

UNIVERSITAT DE BARCELONA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE MAR DEL PLATA

MAESTRIA INTERNACIONAL

CRIMINOLOGIA Y SOCIOLOGIA JURIDICO PENAL

TEISNA FINAL

**“EL JUICIO ABREVIADO: UN ANALISIS SOCIO JURIDICO DE SU
UTILIZACION EN EL DEPARTAMENTO JUDICIAL MAR DEL
PLATA DURANTE EL AÑO 2012”**

Alumno: ALEJANDRO DANIEL CASTORINA

Tutor: IGNACIO F. TEDESCO

ABRIL de 2014

ABSTRACT

En esta tesina se demuestra empíricamente cómo se ha abandonando prácticamente por completo el juicio oral y público como modo de imponer legítimamente condenas penales, optando en su lugar para dicho cometido por una vía contraria a la que ordena la Constitución Nacional: el juicio abreviado. Esta circunstancia responde sin duda al fuerte impacto que ha tenido en nuestra cultura jurídica el desarrollo y expansión de lógicas como la denominada Actuarialismo Penal, que asumen al sistema de justicia criminal como una empresa en la que lo más importante es la propia producción intrasistémica, desentendiéndose de cualquier objetivo y función social de las que históricamente se le asignaron. Conceptos como “celeridad” y “eficiencia” se alzan en la cima de la pirámide del sistema penal, en desmedro de la Justicia y los Derechos Humanos.

INDICE.-

Abstract.....	pág. 2
Indice.....	pág. 3

PARTE PRIMERA

PRESENTACIÓN

I. Introducción.....	pág. 6
II. Hipótesis de la Tesina.....	pág. 7
III. Objeto y Objetivos.....	pág. 8
IV. Marco Teórico.....	pág. 9
V. Metodología.....	pág. 10
VI. Estructura.....	pág. 11

PARTE SEGUNDA

ASPECTO SOCIO-CRIMINOLÓGICO

I. Actuarialismo.....	pág. 14
II. Populismo Penal.....	pág. 25
III. Derecho Penal del Enemigo.....	pág. 28
IV. Una Mirada Foucaultiana.....	pág. 33

PARTE TERCERA

ASPECTO TEÓRICO-NORMATIVO

- I. Plano Normativo y Justificación Sistémica del Juicio Abreviado.....pág.38**
- II. Un poco de Historia.....pág. 42**
- III. El Juicio Abreviado y su contradicción con la Constitución Nacional.....pág. 52**

PARTE CUARTA

ASPECTO EMPÍRICO

- I. Análisis Cuantitativo.....pág. 71**
- II. El Especial Caso del Proceso de Flagrancia.....pág. 91**

CONCLUSIÓN.....pág. 101

BIBLIOGRAFÍA.....pág. 104

PARTE PRIMERA.

PRESENTACIÓN.

INTRODUCCION

En la presente Tesina Final del Máster Internacional en Criminología y Sociología Jurídico Penal, coorganizado por el “Observatori del Sistema Penal i Les Drets Humans” de la Universitat de Barcelona y la Cátedra de Criminología del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNMDP, he decidido llevar adelante el estudio de la utilización concreta del juicio abreviado en el departamento judicial Mar del Plata durante el año 2012.

En dicho tren se abordarán distintas temáticas referidas al instituto mencionado que nos permitirán comprender mejor su funcionamiento.

Un nuevo sistema de “justicia negociada” parece haberse impuesto definitivamente entre nosotros en los últimos años.

En lo sucesivo se pretende explicar lo nocivo de dicha “modernización” del proceso penal, viendo cómo afecta gravemente dicha modalidad a las garantías establecidas en nuestra Constitución Nacional, que prevé una solución totalmente distinta para que los casos penales sean resueltos legítimamente.

Para comprender mejor esas lesiones constitucionales se hará necesario pasar revista por antecedentes históricos que terminaron imponiendo el sistema acusatorio para el proceso penal. Seguidamente también se analizarán los diferentes achaques de orden constitucional que el instituto objeto de estudio ha recibido, y que torna altamente peligroso su utilización.

Pero previamente a ello se echará mano a la corriente de pensamiento denominada Actuarialismo Penal para entender cabalmente el porqué de la alta penetración en el sistema penal de este tipo de simplificación procesal. Gracias a ello observaremos cómo tanto la legislación como el propio pensamiento penal mutaron sus tradicionales objetivos en lo referente al delito, su prevención y la actuación judicial sobre él. De tal manera, abocándonos primeramente al marco

teórico de esta tesina, entiendo se facilitará al lector la comprensión de lo que hemos querido transmitir con este trabajo.

Finalmente para dar prueba de lo sostenido en la hipótesis que guía este emprendimiento final se mostrará cómo ha sido empleado concretamente el Juicio Abreviado en el Departamento judicial Mar del Plata durante el año 2012. Observaremos que la enorme mayoría de las sentencias penales dictadas en ese período responden a este tipo de acuerdos y no han sido resultado del modo constitucionalmente ideado para ello. Veremos, asimismo, cómo la legislación promueve constantemente este tipo de solución con nortea a dotar de una supuesta eficiencia al sistema penal, que permita descongestionar los tribunales. Ello se termina traduciendo en leyes y resoluciones que vuelcan sobre el imputado las deficiencias que el propio Estado no ha sabido subsanar de modo que la dignidad y los derechos del acusado sean respetados.

HIPOTESIS DE LA TESINA

La hipótesis que guiará este trabajo, y que como corolario pretendo demostrar, es que, actualmente, en el Departamento Judicial Mar del Plata, el juicio oral y público, modo constitucional de decidir el conflicto penal (si bien aún no se ha implementado el juicio por jurados como originariamente manda la Carta Magna y fue establecido por la ley 14.543) está por caer prácticamente en su desuetudo, frente a la enorme cantidad de juicios abreviados que se celebran en su lugar. Se ha postergado el debate oral, la contienda entre partes iguales, por una “justicia de pasillos”, en la que las posiciones de sus participantes dejan de estar en equilibrio, para pasar a inclinarse la balanza de poder en un alto grado a favor de los intereses y pretensiones de la Fiscalía; y todo ello, entiendo, bañado de una gran influencia de la introducción en el sistema penal de leyes propias del

mercado, que sobrestiman conceptos como “gestión” y “eficiencia”, por sobre la Justicia y los Derechos Fundamentales de los individuos.

De esta manera, entiendo, se ha fortalecido el interés del Estado por sancionar conductas humanas (como técnica antiquísima de control social), posibilitando el dictado de muchísimas más condenas que las que podrían producirse si se actuara conforme ordena la Constitución Nacional. El Juicio Abreviado se presenta así como una herramienta más dentro de la batería de elementos al servicio de la represión penal.

Parafraseando a John L. Langbein, entiendo que lo escrito en nuestra Ley Fundamental ha perdido el apoyo y la adhesión tanto del orden social como del político, y tanto del sistema legal como de los operadores judiciales.

OBJETO y OBJETIVOS

El objeto de esta tesina final de Máster, como queda evidenciado desde su título, será una de las formas de simplificación del proceso reguladas en la ley procesal. Me refiero específicamente al Juicio Abreviado.

El objetivo general de este trabajo será analizar su concreta aplicación en el Departamento Judicial Mar del Plata en el año 2012.

Para poder realizar un completo examen desde una perspectiva crítica, y comprender por qué puede interpretarse como peligrosa la gran expansión en el trabajo diario que está viviendo este modo de resolver los conflictos penales, se estudiarán algunos aspectos relativos a su contradicción con el texto constitucional, y se explicarán también cuáles son las bases socio-criminológicas que dan fundamento a la exacerbada utilización del instituto mencionado.

En tren de poder comprender de manera acabada la “*crisis penal*” que significa para un Estado de Derecho que –como se demostrará– la enorme

mayoría de las causas que tramitan por ante la justicia criminal se resuelvan de manera contraria a lo ordenado por la letra de la Constitución Nacional, realizaremos un breve repaso histórico que nos permitirá entender mejor porqué debemos extremar nuestros esfuerzos por evitar volver a prácticas que, bajo el disfraz de “nuevas técnicas”, no resultan otra cosa que modos arcaicos propios de sistemas que han costado mucho a la humanidad “*desterrar*”.

Por otra parte, se buscará también, a partir del análisis de los datos estadísticos arrojados por los órganos jurisdiccionales de este departamento judicial, *establecer* con precisión la cantidad de sentencias dictadas como resultado de juicios orales y la cantidad producto de juicios abreviados, *identificar* los delitos por los cuáles se celebran juicios abreviados, *discriminando* los tipos de bienes jurídicos afectados y la criminalidad que suele encontrar “solución” en esta vía simplificada, *comparar* los montos punitivos aplicados en las condenas que derivan de juicios orales y las que derivan de juicios abreviados, *analizar* en los casos específicos del régimen de flagrancia los plazos dentro de los cuáles se pone fin al proceso echando mano al instituto señalado, *distinguiendo* el tipo de asistencia técnica que hayan tenido los imputados en cada caso.

Entiendo que todo ello permitirá comprobar la idea inicial, esto es, que la justicia negociada está ganando casi la totalidad del terreno que otrora se pretendiera fuera ocupado por la *batalla* procesal entre partes iguales y decidida por un tercero imparcial.

MARCO TEORICO

He decidido llevar adelante esta labor utilizando como marco teórico al denominado Actuarialismo Penal, en base al cual trataré de describir y explicar el fenómeno del gran empleo que tiene en todo el sistema penal, aunque en este caso específico en el Departamento Judicial Mar del Plata, el Juicio Abreviado.

Sin perjuicio de que esta temática será estudiada y analizada con profundidad en la Parte Segunda de esta tesina, corresponde aquí brindar una breve explicación de lo que guiará este trabajo.

Para esta lógica actuarial los objetivos que informan que hablarán del “éxito” del funcionamiento del sistema penal son intrasistémicos, es decir que su propia producción será la medida que servirá para evaluar su funcionamiento.

Con base en ello es que entiendo que el Juicio Abreviado es visto como una herramienta totalmente funcional a dicha racionalidad, en la que los clásicos fines sociales que se pretendían del sistema penal han sido reemplazados por nociones como gestión, eficiencia, manejo, resultados, bajos costos, entre otros propios del mundo empresarial y que hasta hace pocos años eran absolutamente ajenos al mundo penal.

Es que para el actuarialismo el delito es un hecho de inevitable suceso, algo natural, por lo que es preciso poner el esfuerzo en controlarlo eficazmente de modo que sea tolerable socialmente. Esta racionalidad se desprende de cualquier objetivo social de los que tradicionalmente informaban el mundo del Derecho Penal todo.

METODOLOGÍA

Por cuestiones de factibilidad para llevar adelante esta empresa, me ocuparé exclusivamente de las sentencias dictadas durante el año 2012 en el departamento judicial local.

Para acceder a los datos cuantitativos fue necesario realizar una recolección de la información en forma personal, llevada a cabo en todos los órganos jurisdiccionales del fuero penal provincial de la ciudad de Mar del Plata. Dicho emprendimiento fue logrado gracias a la buena predisposición (a veces

mayor, a veces menor) de los Secretarios y Secretarias de dichas dependencias, así como de sus empleados.

Pero al no tratarse de un trabajo exclusivamente empírico, se recurrió al material bibliográfico pertinente para poder entender adecuadamente el objeto de estudio señalado ut supra, así como las razones “teóricas” que sirven para tratar de legitimar su implementación, no sólo aquí sino que también allende las fronteras. Es que en el mundo globalizado en que vivimos, el anhelo por resolverlo todo en el tiempo más breve posible y al menor costo posible, sin miramientos morales de ningún tipo, parece haberse anclado con fuerza, y no parece haber en el horizonte próximo un cambio de rumbo.

ESTRUCTURA

Para una mejor exposición del tema aquí estudiado se ha decidido estructurar la investigación en cuatro partes. La primera será introductoria, las restantes tres abordarán el objeto de estudio desde un aspecto socio-criminológico, desde un aspecto teórico-normativo, y desde un aspecto empírico.

La primera parte estaría constituida por la presentación general del trabajo a emprender, indicando el tema elegido, la introducción al mismo, la hipótesis originaria, la exposición del objeto y los objetivos de la tesina, la metodología aplicada, un breve análisis del marco teórico elegido -el cual será desarrollado con mayor profundidad en la tercera parte del presente-, y la estructura utilizada. Como se puede advertir fácilmente, estas iniciales hojas que aquí culminan constituyen la Parte Primera.

La Parte Segunda se enfoca a desarrollar con amplitud el marco teórico elegido, esto es el *Actuarialismo Penal* así como otras corrientes de pensamiento que guardan estrecha relación con él en ciertos aspectos. Con lo tratado en esta

parte se pretenderá explicar al lector el porqué de tan grande aceptación y difusión del modelo de justicia negociada.

La Parte Tercera se orienta a brindar el conocimiento teórico del objeto de estudio, es decir, del Juicio Abreviado. Pero para comprenderlo en forma global es necesario también pasar breve revista histórica por procedimientos que, dentro del propio espíritu del juicio abreviado parecen estar aún en plena vigencia y pugna.

Así, nos remitiremos a dar un breve pero necesario pantallazo sobre el sistema inquisitivo de persecución penal, y su contracara, el modelo acusatorio. Antes de ello, será preciso dejar sentado el funcionamiento y regulación normativa del instituto bajo análisis, tratando de desentrañar las razones que se esgrimieron para su introducción en nuestro derecho positivo.

Para finalizar la Parte Tercera se desarrollarán los principales ataques de tipo constitucional que ha recibido el Juicio Abreviado y que tornan seriamente cuestionable su implementación.

La Parte Cuarta consistiría en la investigación de campo realizada. En ella se volcarán los datos empíricos recolectados, que permitirán dar cuenta del elevadísimo número de juicios abreviados que se celebraron durante 2012, en desmedro del juicio oral. Se intentará un análisis que permita ver con claridad y con amplitud la concreta utilización departamental de este modo de simplificación procesal.

PARTE SEGUNDA.

ASPECTO SOCIO-CRIMINOLOGICO.

ACTUARIALISMO

Tras el consabido fracaso de las llamadas teorías “re”, juntamente con el desmoronamiento del Estado de Bienestar, aparecieron nuevas y diferentes formas de repensar acerca del sistema penal.

Como anunciara en las primeras páginas de este trabajo, he decidido llevar adelante esta empresa utilizando como marco teórico el denominado “actuarialismo penal”. En los siguientes renglones, entonces, me propongo abordar con la amplitud y extensión que este marco merece –y permite- dicha “racionalidad”, lo que importará a su vez recordar otros conceptos socio-jurídicos que, a criterio de quien escribe, tienen innegable relación con la propuesta actuarial.

La denominada “**Nueva Penología**” trae consigo nuevas formas de concebir el delito, el infractor, y el castigo penal mismo. Las preocupaciones criminológicas no son ya las tradicionales que se enfocaban mayormente al individuo que “desvía” su camino e incurre en ilícitos penales, y su posterior reinserción en la sociedad. Esta nueva concepción se desliga absolutamente del sujeto, de su culpabilidad, de su tratamiento y necesidad de rehabilitación a fin de evitar la reincidencia.

Por el contrario, esta Nueva Penología se concentrará en desarrollar técnicas de identificación, para poder clasificar y manejar grupos que aparecen como peligrosos o de riesgo para la sociedad “bien portada”. Fueron los estadounidenses Malcom FEELEY y Jonathan SIMON¹ los que, advirtiendo el surgimiento de esta nueva penología, comenzaron a hablar del **actuarialismo** en materia penal, que vendría a modificar los postulados establecidos hasta entonces en el sistema punitivo. A partir de su introducción en el derecho penal, se

¹ FEELEY, Malcom y SIMON, Jonathan (1995), “La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones”, en Revista “*Delito y Sociedad*”, año 4, nro. 6/7, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires (traducción de Máximo Sozzo).

empezaría a utilizar en el sistema penal un nuevo discurso basado en el lenguaje de probabilidades y riesgos, que reemplazará las nociones morales o clínicas propias de lo que se comenzó a denominar como *Vieja Penología*.

Este nuevo discurso mostrará a las claras el cambio de rumbo. Ya no habrá referencias a sujetos necesitados de tratamiento o personas de moral cuestionable que son pasibles de ser reformados. La lupa estará puesta entonces en el interior del propio sistema de justicia penal, será una mirada de mayor preocupación intrasistémica, con foco más en los objetivos internos que externos del sistema: condenas impuestas en lugar de individuos resocializados, señala con claridad ZYSMAN².

Cabe señalar a esta altura, antes de continuar con el análisis del actuarialismo penal, que esta nueva concepción tiene lugar en el marco de una atmósfera de un profundo pragmatismo, producto del fracaso –como se dijo al inicio- de las teorías “re”, y el abandono en el intento de buscar legitimar la pena, por los difíciles años ochenta que abrirían las puertas al neoliberalismo económico. Sin ideales por perseguir –en apariencia-, se hallaría, pues, un terreno fértil para el surgimiento de lo que se tildó de “criminología administrativa”, caracterizada especialmente por la revalorización de las prácticas burocráticas cotidianas de todos los empleados y funcionarios de las agencias penales, que mantenían en “orden” un área tan sensible al interés de la sociedad como es el sistema penal. Sin muchas preguntas referentes al porqué actuar de tal o cual forma, al porqué castigar o a quienes castigar, esta criminología cumple con lo que la ley manda. Sin ninguna pretensión de “cambiar el mundo”, sin querer correr el riesgo de ver teorías bien intencionadas caer en el desprestigio por no conseguir las metas propuestas, la burocracia se legitimaría por su propio accionar. Las penas privativas de libertad ya no tendrán una ultrafinalidad más allá del simple

² ZYSMAN QUIRÓS, Diego (2004), “El castigo penal en EE.UU. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente”, en *Mitologías y discursos sobre el castigo: Historias del presente y posibles escenarios.*, Iñaki Rivera Beiras coordinador, Barcelona, Ed. Antrhopos.

encierro que saca de la comunidad, aunque sea por un tiempo limitado, a quienes se dedican a delinquir.

FEELEY y SIMON advierten que es en los Estados Unidos de finales de la década del setenta donde el actuarialismo, mayormente utilizado en el Derecho de la Responsabilidad Extracontractual, se introduce en esa realidad penal. Con ella cambian, como dijimos, los discursos, los objetivos, y las técnicas, encaminadas ahora al manejo de subpoblaciones de riesgo.

Ganará lugar un discurso probabilístico y de riesgo, basado en estadísticas y en cálculos actuariales, que progresivamente desterrará el anterior más ligado al diagnóstico clínico y al juicio retributivo. El discurso se distancia de la lógica rehabilitacionista, no hay ningún tipo de sensibilidad moral ni referencia social en él. Los objetivos ya no serán los antiguos correccionalistas, por el contrario se plantearán objetivos intrasistémicos, direccionados claramente a un mejor aprovechamiento de los recursos con que se cuenta, y en los que la *eficiencia* es el norte que guía al sistema. El *management* del mundo empresarial es trasladado al mundo penal. El objetivo de este actuarialismo es el manejo de grupos previamente identificados y clasificados como peligrosos o riesgosos en base a predicciones y estadísticas, todo ello bajo el menor costo posible. Se vislumbra así sin dificultad que esta nueva penología, de claro corte economicista, no tiene en mente prevenir el delito, ni mucho menos resocializar al infractor. Dicen FEELEY y SIMON que la “*Nueva Penología busca regular niveles de desviación, no intervenir ni responder a individuos desviados o a malformaciones sociales. (...) Se propone agrupar y clasificar, para separar los menos peligrosos de los más peligrosos, y emplear así las estrategias de control racionalmente.*”³

Por eso es que también las nuevas técnicas tratan a los delincuentes como agregados, y no como sujetos que deben ser resocializados. Al actuarialismo no le interesa el sujeto individualmente, no está orientado a buscar las razones que lo han llevado a delinquir, y no pretende provocar en él un cambio de vida que haga

³ FEELEY, Malcom, y SIMON, Jonathan, op. cit. pág. 36

que no regrese a la cárcel; le interesará el individuo, únicamente, en tanto sujeto pasible de ser clasificado en tal o cual grupo de riesgo. No tiene ni como fin, ni como anhelo eliminar el delito. Entiende que es algo de inevitable suceso y que en razón de ello debe dársele por sentado, debe tomárselo como algo normal. Es por tal motivo que su aspiración en ese sentido será solamente volverlo manejable, tolerable socialmente, a través de las técnicas de control que nombrábamos. Ese objetivo sólo será factible si todas las agencias del sistema penal trabajan coordinadamente a fin que las estadísticas arrojen datos fidedignos que permitan una identificación y clasificación que concluirán en una certera predicción sobre la peligrosidad y riesgo de determinados grupos sociales.

La justicia penal actuarial es nebulosa, pero significativa dicen FEELEY y SIMON. Cambia los tradicionales parámetros con que se pensaba el sistema penal. Considera ANITUA que *“la justicia actuarial modifica el cómo se concibe y se habla sobre política criminal, pero no porque es una ideología o pensamiento en el sentido de un conjunto de creencias e ideas que impulsan la acción. Por el contrario, impone prácticas pero no las reduce a una tecnología específica o conjunto de comportamientos guiados por idéntica racionalidad”*, y continúa, *“la justicia penal actuarial es poderosa y significativa, para FEELEY y SIMON, precisamente porque carece de un pensamiento bien articulado y porque no se identifica con una tecnología específica. De esta forma resulta difícilmente combatible, y es esa indefinición la que contribuye a su poder.”*⁴ Es por ello que el mencionado autor estima excesivo calificar de “ideología” a esta mentalidad burocrática, concentrada más en su propia producción que en cualquier fin social, pero entiende que es esa forma de actuar la que guía el ejercicio diario de quienes están al frente de las agencias penales, especialmente, considera quien escribe, dentro del poder judicial, a quienes les viene bien este tipo de práctica que no se complica en realizarse muchas preguntas de tipo filosóficas o criminológicas, sino que les ayuda a continuar con su rutina diaria, pero eso sí, tratando de dar la

⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio (2005) *“Historia de los pensamientos criminológicos”*, Ed. Del Puerto, (2° reimpresión, año 2010), Buenos Aires, pág. 508.

imagen al público de que “algo se está haciendo”, de que las demandas de la sociedad con capacidad de quejarse están siendo atendidas y que se trabaja en su protección.

Pareciera imponerse así el discurso tecnocrático, en el que las herramientas de control deben emplearse racionalmente para abaratar los “costes de producción”. Como señalan FEELEY y SIMON las instituciones medirán su éxito en relación a su propio proceso de producción. Nada más importa.

Y para ello, vaya que resulta importante una herramienta como la que es objeto de estudio en el presente trabajo. Vale decir, el juicio abreviado sin duda alguna contribuye de manera formidable a que la producción de condenas por parte de los tribunales aumente y se mantenga en niveles que den la idea a la sociedad de “cuánto se trabaja”. Sin él seguramente los niveles de producción serían muchísimo menores, y la evaluación de su funcionamiento sería sin dudas desfavorable.

