso jurídico.

Frente al temor argumentado que parece surgir cada vez que se menciona una propuesta como ésta (basado en la falta de formación cultural de los habitantes del país), debemos advertir que para la acreditación de los hechos imputados en el sistema penal, rige la regla de la sana crítica o sentido común, conforme lo que se desprende del artículo 398, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, reforzado por el criterio delineado por la C.S.J.N. en el fallo CASAL²⁹⁴.

Es decir, para decidir cualquier juicio, debe recurrirse al sentido común, sobre lo cual no existe preeminencia entre la apreciación que se desprende de cualquier ciudadano y un especialista en derecho, o con formación intelectual.

En consecuencia, mediante alguna alternativa al juicio por jurados, se puede democratizar el discurso jurídico, hoy concentrado en grupos elitistas, logrando alguna participación en el mismo de los sectores más vulnerables del sistema, homogeneizando así, la interpretación y aplicación del derecho, con el aludido discurso.

Después de todo, un individuo sumamente especializado en la administración de justicia, se encuentra expuesto a la contaminación producida por el discurso dominante desarrollado, y no está exento de equivocarse en cualquier decisión, al igual que no lo estaría cualquier individuo que se escoja al azar de la sociedad. La cuestión radica en definir cual de ellos se encuentra más legitimado para asumir ese error –es decir, ¿un experto o un jurado con participación popular tendría más legitimación conforme las previsiones constitucionales?–.

Ya hemos efectuado lo que consideramos el mayor aporte para el mejoramiento del estado de cosas descripto, que resulta aplicable a todo sistema penal, de manera general y tiene como objetivo una alternativa al garantismo jurídico -que aparece como una mera declamación formal-, tendiente a la aplicación real de sus postulados, mediante la inclusión de todas las capas sociales en la decisión jurídica.

²⁹⁴ Confr. fallo “CASAL Matías Eugenio s/ recurso de hecho”, de la C.S.J.N., rto. el 20/9/05: “...se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado...”.

Ahora bien, aportaremos otras respuestas específicas que se vinculan directamente con las causas de la selectividad, que hemos apuntado como de mayor relevancia en la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

Creemos que para los delitos leves, debe existir una alternativa a las penas de prisión, con la finalidad puesta en la resolución real del conflicto, en función de todos los actores afectados por el hecho ilícito, y sobre todo apuntar al intento de resocialización e integración de quien resulta imputado de una conducta transgresora.

La inserción en el sistema de la suspensión del juicio a prueba –único instituto existente con esa orientación en la Justicia Nacional-, hemos comprobado que devino ineficaz al respecto, ya que por un lado no resultó efectiva para resolver los conflictos acaecidos por el hecho –por no resultar vinculante la opinión de la víctima que ya casi ni es tenida en cuenta-, y por otro lado el imputado tampoco logra, mediante este mecanismo, concientizar la problemática en la que esta inmerso, ante el incumplimiento sistemático de las reglas de conducta que en oportunidades aplican los Tribunales, frente a la ausencia efectiva de seguimiento y control de las mismas, y de profesionales adecuados que propendan a ese objetivo.

Por otro lado, tal instituto no se aplica a los imputados de delitos leves que se encuentran encarcelados, o que revisten condenas anteriores al hecho imputado, que son los que conforman el grupo de mayor concentración del sistema penal –a quienes va direccionado-, en su aplicación más cruenta, cual es el castigo corporal en la modalidad de encierro.

Si como demostramos en el ámbito estudiado, el encarcelamiento preventivo de los imputados de estos delitos, es el mayor motivo de la privación de la libertad de los habitantes (con las características apuntadas) favoreciendo su declaración de reincidencia y la reiteración delictiva, debemos concentrarnos directamente en este punto como el más grave de la problemática puesta en evidencia en la presente tesis.

Para resolver la cuestión, y no dejarlo librado a los avatares de las interpretaciones de grupos sociales dominantes, deberá vedarse expresamente –mediante la correspondiente reforma procesal- el encarcelamiento preventivo para los sujetos imputados de delitos leves (haciendo efectivo el principio de inocencia y de proporcionalidad entre lesión al bien jurídico y sanción aplicable, por la característica propia que reviste la detención en los actuales sistemas carcelarios).

En tales procesos entonces, deberán incorporarse y facilitarse tratamientos terapéuticos y de recuperación de adicciones –esto último en caso de tener injerencia en el caso concreto- para los imputados de dichos delitos, condicionando la soltura y suspensión del procedimiento, al sometimiento efectivo a tal alternativa, más que a teorías seudosofistas, como las analizadas en su oportunidad.