Es menester señalar también, que en el propio juicio abreviado se regulan y negocian riesgos. El riesgo para el acusador de que en un juicio oral el imputado resulte absuelto⁵, el riesgo para el encausado de ser condenado a una pena mayor que la ofrecida en caso de optar por la vía del debate. Cabe recordar, como dijéramos antes, que se trata de una negociación en que las partes negociantes se encuentran en situaciones totalmente desiguales, lo que a criterio de grandes profesores de Derecho Penal y Criminología, torna inconstitucional al instituto.

La noción “riesgo”, entonces, elevada a la categoría de directriz superior de todo el sistema, no deja de estar presente en ninguna instancia del proceso penal. Muestra clara de ello resulta también, el gran número de encarcelados preventivamente: este tipo de privación de libertad está encaminada a “manejar” riesgo, y no a imponer castigo, por tanto cobra un nuevo valor dentro de la lógica

⁵ Suceso que en el juicio abreviado resulta escasísimo, como demostrarán los datos empíricos volcados en la parte siguiente de esta tesina.

de la Nueva Penología. Situación sobre la que profundizaremos más adelante es la función que la propia pena de prisión tiene dentro de este sistema actuarial.

Se ha hecho en las líneas precedentes constante referencia al “**riesgo**”. No puede ser de otra manera, si como dice BECK, nos encontramos en una “*sociedad del riesgo*”. Señala ANITUA, explicando al mencionado sociólogo alemán, que la sociedad actual debe enfrentarse a dos grandes riesgos creados por ella misma, que son consecuencia de su propia identidad y su búsqueda de rentabilidad. Hace referencia a las amenazas de catástrofes ecológicas, y al fuerte debilitamiento del sistema intrasocial propio de las sociedades industriales. Estos riesgos se diseminan por toda la sociedad, atraviesan cualquier posible distinción por raza, género o clase. En la sociedad moderna la producción social de riqueza trae aparejada la producción social de riesgos, por tanto, el problema de esta sociedad es saber cómo pueden evitarse, minimizarse, y repartirse en forma igualitaria los riesgos y peligros que la modernización y los avances tecnológicos ocasionan, sin que ello resulte contrario al desarrollo del proceso de modernización. Pero como apunta ANITUA “*en la actual ‘sociedad del riesgo’ esos riesgos e inseguridades no se reparten de forma igualitaria ni atraviesan las estructuras de clase, como parece sugerir BECK. (...) La historia del reparto de los riesgos muestra que éstos siguen, al igual que las riquezas, el esquema de clases pero al revés: las riquezas se acumulan en un sitio y los riesgos en el sector contrario.*”⁶ La realidad no muestra nada nuevo en el horizonte, las clases históricamente relegadas son las que más expuestas resultan a los peligros y daños, ya sea de tipo ecológico o tecnológico, propios del avance de la modernidad, como de los tradicionales prejuicios que las sitúan en lugares de riesgo para su propia libertad individual. Siempre vuelve a ser una cuestión de clases la conflictividad penal, y a riesgo de sonar pesimista, no hay nada que haga parecer que eso vaya a cambiar, en un futuro cercano al menos.

⁶ ANITUA, op. Cit., pág. 518.

Se dejaba sentado renglones arriba que el encarcelamiento preventivo recobraba vigor en el marco de esta Nueva Penología. Sin perjuicio de ello, se puede afirmar sin hesitación que el mayor y mejor ejemplo de lo que esta cultura tecnócrata y punitiva persigue es la denominada “*pena incapacitadora*”.

La pena incapacitadora tiene un fin por demás simple: reducir la cantidad de delitos, por períodos más o menos prolongados, mediante la imposición de impedimentos físicos. Es decir, neutralizar a los delincuentes mediante el encierro, ni más ni menos. Corresponde aclarar que una técnica de control de tal calibre encuentra resquicio para salir a la luz, y recibir plena acogida, en un marco en el que las expectativas sobre la pena de prisión se encuentran más relajadas ante el continuo fracaso en el cumplimiento de promesas con fines sociales más ambiciosas.

Puede reconocerse un origen de este tipo de castigo, según nos cuenta ZYSMAN, en el pensamiento de BENTHAM, quien definía la incapacitación como “*la prevención de delitos similares por parte del mismo individuo, por la privación del poder de hacer lo mismo*”⁷.

Señala el mencionado profesor que VON LISZT también se había referido a esta temática, al referirse al fin de las penas, con la siguiente clasificación: “1) corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección; 2) intimidación del delincuente que no requiere corrección; 3) inocuización del delincuente que carece de capacidad de corrección”.

La “incapacitación general” llevó a los Estados Unidos de fines del siglo XX a una elevadísima tasa de encarcelamiento como jamás antes se había verificado. Consecuencia inevitable de este encarcelamiento incapacitador fue la suprepoblación de los establecimientos penitenciarios, lo que lo convertía en antieconómico a este sistema.

⁷ ZYSMAN QUIRÓS, op. Cit. Pág. 268.

En razón de ello, buscándosele una “vuelta de tuerca” a dicho método que en un origen había seducido a políticos y operadores, es que nació la teoría de la “*Incapacitación Selectiva*”.

En base a cálculos probabilísticos, estadísticas y predicciones la Incapacitación Selectiva propone que la extensión de la sentencia no dependa de la gravedad del delito o del análisis del carácter del delincuente, si no de la gestión del riesgo. Es decir, que en base a perfiles de riesgo se imponga una pena que segregue el mayor tiempo posible a los individuos que han sido calificados como delincuentes peligrosos. La teoría incapacitadora permitiría así reducir los efectos del delito en la sociedad, pero no a través de la resocialización, sino a través del reacomodamiento de la distribución de los ofensores en la sociedad, explican FEELEY y SIMON. Y agregan que “*si la prisión no puede cumplir con ninguna otra función, puede al menos, segregar a los delincuentes por un tiempo y por lo tanto, retardar el reinicio de sus actividades criminales*”⁸.

Debe reconocerse como padre de esta propuesta a Peter GREENWOOD, quien a principios de la década del ochenta presentó esta estrategia de castigo, en un trabajo titulado “Incapacitación Selectiva”. En él explica que mediante la incapacitación selectiva los índices de delitos podrían reducirse significativamente, sin que ello importe un aumento en el número de personas presas. Es decir, prometía seguridad y eficiencia a un bajo costo. El nombrado GREENWOOD había llevado adelante un trabajo de campo durante siete años que le permitió desarrollar un sistema clasificatorio que pretendía identificar ex-ante la condena a los delincuentes más peligrosos y reincidentes. Era presentada como una *política administrativa*, no como una teoría de castigo, lo que garantizaba obtener un más fácil y rápido apoyo por parte de la sociedad, sumado a que venía a solucionar el problema de la superpoblación penitenciaria que tanto costo fiscal significaba.

La teoría de la incapacitación selectiva tenía como base un modelo de predicciones. Para ello GREENWOOD diseñó un sistema en el que se estipulaban

⁸ FEELEY y SIMON, op. Cit. Pág 42.

siete variables que, según pudo recoger de las entrevistas que mantuvo con internos de prisiones de Michigan, Texas y California, se repetían entre los delincuentes de mayor calibre. Ellas eran tener una o más condenas previas por el mismo delito que la condena actual; haber pasado más de la mitad de los últimos dos años encarcelado; haber sido condenado una o más veces antes de cumplir 16 años; haber cumplido una condena en una institución juvenil del Estado; haber frecuentado el uso de heroína o barbitúricos durante los dos años anteriores; haber frecuentado el uso de heroína o barbitúricos como joven; y haber sido desempleado durante más de la mitad de los dos años anteriores. Su propuesta, entonces, consistiría en que quien tuviera cuatro o más de dichas variables debía ser incapacitado, al ser clasificado como un infractor de alto riesgo. Debía ser a ellos a quienes se apliquen las sanciones que los neutralicen por el mayor tiempo posible. De esta manera se pondría a salvo a la sociedad de mayor manera, ya que los delincuentes más peligrosos estarían inocuizados por mayor tiempo, en tanto que los menos peligrosos podrían acceder a otras medidas alternativas, como el monitoreo electrónico, por ejemplo, o detenciones por períodos cortos.

De lo comentado se puede apreciar fácilmente que este modelo actuarial basado en cálculos probabilísticos trae consigo una forma de concebir al castigo penal bien diferente de los anteriores. No se piensa en las necesidades particulares del individuo o la sociedad, lo que aquí importa es agrupar y manejar grupos peligroso en función del riesgo que representan. Privar de libertad de acuerdo al grado de peligrosidad que evidencie el delincuente. La prisión se transforma en receptora de gente peligrosa únicamente, y no tiene a su cargo ninguna tarea de rehabilitación, si no tan sólo una función *managerial* respecto a los infractores más peligrosos. La pena se impone no con miras a un efecto a largo plazo sobre el infractor, sino que se pretende únicamente impedir al delincuente volver de manera inmediata a su actividad ilícita.

Es por ello también, que bajo este prisma, cobra un cariz diferente la reincidencia. Lo que históricamente había sido valorado negativamente, en este caso, la reincidencia, cuya evitación fuera una de las más importantes metas de la

vieja penología, orientada al tratamiento del individuo para su reinserción social, hoy aparece como prueba del éxito del sistema. Siendo actualmente el manejo y control de delincuentes peligrosos al menor costo posible la finalidad de la sanción penal, la reincidencia se erige como evidencia de la efectividad del control. Deja en claro la necesidad de ejercer un férreo control sobre los delincuentes.

Dicen FEELEY y SIMON que la *“importancia que la reincidencia tuvo alguna vez para evaluar la performance del sistema penal ha sido asumida en la actualidad por mediciones del funcionamiento interno del sistema.”*⁹ La noción social rehabilitadora ha quedado enterrada, no se persigue ninguna proeza, sólo manejar eficientemente lo dado.

Dichos autores señalan por otra parte, que esta Nueva Penología sirve como respuesta a un nuevo enfoque sobre la pobreza, y hacen mención al término *“underclass”*, utilizado en los Estados Unidos para referirse a aquél sector de la sociedad que se encuentra permanentemente relegado de la movilidad social y la integración económica. Existe un sector de la sociedad que es considerable empleable, aunque ocasionalmente no lo esté, pero los integrantes de esta *“underclass”* constituyen un segmento patológico de la comunidad, que no tiene salida ni solución, que permanecerá eternamente en ese rol de desechables que el resto de la población le asigna. De tal forma se vuelve un sector altamente riesgoso, no sólo por lo que pueda hacer algún elemento individual, sino por el potencial colectivo de conductas antisociales. Para ello viene a cumplir su función el actuarialismo, que se encargará de manejar a ese grupo peligroso en resguardo del resto de la comunidad. Se genera claramente así la figura de un “otro”, de alguien que, debido a todos defectos sociales que padece, no merece recibir el mismo trato que todos. Serán estos *desclasados* los que recibirán toda la fuerza del ius puniendi estatal, y de este modo se perfecciona y agudiza la selectividad del sistema penal; cada vez más grande será la similitud del ambiente carcelario y los barrios pobres y marginales, en cuanto a su composición subjetiva. Dice

⁹ FEELEY y SIMON, op. Cit. Pág. 40.

ANITUA que “*presos, pobres, y demás componentes del círculo ‘vicioso’ ayudan a crear una clase de ‘no personas’*. En esa construcción se reaviva el sentimiento racista, como es visible en Estados Unidos y América Latina en el que complejo ‘preso/pobre’ está compuesto además por el estigma del color de piel...”¹⁰

Como podemos ver esta Nueva Penología se lleva a la perfección con el modelo del neoliberalismo económico, que busca la desregulación de los mercados y la minimización del papel del Estado, el que sólo aparece en su rol de represor de las clases oprimidas para servir al mantenimiento de las clases que supieron acomodarse al sistema. Se abandonan todos los principios sociales que informaban el Derecho Penal, y se importan las técnicas del mundo empresario de manejo de agregados al menor costo posible; la mira no estará más puesta en el individuo que delinque para su rehabilitación, ni se aplicará ningún otro método en beneficio de la comunidad; por el contrario, ante algo que es inevitable como el delito, contra lo cual no conviene ya luchar porque no resulta redituable, lo único que queda es manejarlo eficientemente, las luces enfocarán en el interior del sistema, su propia producción será la medida para evaluar su éxito.

Ante tal escenario, entiendo que el papel del juicio abreviado es elevado al altar del sistema penal: es gracias a él que se podrá obtener el mayor número de condenas al menor tiempo y costo posible; la ecuación es “*perfecta*”. Y encima se legitimará su existencia y aplicación echándose mano a la “*autonomía de la voluntad*” de las partes, en tanto será la “libre elección” del acusado subirse al vagón de esta vía simplificada de terminación del proceso. De esta forma se logrará, con una escasa utilización de recursos y “sin vulnerarse ninguna garantía del imputado”, una sentencia que pondrá las cosas en su lugar en un adecuado término. Se dará respuesta así al reclamo de la sociedad relativo a que se evite la prescripción de las causas penales por el paso del tiempo, y al mismo tiempo se cumplirá con el juzgamiento en un plazo razonable.

¹⁰ ANITUA, op. Cit. Pág. 521

La lógica actuarial ha llegado y no parece querer irse. Y se reafirma y se consolida ello cuando vemos la implementación de sistemas como el de Flagrancia en la Provincia de Buenos Aires¹¹, que acelera al máximo los tiempos procesales, suprimiendo instancias y discusiones, para, supuestamente, dar mejor servicio de justicia en los casos de escasa y mediana complejidad. Lo que en realidad hace es criminalizar con mayor facilidad a los integrantes de las clases sociales más desfavorecidas, en tanto se perseguirá así con “mayor legitimidad” a los delitos de menor importancia, en muchos casos bagatelas, cometidos por jóvenes pobres. Pero sobre este particular sistema volveremos más adelante, cuando analizaremos los resultados de esta producción en serie de sentencias, en la parte final de esta tesina.

POPULISMO PENAL

Como anunciamos en las primeras palabras de esta Segunda Parte, al hablar y desarrollar lo que se ha dado en llamar *Actuarialismo* sería inevitable observar su ligazón con otras “*corrientes criminológicas*”, ya sea por compartir los sustentos teóricos, ya sea por una similitud en las prácticas que llevan a cabo. Lo cierto, y lo importante en este acápite, es que cuando describíamos esa Nueva Penología se podía advertir un cercano sobrevuelo de lo que ha sido denominado como “*Populismo Punitivo*”.

Si bien retóricamente pueden aparecer claramente diferenciados¹², en los hechos podemos advertir ciertas afinidades. Ambas “filosofías” puede decirse que

¹¹ Ley 13.811, publicada en el B. O. el 7/4/08.

¹² El actuarialismo presenta un discurso más técnico, basado en estadísticas y probabilidades, desprovisto de cualquier sentimiento social. Por su parte el populismo penal se caracteriza por un tono emocional, cargado de miedo y revanchismo, motivo por el cual los técnicos y estudiosos

nacen como una forma de respuesta a las críticas que por todos los flancos se le formulaba al sistema correccionalista, a caballo del reposicionamiento en el mundo de las teorías (neo)liberales y la despedida del Estado de Bienestar. Críticas que se dirigían especialmente a que el modelo rehabilitador dedicaba más esfuerzo en ayudar al delincuente a recuperarse de su mal camino, en lugar de concentrarse en imponer un férreo castigo. De este modo el infractor resultaba beneficiado, y ello causaba humillación en el sentimiento de la víctima, que lentamente alzaría su reclamo y lograría hacerse escuchar por una clase política alerta a las oportunidades de ganar caudal electoral.

Esa es una de las distintivas características que se observan en el populismo punitivo: una clase dirigente ávida de electores hace suyas las demandas sociales de seguridad¹³, capitaliza políticamente el miedo de la población (muchas veces avivado desde los grandes medios de comunicación), recurriéndose, de ser necesario, a mitos o fantasías, que desembocarán en el dictado de leyes fuertemente represivas y de alto contenido simbólico. De este modo el “sentido común” ganará terreno en las decisiones políticas, desplazando a los intelectuales encargados de pensar la “cuestión criminal”, quienes son vistos con desconfianza por la sociedad civil. Estas legislaciones tienen dos destinatarios bien diferentes, en tanto el contenido simbólico y la idea de que “algo se está haciendo” irá dirigido a los sectores reclamantes, el incremento de las penas, la reducción de garantías, o la creación de nuevos tipos penales, está dirigido a ese grupo peligroso, o de riesgo, que se dedica a vivir del delito. Estas leyes, que son parte vital de las políticas de “mano dura”, de “orden”, aparte de servir para retener y aumentar poder político, son funcionales –y no les preocupa serlo- al autoritario Derecho Penal del Enemigo, en tanto coadyuvan a la estigmatización y consolidación de la creencia en un “otro” peligroso.

pierden su papel central dentro de la política criminal pasando a ser ocupado este por los reclamos sociales de seguridad y castigo.

¹³ ANITUA sostiene que esta es una falsa identificación, que responde al viejo esquema punitivo que se limita a ofrecer la posibilidad de ser verdugo al anterior victimizado, ante la imposibilidad concreta de reparar el daño ya ocasionado. Op. Cit. Pág 510.

En esa desdichada manera de legislar, en la que el debate político es sólo una anécdota, la creación de esos delincuentes peligrosos se sostiene por fines político-electorales. Dice GUTIERREZ respecto de esa criminología del “otro” que *“su interés es el refuerzo simbólico de la soberanía. Construye un delincuente intrínsecamente malvado y perverso, frente al cual la única reacción posible es defenderse con la mayor dureza posible.”*¹⁴ La respuesta, entonces, será la mencionada *incapacitación*.

Es que tanto el actuarialismo como el populismo penal son producto de la cultura de la inseguridad, de la cultura del miedo y del control, a las que refuerzan con sus propuestas y prácticas, asegura GUTIERREZ.

Recordemos que FEELEY y SIMON señalan que es con el actuarialismo que se reutiliza el término “*underclass*”, ese colectivo marginal y peligroso que provoca miedo en la sociedad, el cual encaja perfectamente con el etiquetamiento de ese “otro” del que hay que cuidarse.

El nombrado GUTIERREZ afirma que *“ha sido la emergencia del actuarialismo la que ha permitido a la lógica punitiva más conservadora expandirse, transformando al sistema penal en un sistema de control de riesgos expansivo y peligroso.”*¹⁵

Considero que el Juicio Abreviado, en tanto permite y facilita el dictado de un grandísimo número de condenas, sirve también para dar la imagen de que “algo se está haciendo”. Entiendo también, que es dentro del marco del populismo punitivo donde pueden nacer y desarrollarse leyes como las que instauran el sistema de flagrancia, que intentan transmitir a la ciudadanía la idea de eficiencia asociada al sistema penal. Ante la cultura del miedo y de la inseguridad en que vivimos, este tipo de políticas efectistas encuentran su territorio más fértil; de la

¹⁴ GUTIERREZ, Mariano H, (2008) “*Punitivismo y Actuarialismo en la Argentina*”, pág. 3 en www.pensamientopenal.com.ar

¹⁵ GUTIERREZ, op. Cit, pág. 4

retroalimentación *temor-populismo* surgen estas legislaciones endebles con fines meramente represivos.

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Claros rasgos de lo que se ha dado en llamar Derecho Penal del Enemigo se advierten en el detenido estudio del sistema actuarial. Dicen FEELEY y SIMON que es con esta corriente que resurge la concepción de *underclass*, que resulta de claro tinte peligrosista y estigmatizante hacia la clase social que, mediante su correcto manejo, “permite” transmitir –o al menos intenta- sensación de seguridad en la población “*decente*”.

Pero esta construcción de un “otro peligroso” no es nueva en el orden penal, ni mucho menos es patrimonio exclusivo de la Nueva Penología.

La figura del *enemigo* ha sido utilizada reiteradamente en la historia del poder punitivo, surgiendo casi con naturalidad, sin necesidad para su aplicación de una hipótesis o teoría científica que sustente su existencia. Es decir, tratar de modo *diferente* a quien se considera *diferente*, (o sea, no igual) no provocó –en sus inicios- ni muchos, ni fuertes cuestionamientos; por el contrario, fueron cuestionados quienes pretendieron poner límites al autoritarismo y a la violencia que importa dicha discriminación.

Como bien señala el Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni “*la esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona y sólo lo considera bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de*

*considerárselos personas, y ésta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del hostis en el derecho con el principio del estado de derecho.*¹⁶

Se deja de tratar a la persona como tal y se la trata como un ente peligroso, un foco dañino latente, capaz de producir dolor al tejido de la sociedad en cualquier momento. Por ello, es preciso neutralizarlo o, incluso, eliminarlo llegado el caso, lo que ya nos avisa que en tal empresa pocos serán los decoros que se cuidarán.

Es puramente por estos prejuicios que quien es considerado *enemigo* es privado de sus derechos, despojado de sus garantías, y tratado como una cosa, la despersonificación en todo su esplendor que abre la puerta de entrada al autoritarismo, enterrando sin más todos los principios liberales.

Haciendo un recorrido por la historia se advierte sin dificultad que el poder punitivo siempre buscó un *diferente* sobre el cual descargar toda su crueldad. Pero también servía –y sirve- para atender situaciones de demanda o, calmar clamores populares, en una clara actuación demagoga de la que el enemigo (chivo expiatorio) era la víctima, al cubrir todos los requisitos para ser presentado como el referente del Mal, bajo la estructura de la emergencia¹⁷.

En un primer momento quien ocupó el sillón del *enemigo* fue Satán, mediante la “ayuda” de un especial tipo de mujeres: las brujas. Nos recuerda Zaffaroni que *“si bien el enemigo formal era Satán, este no podía hacer el mal sin la complicidad de los humanos y, entre estos, los de menores dotes intelectuales y morales, o sea, quienes por razones biológicas y genéticas –por proceder de una costilla curva del hombre- eran naturalmente inferiores, o sea, las mujeres.”*

Al compás de la evolución del pensamiento y de la ciencia que con el tiempo enterraría el inmisericordioso procedimiento que se llevaba adelante contra

¹⁶ Zaffaroni, E. R., (2006) “El Enemigo en el Derecho Penal”, Ediar, Buenos Aires.

¹⁷ Tema sobre el cual profundizaremos más adelante.

quien fuera señalada como bruja, la propia estructura del poder punitivo se vería en la necesidad de encontrar o, más bien, de crear, nuevas rutas de escape, vale decir, nuevos destinatarios de sus derroches de sufrimiento y nuevas justificaciones de él.