Simultáneamente deberá gestionarse la facilitación de relaciones laborales estables –no precarias- lo que redundará en la evitación de nuevas conductas de este tipo, y también aportará para evitar la criminalización innecesaria, mejorando no solo el grado de selectividad actual, sino sobre todo el futuro.

Frente al escaso provecho material que procura quien por ejemplo arrebatara una cartera, bolso, celular, etc., y el riesgo de sufrir un encarcelamiento, creemos que resulta una alternativa factible para esta persona en su elección, el reemplazar tal riesgosa conducta, por un esfuerzo laboral que le otorgue seguros beneficios económicos mayores y continuos, y que por otra parte lo integre a un sistema del que está total o parcialmente excluido.

Asimismo es advertible que en estos casos, la inserción en el campo laboral de un ser humano con cierto grado de marginación en el sistema social, para que pueda concretarse y no se torne una mera expresión de deseo, muchas veces debe ir acompañada de tratamiento terapéutico que permita a estas personas interiorizar nuevas pautas de conducta y asumir un compromiso con su eventual labor, con su entorno familiar, y con su vida en general, para que logre afianzar los nuevos vínculos que se procuran.

Condicionar la consecución de un proceso penal –siempre hablando de la imputación de delitos leves- al empeño que cada justiciable ponga en procurar un cambio de conducta como la señalada, es la única manera en que se superarán los escollos para lograr la adaptación de los individuos excluidos del sistema, a las pautas de convivencia social que propenden las leyes penales.

Pero además, no solo de esta manera se logrará hacer efectiva esa inserción social, sino que ello redundará en la disminución de la reiteración delictiva. Cuanto menos generará una alternativa al momento de la elección del modo de procurarse el sustento material, cuando ello resulte ser el motivo de la comisión de un delito leve.

En cuanto al financiamiento de un programa como el sostenido, creemos que puede ser fácilmente realizado con el ahorro que se devengue, de reducir el número de personas detenidas.

En efecto, el excesivo costo que genera el mantenimiento de una persona detenida, excede a la erogación necesaria para intentar cualquier programa que incluya apoyo terapéutico, seguimiento por parte de asistentes sociales, y salario mensual mínimo para cualquier emprendimiento laboral estable que otorgue aún el mismo Estado, sin contar los propios beneficios económicos que implica cualquier actividad vinculada a la producción de bienes o servicios a la que se destine el justiciable, tanto en el ámbito público como en el privado.

Resulta necesario que, tanto la libertad de un imputado sometido a un proceso penal, como el cumplimiento de una condena privativa de la libertad o su condicionalidad, sea acompañada de algún tipo de contención y tratamiento terapéutico, sobre todo cuando vemos que en el caso de los detenidos cautelares que recuperan su libertad con el dictado de la sentencia condenatoria, no se cumple con el régimen de progresividad penitenciaria –reiteramos, aún pudiendo discutirse, en el actual sistema, su efectividad-.

Estamos convencidos que en esta dirección debemos trabajar, si pretendemos hallar una solución real a los problemas que hemos planteado en la presente investigación, y que no podrán resolverse con declaraciones formales e interpretaciones garantistas, que en ocasiones solo logran paliar la crisis del sistema penal apuntada.-

ADRIÁN JORGE GARCÍA LOIS

Bibliografía

AGUIRRE, Santiago M., *El juicio penal abreviado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

ALTIERI, Domingo L., "Acerca del sistema penal...", *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, n° 81, Buenos Aires, abr. 2008.

BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio R. (dirs.), y TERRAGNI, Marco A. (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte Especial*, t. 6, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

BERISTAIN, Antonio, y NEUMAN, Elías, *Criminología y dignidad humana*, *Diálogos*, 4ª ed., Universidad, Buenos Aires, 2004.

BERTOLINO, Pedro J., "Para un encuadre del proceso penal abreviado", *JA*, 1997.

BISCAY, Martín P., "Corrupción y criminalidad económica. Enfoques y problemas sociológicos para el Estado y democracia", *Revista de Ciencias Sociales "Delito y Sociedad"*, Año XVII, n° 26, Universidad Nacional del Litoral, 2008.

BUSCAGLIA, Edgardo, RATLIF, William, y DAKOLIAS, María, *Judicial Reform in Latin America: A Framework for National Development. Essays in Policy Studies*, Stanford University Press, Stanford, 1995.

— *Judicial Corruption in Developing Countries: Its Causes and Economic Consequences*, Hoover Institution Press, Stanford, 1999.