El positivismo criminológico había descubierto un nuevo candidato para el “trono” de Enemigo, y hasta ahí fue conducido con toda locuacidad. Ya no nos enfrentaríamos a las mujeres, la corriente basada en cuestiones teocráticas había calmado su curso. Ahora sería el turno de quienes por cuestiones naturales eran simplemente inferiores, con todo el peligro que ello acarrea, claro está. La pertenencia a una raza inferior (la que se detectaba por evidentes rasgos físicos) tornaba necesario tomar medidas, que ya no provenían del derecho penal sino del derecho administrativo, a través de las medidas policiales. El extraño ya no sería pasible de una pena, porque su inferioridad intelectual lo marginaba de las normas establecidas para la vida común y al no poder motivar su actuación en ellas, no cometería propiamente *delitos*. La manera, entonces, de -directamente- eliminarlo serían las medidas de seguridad. Por medio de ellas se atacarían los peligros que estos seres inferiores, *degenerados*, traían consigo para el resto de la sociedad.

Lo que nos puede quedar claro sin ningún tipo de dificultad es que el poder castigador siempre ha buscado determinados *personajes* que sirvan como excusa para poder descargar sobre ellos toda su ira. Puede apurarse uno y decir que en cierto punto pareciera una cuestión de moda, en el sentido que cada determinado tiempo cambia el perfil de quien se encuentra en la picota del escenario público. Como en un momento han sabido ocupar dicho sitio estelar las *brujas*, los *degenerados*, también han tenido la “fortuna” de ser coronados como Enemigos Públicos número uno, en diferentes etapas, los narcotraficantes, los comunistas, los subversivos, los delincuentes juveniles, los *terroristas* islámicos, los inmigrantes ilegales, entre otros. Todos ellos regados de ciertas características fundamentales que los diferenciaban de los delincuentes comunes y los elevaban a la categoría de enemigo, nos referimos a la aptitud para poner en peligro inminente al conjunto de la sociedad, y para ello es *necesario* tomar medidas

directas que salvaguarden el interés general de quienes pagan “religiosamente” sus impuestos, vale decir, de los “buenos ciudadanos”, y en dicho tren pocos son los límites morales que se observarán y muchísimas serán las garantías constitucionales y los derechos humanos que se irrespetarán.

En los últimos años, hemos asistido a una especie de resurrección, por así decirlo, de esta temática.

Esta puesta nuevamente en la escena de la dogmática penal y criminológica es fruto y responsabilidad del pensamiento de Günter Jakobs, cuya reseña –breve al menos- es obligatoria cada vez que se intente hablar con seriedad sobre tal tema.

Este prestigioso penalista propuso una diferenciación entre un derecho penal para *ciudadanos* (personas) y un derecho penal para *enemigos* (no personas). Las bases para poder llevar a cabo esta distinción, fue hecha con preocupante claridad. Sostuvo (y sostiene) Jakobs que los enemigos son aquellos individuos que no de un modo ocasional o incidental, sino de un modo duradero, decide mantenerse al margen del régimen legal reinante incorporándose en asociaciones encaminadas únicamente a delinquir; quien no ofrece garantía de mantenerse con su comportamiento personal dentro de los límites de la ley, no puede ser tratado como persona, sino que debe ser combatido como enemigo. Sustenta sus postulados y los fundamenta en el legítimo derecho de las personas a la seguridad.

Nos aclara Núñez Paz que para Jakobs *“la persona en el Derecho, esto es, la titular de deberes y derechos, sólo puede ser tratada como persona en la medida en que se conduzca en lo fundamental de manera conforme a la norma; si se comporta permanentemente como un demonio, se convierte en un enemigo, es decir, en una no-persona”*¹⁸.

¹⁸ Núñez Paz, Miguel Angel (2011) “Una orientación político-criminal errónea: De delincuentes y enemigos” artículo original publicado en “Un derecho penal comprometido” libro homenaje al Prof.

Existiría también una distinta finalidad de la pena en ambos regímenes. Para Jakobs, en los términos normales y generales, es decir, en el derecho penal del ciudadano, la pena tiene como fin el mantenimiento de la vigencia de la norma, en tanto que en el derecho penal del enemigo la contención y/o eliminación de focos de peligro futuros. Es decir, sólo para con los ciudadanos se puede cumplir el fin que Jakobs atribuye a la pena. *“En cambio frente al enemigo el fin de la pena cambia radicalmente ya que se trataría entonces de “sacar de circulación” al delincuente, de “inocuar” en el viejo sentido de v. Liszt.”*¹⁹ Jakobs entiende que *“con la pena se “honra” al delincuente como ente racional, y precisamente sólo se lo pena porque se lo entiende como igual”*²⁰.

Otra garantía violentada por esta doctrina es el principio liberal del derecho penal en virtud del cual se sanciona por el hecho cometido por el sujeto, y no por las calidades especiales de este. En buen romance, nos referimos al principio del hecho; el derecho penal de acto.

Este principio es el que permite que los individuos no puedan ser perseguidos penalmente por conductas que no trascienden de su propio pensamiento, resulta necesaria la existencia de un hecho para dar inicio a un proceso. Señala Cancio Meliá²¹ que en las últimas modificaciones legislativas habidas en el derecho penal español puede advertirse *“la amplia eliminación iuspositiva de las diferencias entre preparación y tentativa, entre participación y autoría, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista, difícilmente puede parecer exagerado hablar de un Derecho penal de autor: mediante sucesivas amplicaciones se ha alcanzado un punto en el que “estar ahí”*

Gerardo Landrove Díaz, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, en *Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Año II, Número 11, Diciembre 2012, pág. 223.*

¹⁹ Modolell González, Juan Luis (2005) “El “derecho penal del enemigo”: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación”, en www.alfonsozambrano.com

²⁰ Nuñez Paz, Miguel Angel (2011) “Una orientación político-criminal errónea: De delincuentes y enemigos” artículo original publicado en “Un derecho penal comprometido” libro homenaje al Prof. Gerardo Landrove Díaz, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, en *Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Año II, Número 11, Diciembre 2012.*

²¹ Cancio Meliá, Manuel, (2003) ¿”Derecho penal “ del enemigo?, en www.alfonsozambrano.com

de algún mod, “formar parte” de alguna manera, “ser uno de ellos”, aunque sólo sea en espíritu, es suficiente.” (sic). Este Derecho Penal del Enemigo, sostiene Cancio Meliá, no pone su atención en el hecho, sino que “*demoniza determinados grupos de infractores*”.

Como se observa, el parangón con la concepción y tratamiento de la *underclass* es evidente lamentablemente, y en nuestro medio sería difícilmente cuestionable afirmar que dicha ubicación la ocupan hoy en día los llamados “pibes chorros”.

UNA MIRADA FOUCAULTIANA

El problema del sistema penal no es otra cosa que un problema de gobierno. Una de las formas que tiene el poder de mantener a la población en orden es mediante el aparato represivo del Estado.

Habiendo descripto el sistema Actuarial, producto de la Nueva Penología, el recuerdo y las similitudes con lo explicado por Michel FOUCAULT en “Seguridad, territorio, población”²², deviene inevitable y entiendo oportuno aquí explicar dicha referencia.

FOUCAULT habla de tres tipos de mecanismos o dispositivos. Explica que existe un arcaico sistema legal caracterizado simplemente por dictar una ley y establecer un castigo para quien infraccione lo por ella ordenado. Señala que existe otro tipo de mecanismo, que sumado al castigo que impone el anterior, se destacará por introducir mecanismos de vigilancia y corrección, y lo denomina como sistema disciplinario. Lo que resultará novedoso en esta obra es el tercer dispositivo que señala FOUCAULT: el dispositivo de seguridad.

²² FOUCAULT, Michel (2009) “Seguridad, territorio, población”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires. Esta obra corresponde al curso dictado por el nombrado profesor francés en el College de France, durante el año 1978.

En tanto el primero de los sistemas es meramente un sistema binario de prohibición y castigo, el segundo se caracteriza por la aparición de una serie de técnicas (ya sea policiales, médicas, de vigilancia, psicológicas) que lo que pretenden es una eventual transformación del sujeto que delinque. Por su parte el tercero, el de la seguridad, va a afrontar -en este caso diremos al delito pero es aplicable a distintos fenómenos- al acontecimiento como algo probable, e incorporará un cálculo de costos. Explica FOUCAULT que *“en lugar de establecer una división binaria entre lo permitido y lo vedado, se fijarán por una parte una media considerada como óptima y por otra límites de lo aceptable, más allá de los cuales ya no habrá que pasar.”*²³

La cuestión fundamental para este sistema sería cómo sostener el delito dentro de límites social y económicamente aceptables. Este es el sistema contemporáneo que hoy informa las nuevas formas de penalidad y sus costos.

Enseña FOUCAULT que hasta el siglo XVIII las técnicas utilizadas eran las del sistema jurídico y las del sistema disciplinario. Explica con claridad el fenómeno ocurrido, a través del suceso de la escasez de granos. La escasez era un acontecimiento seriamente temido por los gobiernos en virtud de las altas probabilidades de revueltas que trae consigo. En la sociedad francesa de los siglos XVII y XVIII se establece un sistema jurídico-disciplinario cuya función esencial es prevenir la escasez, no sólo deteniéndola cuando ella ocurra sino erradicándola definitivamente. Al servicio de dicho cometido se utilizarán las clásicas técnicas de limitación de precios, prohibición de acopio, limitación de exportación, entre otras. Es decir un sistema de profundo control y vigilancia. Este sistema antiescasez conocerá un estrepitoso fracaso.

Ante dicho cuadro quienes ganarán espacio en la toma de decisiones serán los fisiócratas, quienes provocarán un gran cambio en las técnicas de gobierno a través de la introducción de dispositivos de seguridad. Plantearán, así, como solución al problema de la escasez la libre circulación de granos. Esto es advertido

²³ Idem, pág. 21.

claramente como una mutación en las tecnologías de poder y el establecimiento de las técnicas de los dispositivos de seguridad.

Los fisiócratas toman a la escasez y la carestía como un fenómeno natural, que no es en sí mismo ni un bien ni un mal; se despojan de cualquier valoración moral hacia ella. El acontecimiento sobre el cual se actuará e influirá será la realidad. No se intentará evitar la escasez, sino manejarla eficientemente mediante los dispositivos de seguridad.

El arribo de este pensamiento de neto corte economicista liberal, cimentado en una cierta permisividad (en tanto al contrario de la disciplina que todo lo reglamenta, el dispositivo de seguridad por el contrario “deja hacer”), logrará hacer desaparecer a la escasez como flagelo que ataca a toda una población, pero aceptando que para que ello ocurra es altamente probable que algunos deban morir de hambre. A partir de aquí se comenzará a hablar de *población*, ya no interesará el individuo como unidad de análisis en tanto no será pertinente para la acción económica política del gobierno. Dice FOUCAULT que habrá *“una cesura absolutamente fundamental entre el nivel pertinente para la acción económico política del gobierno, el nivel de la población, y otro nivel, el de la serie, la multiplicidad de individuos, que no será pertinente o, mejor, sólo lo será en cuanto, manejado como es debido, mantenido como es debido, alentado como corresponde, permita lo que se procura en el nivel que sí es pertinente. La multiplicidad de individuos ya no es pertinente; la población sí lo es. (...) La población es pertinente como objetivo y los individuos, las series de individuos, por su parte, no van a serlo como objetivo. Lo serán sencillamente como instrumento, relevo o condición para obtener algo en el plano de la población.”*²⁴

Como podemos ver, ante un acontecimiento dado se dejará desarrollarlo para que su propia regulación ponga las cosas en su lugar. No se actuará para prevenirse, si no que se intervendrá en la propia realidad para manejarla de

²⁴ Idem, pág. 63.

modo tal que resulte lo mejor posible para la población, evitando por ejemplo, en el supuesto de la escasez, las revueltas.

De todo lo dicho, en simple síntesis, podríamos calificar al *Actuarialismo* como un *dispositivo de seguridad*, en tanto, como señalábamos al inicio de esta Segunda Parte, el modelo actuarial no tiene como fin evitar el delito, al que considera como un hecho inevitable con el que hay que contar, si no que lo que intenta es manejarlo del modo más eficiente posible de modo tal de llevarlo a niveles socialmente aceptables. El Actuarialismo “deja hacer”, sólo se limita a manejar grupos de riesgo. No interviene como lo hacía el correccionalismo, al que cabe designarlo entonces como “dispositivo disciplinario”, imponiendo obligaciones de hacer y de no hacer, tratando de reformar al delincuente con el objetivo de evitar la reincidencia. Enseña FOUCAULT que la seguridad tiene como función principal responder a la realidad dada de modo tal que la anule, la frene, la regule; y que esta regulación del elemento *realidad* es lo fundamental del dispositivo de seguridad.

Y así como el Actuarialismo introduce términos propios de las ciencias económicas, tales como riesgo, eficiencia, probabilidad, estadística, el propio FOUCAULT reconoce que *“desde hace años la cuestión de la penalidad se plantea esencialmente en términos de seguridad. En el fondo, la cuestión fundamental es la economía y la relación económica entre el costo de la represión y el costo de la delincuencia.”*²⁵

²⁵ Idem, pág. 24.

PARTE TERCERA

ASPECTO TEORICO-JURIDICO

PLANO NORMATIVO y JUSTIFICACION SISTEMICA DEL JUICIO ABREVIADO

El Juicio Abreviado, con la estructura que hoy lo conocemos, ingresó al derecho positivo bonaerense de la mano de 11.922; norma mediante la cual se modificó todo el ritual penal de la provincia de Buenos Aires.²⁶

Legislado en el Capítulo III, del Libro III, el art. 395 dispone expresamente que: *“Si el Fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de la libertad no mayor de quince (15) años o de una no privativa de la libertad, procedente aún en forma conjunta, podrá solicitar el trámite del juicio abreviado. El imputado y su defensor, también podrán solicitarlo.”* Vale aclarar, que originariamente la pena a imponer mediante el procedimiento abreviado no podía superar los ocho años de prisión. Fue recién con la ley 13.943 que dicho tope se modificó por el actual de quince años.

Para que proceda el juicio abreviado deberá requerirse *“el acuerdo conjunto del Fiscal, el imputado y su Defensor. El Fiscal deberá pedir pena y el imputado y su Defensor extenderán su conformidad a ella y a la calificación”* (CPPBA 396). Por su parte, los artículos 398 y 399 regulan lo referente a la resolución y sentencia del Juicio Abreviado. Así, se dispone que el órgano judicial podrá desestimar la solicitud de juicio abreviado, ordenando que el proceso continúe, únicamente cuando se demostrare que encontraba viciada la voluntad del imputado al momento de aceptar el acuerdo, o cuando exista una discrepancia insalvable con la calificación legal aplicada al acuerdo, respetando el principio de congruencia; esta resolución será inimpugnable. La sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y se fundará en las evidencias recibidas antes de presentado el acuerdo. No se podrá imponer una pena superior a la solicitada por

²⁶ Sancionada el 18/12/96, promulgada por Decreto 120/96, publicada en el Boletín Oficial el 23/1/97. Por Ley 12.119 (B.O. 1/7/98) se dispuso la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal a partir del 1/10/98.

el Fiscal, ni tampoco se podrá modificar en perjuicio del imputado el modo de ejecución de la misma acordado por las partes. Se establece también la posibilidad de absolver al imputado si correspondiere.

Por otro lado, ya en el ámbito nacional, y a través de la ley 24.825, promulgada el 11 de junio de 1997, se introdujo el instituto bajo análisis en esta tesina, aunque con diferencias con su homónimo provincial.

El artículo 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación establece el juicio abreviado a nivel federal. Similar al legislado en la provincia de Buenos Aires, mantiene con él ciertas diferencias que, sin lugar a dudas, deben ser remarcadas. En este sentido, a más del diferente tope punitivo previsto para el acuerdo, el cual no puede ser superior a los seis años de prisión, existe una diferencia relevante en lo referido al contenido del pacto propiamente dicho: se requiere la conformidad del imputado, previamente asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho y **su participación en él**. Es decir, se exige del acusado una confesión lisa y llana como contrapartida a la reducción punitiva que, merced al pedido Fiscal, “beneficiará” su destino.

Por supuesto que dicha particular regulación ha generado numerosas críticas tanto desde la doctrina como desde la jurisdicción, discutiéndose ampliamente respecto de la constitucionalidad de una norma de ese tenor, como asimismo de la naturaleza jurídica que tendría la conformidad prestada por el imputado respecto de su participación en el delito que se le enrostra, que más adelante trataremos aunque no desarrollemos dicho tópico en toda su extensión debido a no ser el objetivo de este trabajo.

Los nuevos aires procesales que tuvieron como norte abandonar el viejo sistema de tipo inquisitivo para fortalecer el modelo acusatorio, y que al mismo tiempo provocaron la introducción en nuestro derecho del Juicio Abreviado tuvieron distintas motivaciones, que desembocaron en dichos procesos de reforma.

Sin hesitación podemos afirmar que uno de los factores que influyó en la inserción de este instituto en nuestro ordenamiento jurídico fue la calamitosa situación de los presos sin condena: procesados que podían llevar años hasta que su caso pudiera ventilarse en juicio, esperando dicho acontecimiento en situaciones de encierro preventivo, que en ocasiones se traducían en verdaderos anticipos de pena. A través del juicio abreviado se aceleran notoriamente los tiempos procesales permitiendo obtener una resolución en un plazo mucho menor al que se debería esperar si se opta por dirimir la cuestión mediante el juicio tradicional. Ahora bien, se ha afirmado que con una profusa utilización del juicio abreviado puede caerse en la trampa de no tener más presos sin condenas, si no condenados sin juicio.²⁷ Como señala el Profesor Binder, si bien los procesos de reforma judicial y procesal pretendían dar mayor vitalidad al juicio oral, el procedimiento abreviado contrarresta dicha finalidad, ya que lo que hacen es obviar la etapa principal del proceso penal, que es precisamente la del debate oral y público, la contienda entre partes.

Así, entiende dicho jurista que *“el uso de este mecanismo permite arribar al cumplimiento de alguna de las finalidades del proceso penal en un tiempo más breve y con una evidente economía de recursos”* pero *“se debilita aún más la garantía del juicio previo”*²⁸, volviendo a la consecución de condenas sobre la base de documentos y la confesión del imputado, lo que claramente se asemeja al viejo funcionamiento del sistema inquisitivo.

De lo transcrito en el párrafo anterior, se puede observar fácilmente cómo se echa mano a términos que, más que pertenecer al lenguaje propio de la ciencia penal eran otrora privativos de las leyes de mercado, como por ejemplo *“economía de recursos”*. Si bien nos abocamos más a esta cuestión al desarrollar el marco teórico, no podemos dejar de señalar en esta instancia que tanto las razones que dieron origen al juicio abreviado como su propia utilización práctica responden a los mandatos del denominado ***actuarialismo penal***.

²⁷ BINDER, Alberto M. (2004), *“Justicia Penal y Estado de Derecho”*, pág.273, AD-HOC.

²⁸ BINDER, Alberto Mario, ob. cit. pág. 273

En este sentido, fue motivo también –el más renombrado quizá– de la búsqueda de salidas alternativas al proceso penal el descongestionamiento del sistema de administración de justicia, buscando una mejor distribución de los recursos tanto materiales como humanos, que permitiera agilizar los procesos penales, abaratando costos y logrando que la mayor parte del esfuerzo pesquisitivo y jurisdiccional se concentre en los casos criminales de mayor complejidad y trascendencia social.

Desde el punto de vista de las garantías del imputado, como ya dijimos, se buscó que las sentencias lleguen en un plazo razonable, evitándole que se dilate en el tiempo la situación de incertidumbre que genera aguardar extendidos períodos por una decisión que ponga fin a la disputa entre acusación y defensa.

Vale señalar, que la agilización de los procesos responde a un doble interés. Uno, como se indicó, para lograr que se cumpla con la garantía de ser “*juzgado*” en un plazo razonable. Por otro lado, viene a cumplir con una demanda social de que los hechos criminales no sean resueltos recién lustros después de sucedidos; se pretende que los expedientes no “duerman el sueño de los justos”, pasando años depositados en un casillero de anaquel, cayendo varias veces en una prescripción de la acción penal.

En esta inteligencia, dice Binder que *“la ausencia de una política integral de control de la duración del proceso y los efectos que la mora produce en el descontento social sobre el funcionamiento de la justicia penal empujan al procedimiento abreviado a convertirse en una especie de tabla de salvación que permite mostrar resultados allí donde sólo existirían causas en trámite o prescripciones.”*²⁹

Nuevamente, y como a lo largo de todo el trabajo, observamos términos como “resultados”, a los que se sumarán expresiones como “gestión”, “rapidez”, “economía de recursos”, “éxito”, “abaratamiento de costos”, “riesgos”, todas ellas

²⁹ BINDER, Alberto M., Ob. Cit. pág. 276.

propias del management empresarial, al que alude el actuarialismo penal, y mediante las cuales se pretende dar legitimidad a un instituto seriamente cuestionado respecto a su constitucionalidad.

Por otra parte, se presentaba como ampliamente beneficioso para el sujeto pasivo del proceso penal la posibilidad de recibir una sanción sensiblemente menor a la que recibiría si optara por ir al debate oral y tratar así de resistir la acusación estatal. Una racionalización mayor en la aplicación de penas pretendió ser también fuente de la introducción de la herramienta bajo análisis.

En hojas siguientes trataremos de ver si todo lo formidable que se predica del Juicio Abreviado es tan así.

UN POCO DE HISTORIA

El juicio penal, tal como lo conocemos hoy, con sus características salientes de ser un debate oral, público, contradictorio y continuo, rodeado de garantías para el acusado que eviten que el *ius puniendi* estatal caiga sobre él sin más con todo su temible peso, no siempre ha sido así. Por el contrario, es el resultado de una larga batalla intelectual contra pensamientos y sistemas en los que lo único que importaba era la obtención de la verdad real, tomando al individuo como un objeto de saber, del cual se podía obtener con certeza lo sucedido, y ello a cualquier costo.

Fue, más precisamente, la lucha de los pensadores del Iluminismo la que permitió reformar el sistema inquisitivo, reinante hasta el siglo XVIII. Pero este modelo inquisitivo de persecución penal dominó sin cuestionamientos la arena procesal penal durante casi cinco siglos, por lo que, a pesar de haber sido dejado largamente atrás, dejó marcas en la cultura jurídico-penal que aún perduran, y que trataremos de demostrar más adelante.

Recordemos brevemente, que el sistema inquisitivo nació a la luz de los Estados modernos surgidos a partir del siglo XIII, y desde el cual se comenzaron a concentrar en una sola persona –el monarca absoluto- las tres funciones propias del Estado, esto es, legislar, juzgar y administrar. El rey mismo era el Estado, el soberano. En este período, es insoslayable señalar también, cobró importantísimo vigor y fuerza la Iglesia Católica, tanto en su poder influyente como en su aspecto organizacional. Como contrapartida de estos movimientos, fue el Señor Feudal quien perdió su fuerza y control sobre las comarcas, y los derechos locales con fuerte raigambre popular se vieron avasallados por el derecho romano imperial.³⁰

Nacido en dicho contexto, el sistema inquisitivo se distinguió por el carácter oficial de la persecución penal, autorizada ya la denuncia anónima como motivo suficiente para dar inicio a una investigación; por el despojo de la víctima de cualquier papel en el procedimiento, a quien se le confisca el conflicto, quedando a cargo del Estado la “solución” del mismo, lo que daría origen también a la posterior aparición de lo que hoy conocemos como Ministerio Público.

Otro rasgo distintivo de este sistema lo configura el secretismo en la instrucción, y ello es consecuencia del papel preponderante que adquiere la investigación, que se constituyó en el eje central del procedimiento³¹. Se extinguió así la publicidad del procedimiento, en el entendimiento de que el secreto ayudaba al éxito de la investigación. De tal modo, ganó terreno la escritura de los actos por sobre la oralidad. En palabras de Foucault, en su obra “*Vigilar y Castigar*”, el proceso se mantenía oscuro tanto para el público como para el propio acusado. El saber era un privilegio reservado únicamente a la instrucción: el imputado desconocía la acusación que sobre él pesaba, así como las pruebas de cargo en su contra, las declaraciones con que se contaba, la identidad de los denunciantes;

³⁰ Cf. Anitua, Gabriel Ignacio “*El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y en el derecho comparado*”, en www.catedrahendler.org

³¹ Cf. Maier, Julio B. J., (1996, 2da. edición) “*Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*”, página 292, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

tampoco existía la posibilidad de que el sospechoso contara con un abogado que lo representara, tanto para esgrimir una defensa como para controlar la regularidad del proceso y poder denunciar cualquier desliz o atropello que en él se cometiera. Dice Foucault *“la forma secreta y escrita del procedimiento responde al principio de que, en materia penal, el establecimiento de la verdad era para el soberano y sus jueces un derecho absoluto y un poder exclusivo. (...) Ante la justicia del soberano, todas las voces deben callar.”*³²

Enseña Maier que *“investigación, secreto y escritura representan caracteres absolutamente unidos para alcanzar las metas perseguidas por la inquisición: la represión (expiación) de todos los hechos punibles (expurgare civitatem malis hominibus), para mantener la paz pública y el orden establecido (salus publica suprema lex est).”*³³

Pero la estrella de todo este sistema, podríamos decir sin temor, fue la tortura o tormento. Por aquel entonces, la significación de la palabra tortura, y su acto de tormento propiamente dicho, no era para nada la que tenemos en la actualidad. Hoy en día su sola mención está impregnada de una carga negativa, que sólo con su representación figurativa genera el más profundo de los rechazos. Empero, en el lapso témporo-espacial de los siglos XIII a XVIII en la Europa continental, constituía una herramienta legítima para el esclarecimiento de hechos penales, para la obtención de la verdad histórica. Se hallaba habilitada la aplicación de coacciones físicas sobre sospechosos para que confesaran sus crímenes. El acusado no revestía el carácter de sujeto de derecho, por el contrario, era objeto de persecución y órgano de prueba. Ello respondió a la necesidad que impuso el nuevo sistema probatorio establecido: la condena tenía que estar basada en las declaraciones de *dos testigos oculares* inobjectables del hecho; *“sin esos dos testigos, un tribunal penal no podía condenar al acusado que negara los cargos formulados en su contra. Sólo si el acusado confesaba*

³² FOUCAULT, Michel *“Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión.”*, pág. 45, Siglo XXI editores, (trad. Aurelio Garzón del Camino), Buenos Aires 2010.

³³ MAIER, ob. cit. Pág. 316

*voluntariamente, el tribunal podía condenarlo prescindiendo de la declaración de los testigos.*³⁴ Ante este cuadro normativo, y lo dificultoso de encontrar dos testigos *de visu* del hecho para cada delito denunciado, la confesión se erigió en la *reina* de las pruebas. Y el modo de su obtención no fue otro que la aplicación de tormentos.

Pero dicha rutina sólo era autorizada en los casos en que se consideraba muy probable que el acusado fuera el culpable. Es decir, era únicamente permitida cuando existía semiplena prueba sobre la responsabilidad penal del acusado. No se permitió la imposición de tormentos por simple sospecha o para delitos leves, si no que se reservó para los sucesos criminales de mayor gravedad. Se establecieron formalidades para la legitimidad de la tortura, y a fin de enmarcarla dentro de un sistema que coadyuvara a la credibilidad de las confesiones producto de los tormentos. Así, era requisito necesario la presencia del juez en el acto, quien tenía vedado realizar preguntas sugestivas o capciosas; por otro lado, *“normas prohibitivas eliminaron la utilización de cierta clase de tormentos –el fuego, por ejemplo- y prescribieron rígidamente la preservación de la vida e integridad física del imputado, que no debía correr riesgo.”*³⁵

Langbein señala que *“como la tortura sometía a prueba la capacidad del acusado para soportar el dolor, antes que la veracidad de sus dichos –tal como lo planteó un autor del siglo XVI-, el inocente podía ‘doblegarse bajo el tormento y confesar hechos que nunca había cometido’*”. Por ello, la confesión no era apta para obtener *per se* la condena; debía necesariamente ir acompañada de indicios y presunciones, y en caso de ser la única prueba debía el juez investigaciones complementarias. Pero debe quedar en claro que la confesión se encuentra un escalón por encima del resto de las eventuales pruebas, ellas solamente acompañarán a la principal que será el reconocimiento del acusado del hecho que se le enrostra, la confirmación de la acusación. Es en este acto donde adquiere

³⁴ LANGBEIN, John H. *“Tortura y plea bargaining”*, en *“El procedimiento abreviado”*, Ed. Del Puerto (2001), páginas 3 a 29.

³⁵ MAIER, ob. cit. Pág. 298

protagonismo el imputado en la investigación, donde se escuchará por primera vez su voz, ratificando ante el juez lo que reconoció ante los investigadores, dando así muchas veces colofón a lo que la encuesta ya ha relevado. Por eso la confesión “voluntaria” era algo buscado por la instrucción, y en dicho cometido se utilizaría hasta la coacción física, la tortura.

En síntesis, el complejo sistema probatorio estatuido por el sistema inquisitivo, que requería de la declaración de dos testigos oculares que depusieran en forma concordante sobre el hecho sucedido, fue la principal razón (además del afán político-absolutista de conocer la verdad) para que la tortura ganara el terreno al cual accedió toda vez que no existía mejor y más contundente prueba que la confesión del imputado, la que, de no ser *voluntaria*, no era obtenida de otro modo que mediante el sometimiento a los tormentos físicos legalmente establecidos.

Fue a partir del siglo XVIII donde estos oscuros procedimientos que ofendían a la dignidad del hombre comenzaron a desterrarse. La revolución intelectual que se diseminó por el continente europeo occidental, dedicó también espacio al cuestionamiento y a la reforma nuclear del procedimiento penal. El nuevo espíritu crítico y revisionista alteró sustancialmente el estado de cosas, y se enfrentó al conservadurismo dando como fruto un nuevo modelo de pensamiento y de sociedad. Las luces de la razón se alzaron contra la barbarie.

El Derecho Penal y Procesal Penal, como ejes estructurales del control social, no fueron ajenos a los nuevos aires de cambio, basados en un espíritu más humanitario, respetuosos de la dignidad del individuo. En este sentido, desde una cosmovisión marcadamente antropocéntrica, se levantaron las primeras voces en contra de las herramientas más distintivas del anterior sistema inquisitivo, es decir, de la tortura y del secreto.

Dentro de esta corriente iluminista, fueron los filósofos prácticos, mayormente Montesquieu, Beccaria y Voltaire, quienes postularon más firmemente la necesidad imperiosa de modificar el sistema de enjuiciamiento criminal. Ello respondía a la misma necesidad de imponer un sistema político alejado del absolutismo monárquico, logrando la instauración de la república como forma de gobierno.

De este modo, el nuevo modelo propuesto cimentaba sus reformas en el rechazo al secretismo y la tortura, y aspiraba a un sistema procesal en el que reinara la libertad de defensa, el juzgamiento por jurados, y como consecuencia inmediata e inevitable de ello la oralidad y la publicidad de los debates. Junto a estas “alteraciones” del orden establecido, *“se erigió el gran debate contra la tortura, como método para averiguar la verdad, y, algo menos explícito, la puja sobre el sistema de persecución penal que convenía a la nueva república, entre la acusación popular, sistema propuesto por los modelos republicanos griego y romano de la antigüedad y por el Derecho inglés, y la persecución pública (estatal), principio fundamental de la Inquisición.”*³⁶

Como decíamos, una nota saliente del sistema inquisitivo puesta en crisis por los pensadores del iluminismo fue el secretismo del proceso. Para estos intelectuales la publicidad del juicio era la llave que garantizaba la transparencia, en clave de función de control de las resoluciones de las autoridades públicas, lo que se enmarcaba también dentro del cambio político-social que se estaba atravesando.

Nos enseña Anitua que *“la definición del principio de publicidad de los juicios como una garantía del acusado es producto del malentendido histórico que se produce en esta época”*, y señala, *“era una consecuencia lógica de la crítica*

³⁶ MAIER, ob. cit., pág. 336.

*contra la arbitrariedad de los monarcas absolutos y del enjuiciamiento inquisitivo apostar por la publicidad de los juicios.*³⁷

El cambio social vivido modificó obviamente costumbres del antiguo régimen, y una de ellas fue la del espectáculo público que significaba el castigo penal, la “ceremonia del patíbulo”, ya no habría más *Damiens* condenados a “*pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París... llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano*”.³⁸ Dentro de la transformación social concurrir a este tipo de eventos atroces y denigrantes dejó de estar bien visto, pasó a ser algo marginal. Por ello las ejecuciones se comenzaron a realizar lo más lejos posibles del centro de la ciudad, de la vista pública.

Pero ese lugar vacío que dejaba el castigo público, pasó a ser ocupado por otro tipo de “ceremonia”: el juicio. Este tipo de ceremonia tenía más que ver con el nuevo clima reinante, en el sentido de que no revestía crueldad para nadie, sino que por el contrario se caracterizaba precisamente por poseer un alto grado de racionalidad. Se convirtió la publicidad de los juicios en un modo de control de la actividad de los jueces, adquiriendo así un cariz institucional relevante. Bentham fue de los grandes defensores de la publicidad del juicio, pero sus motivaciones en tal sentido se centraban más en la posibilidad de control por parte de los ciudadanos, que en la función garantística para el imputado.

La fundamentación de la publicidad del juicio es más bien de tipo compleja, vale decir, no responde a un solo motivo o interés. Así, se sostiene que puede justificarse desde la óptica del acusado, desde una utilidad para el Estado, y desde el interés de los ciudadanos.

La importancia de esta preciada publicidad se empezó a ver reconocida legislativamente en los cuerpos legales aparecidos a partir de la Revolución Francesa de 1789, momento a partir del cual –entre otras importantísimas

³⁷ ANITUA, Ob. Cit.

³⁸ FOUCAULT, Ob. Cit., pág. 1.

cuestiones- se intentó modificar el procedimiento del juicio criminal. Pero el camino no fue fácil; la corriente reformadora tuvo que luchar contra sectores *acomodados* que no escatimaban esfuerzos por mantener el *antiguo régimen*.

Tras diversas *idas y venidas* en el sendero de las reformas penales y procesales penales, se dio luz en 1808 al Código de Instrucción Criminal francés, texto normativo que abarcó en un mismo cuerpo las temáticas sustantivas y adjetivas de la materia criminal, y sirvió de modelo que se expandiría por toda la Europa reformista imbuida del *raciocinio de las luces*.

Si bien en él quedaron resabios del anterior régimen (como la persecución en mano pública), el Código de 1808 es el resultado de un tenaz esfuerzo por consolidar normativamente los avances intelectuales, comprometidos con un fuerte respeto por la dignidad humana, renacidos en el siglo anterior.

Y una de las cuestiones que más se debatió previo a su sanción, fue la relativa a la publicidad de los juicios, en tanto la instauración definitiva del juicio por jurados fue uno de los tópicos en que se hallaron más opiniones francamente opuestas. Consecuencia de ello fue que finalmente se estableciera la oralidad y publicidad del juicio, con su carácter contradictorio y continuo, instituyéndose el jurado en la etapa del debate, en clara sintonía con la superación del sistema de valoración legal de la prueba, tan caro a los *sentimientos* de la Inquisición. Del mismo modo la publicidad del juicio era entendida como una carta que permitía el ejercicio amplio y libre de la defensa; a partir de la entrada en vigencia del Código, la defensa del acusado fue un derecho innegable, al punto tal que de no contar el imputado con un abogado propio era obligatorio para el Estado proveerle de uno.

Es menester indicar que lo señalado en el párrafo anterior sólo tenía plena vigencia en la etapa del debate, puesto que la instrucción continuó siendo secreta, impidiéndosele al sospechoso contar con una defensa, ni tan siquiera conocer los cargos y evidencias que pesaban en su contra. Situación diametralmente opuesta, reitero, se apreciaba en el juicio propiamente dicho en el cual acusación y defensa se hallaban en un pie de igualdad, garantizada justamente por la publicidad de los

actos. He aquí donde se advierte con mayor nitidez la influencia del pensamiento revolucionario que hacía pocos lustros había triunfado.

La publicidad y la oralidad fueron de la mano con el establecimiento definitivo del jurado. Los integrantes del jurado decidían, luego de haber visto pasar ante sus sentidos las pruebas de cargo y de descargo, sobre la culpabilidad del acusado por simple mayoría, y *“respondían a una sola pregunta sobre la aceptación o falta de aceptación de la acusación, no obstante lo cual debieron recurrir a distinciones cuando existían circunstancias atenuantes o agravantes en la imputación y sobre la cuestión del dolo; el antiguo sistema de preguntas específicas y puntuales dirigidas por los jueces profesionales no fue aceptado.”*³⁹

Por su parte los jueces profesionales se limitaban a la temática del derecho a aplicar y de la pena a imponer.

Como dijimos antes, la permanencia del jurado afianzó el cambio en la valoración de la prueba, al no emplearse más el sistema de la prueba legal e implementarse el sistema de la íntima convicción, y terminó por enterrar el secretismo que dominara otrora.

El Código francés sirvió de modelo para la reforma del modelo procesal proveniente del sistema inquisitivo en la Europa de las luces, que siguió sufriendo distintas modificaciones que actuaron a modo de pulidor del sistema establecido.

Como bien remarca Anitua *“la publicidad del juicio penal continúa siendo la bandera que preside la transformación del sistema de enjuiciamiento durante el siglo XIX, y también durante el siglo XX, en que es asumida como necesaria por todos los juristas democráticos, aunque comienza a ser discutido su significado y alcance.”*⁴⁰

³⁹ MAIER, ob. cit. pág. 357

⁴⁰ ANITUA, ob. cit.

Pero como decíamos páginas atrás, otro de los grandes triunfos del Iluminismo, otra de sus grandes hazañas en materia penal fue la abolición de la tortura.

Beccaria, denostando su práctica, sentencia: *“es desear confundir todas las relaciones exigir que un hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado, que el dolor se convierta en el crisol de la verdad, como si el criterio de ella residiera en los músculos y las fibras de un miserable. Éste es el medio seguro para absolver a los robustos perversos y condenar a los débiles inocentes (...) El inocente sensible se declara reo cuando cree que de esa manera puede lograr que cese el tormento.”*⁴¹

El rechazo generalizado que provocaba la aplicación de los tormentos físicos en los pensadores del Iluminismo desembocó en su tacha de contraria a la naturaleza del hombre.

Por ello, resulta tristemente *irónico* los caminos por donde nos han llevado nuestras legislaciones penales de los últimos tiempos, instaurando un sistema basado en la coacción al imputado, y respecto del cual no resulta desatinado traer a colación lo dicho por LANGBEIN con relación al procedimiento estadounidense del *plea bargaining*, cuando sostuvo que existe *“una diferencia entre soportar la destrucción de los miembros del propio cuerpo si uno se rehúsa a confesar, o sufrir algunos años adicionales de privación de libertad si uno se rehúsa a confesar, pero la diferencia es cuantitativa, no cualitativa. El plea bargaining, como la tortura, es coercitivo.”*⁴²

⁴¹ BECCARIA, “De los delitos y de las penas”, trad. Antonio Bonanno, pág. 61, Ed. Losada, 2002.

⁴² LANGBEIN, op. Cit. pág. 15.

El Juicio Abreviado y su contradicción con la Constitución Nacional

Como se viene diciendo, la finalidad de esta tesina es estudiar la utilización –excesiva- del juicio abreviado, que parece estar llevando al juicio oral y público a su extinción. El problema de abandonar esa forma de dirimir los conflictos penales es que se está optando –cada vez más- por una modalidad que presenta serios reparos de índole constitucional. Si no existieran tales señalamientos, entiendo que los problemas y las discusiones por su aplicación se reducirían exponencialmente y el tenor de las mismas también disminuiría. Ante la realidad que nos toca, corresponde en los renglones que siguen describir algunos de las objeciones constitucionales que se han formulado sobre el Juicio Abreviado y que traducen en preocupante la ruta que pareciera haber tomado definitivamente el proceso penal.

Múltiples y variados son los achaques constitucionales que se le han realizado al procedimiento abreviado, y van desde la conculcación de garantías constitucionales como son el juicio previo, la defensa en juicio, la prohibición de obligar al imputado a autoincriminarse, hasta los referidos al proceso mismo de negociación que lo precede -siendo aquí insoslayable su comparación con el modelo estadounidense del *plea bargaining*-, entre otros muchísimos otros embates que, por escapar a los objetivos propios de este trabajo, no podrán ser abordados en éstas páginas.

Ahora bien, el proceso penal ha sido entendido desde antaño como una garantía del individuo contra el Estado, como una valla para el *ius puniendi* estatal. Desde esa cima se ha sostenido que la sentencia condenatoria corolario del juicio abreviado, no es producto de un proceso como el que manda nuestra Constitución Nacional: no es producto de un juicio previo. Es decir, no es producto de un debate en el que haya habido contradicción, bilateralidad, oralidad, continuidad, intermediación, que permitan a la persona que es sometida a proceso la posibilidad de ejercer una libre defensa, que influya en la decisión final del

Tribunal. Se sostiene también que se encuentra afectada la imparcialidad del juzgador a la hora de decidir, toda vez que sólo se podrá dictar sentencia con las probanzas incorporadas al proceso únicamente por una de las partes, sin el control de la otra. Huelga aclarar que nos referimos a la parte acusadora, quien al ser la titular de una instrucción en la que gobierna la escritura y la parcialidad, cuando no el secreto, es la exclusiva aportadora de elementos al proceso, hallándose privada la defensa de ejercer un correcto control de las mismas. Mediante este procedimiento queda enterrada toda posibilidad de discusión, se anula todo tipo de contradicción, la inmediación es puramente superflua desde que se limita a unos poquísimos minutos de audiencia en la que el Juez repite a modo de fórmula la pregunta al imputado de si comprende y está de acuerdo con el acuerdo firmado, lo que termina siendo una mera formalidad ya que escapa a conocimiento certero del órgano jurisdiccional las condiciones en las que el consentimiento del imputado fue brindado, por la propia privacidad en que se da la negociación.

Con todo esto no resulta desmesurado preguntarse si el juicio abreviado es constitucionalmente aceptable. Todo ello pareciera encontrarse bastante alejado de ser un juicio como el que ordena la Carta Magna. Por el contrario nadie podría alzarse en contra de un procedimiento en el que la acusación tenga el deber de hacer valer las pruebas de cargo que posea, una defensa encargada de refutar cada uno de los extremos de la imputación, librándose dicha “batalla” ante la inmediación del Juez y la vista del público, factor clave éste en salvaguarda de la justicia en la sentencia que se dicte.

Y esta exigencia de que el juicio sea abierto al público es indiscutiblemente de raigambre constitucional, desde que la manda de la Ley Fundamental es la instauración del juicio por jurados, por lo que va de suyo que la realización de tal juicio no puede ser de otra manera que pública. No existe el juicio por jurados secreto. Y sin perjuicio de ello, los tratados internacionales de derechos humanos elevados al rango constitucional a partir de la reforma del año 1.994 establecen específicamente la *publicidad* del juicio penal (art. 14 n° 1 del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8 n° 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos)⁴³.

Pero la obligatoria publicidad del proceso penal también deriva de la forma republicana de gobierno que rige nuestra Nación (art. 1° Constitución Nacional). Se permite de este modo el control republicano de la justicia penal. Por el contrario, la simplificación procesal que significa el Juicio Abreviado choca abiertamente con dicha Forma. Pareciera que se intentan consagrar nuevamente sistemas regidos por el secreto, aislados de la luz pública, y fundados exclusivamente en la escritura de la instrucción; lo que significaría una clara regresión a los sistemas inquisitivos. Es que la publicidad y la oralidad fueron de los principales baluartes en la lucha del Iluminismo por dejar atrás los procedimientos en los que la dignidad y derechos del hombre no eran pilares a respetar.

Como dice BOVINO la exigencia de la publicidad es un principio fundamental del proceso penal de carácter *complejo* y esencialmente *político*. En ese sentido cita a BINDER, quien expresa que *“la publicidad constitucional de los juicios penales es una decisión política de gran magnitud. Ella marca una política judicial definida, propia de un Estado democrático, republicano y limitado en el ejercicio de sus funciones”*⁴⁴, y explica que el carácter complejo responde a su sentido de garantía irrestricta del imputado y, a su vez, de su consideración como derecho político de los ciudadanos de controlar los actos de gobierno.

⁴³ CADH, art. 8, n° 5 *“El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”*

PIDCyP, art. 14, n° 1 *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...) toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario...”*

⁴⁴ BINDER, Alberto, “Introducción al derecho procesal” p. 105, citado por BOVINO en “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, *“El procedimiento abreviado”*, Julio B. J. MAIER y Alberto BOVINO compiladores, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, (2001), pág. 70.

Con el Juicio Abreviado se pulverizan los principios de oralidad y de publicidad que, como bien dice ANITUA, son condiciones esenciales para la validez del juicio previo que ordena nuestra Constitución Nacional. Este Profesor, al tratar el tema de la publicidad de los juicios, recuerda las palabras de uno de los impulsores a nivel nacional del establecimiento del instituto que aquí analizamos. Nos referimos a José I. CAFFERATA NORES, quien supo acertadamente sostener que *“el conocimiento de la opinión pública (de los presentes en el juicio o por medio de la prensa) también pone a salvo a los jueces de eventuales presiones de otros poderes, o de grupos de presión (partidos gobernantes, etc.) y de suspicacias que pueden acechar a la justicia cuando actúa entre ‘sordas y mudas paredes’. Además la presencia del público, que ve cómo se administra la justicia, restablece el concepto de la propia seguridad (disminuido por el hecho ilícito, neutralizando el daño político del delito a que se refería Carrara).”*⁴⁵

Este procedimiento abreviado viola claramente la garantía del juicio previo. Ya que como dijéramos más arriba suprime el principio de la *carga de la prueba*, suprime el *contradictorio*, y produce la *desnaturalización total de la motivación de la sentencia*.⁴⁶

Sucede que con este mecanismo el Fiscal se libera del esfuerzo que significa la carga probatoria contra el acusado, que será reemplazado por su *habilidad* para lograr el pacto sobre la calificación y la pena, *“ello hace desaparecer el contradictorio, suprimiéndose la exigencia de que las tesis fácticas y jurídicas de la acusación sean expuestas a la refutación por parte de la defensa, así como el control de la prueba, reemplazándose por una mera relación de fuerzas”*⁴⁷, donde el Estado, representado por la figura del Fiscal es ampliamente más poderoso que el imputado. Sostiene Díaz Cantón también que, en virtud del diseño del procedimiento abreviado, se viola la garantía de la imparcialidad “ya

⁴⁵ CAFFERATA NORES, José I., “Temas de Derecho Procesal”, Depalma, Buenos Aires (1988), citado por ANITUA, Gabriel Ignacio en *“En Defensa del Juicio”*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IV, N° 8-A, Editorial Ad-Hoc, 1998, pág. 546.