BUSCAGLIA, Edgardo; COOTER, Robert, y RETLIFF, William, *Law and Economics of Development*, JAI, Nueva Jersey, 1997.

CAFFERATA NORES, José I., "Garantías y sistema constitucional", *RDP*, 2001-1.— *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

CALVETE, Adolfo, *Tratado de la prescripción de la acción penal*, ts. I y II, Ediciones de la República, Buenos Aires, 2008.

CÁNTARO, Alejandro, "Compatibilidad del procedimiento abreviado...", *JA*, 2002-II-1238.

CÁRCOVA, Carlos M., *Las teorías jurídicas post positivistas*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

— *La opacidad del derecho. Derecho, política y magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996.

CARNELLI, Lorenzo, "La tentativa de cohecho", *JA*, t. 55.

CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Temis, Bogotá, 2005.

CARRIÓ, Alejandro, “Excarcelaciones, presunción de inocencia, peligro de fuga y peligrosidad...”, *Revista de Derecho Procesal Penal. Excarcelación*, 2005.

CASTEX, Francisco, y FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina, “Los plazos de duración de la prisión preventiva bajo la óptica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *CDJP*, Año III, nº 7.

CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), *Informe Anual 2008*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2009.

— *Informe Anual 2002/2003*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2003.

COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.

CREUS, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública, Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1981.

D’ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación*, t. II, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

D’ALBORA, Nicolás F. (coord.), “Análisis crítico del Anteproyecto de reforma procesal penal nacional”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, LexisNexis, nº 6, jun. 2008.

DE LUCA, Javier A., “Cohecho y concusión”, nota a fallo, *LL*, 1999-E.

DE SOTO, Hernando, *The Other Path*, Harper, Nueva York, 1985.

DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte Especial*, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2005.
— *Reformas penales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

EAGLETON, Terry, *Ideología*, Paidós, Barcelona, 1997.

ECO, Humberto, *¿Cómo se hace una tesis?*, 8ª reimpr., Gedisa, Barcelona, 2006.

ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Planeta, Barcelona, 1992.

ENTELMAN, Ricardo, “Discurso normativo y organización del poder”, en MARÍ, Enrique E., y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico de derecho del trabajo*, t. I, “La Ley”, Buenos Aires, 1989.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009.

FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Por Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 1996.

— *Microfísica del poder*, Colección de Genealogía del Poder, n° 1, trad. por Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, 3ª ed., Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1992.

— *El orden del discurso*, Colección de Genealogía del Poder, n° 31, trad. por Alberto González Troyano, 1ª ed., Ediciones de La Piqueta, 1996.

GEHLEN, Arnold, *Antropología filosófica, del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo*, Paidós Básica, Buenos Aires, 1993.

GONZÁLEZ, Mercedes, “Nuestra tierra india a 500 años de la conquista”, Colección Pensamiento Científico, Ediciones Letra Buena, Buenos Aires, 1992.

GONZÁLEZ RUS, Juan J., *Manual de derecho penal. Parte Especial*, Edersa, Madrid, 1992.

GRÜN, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

HULSMAN, Louk, “El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas”, en *Criminología crítica y control social 1: el poder punitivo del Estado*, Juris, Rosario, 1993.

IMPALLOMENI, Giovanni, *Tratado de derecho penal*, t. VII, 1985.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal*, t. II, Comares, Granada, 1993.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., 7ª reimpr., Eudeba, Buenos Aires, 2008.

LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, vol. III, Depalma, Buenos Aires, 1981.

LEVENE, Gustavo G., *Nueva historia argentina*, 7ª ed., Sánchez Tertulio, Buenos Aires, 1980.

LEVENE, Ricardo, *Historia de América*, W. M. Jackson, Buenos Aires, 1940.

MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. I, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.

— “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”, *Derecho Penal*, Juris, Rosario, 1993.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho penal italiano*, t. II, Ejea, Buenos Aires, 1952.

MARÍ, Enrique E., “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, en *Papeles de Filosofía*, Biblos, Buenos Aires, 1993.

— *La teoría de las ficciones*, Eudeba, Buenos Aires, 2002.

—; RUIZ, A.; CÁRCOVA, C.; ENTELMAN, R., y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

MARX, Karl, *El Capital*, t. I, vol. I, Siglo Veintiuno, México, 1985.

— *Introducción a la crítica de la economía política* (1857), Carabela, s.d.

—, y ENGELS, Friedrich, *La ideología alemana*, Pueblos Unidos, Montevideo-Buenos Aires, 1973.