⁴⁶ DIAZ CANTON, Fernando, “Juicio abreviado vs. Estado de Derecho”, en “El procedimiento abreviado”, Maier – Bovino compiladores, págs. 251-276.

⁴⁷ DIAZ CANTON, obra citada.

que se habrá de sentenciar preponderantemente sobre la base de actuaciones procesales llevadas a cabo principalmente por una de las partes, la que ejerce la función acusatoria (el agente fiscal) o por quien le prepara la base de la acusación (juez instructor), a partir de una confesión no libre. Ese tribunal, que sentencia sobre esa única base, tendrá una visión miope e interesada de la realidad, comprometiéndose la imparcialidad de su fallo.” La condena no puede basarse únicamente en la recolección de datos que significa la investigación penal preparatoria ya que la defensa no ha podido ejercer allí el control de su producción, y además porque la información recogida en ella lo es exclusivamente para decidir si se continúa con la persecución penal, correspondiendo en tal caso la elevación del proceso para la realización del juicio oral. En este sentido muy agudamente se interroga Santiago VEGGEZI, “*si no es legítimo condenar a un imputado con fundamento en las pruebas recabadas en la instrucción –ya que se ha vulnerado el principio de contradicción y en consecuencia en derecho de defensa en juicio-, ¿en qué prueba descansan los fundamentos de las condenas ‘negociadas’ mediante el procedimiento abreviado?*”⁴⁸(sic). Tras ese cuestionamiento que se formula, dicho autor cita oportunamente a BINDER, quien señala: “*debemos reconocer que nuestros sistemas procesales funcionan en gran medida sobre la base de una conversión automática en ‘prueba’, de los elementos reunidos en la investigación, sin que éstos sean producidos directamente en el juicio. De este modo, en la práctica, se dictan sentencias basadas casi con exclusividad en el ‘sumario’. Y esto significa, en buen romance, prescindir del juicio previo, es decir, dictar sentencias inconstitucionales*”.⁴⁹ No puede concluirse otra cosa que igual adjetivo merecen las sentencias pronunciadas en el marco de un juicio abreviado.

Se observa fácilmente así, que lo que el Juicio Abreviado trae consigo también es un ensalzamiento de la instrucción, con todo lo que ello

⁴⁸VEGGEZI, Santiago, “Juicio abreviado: su recepción en el orden jurídico argentino”, en “*El procedimiento abreviado*” Julio B. J. MAIER y Alberto BOVINO compiladores, Ed. Del Puerto, Buenos Aires (2001), pág 357.

⁴⁹ BINDER, Alberto, “Introducción al Derecho Procesal”, p. 329, citado por VEGGEZI en la obra y página mencionada en la nota precedente.

implica. Se traslada la centralidad del proceso, que debiera estar ubicada en el debate oral y público como único modo posible de acercarnos a la verdad histórica que fundamente una sentencia, concentrándose así nuevamente los mayores dispendios y esfuerzos en las actividades a llevarse a cabo en la etapa investigativa, en la que –como ya dijimos- la situación del imputado es de mayor debilidad, y rememora sin duda alguna al proceso inquisitivo. Basándose la sentencia del Juicio Abreviado exclusivamente en las constancias de la investigación preliminar se desequilibra absolutamente el principio de igualdad de armas que debe existir en un proceso que tiende a ser adversarial. A más de ello, es concordante la doctrina en que lo colectado en la etapa instructoria no es prueba, si no sólo investigaciones provisionales. No hay prueba sin contradicción. Como bien afirma SCHÜNEMANN, es la apoteosis de la instrucción. Y el profesor alemán, al referirse a la alabanza que se hace de la instrucción y de los elementos en ella recolectados, sostiene que estos *“no pueden conducir a la determinación de la verdad material sin una verificación crítica a la luz de los hechos que presenta el acusado, visión que suele aparecer precisamente en el juicio oral.”*⁵⁰

Por ello no resulta raro que se hayan erigido férreas y numerosas oposiciones a este modelo de justicia negociada que propone el juicio abreviado. En este procedimiento pareciera que el derecho de defensa en juicio queda absolutamente relegado, cuando no denegado, toda vez que no existirá una resistencia a la acusación, la defensa no propondrá pruebas ni elaborará hipótesis alternativas a la imputación fiscal. Sólo se limitará a prestar el consentimiento para que la cuestión sea resuelta por dicha vía alternativa.

Se puede notar claramente como pierde vigencia el derecho de defensa en juicio dentro del marco del procedimiento abreviado. La eliminación del debate es la clara muestra del desinterés por respetar el derecho de defensa, y el principio de inocencia y el in dubio pro reo. Y decimos esto porque es inaceptable sostener que el acusado ejerza su derecho de defensa con la “conformidad” que

⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, “¿Crisis del Procedimiento Penal?, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Año IV, n° 8A, Ed. Ad-Hoc (1998), pág. 428.

presta a la propuesta fiscal. El derecho de defensa consiste en repeler activamente la acusación, en presentar pruebas de descargo; nada de ello ocurre aquí. Y la conformidad manifestada por el imputado no puede ser tenida como un acto de defensa libre, porque justamente ella es un requisito legal para la procedencia de este instituto, es decir viene normativamente impuesta la necesidad de la conformidad. Justamente lo que aquí se le exige al acusado es su renuncia a intentar ejercer cualquier tipo de defensa.

Se pasará a dictar sentencia con lo colectado principalmente por la policía, quien recobra aquí una fuerza que supo tener en épocas anteriores. Con un fallo basado exclusivamente en lo realizado por la instrucción, las posibilidades de que se alcance la certeza necesaria sobre lo sucedido, que permita imponer legítimamente una condena, es bastante difícil. Como dijimos, no hay prueba sin contradicción, y sin ella acercarse a la verdad histórica (lo más aproximadamente posible) resultará más que improbable. Siendo ello así, no pudiéndose probar más allá de toda duda la responsabilidad penal del imputado debiera operar inmediatamente el *in dubio pro reo* y dictarse la absolución en todos los casos en que se celebra un juicio abreviado. Por supuesto que esto no ocurre.

En esta instancia es donde cobra vida el reparo que hace referencia a la desigualdad en que se encuentran a la hora de negociar la acusación y la defensa. No puede existir dificultad en apreciar que el Fiscal se halla ubicado siempre en una posición de poder a la hora de pactar, de negociar el acuerdo con el imputado. Y ello se ve mucho más marcado en los supuestos en los que el imputado permanece cautelarmente privado de su libertad durante el proceso.

En la práctica cotidiana sucede que el fiscal llama al imputado y a su defensa técnica a su despacho con la finalidad de arribar a un acuerdo. El fiscal es quien “reparte las barajas”. Es él quien propone al acusado una cierta cantidad de años de condena, a cambio de que este renuncie a la realización del juicio, lo que “convendrá” al imputado ya que de llevarse a cabo el debate oral el causante podría “llevarse” una pena mucho mayor a la propuesta; significando además la

celebración del pacto, en muchos casos, un pronto acceso a la libertad ambulatoria. En tales circunstancias no es ajustado sostener que el consentimiento dado por el imputado haya sido *voluntario*. Más bien resulta prístinamente que dada la diferencia de posiciones el consentimiento brindado estará siempre *viciado*. Estará siempre coaccionado el acusado, quien por temor a un castigo mayor está dispuesto a renunciar a la realización del constitucional juicio oral y público, desistiendo así de ejercer un mínimo de resistencia contra la acusación, y contar así con una mayor posibilidad de obtener una absolución. Se trata ciertamente de un modo perverso de negociación. Como señala TEDESCO *“el imputado pasa a estar inmerso en una disyuntiva que lo enfrenta a un dilema desgarrador: se queda sentado a la espera de que pueda o no confirmarse la presunción de su inocencia, con los riesgos que ello implica, en el medio de un sistema coercitivo por naturaleza, o acepta una de esas reglas coercitivas y decide resolver el conflicto de la manera más rápida y más económica que encuentre posible.”*⁵¹

Otro peligro que se ha advertido en esa negociación es la imposibilidad que tendrá el tribunal de imponer una pena mayor a la propuesta por el fiscal, lo que podría redundar en un elemento más de presión para lograr que el imputado renuncie a su derecho de ser juzgado oral y públicamente, ya que de otro modo se abriría un canal para sancionar más crudamente al acusado. Asimismo, hay quienes erróneamente –a mí criterio- intentan ver en el juicio abreviado una ganancia para el sujeto pasivo del proceso penal en tanto se verían librados de lo que se denomina “pena del banquillo”, toda vez que por esta vía de simplificación del rito el acusado no se vería expuesto a la opinión pública en general, así como la de sus propios vecinos o compañeros de trabajo. Exponer esto así parece más otro elemento de presión al momento de negociar, que un verdadero favor al encausado.

⁵¹ TEDESCO, Ignacio F., “Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación”, en *“El procedimiento abreviado”* Julio B. J. MAIER y Alberto Bovino comp., Ed. Del Puerto, Buenos Aires (2001), pág 326.

No resulta adecuado sostener que se trate de una negociación libre entre partes si una de ellas es el propio Estado desde uno de sus elementos de persecución. Para que la negociación pudiera ser libre la voluntad del imputado no tendría que verse coactada por ningún medio, y ello claramente no sucede aquí, donde el imputado en caso de ir a juicio podría ver que la solicitud punitiva del Fiscal será mucho mayor que la ofrecida en el acuerdo, y probablemente la sentencia sea más contundente también. El Fiscal ofrece un premio al imputado a cambio de prestar su conformidad con la pena y no realizar el juicio; en estas condiciones resulta ingenuo pensar que la renuncia al debate por parte del ciudadano sometido a proceso sea libre y voluntaria. Es así que cobra plena vigencia lo dicho por FERRAJOLI, cuando sostiene que *“el pacto en materia penal, no puede sino fundarse en un intercambio perverso.”*⁵² Afirma también el Profesor italiano que *“la negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio y remite, más bien, a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la inquisición.”*⁵³

Como bien señala TENCA esta negociación que lleva consigo el Juicio Abreviado genera perjuicios sólo para la defensa. Si el imputado rechaza la propuesta de acuerdo formulada por el Fiscal, es lo más habitual que allí el acusador público eleve su petición represiva y que el tribunal condene a una mayor pena: *“se termina castigando ya no tan sólo la comisión del delito, sino también la ‘irreverencia’ del imputado de aspirar a tener un juicio justo.”*⁵⁴

En una clara descripción de este fenómeno de negociación es Ignacio ANITUA quien nos recuerda que *“contaban los griegos que, en cierta oportunidad, Zeus se enamoró perdidamente de una gigante. Intentó seducirla de diversas formas para que esta accediera a tener contacto con él. Pero la gigante*

⁵² FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.” Edit. Trotta, pág. 748.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi, “Lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal”, en “El procedimiento abreviado”, Julio B. J. MAIER y Alberto BOVINO compiladores, Ed. Del Puerto, Buenos Aires (2001), p. 31/50.

⁵⁴ TENCA, Adrián M., “El juicio abreviado: la visión de un defensor a dos años del nuevo instituto”, publicado en LLBA, 2000, 815.

era excesivamente virtuosa y bajo ninguna súplica accedía a sus ruegos. El dios lo intentó todo, desde el engaño (adoptando distintas formas de la naturaleza), hasta las más variadas promesas. Sin embargo la gigante se mantenía inmovible. Fue entonces cuando el más importante de los dioses desnudó todo su poder. Amenazó a la gigante virtuosa con nublarle el raciocinio si no consentía sus intenciones (y recordemos que para los griegos la locura era incluso más grave que la muerte). Es así que la gigante llegó a un acuerdo con el dios. Algo terrible le hubiera ocurrido de no hacerlo... La amenaza es un excelente medio de negociación cuando se ejerce una relación ventajosa.”⁵⁵

Lo diáfano del relato mítico entiendo que no deja resquicio para la duda en cuanto a la mencionada diferencia de poder a la hora de negociar entre fiscal y acusado. Como sostiene este autor es claramente un pacto entre desiguales el que se celebra en el juicio abreviado. El Estado amenaza al imputado con la aplicación de un mal mayor si no firma el convenio que él mismo estipula, evitando de este manera llegar a que se realice el juicio oral y público tal como manda la Constitución Nacional. Aquello de “igualdad de partes” parece haber quedado en el plano de lo ideal, es evidente que no se trata de dos partes en igualdad de condiciones negociando. Por el contrario, es el Estado –quien posee para sí el monopolio de la fuerza- el que a través de uno de sus resortes se permite reducir la violencia de su respuesta frente a la posible comisión de un delito, a cambio de que el imputado renuncie a uno de sus derechos constitucionales más importantes.

No sería desatinado entonces decir que el Ministerio Público cuando no cuenta con la cantidad y calidad de prueba suficiente para discutir en un debate, y además con la finalidad de evitar el trabajo que esto demanda para el fiscal, está dispuesto a ofrecer reducciones punitivas para “seducir” y convencer al acusado de que su mejor opción es tomar la oferta por él formulada, ya que de lo

⁵⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio, “En defensa del juicio. Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el arrepentido”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IV, Número 8, A, págs. 543-556

contrario se vería expuesto a una gran probabilidad de resultar más gravosamente condenado en el debate oral.

En tales condiciones sostener que el consentimiento dado por el imputado ha sido libre y voluntario, limpio de toda coacción pareciera ser una torpeza.

El imputado se encuentra en la misma situación que la giganta. Si no accede puede verse sometido a un daño mayor.

Dice Anitua *“lo que subyace bajo la supuesta reducción de pena como ‘premio’ a la colaboración del imputado, es, en verdad, una efectiva amenaza de requerir una sanción más gravosa, si aquél ejerce sus derechos y es declarado culpable.”*⁵⁶

Dice SCHÜNEMANN, *“como lo enseña la psicología del juego de la negociación, el más poderoso, concretamente, es quien impone sus fines, pero por su posición de poder más fuerte y no por su mejor posición jurídica. Por tanto, los acuerdos transforman el proceso penal, concebido hasta ahora como un conflicto de valores decidido por el juez como un tercero imparcial, en una regulación de conflictos regidos por criterios de poder y no por criterios jurídicos, lo que conduce en la mayoría de los procesos al triunfo de las autoridades judiciales por la alianza normativa, llevada en algunos casos, como por ejemplo, los de delitos económicos a concesiones a favor de la defensa que resultan grotescas, e insoportables, además, desde el punto de vista de la justicia y del tratamiento igualitario.”*⁵⁷

El código ritual bonaerense prevé como motivo de casación y revisión el caso de que la conformidad prestada por el imputado no lo haya sido libremente, lo que a su entender de Díaz Cantón es una *perfecta ironía* ya que

⁵⁶ ANITUA obra citada.

⁵⁷ SCHÜNEMANN, Bernd *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?*, traducción de Silvina Bacigalupo, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal” Ed. Ad Hoc, año IV, número 8, citado por DIAZ CANTON, ob. cit

nunca será voluntario, y por ende deberá prosperar todo recurso de casación direccionado en ese rumbo, lo que en los hechos implicaría una derogación del sistema.

La voluntad siempre viciada del acusado es una de las más importantes objeciones que pueden hacerse al juicio abreviado.

No puede negarse entonces la existencia de semejanza con el sistema estadounidense del *plea bargaining*, mecanismo de negociación a través del cual se resuelve la enorme mayoría de los casos penales en los estrados del país del norte. Es John H. Langbein⁵⁸, quien afirma que el sistema del juicio por jurados está desapareciendo, y que el sistema real “opera por intimidación”. La práctica del *plea bargaining* consiste en obligar al acusado a resignar su derecho a un juicio por jurados, admitiendo su culpabilidad y ofreciéndole a cambio una reducción importante en su condena, amenazándolo con una pena sustancialmente mayor en el caso de que decida ejercer su derecho. Así, se suprime tanto el juicio como al jurado y se pierden en el camino las virtudes de estos últimos: la publicidad republicana del juicio y el límite al poder del funcionario estatal (y al Estado mismo) que supone intervención de un jurado, sin olvidar la creación de estadísticas penales absolutamente ficticias (la “deshonestidad” del instituto), fruto no de la realidad sino de la negociación, lo que ha provocado la práctica general de preferir los registros de arrestos a los de condenas.

Pero es menester señalar una diferencia sustancial entre las reglas de procedimiento del sistema norteamericano y nuestro sistema. En aquel, a contrario del principio de legalidad que gobierna nuestro sistema, rige el principio de disposición absoluta de los fiscales sobre la acción penal (principio de oportunidad). Es decir que ante la *notitia criminis* el fiscal tiene total libertad para decidir perseguir o no el delito, para acordar inmunidad al imputado, y llegado el

⁵⁸ LANGBEIN, John H., “Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio por jurados.”, traducción de A. Bovino y C. Courtis, en Nueva Doctrina Penal A/1996, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, pág. 45-53.

momento como calificarlo, así como la pena a negociar. La decisión de iniciar la persecución penal es una de las funciones más importantes que ejerce el fiscal.

Esta absoluta libertad con que cuenta el fiscal, sin que sea susceptible de control por parte de los jueces, radica en el principio de división de poderes, pues, al constituir la persecución penal una tarea *típicamente ejecutiva*, el poder judicial no puede interferir con el libre ejercicio de los poderes discrecionales del fiscal.⁵⁹

Así el fiscal decide discrecionalmente por qué cargos acusar, pudiendo ofrecer reducir los cargos y solicitar una condena menor, sin que sea revisable judicialmente su decisión. La concesión del imputado como siempre es la admisión de su culpabilidad. La práctica del plea bargaining *“transfiere el poder de condenar a un ‘juzgador’ de escasa visibilidad, el fiscal”*⁶⁰.

LANGBEIN sostiene respecto al sistema estadounidense *plea bargaining* que existe una diferencia entre soportar que le trituren los miembros y sufrir algunos años adicionales de prisión si uno se rehúsa a confesar, pero la diferencia es de grado, no de calidad. El *plea bargaining*, al igual que la tortura, es coercitivo.

El procedimiento abreviado también es pasible de fuertes críticas desde Europa, de la mano de Luigi Ferrajoli, quien postula que *“todo el sistema de garantías queda así desquiciado: el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero, sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación; los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, ya que no existe ningún criterio legal que condicione la severidad o la indulgencia del ministerio público y discipline la partida que ha emprendido con el acusado; la inderogabilidad del juicio, que implica infungibilidad de la jurisdicción y*

⁵⁹ BOVINO, Alberto, “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, en “El procedimiento abreviado” Maier – Bovino compiladores, Editores del Puerto (2001).

⁶⁰ LANGBEIN, op. Cit. Pág. 50.

de sus garantías, además de la obligatoriedad de la acción penal y de la indisponibilidad de las situaciones penales, burladas de hecho por el poder del ministerio fiscal de ordenar la libertad del acusado que se declara culpable; la presunción de inocencia y la carga de la prueba de la acusación, negadas sustancial, ya que no formalmente, por la primacía que se atribuye a la confesión interesada y por el papel de corrupción del sospechoso que se encarga a la acusación cuando no a la defensa; el principio de contradicción, que exige el conflicto y la neta separación de funciones entre las partes procesales.”⁶¹

Otro de los tópicos que hacen al asunto que estamos estudiando es el relativo a si el juicio previo previsto por nuestra Carta Magna es un derecho renunciable por parte de los justiciables, o si por el contrario, es un imperativo institucional. La discusión referente a este tema es de relevancia ya que una conclusión en el sentido de la segunda de las postulaciones podría resolver gran parte de la polémica, toda vez que los posibles agravios que ocasiona la vía abreviada se verían reducidos si la solución fuera que el juicio previo es un derecho renunciable por parte del imputado.

Díaz Cantón entiende que *“el planteo padece de un defecto genético, que lo deslegitima totalmente: no cabe hablar de ‘renuncia’ cuando la manifestación de voluntad no es fruto de la total libertad de decisión, sino que no puede desprenderse del componente coactivo.”⁶²*

La discusión sobre este particular surgió a partir de un precedente jurisprudencial, más precisamente del voto en disidencia del juez Magariños en el caso “Osorio Sosa, Apolonio”⁶³. Dicho magistrado sostuvo que el juicio público no es sólo una garantía individual sino un imperativo institucional irrenunciable para el

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.” Edit. Trotta, pág. 749

⁶² DIAZ CANTON, ob. cit.

⁶³ Causa n° 451 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 de Cap. Fed., sentencia del 23/12/97. Publicada en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 8, pág 636/71.

imputado. Ello se desprendería de las cláusulas constitucionales⁶⁴ que prescriben el establecimiento del juicio por jurados, el que de ninguna otra manera puede ser más que oral y público. De esta manera el acusado se asegura que su juicio se desarrollará en igualdad de armas con la parte acusadora, que el tribunal actuará en forma imparcial, y al mismo tiempo se garantiza a los ciudadanos ajenos al proceso su acceso al juicio para ejercer su rol de guardianes de los valores republicanos que deben reinar en el procedimiento judicial, evitando abusos por parte de las autoridades. Así podemos observar, como decíamos en renglones anteriores, que la realización pública del juicio cumple una doble función: garantía individual para el imputado y garantía social para el resto de la ciudadanía.

Sucede que el juicio previo, al igual que el resto de las garantías constitucionales, opera como un límite al poder del Estado a la vez que es garantía para el imputado. En este mismo sentido se manifiesta SCHIAVO cuando sostiene que las *“garantías son una barrera o escudo de protección general de los ciudadanos frente al Estado, razón por la cual en los casos puntuales operan de forma particular y general. Particular en relación al sujeto amenazado con la punición estatal; general en cuanto a que el Estado se encuentra siempre limitado para ir más allá de las mismas so riesgo de invalidar su propia potestad sancionatoria. (...) Las garantías son en sí barreras infranqueables que tiene el Estado en defensa general de los ciudadanos, límites que definen al Estado mismo y que no pueden ser renunciadas por los particulares en cada caso si no quiere correrse el riesgo de que pasen a ser una mera declaración general de principios.”*⁶⁵

La irrenunciabilidad del juicio previo en el proceso penal es de tal magnitud, que si una persona que comete un crimen se dirige inmediatamente después de ello hasta la puerta de una cárcel confesando el hecho y queriendo empezar a cumplir su condena desde ese instante, tal proceder sería inaceptable

⁶⁴ Arts. 24, 75 inc. 12 y 118 de la Constitución Nacional.

⁶⁵ SCHIAVO, Nicolás, “El juicio abreviado: ¿Otra búsqueda de confesión en el proceso penal?”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Vol. 7, n° 12, Ed. Ad-Hoc, (2001), pág. 486.

por parte de la comunidad académica así como de la totalidad de los operadores del sistema penal (desde el guardia que recibe al sujeto en la puerta del penal, hasta el abogado que represente al particular damnificado!).

Resulta abrumador lo señalado por BOVINO cuando afirma: *“parece razonable afirmar que el consentimiento del imputado no puede ser eficaz para renunciar al juicio previo, del mismo modo que ese consentimiento no podría ser eficaz para renunciar al principio de legalidad material. ¿Cuál podría ser la diferencia sustancial entre aplicar una pena por un hecho punible sin juicio previo y aplicar una pena después de un juicio por un hecho que no es punible.”*

Debe quedar bien en claro: el juicio previo, como derecho fundamental del sujeto es inalienable, inviolable, indisponible, intransigible y personalísimo. El Estado para poder imponer condena a un individuo debe irremediablemente realizar el juicio previo que ordena el texto constitucional.

Los acusados no pueden renunciar al juicio previo, y menos si son seducidos a ello por el propio Estado, como ocurre en el juicio abreviado.

Estimo también interesante, en este aspecto, lo sostenido por Bruzzone: *“Si bien el juicio abreviado, u otras formas de transacción, son posibles en relación al art. 18 CN, no lo serían frente al carácter imperativo del art. 118 CN. La imposibilidad de renunciar al juicio por jurados viene dada más por consistir en un derecho de los ciudadanos a formar parte del jurado, participando de esa forma de la administración de justicia penal, que como un derecho de acusado, que si bien no lo es, no define su carácter imperativo. Lo que lo convierte en irrenunciable es un derivado de la organización republicana de gobierno en el reparto de poder.”*⁶⁶

Por último cabe señalar que el Juicio Abreviado fue pensado con la finalidad primaria de evitar que todas las causas penales lleguen a juicio oral, y

⁶⁶ BRUZZONE, Gustavo “Aspectos problemáticos de la relación entre el juicio abreviado y juicio por jurados”, pág.15, citado por DIAZ CANTON en ob. cit., pág. 267.

así, mediando un fuerte ahorro de energía y recursos materiales y humanos, lograr el dictado de mayor número de sentencias en menor tiempo; consiguiendo también por esta vía que se reduzca la cantidad de procesos que terminaban cayendo en la prescripción por el transcurso del tiempo.

Se intenta justificar este proceder elevando a la *celeridad procesal*⁶⁷ a la cúspide de la pirámide de garantías. Es indudable por todos que cualquier imputado tiene derecho a que su situación procesal sea resuelta lo más pronto que sea posible, pero ello de ningún modo puede significar un menoscabo del resto de las garantías judiciales consagradas en la Constitución Nacional. No es aceptable que con el objetivo de hacer más ágil y rápido el procedimiento se elimine por completo la forma enjuiciamiento diseñada por la Carta Magna.

No puede aceptarse en un Estado Liberal de Derecho que la lesión a garantías constitucionales sea el precio de descongestionar el sistema de justicia criminal, en aras de la celeridad del proceso. El Estado debiera buscar los mecanismos afines al texto constitucional para lograr descomprimir los atiborrados tribunales, y lograr eficiencia sin perjudicar los derechos fundamentales de las personas. Por el contrario, mediante la introducción del Juicio Abreviado al derecho positivo el Estado *“pretende solucionar la situación, de la que él mismo es responsable, trasladando esa responsabilidad al imputado: si quiere un juicio rápido y poner fin a su prisión preventiva y a la situación de incertidumbre a la que está sometido, que renuncie entonces al juicio previo a cambio de una pena más leve.”*⁶⁸

En sentido similar se manifiesta VEGEZZI, quien entiende también que no puede “beneficiarse” una garantía en perjuicio de otra, y que el imputado no debe correr con los costos de un Estado inoperante que ve en la limitación de

⁶⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9, 3 *“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.”*

⁶⁸ CORDOBA, Gabriela, “El juicio abreviado en el código procesal penal de la nación”, en *“El procedimiento abreviado”*, Julio B. J. MAIER y Alberto BOVINO compiladores, Ed. Del Puerto, Buenos Aires (2001), pág. 242.

derechos la vía de escape más rápida al problema de la escasez de recursos y sobrecarga de trabajo. “*La falta de recursos no puede perjudicar a los inocentes sometidos a proceso. Las garantías procesales no permiten el intercambio de unas por otras, como si se tratara de una relación comercial.*”⁶⁹

Pareciera tener sentido nuevamente lo dicho por LANGBEIN de que se ha establecido un verdadero “mercado persa”, al hacer referencia a las negociaciones entre Fiscalía y Defensa. Pareciera que las garantías constitucionales entraran en ese intercambio perverso.

Con el pretexto de garantizarle al acusado la resolución de su estado de incertidumbre en un plazo menor al elegir el camino del Juicio Abreviado, enarbolando sobreactuadamente la bandera de la celeridad procesal, el único realmente beneficiado es el Estado, pulverizando tanto el sistema de enjuiciamiento que fuera ideado por la Constitución, como las garantías en ella establecidas para limitar el poder penal estatal, poniendo en peligro de tal modo a los individuos que caen en las redes del sistema penal.

Pareciera que la “eficiencia” y la “gestión” han triunfado por sobre los ideales que influyeron en nuestros constituyentes al diseñar el modelo de enjuiciamiento penal que permitiera imponer el encierro físico como castigo.

Las razones de esta avanzada *eficientista* las veremos en la Parte que continúa.

⁶⁹ VEGEZZI, Santiago, op. Cit., pág. 362.

PARTE CUARTA.

ASPECTO EMPÍRICO.

ANALISIS CUANTITATIVO

Como se anunció oportunamente, esta Parte Cuarta de la tesina se aboca, principalmente, a estudiar los datos empíricos que han sido recolectados de los órganos jurisdiccionales penales que componen el Departamento Judicial Mar del Plata y que permitirán dar respuesta afirmativa a la hipótesis inicial, esto es: actualmente, en el Departamento Judicial Mar del Plata, el juicio oral y público, modo constitucional de decidir el conflicto penal pareciera estar yendo prácticamente hacia su desuetudo, dada la enorme cantidad de juicios abreviados que se celebran en su lugar. Se ha postergado el debate oral, la contienda entre partes iguales, por una “justicia de pasillos”, en la que las posiciones de sus participantes dejan de estar en equilibrio, para pasar a inclinarse la balanza de poder -en un alto grado- en favor de los intereses y pretensiones de la Fiscalía; y todo ello, entiendo, bañado de una gran influencia de la introducción en el sistema penal de leyes propias del mercado, que sobrestiman conceptos como “gestión” y “eficiencia”, por sobre la Justicia y los Derechos Fundamentales de los individuos.

El juicio abreviado es utilizado en forma exacerbada en comparación con el juicio oral y público con la excusa de otorgar mayor agilidad al proceso y así lograr descongestionar los abarrotados juzgados y tribunales penales; pero detrás de ese noble ideal lo que se esconde realmente son las ganas del *ius puniendi* estatal de poder lograr su expansión y concreta aplicación sorteando los mecanismos “intrincados” que para su ambición presenta el proceso penal, o más generalizadamente el Derecho Penal todo, en su función contenedora del poder represor del Estado. En dicha inteligencia, el juicio abreviado permite alcanzar condenas sin la necesidad, por parte de la acusación llevada adelante por un órgano estatal, de desplegar una compleja actividad tendiente a probar públicamente la imputación que dirige al imputado, debiendo enfrentarse además en una “batalla” procesal con la defensa que pretenderá desvirtuar las pruebas de cargo que se presenten, sucediendo todo ello ante la mirada de un juzgador

imparcial encargado de decidir definitivamente la situación de un ciudadano, al que sólo podrá imponerle castigo si el Fiscal consigue destruir la presunción de inocencia con el grado de certeza que una sentencia penal requiere, es decir, se comprueba la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Como lo relatado demandará mucho tiempo y esfuerzo, e incluso en ocasiones a pesar de ello no se obtendrá el resultado esperado, la solución que ofrece una alternativa como la del juicio abreviado se presenta por demás tentadora para los operadores judiciales.⁷⁰

Esta “salida” simplificada del proceso es funcional a los criterios tecnócratas que parecen haberse consolidados en el sistema penal, en los que los “bajos costos” y la “celeridad” aparecen como pilares que ordenan todo el funcionamiento del aparato judicial. Como se sostuvo líneas precedentes, el juicio abreviado encaja perfectamente en la lógica actuarial que gobierna actualmente el sistema de justicia criminal, ya que facilita el logro de objetivos tácitamente impuestos en tanto permite una mayor producción de sentencias de forma más veloz, y como se pudo ver los objetivos intrasistémicos son de una gran relevancia para la racionalidad managerial.

Por otra parte, como señala BOMBINI *“la justicia actuarial, igual que todos los sistemas de control del delito, requiere credibilidad y legitimidad ante la ciudadanía o comunidad para permitir un funcionamiento estable y un control de la delincuencia efectivo (Lea, 2004). La estrategia actuarial pretende su legitimación ante la población mediante la difusión de un discurso, repleto de contenido simbólico, de peligrosidad social, de grupos y zonas de riesgo, etcétera.”*⁷¹ Ha servido, sin dudas, para poder dar rápida respuesta a las demandas sociales que reclaman una pronta actuación y solución judicial ante un hecho criminoso. Hay

⁷⁰ Entiendo que aquí no debe achacarse solamente a la parte acusadora la gran expansión de la utilización del instituto estudiado, sino que también para la defensa significa una descarga de trabajo, y por ello es también ampliamente aceptado y empleado por dicha parte.

⁷¹ BOMBINI, Gabriel (2008) “Transformaciones recientes en las políticas penales en la Argentina: entre las necesidades populistas y las aspiraciones tecnocráticas de eficacia”, en *“Violencia y sistema penal”*, Roberto Bergalli, Iñaki Rivera Beiras, Gabriel Bombini (compiladores), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, pág. 55.

que ver si la respuesta brindada es de la calidad de la prometida o de la esperada, ya que el reclamo social suele ser el de una rápida decisión que importe una dura y fuerte sanción.

A continuación, entonces, veremos cómo el juicio abreviado se ha llegado a convertir en el modo normal de imponer una condena penal.

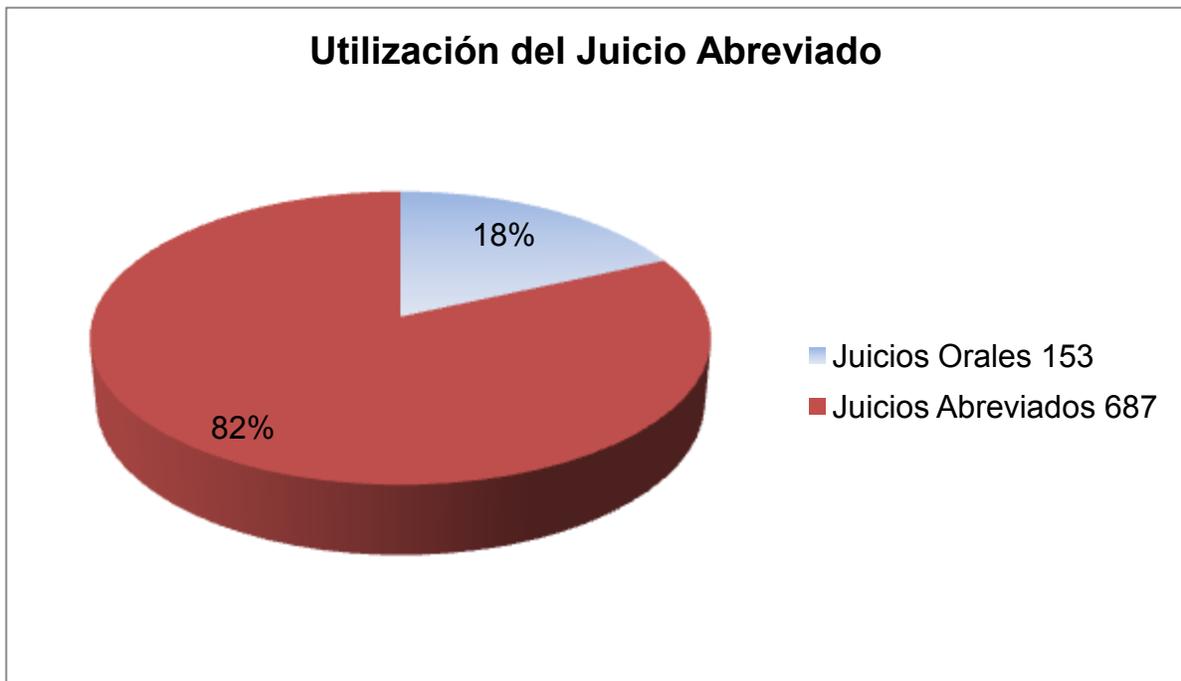
Previamente corresponde dejar aclarado que con el relevamiento que sigue a estas líneas no se pretendió realizar un análisis del funcionamiento de cada órgano jurisdiccional, de cada fiscalía o defensoría, si no realizar un estudio global sobre lo que sucede en el Departamento Judicial Mar del Plata, de la dinámica con que funciona el juicio abreviado, tomando para ello distintas variables que nos permitirán observar con claridad y profundidad la concreta utilización de esta herramienta procesal.

Entiendo que corresponde comenzar por comparar la cantidad de juicios abreviados que se han realizado con la cantidad de juicios orales que se han celebrado, como modo de establecer de entrada los parámetros bajo los cuáles nos encontramos.

De la información relevada se desprende que durante el año 2012, en el Departamento Judicial Mar del Plata, se dictaron 840 sentencias definitivas en procesos penales. De ese total, 687 fueron producto de acuerdos de juicio abreviado, y tan sólo 153 respondieron a la realización de juicios orales y públicos. Dichos datos ya aparecen como alarmantes, y no sólo permiten confirmar el presupuesto inicial, sino que, más aún, importan una racional base para temer que lo que infaustamente sucede en los Estados Unidos de América⁷² se termine extrapolando a nuestra realidad, esto es, que el juicio ordinario quede prácticamente en desuso, y sin que a la mayoría de los involucrados se les mueva un ápice por ello.

⁷² Recordemos que se ha sostenido reiteradamente que en el país del norte los casos resueltos por el sistema del *plea bargaining* superan el 90%, y que el juicio por jurados es cada vez menos utilizado.

El cuadro que luce a continuación permite graficar y clarificar la magnitud de lo que estamos sosteniendo.



Como fácilmente se advierte, la diferencia entre la utilización de un sistema y otro es altamente llamativa. Sólo el 18% de las sentencias dictadas durante el año 2012 fue fruto del modo establecido en la Ley Fundamental para dar solución a los procesos criminales. El restante 82% obedeció a la fácil vía que significa el juicio abreviado, que permite soslayar las normas constitucionales en aras de la *productividad*. Las leyes de mercado se inmiscuyen en todas las áreas de la vida privada y de la vida pública, el sistema penal no ha quedado exento de dicho avasallamiento.

Los porcentuales precedentes, en rigor de verdad, no deben sorprender. Y afirmo ello en virtud de que, si desde las altas esferas de poder se promueve de distintas maneras el empleo del juicio abreviado como forma de terminar los procesos, no deben causar asombro los guarismos que ha arrojado el trabajo de campo llevado a cabo por este estudiante de posgrado. Me refiero a que si desde la cabeza del Ministerio Público Fiscal se instruye y fomenta a que en cada

requisitoria de elevación a juicio se formule por escrito también la “propuesta” de juicio abreviado para el caso en concreto⁷³, lo extraño sería que sucediera lo contrario. Y *cuidado!* Que siempre estas recomendaciones se hacen bajo el pretexto de consolidar al juicio ordinario, por contradictorio que suene: “*uno de los objetivos pendientes es sin duda el fortalecimiento del juicio oral, público y contradictorio como modo ordinario de materializar el juicio previo constitucional.*”⁷⁴ Aquí sí que resulta adecuado calificar de esquizofrénico el actuar estatal. En la misma resolución en que supuestamente se defiende el juicio oral, no sólo se termina aventando la solución contraria, sino que también -y de mayor ilógica aún, o cínica sinceridad- se reconoce que el modo en que se concretiza el juicio previo ordenado por la Constitución Nacional es el debate oral, público, continuo y contradictorio!

Por supuesto, y como no podría ser de otra manera, en esas resoluciones se observa, además, la fuertísima impregnación de la lógica actuarial y managerialista que sostenemos informa todo el sistema. Se puede leer en la resolución aludida que la *aceleración de los procesos* es una de las metas a perseguir, haciendo un uso *equilibrado y racional* de las alternativas legales que se ofrecen, y que el juicio abreviado debe “*coadyuvar a la simplificación procesal, al uso racional de recursos, a la celeridad y, finalmente, a la organización del trabajo de los órganos jurisdiccionales contribuyendo, con todo ello, a la construcción de un sistema penal efectivo y eficaz.*”

Pero no son únicamente Resoluciones las que incentivan –muchas veces subrepticamente- la utilización constante del juicio abreviado, y que se embeben de esa “nueva” racionalidad que es el actuarialismo penal. Citando a guisa de ejemplo la ley provincial 13.260⁷⁵, diremos que en ella, bajo la apariencia de defender el juicio oral mediante la prohibición de presentar acuerdos de juicio abreviado dentro de los 30 días de la fecha fijada para el debate, lo que se hizo al

⁷³ Resolución n° 529/06 de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

⁷⁴ Considerando primero, de la Resolución 529/06. El resaltado nos pertenece.

⁷⁵ Sancionada el 21/10/2004, y publicada en el Boletín Oficial el 7/12/2004.

unísono fue flexibilizar y ampliar los límites temporales que regían anteriormente para dicho cometido. Por supuesto que ello siempre en miras de “*optimizar la eficacia del fuero frente a la problemática delictiva existente en la jurisdicción.*”⁷⁶

Otro tanto se puede decir de la Ley 13.943⁷⁷, que entre otras cosas, trajo la importantísima modificación de aumentar el tope punitivo de los juicios abreviados, duplicando casi el mismo, toda vez que de los originarios ocho años que permitía como máximo dicho instituto, se lo elevó a quince, facilitando el crecimiento aún más del número de acuerdos celebrados; sin que para dicha modificación se hayan esbozado explicaciones o argumentos de fuste.

En los Fundamentos dicha norma se advierten claros rasgos de la lógica actuarial, y de la plataforma que permite su legitimación ante la sociedad. Allí se puede leer que las reformas introducidas a la justicia penal lo son “*para mejorar la respuesta del sistema penal a los graves conflictos que reclaman su intervención, acelerando los procesos penales y optimizando los recursos existentes...*”, afirmándose también que las mismas son el resultado de los reclamos de la sociedad en su conjunto. La búsqueda de eficiencia y eficacia campea a lo largo de toda la exposición de los fundamentos de dicha ley, teniendo también a la celeridad procesal como uno de los nortes fundamentales. Pero es *admirable* el propósito que se le reconoce a las reformas introducidas al ritual judicial: “*gestionar la conflictividad ínsita en todo proceso penal.*”⁷⁸

Pareciera que la hipótesis está comprobada por completo y que el trabajo está terminado. Pero ello no es así. Ver el modo en que concretamente es utilizado el juicio abreviado, mediante la recopilación y análisis de datos es lo que se anunció y así se hará. Ello nos permitirá comprender cabalmente las implicancias que conlleva el uso exacerbado del instituto bajo análisis, y nos facilitará la comprensión del fenómeno que significa que las condenas penales sean impuestas por un mecanismo distinto al que la Carta Magna prescribe.

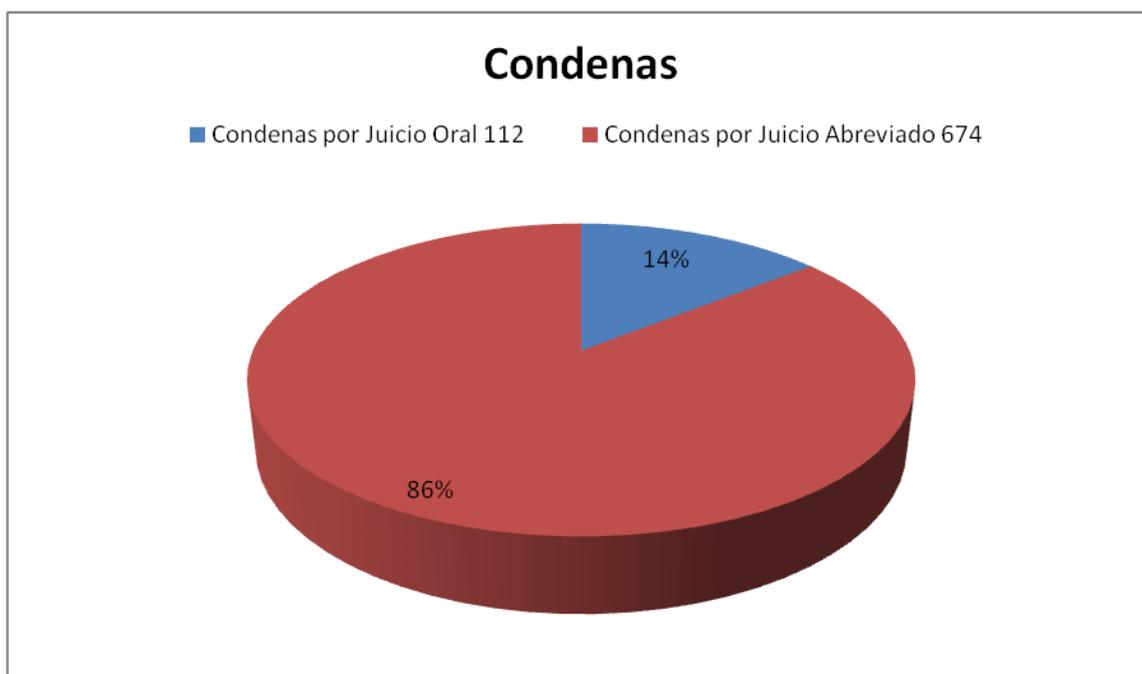
⁷⁶ Ver Fundamentos de la Ley 13.260.

⁷⁷ Sancionada el 23/8/08, y publicada en el Boletín Oficial el 10/2/09.

⁷⁸ Ver Fundamentos de la Ley 13.943. El resaltado nos pertenece.