MORET, Carlos (h.), *Historia general del desarrollo de las organizaciones de trabajadores*, Talleres Gráficos La Vanguardia, Buenos Aires, 1933.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, t. VII, Lerner, Córdoba, 1993.

— *Delitos contra la propiedad*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951.

OLAZÁBAL, Julio de, *Suspensión del proceso a prueba*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.

QUIROGA, Ana, “Fundamentos de una Psicología Social”, en *Enfoques y perspectivas en psicología social*, Ediciones Cinco, Buenos Aires, 2009.

— y RACEDO, Josefina, *Crítica de la vida cotidiana*, Ediciones Cinco, Buenos Aires, 2007.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *La formación del derecho procesal organizacional*, Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 1998.

ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. por Fco. Muñoz Conde, 2ª ed., 2ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

— *Derecho procesal penal*, trad. por Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002.

SAUCHELLI, Tulio, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. III, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

SCHIFFRIN, Leopoldo H., “*Corsi e ricorsi*, de las garantías procesales penales en Argentina (a propósito del juicio abreviado y del arrepentido)”, *CDJP*, Año IV, nº 8-A.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1992.

SOLIMINE, Marcelo A., *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el CPPN*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

— “La excarcelación de Chabán, Episodio III. El fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal: una fértil oportunidad para el estudio de instituto”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, nº 4, 2006.

SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, trad. por S. Mattoni, Siglo XXI, México, 2007.

TOZZINI, Carlos A., *Los delitos de hurto y robo*, Depalma, Buenos Aires, 1995. URE, Ernesto J., *Temas y casos de derecho penal*, Ideas, Buenos Aires, 1942.

VALEIJE ÁLVAREZ, Irma, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario; el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1995.

VIDAL, Humberto S., "Cohecho", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, Año XXXII, n° 4/5, oct.-dic. 1968.

VILLAR, Pierre, *Iniciación al vocabulario del análisis histórico*, trad. castellana por M. Dolores Folch, Crítica, Barcelona, 1982.

VIRGOLINI, Julio, *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

VOLK, Klaus, "La dogmática clásica de la Parte General: ¿amenazada de extinción?", *Revista del MPF*, n° 18.

ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1999.

— *Tratado de derecho penal. Parte General*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1999.

—; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZARLENGA, Marcelo E., *Justicia o corrupción*, Dunken, Buenos Aires, 2002.

ZOLO, Danilo, *Democracia y complejidad. Un enfoque*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1994.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del derecho argentino*, 1ª ed., 5ª reimpr., Perrot, Buenos Aires, 1992, t. I.

Abreviaturas

Normas

CADH Convención Americana sobre Derechos Humanos
C.N. Constitución Nacional
CNCP Cámara Nacional de Casación Penal
Cód. Civil Código Civil
Cód. Penal Código Penal de la Nación
CPPN Código Procesal Penal de la Nación
PIDCP Pacto Internacional de Derechos
Civiles y Políticos

Fueros

CNCiv. y Com. Fed. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial
Federal
CNCrim. y Correc. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional
CSJN Corte Suprema de Justicia de la Nación
TOC Tribunal Oral en lo Criminal
TOCF Tribunal Oral en lo Criminal Federal

Organizaciones

CELS Centro de Estudios Legales y Sociales
CIPCE Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica
HCD Honorable Cámara de Diputados de la Nación
ONU Organización de las Naciones Unidas
PAT Personal Administrativo Técnico
UEJN Unión de Empleados de la Justicia Nacional

Publicaciones periódicas

B.O. Boletín Oficial de la República Argentina
CDJP Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal
Fallos Colección de Fallos de la CSJN
JA Revista Jurisprudencia Argentina
LL Revista La Ley
SJPLL Suplemento de Jurisprudencia Penal La Ley

Generales

apart./aparts. apartado/s
art./arts. artículo/s
c. causa
c/ contra
CABA Ciudad Autónoma de Buenos Aires
cap./caps. capítulo/s
cfr. confrontar/confróntese
cit. citado
conc./concs. concordante/s

conf. conforme
consid. considerando
dec. decreto
dec. ley decreto ley
dir./dirs. director/es
ed./eds. editor/es
fasc. fascículo
inc./incs. inciso/s
nº/nros. número/s
ob. cit. obra citada
O.D. Orden del Día
p./ps. página/s
p. ej. por ejemplo
parág. parágrafo
párr. párrafo
pto./ptos. punto/s
rto./rta. resuelto/a
s./ss. siguiente/s
sanc. sancionada
prom. parcial promulgación parcial
sent. def. sentencia definitiva
tít. título
t. tomo
trad. traducción
v.gr. verbigracia
vs. versus
vol. volumen