Es que, conforme entiende quien escribe estas hojas, la aplicación de castigo penal mediante este procedimiento es lo que más debe causar espanto a quienes pretendemos un respeto absoluto e irrestricto de las garantías constitucionales y de los Derechos Humanos.

El gráfico que sigue a continuación muestra diáfano que el juicio abreviado se da de maravillas con la finalidad represora del Estado. De las 786 condenas impuestas durante 2012, el 86% de ellas lo fue por medio del método simplificado que significa esa herramienta procesal. Al decir de BINDER nos encontraríamos frente a un 86% de condenas ilegalmente impuestas.⁷⁹ Tan sólo el 14% se dictaron luego de llevarse a cabo el juicio ordinario.



⁷⁹ Ver nota 24.

Estos números, que realmente hablan por sí solos, no hacen otra cosa que develar el poco apego de los operadores judiciales por las pautas fijadas constitucionalmente⁸⁰.

Es que resulta muy dificultoso rehusar una herramienta que librará a todos de una carga de trabajo de importante cantidad y calidad: porqué no echar mano a ella? Si la ofrecen, estimulan y alientan: porqué resistirse? Creo oportuno aquí traer a colación lo dicho por uno de los Secretarios de los organismos a los que recurrí para obtener la información que se vuelca en estas páginas, quien al conversar sobre el trabajo que emprendería, y teniendo en cuenta el título que le daría al mismo, me espetó “acá no hay extorsión, lo que no hay es ganas de trabajar”, mientras de las estadísticas que tenía en su mano me señalaba la gran diferencia en el número de juicios abreviados y juicios orales llevados a cabo.

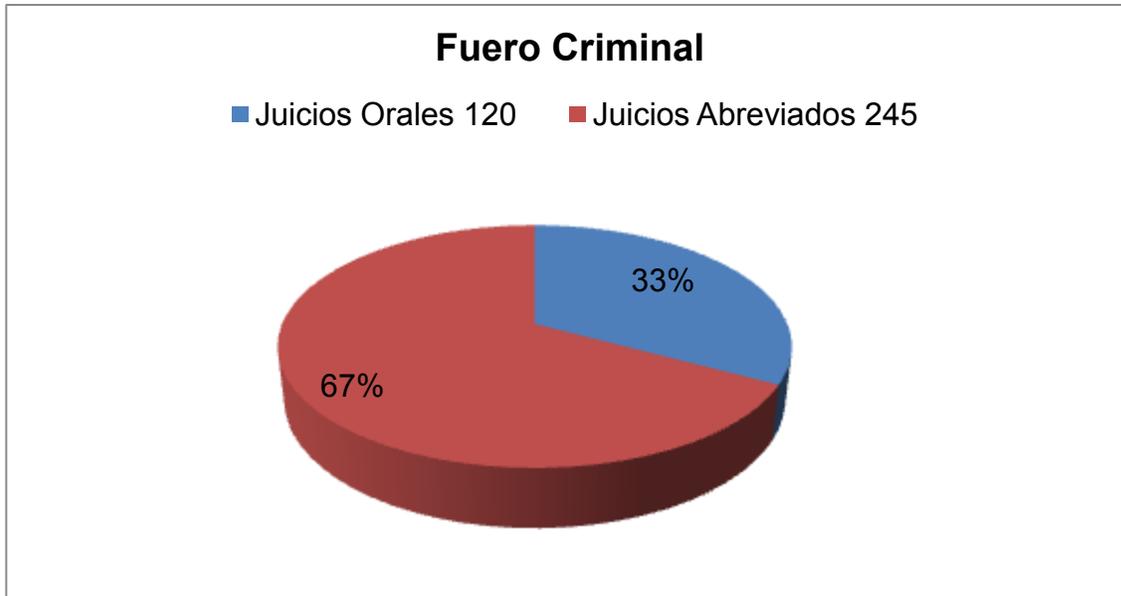
Como se viene afirmando el juicio abreviado cae “como anillo al dedo” para aliviar la “sobrecargada” tarea diaria, y muestra de ello es que sólo hubo 8 rechazos o desestimaciones de juicio abreviado durante el período estudiado. Clara pauta de que la enorme mayoría es aceptada casi automáticamente.

En lo siguiente observaremos cómo ha sido la utilización del juicio abreviado tanto en el fuero criminal⁸¹ como en el fuero correccional.

Empezando por el primero de ellos, corresponde señalar que, durante el año 2012, se dictaron 265 sentencias, correspondiendo 120 de ellas a juicios orales y respondiendo 245 a la celebración de acuerdos de juicios abreviados.

⁸⁰ No resulta objeto de este trabajo, pero para ahondar en ello podría hacerse referencia a la desmesurada utilización de la prisión preventiva, a la aplicación de la reincidencia, ente un montón de otros ejemplos que servirían para confirmar lo arriba aseverado.

⁸¹ Es menester aclarar aquí que, para el estudio más detallado que se verá en lo sucesivo referido al tipo y monto de pena aplicada, como al delito por el cual se abrevió el procedimiento, no se ha tenido acceso, por cuestiones operativas, a los datos correspondientes al Tribunal Criminal n° 2. Sin perjuicio de ello, los valores arrojados han sido obtenidos del resto de los Tribunales de igual competencia, por lo que la ausencia de los datos de dicho organismo no afectan en nada el análisis realizado, en tanto los promedios generales no se verían de ningún modo perjudicados, los que resultan absolutamente representativos de lo sucedido en este departamento judicial con el instituto bajo estudio. Sí se ha obtenido la información relativa a la cantidad de juicios orales y juicios abreviados realizados.



Se puede apreciar también aquí una brecha importante entre los juicios orales celebrados y los juicios abreviados realizados, duplicando éstos últimos a los primeros. Cabe señalar aquí, que en Departamento Judicial analizados son cuatro los órganos jurisdiccionales colegiados con competencia criminal, recordando asimismo que desde la entrada en vigencia de la ley 13.943 existe la posibilidad de que ante la propuesta de alternativas al juicio oral, como es el instituto bajo análisis, se prescindiera de la integración colegiada del tribunal, pasando a ser resuelto el caso en forma unipersonal por alguno de los magistrados que conforman el organismo. De tal modo se multiplican las chances y se abre el terreno aún más para que la forma de terminación del proceso sea la del juicio abreviado. La reforma legislativa que así lo dispuso, según se aprecia de la lectura de sus Fundamentos, pretendió reorganizar el sistema judicial para permitir *“potenciar la eficacia del sistema penal y un mejor aprovechamiento de los recursos humanos de la administración de justicia en esta materia (...) disminuyendo los tiempos de resolución de los casos.”*⁸² Nuevamente, y como de

⁸² Idem 9.

costumbre, el lenguaje actuarial sirviendo de plataforma para las reformas al código ritual.

Por su parte, en el fuero correccional, en el que los hechos que se ventilan son de un menor disvalor, no siendo la privación de libertad lo habitual en dichos procesos, la diferencia entre juicios orales y juicios abreviados realizados resulta aún más elevada.

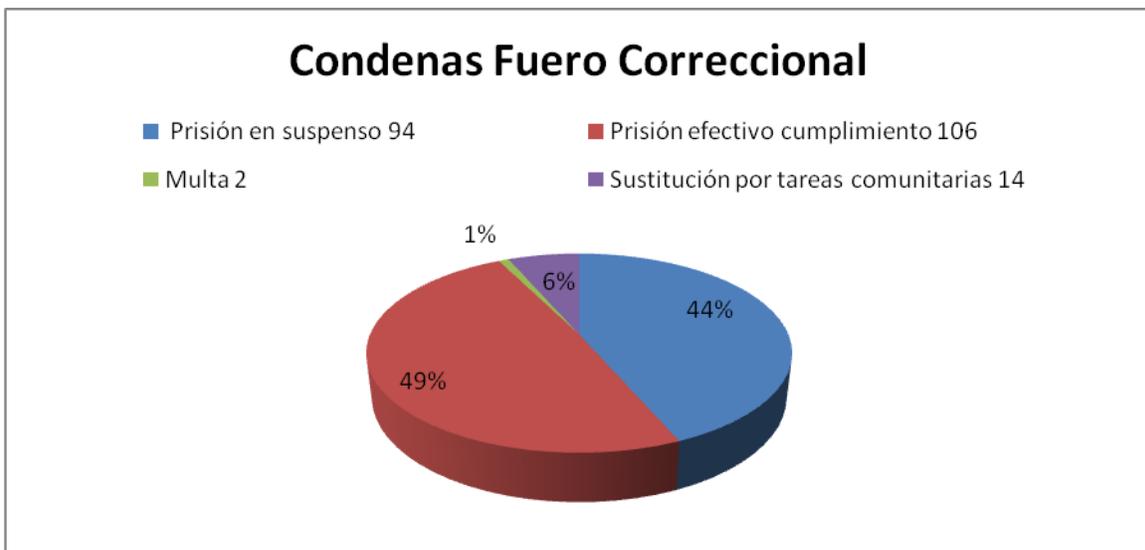


Nos evidencia el gráfico precedente que en la justicia correccional la sentencias dictadas en el marco de juicio abreviado es del 87%, subiendo en veinte puntos porcentuales el número respecto de la misma herramienta procesal en el fuero criminal. Sólo un escueto 13% de las sentencias dictadas han sido producto de la celebración de juicios ordinarios. Puede ser llamativo que habiendo menos causas por decidir en estos juzgados que en los tribunales criminales, el juicio oral sea tan escasamente utilizado; llegando incluso al extremo de que en uno de los cinco juzgados correccionales existentes, se realizara, a lo largo de todo el año 2012, tan sólo UN juicio oral y público. Esto, entre otras cosas, pareciera desmentir aquel trillado discurso de que la utilización del juicio abreviado permitiría descongestionar los sobrecargados tribunales permitiendo que sean llevados efectivamente a juicio los casos de mayor complejidad o trascendencia

social. Por el contrario, revela el poco interés de los operadores por llevar adelante el “engorroso” trabajo de citar testigos, preparar prueba, elaborar alegatos. Recobra vigor aquí lo expresado por ese Secretario que mencionaba más arriba, que “casualmente” llegaba a esa conclusión desarrollando sus tareas en un juzgado correccional.

Veremos ahora cómo ha sido el concreto funcionamiento del juicio abreviado en dichos juzgados, y los tipos de resoluciones que produjeron.

De los 219 juicios abreviados que se acordaron hubo solamente dos absoluciones y un rechazo, las 216 restantes sentencias fueron condenatorias. De esas condenas 94 fueron de prisión de ejecución condicional, 2 de multas, 106 de prisión de efectivo cumplimiento, y otras 14 fueron sustituidas por tareas comunitarias.



De los datos recabados se pudo establecer que las condenas dictadas lo fueron por una amplia gama de tipos punibles. Veamos.

Tipo penal

Robos	59
Hurtos	28
Homicidios culposos	6
Encubrimientos	28
Tenencia ilegal de arma de uso civil	10
Daños	6
Portación Arma de uso civil	15
Tenencia ilegítima de estupefacientes	6
Agresión con arma	2
Amenazas	2
Abusos de arma	4
Estafas	3
Lesiones (leves y graves)	13
Violación de domicilio	3
Privación Ilegítima de la Libertad	1
Quebrantamiento pena de inhabilitación	1
Uso de documento público falso	1
Vejaciones	1
Abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima	1
Abuso sexual simple	3
Resistencia a la autoridad	1
Tenencia ilegal de arma de guerra	4
Defraudaciones	3
Lesiones culposas	3

Evasión	2
Usurpación de propiedad	2
Suministro gratuito de estupefacientes	3
Homicidio en riña	2
Coacción agravada	1
Infracción art. 17 ley 12.331	1
Infracción art. 193 bis	1

De lo plasmado en el cuadro precedente se observa sin dificultad que los juicios abreviados celebrados dentro del fuero correccional fueron de variada conflictividad penal. Sin perjuicio de ello, se puede advertir también que los delitos contra la propiedad fueron los más “acordados”, encabezados por los robos con un 27% y los hurtos con un 13%.⁸³ Se destaca también en este fuero un importante 13% de condenas por el delito de encubrimiento (en sus distintas variantes). Por el contrario llama poderosamente la atención por bajo índice de causas sentenciadas respecto del delito de homicidio culposo. Tan sólo 6 sentencias condenatorias fueron dictadas por vía del juicio abreviado respecto de dicho tipo penal, equivaliendo a un 3% del total. Y ello no es a causa de que se hayan resuelto estos delitos por medio del juicio ordinario, ya que por este carril solo una causa fue decidida, imponiéndose una pena de ejecución condicional.

Y haciendo mención a los juicios orales, de los guarismos arrojados por dicho mecanismo procesal en el fuero correccional, puede decirse que habiéndose realizado 33 juicios orales la paridad entre absoluciones y condenas fue casi total. Se dictaron 17 absoluciones y 18 condenas; entre ellas 6 fueron de ejecución condicional y 12 de efectivo cumplimiento. Es preciso señalar que en dos de las

⁸³ Cabe señalar aquí que, para la categorización efectuada, se tomaron dentro de los conceptos de Hurto y de Robo, todas las posibles variantes del mismo, así como tampoco se diferenció entre tentados y consumados. Con el caso del delito de encubrimiento se procedió de igual modo.

sentencias hubo al mismo tiempo veredicto condenatorio y absolutorio, en tanto hubo pluralidad de imputados que corrieron distintas suertes.

Atento los valores finales observados tanto del juicio oral como del juicio abreviado en el foro correccional, no cabe duda –y se confirma nuestra sospecha– que el mecanismo de simplificación del proceso aquí estudiado es la herramienta perfecta ideada para conseguir condenas a bajo costo –tanto material como intelectual–, permitiendo a los órganos encargados de la persecución penal obtener un alto grado de “efectividad” en su actuación acusatoria. Y podemos decir esto dado que tan sólo el 1% de las causas terminadas por juicio abreviado tuvo veredicto absolutorio. No resulta ello extraño si tenemos en cuenta que para muchos de los jueces penales la firma de un acuerdo de juicio abreviado es equivalente a la confesión del hecho, a pesar de que nuestro código provincial no legisle de tal modo este instituto. Entiendo que esta circunstancia responde a variables ideológicas y de otras características que escapan ampliamente al objeto de examen de este trabajo, pero que sin dudas resultaría altamente interesante su estudio en particular y de forma profunda.

A continuación se verán los resultados de los datos recabados en los tribunales criminales, en los que haremos también mención a los montos punitivos impuestos.

Comenzaremos señalando que de las 176 sentencias relevadas producto de juicios abreviados, 166 de ellas fueron condenatorias, 3 absolutorias, y 7 desestimaron el acuerdo al que arribaron las partes. De aquellas 166 condenas 42 lo fueron de ejecución condicional y 124 de efectivo cumplimiento.



El cuadro precedente es muy útil para graficar y hacer más claro el funcionamiento que tiene también en este ámbito el juicio abreviado. Se repite casi en idénticos términos lo sucedido en la justicia correccional en cuanto a que el convenio de juicio abreviado equivale prácticamente para el imputado a firmar su propia condena. El número de absoluciones es realmente escueto, y ante ello nos queda como cuenta pendiente en este trabajo y asimismo como posible futura empresa, estudiar lo sucedido con las causas en las que se ha interpuesto recurso de casación contra la condena dictada en el marco de un juicio abreviado. Porque la circunstancia de que se decida absolver en unos pocos casos, da la pauta de que no siempre se reúnen todos los requisitos para adquirir la certeza necesaria para imponer condena, y resultaría por demás interesante conocer si a ese escaso número se pudieran sumar absoluciones dictadas como consecuencia de la revisión del fallo de primera instancia. Como se dijo, quedará esa intención para otro trabajo que se emprenda.

También se dijo más arriba que de las condenas pronunciadas 124 de ellas “*enviaron*” a personas a prisión. Aclaremos que entrecorrimos el verbo de la oración precedente debido a que en la mayoría, sino la totalidad, de los casos de condenas efectivas los imputados ya se encontraban detenidos cumpliendo prisión

preventiva. Sin perjuicio de esa aclaración, se puede ver la importancia que tiene el juicio abreviado en la dinámica del sistema penal, que será el facilitador para confinar e *incapacitar* a la gran mayoría de quienes se encuentran encerrados cumpliendo penas.



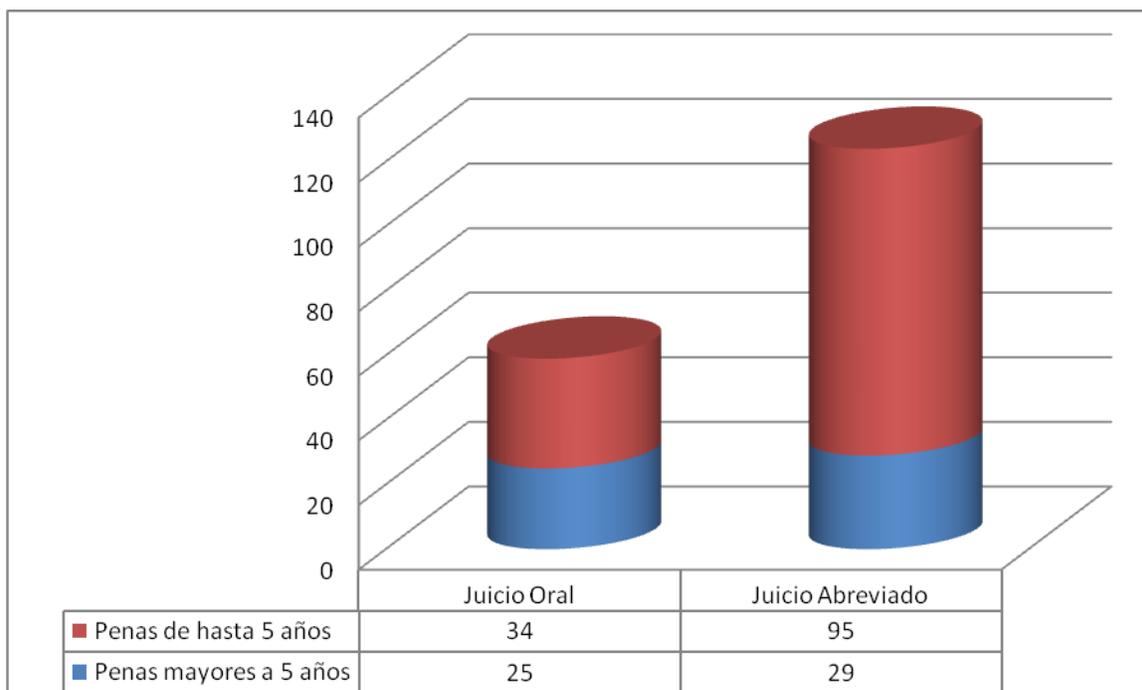
Se aprecia a simple vista que debido a la escala punitiva característica de la competencia criminal, el porcentaje de condenas de prisión de efectivo cumplimiento es ampliamente superior al que se podía observar en la justicia correccional. No puede haber duda a nadie tampoco que la situación de detención del imputado implica una arista importante a tener en cuenta al momento de firmar un acuerdo de juicio abreviado. Ello permite poner fin a la incertidumbre respecto del momento en el cual se podrá recobrar la libertad, y dicha circunstancia posibilita que la privación de libertad comience a tener otro cariz para el imputado.

Por otro lado, y de acuerdo a lo manifestado por algunos de los funcionarios entrevistados para esta tesina, el imputado que ha obtenido su libertad en las primeras etapas del proceso, y que afronta una acusación por un delito que no permitirá la aplicación de una prisión de ejecución condicional, o en virtud de los antecedentes personales del imputado no esté a su alcance dicha posibilidad, siendo la única opción para celebrar un acuerdo de juicio abreviado regresar a prisión, por supuesto que rechazará esa alternativa y decidirá ir a un juicio oral y público con la esperanza de obtener un fallo beneficioso a sus intereses, o solamente dilatar lo más posible el trámite de la causa, así como los eventuales

trámites recursivos, con la exclusiva finalidad de prolongar su estadía en el medio libre y evitar así su reingreso a un establecimiento de encierro.

Puede verse así, o por lo menos presumirse –ya que para su total confirmación se hace imprescindible contar con el testimonio de un gran número de acusados que hayan celebrado acuerdos de este tipo con la Fiscalía, cosa que escapa a las intenciones de este emprendimiento, y que sería más propias de un trabajo que estudiara el rol del imputado en el proceso penal-, que el estado de detención o de libertad del imputado influyen al momento de optar por simplificar el proceso por la vía bajo estudio.

Resulta importante, por otro lado, el distinto nivel de intensidad punitiva de las sanciones que conllevan encierro efectivo.



El gráfico precedente sirve para demostrar sin dificultad que en los juicios orales se verifica un mayor porcentaje de sentencias de alto calibre sancionatorio,

respecto de lo que sucede en el marco de los juicios abreviados. En tanto que en las condenas dictadas como resultado de un debate oral el 42% de las mismas implicó castigos mayores a los cinco años, en los juicios abreviados dicha categoría baja a un 23%; este número, entonces, es casi duplicado en los juicios ordinarios, como se puede observar. Pareciera poco descabellado, de tal modo, aquello reiteradamente sostenido por la doctrina de que en definitiva el monto de la condena responde más a la actitud procesal adoptada por el acusado, que al disvalor efectivo de la conducta reprochada, o a la necesidad de encierro en miras del tiempo que se necesitaría para una rehabilitación del condenado. El imputado que quiera ejercer su derecho de defenderse en un debate, en caso de ser hallado culpable y condenado, sufrirá también por el osado acto de animarse a discutir su situación y obligar a la “Justicia” a desplegar un mayor esfuerzo para lograr su sanción. La culpabilidad no es aquí la medida para determinar la pena.

Aunque la temática referida a la determinación de la pena no tiene el arraigo suficiente que se desearía en nuestra cultura jurídica, especialmente en la tradición jurisprudencial de todo el país, en los juicios abreviados la desidia por ese tópico es aún mayor. Es que en el aspecto referido a la determinación de la pena la regulación legal del juicio abreviado trastoca los papeles que clásicamente corresponden a cada uno de los intervinientes en un proceso penal. Ello, pues, la ley adjetiva pone en manos del acusador público la estimación de la pena a aplicar en el caso concreto, como se desprende de la letra del art. 395 del Código Procesal Penal bonaerense: *“Si el Fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de la libertad no mayor de quince (15) años o de una pena no privativa de la libertad, procedente aún en forma conjunta, podrá solicitar el trámite del juicio abreviado.”* Siendo ello así, quien tiene “la sartén por el mango” es claramente el Fiscal, quien a su vez usufructuando que en caso de dictarse sentencia condenatoria por medio del juicio abreviado la misma no podrá ser superior a la que se acordó, tiene para sí una gran herramienta de presión que podrá utilizar de ser necesario para “convencer” al imputado de que lo conveniente es esa opción. De no proceder así, visto los resultados que arrojan las

estadísticas, el peligro que corre de sufrir una sanción sensiblemente mayor es muy alto.

Sobre el tópico referido a la determinación de la pena puede señalarse también que, comúnmente se aprecia una falencia en este aspecto referida a los atenuantes y agravantes valorados para arribar a la pena pactada. Suele hacerse mención en las actas de los acuerdos la mención de las circunstancias atenuadoras o agravadoras de las penas, pero no se explica cómo concretamente afectaron en uno u otro sentido: se reiteran una y otra vez fórmulas vacías de contenido, se recurre a afirmaciones meramente dogmáticas.

Y peor aún se vuelve la situación si se tiene en cuenta que en la audiencia en la que se ratifica el acuerdo celebrado, en muchas ocasiones no está presente el Juez que decidirá el caso, tomando la misma un Actuario o un simple empleado, y que incluso en muchos de esos casos tampoco se encuentra el Fiscal. En virtud de ello quien sentencia, condena a una persona sin haber tenido ningún contacto con ella, sin conocerla. Pareciera dudoso que en ese contexto pueda cumplirse con las mandas de los arts. 40 y 41 del código fondal, que también rigen para este procedimiento simplificado.

Vuelven a mi mente las palabras de ese Secretario a que hiciera mención en párrafos precedentes.

Por otro lado, observando el mencionado cuadro referido a la magnitud de las penas de prisión impuestas, cabe colegir que si bien el juicio abreviado se presenta a la sociedad como la solución para evitar que las causas se cierren por prescripción, y por el contrario se logren condenas en un pronto plazo, evidenciando así la eficacia del sistema, si se comparan con los resultados de los juicios orales los “bajos” montos de las penas pactadas considero que no conformarían a esa opinión pública demandante siempre de más y mayor castigo penal. En tal sentido, tampoco cumpliría acabadamente con lo que a través del populismo punitivo –medio legitimante del actuarialismo penal- se promete, y por el contrario puede quedar un sabor amargo a quienes alientan el uso

indiscriminado de la prisión para combatir la inseguridad urbana, al ver que se acuerda una pena sensiblemente más baja a la que ellos desearían, y a la que probablemente se arribaría si se realizara el juicio oral y público.

Como hicimos con los juicios abreviados celebrados en el fuero correccional, corresponde también aquí señalar cuáles y en qué cantidad son los tipos penales por los que se ha “abreviado”.

Robos y Hurtos	120
Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización	12
Tenencia ilegítima de estupefacientes	4
Comercio de estupefacientes	2
Homicidio agravado por arma de fuego	1
Homicidio en grado de tentativa	7
Homicidio en ocasión de robo	1
Abuso sexual agravado	3
Incendio	2
Infracción artículo 189 bis	9
Lesiones	3
Falso testimonio	1
Abuso de armas	1

Como se observó en los datos obtenidos de la justicia correccional, aquí también se destacan los delitos contra la propiedad en su modalidad de robos y hurtos (en todas sus variantes) como los de mayor número de acuerdos celebrados. A pesar de que aquí la gama de tipos penales por los que se han firmado juicios abreviados es menor que aquella que describiéramos más arriba,

esa modalidad delictiva se mantiene incólume como la de mayor incidencia en las causas penales. Se advierte, por otro lado, un importante número de delitos reprimidos en la ley 23.737 que han sido resueltos por esta vía simplificada, llamando en cierto modo la atención que el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización ha sido decidido por el juicio abreviado en igual número al que ha sido sometido a juicio oral.

Corresponde decir aquí que los juicios orales criminales en los que se ha dictado fallo absolutorio ascienden al 23% de los casos. Es una sensible suba teniendo en cuenta el escueto 3% que se registró para los supuestos de juicios abreviados.

EL ESPECIAL CASO DEL PROCESO DE FLAGRANCIA

En lo siguiente abordaremos una temática especial, que tiene sus particulares características de funcionamiento.

Nos referimos al proceso que tramita bajo el régimen de Flagrancia que se incorporó al sistema procesal bonaerense mediante la sanción de la ley 13.811⁸⁴ en el año 2008, y que se nutre también de lo normado en los artículos 284 bis a 284 sexies del Código de forma provincial.

Ante de introducirnos concretamente a ver el funcionamiento de dicho sistema corresponde hacer brevemente algunas aclaraciones previas que permitirán comprender mejor el porqué y el cómo del mentado procedimiento.

Dicha ley fue sancionada en el marco de los procesos de reforma del sistema de justicia penal que se observaron en América Latina, que buscaron – como hemos señalado reiteradamente a lo largo de este trabajo- “maximizar” la

⁸⁴ Ley 13.811 sancionada el 27/2/08, promulgada el 13/3/08, y publicada en el Boletín Oficial el 7/4/08.

producción de los órganos que componen la Administración de Justicia. Con una clara impronta de los conceptos economicistas propios del mundo empresarial, y fuertemente incentivada por sectores como el FORES y el CEJA, vió luz esta ley que, presentada como un modo de fortalecer el sistema acusatorio, a criterio del Profesor GANÓN⁸⁵, permitió iniciar el camino hacia la “Macdonaldización” de la justicia criminal bonaerense.

Se aplica ese neologismo para adjetivar los sistemas que en forma similar a los procedimientos utilizados en la fabricación de comidas rápidas, fundamentan y presentan las nuevas pautas de trabajo mediante palabras como sistemas, racionalización, capacitación, control de gestión y gerenciamiento de recursos humanos y materiales.

Como se ve otra vez, se introducen al mundo jurídico penal conceptos que le son ajenos, que más precisamente pertenecen al mundo del mercado. Dice GANÓN que lo que se está *“imponiendo es una nueva forma de mirar la función judicial, que poco o nada tiene que ver con la función que tradicionalmente le atribuye el Poder Judicial la Constitución Nacional y Provincial.”* En dicha inteligencia es innegable el parentesco a lo estudiado cuando hablamos sobre la Nueva Penología y sus manifestaciones a través de la lógica actuarial y managerial.

Es inevitable citar, en razón de ser altamente clarificador de lo que pretendemos transmitir, lo dicho por el Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, cuando manifestó diáfaramente, al hablar sobre este tipo de reformas, que “sólo se discuten cosas más bien tecnocráticas: cómo hacemos para que el proceso sea más corto, cómo hacemos para que no se traben los expedientes. Como si el Poder Judicial fuera una fábrica de embutidos, a ver como hacemos para fabricar más salchichas, más chorizos, más morcillas,

⁸⁵Toma este concepto de Geroge RITZER, quien lo aplica también a la educación, el trabajo, la salud, el turismo, la familia, la política. Ver GANÓN, Gabriel (2008) “¿La “MacDonaldización” del sistema de justicia criminal?: la aceptación improvisada de los paquetes de reforma judicial para el tercer milenio”, en *“Violencia y Sistema Penal”*, Roberto BERGALLI, Iñaki RIVERA BEIRAS, Gabriel BOMBINI, COMPILADORES. Buenos Aires (2008), Ed. Del Puerto, págs. 237/264.

no importa si los chorizos salen sin atar. No es cuestión de ver cuantos expedientes sino como los resolvemos (...) Cualquiera puede vaciar los casilleros de un juzgado en un rato (...) si se maneja ese criterio de productividad cuidado porque es muy peligroso (...) Los sectores como FORES han aplicado un economicismo raro. Me parece que es absurdo llevar el programa de una fábrica de chorizos al Poder Judicial.”⁸⁶

Pues bien, lo que el sistema de Flagrancia facilita es presentar a la sociedad un “eficiente” y “eficaz” modo de actuar de la Justicia, que mostraría un carácter proactivo de los órganos estatales por combatir la inseguridad urbana. La eficiencia y la eficacia estarían dadas por la celeridad con que se “esclarecerían” los hechos delictivos, permitiendo el dictado de condenas en el menor tiempo posible. Para lograr dicho cometido se desformaliza la investigación penal preparatoria, se acortan los plazos, se procura la metodología oral en las etapas iniciales del proceso para que las decisiones jurisdiccionales sean expresadas de ese mismo modo, evitando así dilaciones innecesarias, entre otras medidas que lo que “consolidan” es la idea de celeridad como bien Supremo.

Este sistema se aplica a los hechos de escasa dificultad probatoria, ya que el propio Código establece en su artículo 154 que habrá flagrancia “cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el público, o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir que acaba de participar de un delito.” Corresponde aclarar también que el Régimen de Flagrancia se instrumenta en supuestos de delitos cuya pena en abstracto no supera los 15 años; de esto se desprende que se aplicará para los supuestos de escasa dificultad probatoria y muchas veces de “escasa” lesividad.

En los Fundamentos de la ley 13.811 se puede leer que una de las finalidades que se persigue mediante la “gestión racional” de las etapas iniciales

⁸⁶ Fragmento de entrevista brindada por ZAFFARONI a la revista de la Asociación Judicial Bonaerense “En Marcha”. Citado por GANÓN en la obra citada, pág. 246.

del proceso es liberar recursos humanos y materiales para que los mismos puedan abocarse con mayor dedicación a los casos más complejos. Ello funciona como una forma de “maquillar” las verdaderas pretensiones que trae consigo la implementación de este tipo de sistemas, que es justamente el contrario al proclamado. Como a través de este procedimiento se podrá obtener resultados más prontamente, el aparato judicial y policial se ve casi compelido a buscar y traer los “clientes” de este sistema. Con ello se quiere significar que gran parte del esfuerzo del *ius persecuendi* estatal está destinado a la criminalidad de menor rango, de menor intelectualidad, lo que permite mostrar *resultados* más fácil y rápidamente. Esto reafirma también la consabida selectividad del sistema penal. El peso del Derecho Penal caerá como siempre en quienes más debilidades presentan a nivel social, coadyuvando así a un ensañamiento de la estigmatización que suelen sufrir los sectores más postergados de la comunidad.

Se coincide con GANÓN en que *“implementar modelos de gestión de tipo industrial implica la búsqueda de hacer el trabajo mejor y más económico. En este caso, el trabajo no es otro que el de dictar sentencias condenatorias.”* Y sostiene también que si no se modifican los fines del aparato de justicia penal *“su objetivo no puede ser otro que sancionar al menor costo y en el menor tiempo posible la mayor cantidad de conductas típicas que ingresan al sistema.”*⁸⁷

En virtud de ello podemos afirmar sin hesitación que Juicio Abreviado y Sistema de Flagrancia se llevan a la perfección. El uno permite que el otro se eleve como sistema que mejora el servicio de administración de justicia. Logra que el proceso sea resuelto definitivamente con premura mediante el dictado de sentencias en un brevísimo término. La gestión, la eficiencia y la productividad son las “estrellas” de éste régimen procesal.

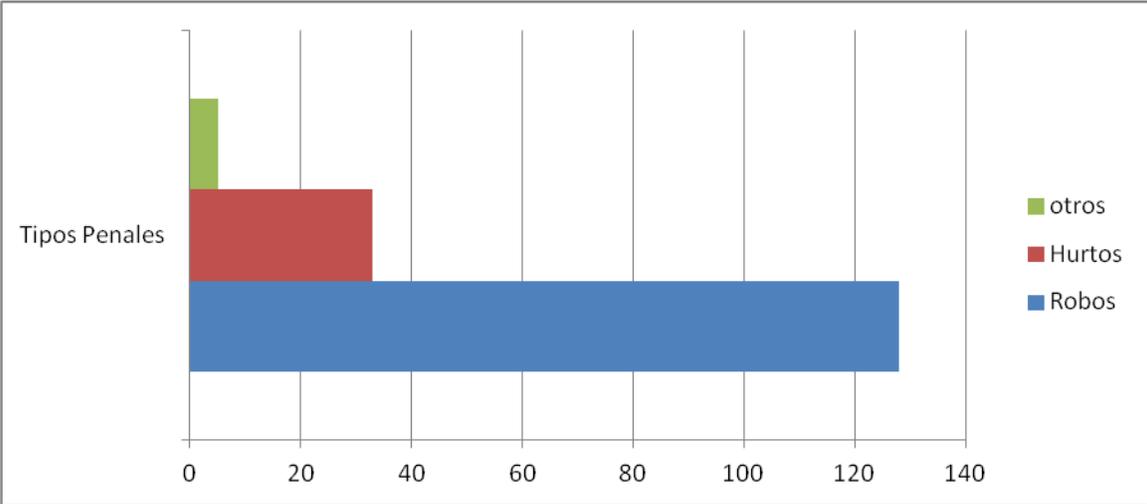
A continuación entonces veremos cómo fue la intervención del juicio abreviado durante el año 2012 en el sistema de flagrancia. Cabe hacer la salvedad que nos referiremos a los juicios abreviados celebrados en la etapa inicial del

⁸⁷ GANÓN ob. Cit. pág. 254 y pág. 255.

proceso, en la que los encargados de sentenciar son los juzgados de garantías, que resultan ser los que son decididos en los términos más cortos. Una vez elevadas a juicio el devenir de la causa en la tarea diaria no se diferencia prácticamente de las causas de trámite común.

Inicialmente corresponde señalar que en el período señalado se arribaron a 223 juicios abreviados. De ese total, 166 fueron condenas a prisión de efectivo cumplimiento y 57 fueron de ejecución condicional. De aquellas primeras 22 fueron sustituidas por tareas comunitarias.

Puede apreciarse de los tipos penales que más han sido objeto de abreviación que significaron penas de prisión de efectivo cumplimiento que los delitos contra la propiedad en sus modalidades de robo y hurto representan casi la totalidad de los hechos resueltos por esta vía. Se dictaron 128 condenas por el delito de robo, en cualquiera de sus variantes, y 33 por hurtos, también en cualquiera de sus variantes. Se registraron tan sólo dos condenas efectivas por el delito de daños, una por el delito de amenazas, una por el delito de portación ilegal de arma de guerra, y una por portación de arma de fuego de uso civil.

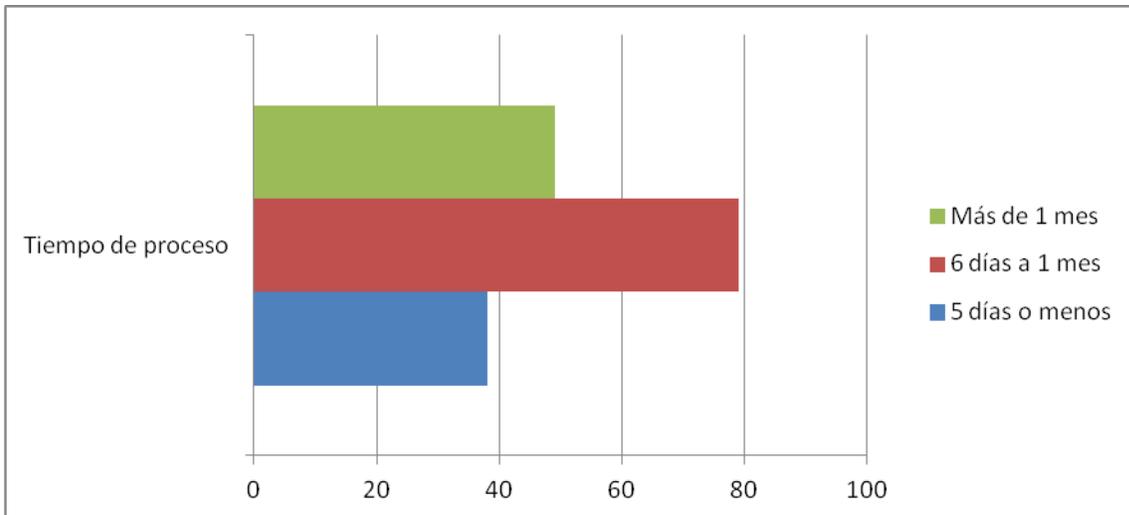


Resulta ello un dato que confirma lo que sosteníamos en líneas precedentes respecto a que la mayor criminalidad de que se ocupa este régimen especial es la que provoca la inseguridad callejera, y debido a ello cobra gran

importancia aquí la labor policial. Es que en definitiva se terminará condenando exclusivamente por lo que hagan y *escriban* los policías; y ello conlleva una serie de riesgos conocidos por todos, que no es del caso mencionar aquí porque daría lugar para más de una tesina sobre el tema. Sí podemos continuar sosteniendo que por este sistema y la preponderancia que le da al actuar policial, la selectividad del sistema penal se continúa acentuando y agrandando.

Decíamos antes que la característica quizá más saliente de este procedimiento especial es la celeridad, a través del acortamiento de plazos y la oralidad que rige casi todo el proceso. La agilización en la toma de decisiones fue uno de los baluartes que se sostuvieron y predicaron al momento de decidir expandir el plan piloto llevado a cabo en nuestra ciudad a todo el territorio provincial. No debe haber mayor plácemes para los tecnócratas que impulsaron estos movimientos de reforma que jactarse de la rapidez con que una causa fue “terminada”. Quienes entienden a la administración de justicia como una empresa, consideran sin duda alguna que la velocidad en la decisión final de un expediente es muestra de *éxito de gestión*.

El cuadro que luce a continuación permitirá observar con claridad la prontitud con la que fueron resueltas las 166 causas en que se terminó imponiendo pena de prisión de efectivo cumplimiento.

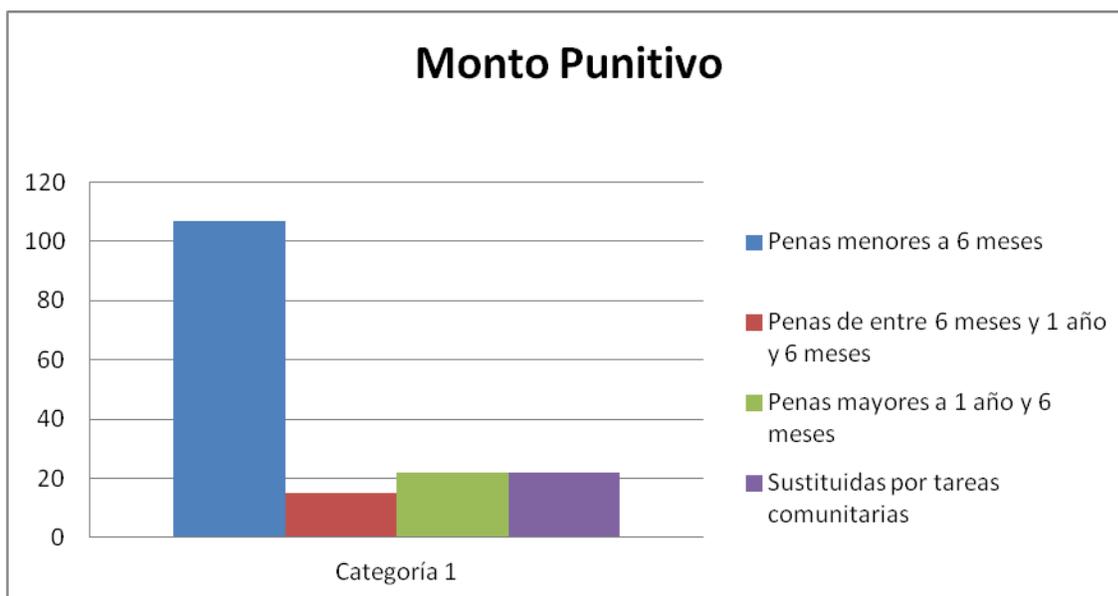


Al consultar las estadísticas observamos que en 38 causas la sentencia fue dictada en un plazo de 5 días o menos, lo que podría adjetivarse como la rapidez aplicada al sistema penal en todo su esplendor; máxime cuando advertimos que algunas de ellas fueron resueltas en 2 días! La “Macdonaldización” de la justicia llevada al extremo. Lo más trágico resulta ser que ello es presentado como evidencia del éxito del sistema; la celeridad procesal se *consolida* como objetivo primordial al que se debe apuntar, y las condenas a “bajo costo”, merced a la realización de juicios abreviados en las etapas nacientes del proceso, terminan por elevar a la categoría de panacea a este especial modelo de gestión judicial. La “máquina” de producir condenas esta aceiteada y funciona a *todo vapor*.

Las restantes sentencias fueron dictadas, 79 entre 6 días a 1 mes, y 49 en más de 1 mes. Ninguno de los procesos aludidos tardó más de 2 meses y 20 días en tener su fallo definitivo.

Como dijimos ut supra, lo que este procedimiento permite y facilita es la judicialización de la criminalidad de menor lesividad, que suele ser asimismo la que está más al alcance de la mano de la policía y, por ende, la que menor esfuerzo requiere para “combatir”. Muestra de ello son los montos punitivos impuestos en las condenas de efectivo cumplimiento pronunciadas como resultado de la utilización de la vía abreviada.

El cuadro que obra a continuación ilustra la enorme mayoría de condenas que no superaron los 6 meses de prisión. Solamente 15 importaron penas de entre 6 meses y 1 año y medio de encierro efectivo, y 22 fueron por un período de cautiverio mayor. Es de caso señalar que en 22 oportunidades la condena a prisión efectiva fue sustituida por tareas comunitarias.



No puede dejar de señalarse que la circunstancia que refleja el cuadro que antecede responde en gran parte al importante número de reincidentes que confluyen en esta modalidad procesal. La imposibilidad prevista legalmente para que quien registra una sentencia condenatoria anterior pueda gozar de una suspensión del juicio a prueba o de una condena de ejecución condicional, y dada la manera ACTUARIAL con que se *gestiona* la criminalidad, por lo menos en este departamento judicial, produce un sistema casi automático de *entrar y salir* de las instancias policiales y judiciales; ello sin duda culmina en un alto número de declaraciones de reincidencias.

Se desprende de lo anterior que muchos de quienes no han sufrido la declaración de reincidencia, igualmente ya han transitado con anterioridad por estas instancias tribunalicias, pudiendo sortear una situación de encierro gracias a institutos como la suspensión del proceso a prueba o, la aplicación de condenas de ejecución condicional.

Se pudo constatar la declaración de reincidencias en 63 condenas, de las 166 dictadas. Ello equivale a un 38% del total. Es un índice superior al que podemos encontrar en el ámbito de los juicios orales celebrados en el foro criminal, donde en 22 de las 124 condenas efectivas pronunciadas se declaró reincidente al imputado. Ello significa un 18% del total. Pero corresponde señalar para comprender conglobadamente este fenómeno, que algunos de los magistrados que integran el departamento judicial estudiado entiende a la reincidencia como un instituto que choca con las normas constitucionales y convencionales, en virtud de lo cual no todos los jueces declaran reincidente al imputado por más de que registre antecedentes condenatorios que así lo indicarían. Pero no corresponde dejar más que sentado este pequeño comentario, dado que un tema como la reincidencia merece un mayor y profundo tratamiento, que no puede dársele en estas páginas.

Un último dato que considero merece destacarse es el relativo a la intervención de la defensa oficial en este procedimiento, específicamente en aquellas causas en que se han suscripto convenios de juicio abreviado.

Se pudo determinar que la defensa oficial tomó participación en 150 de las 166 causas que registraron condenas de efectivo cumplimiento. El 16 restante corresponde a la actuación de defensores particulares. Es decir, que en el 90% de los casos en que, bajo el trámite de flagrancia, se impusieron penas a cumplir efectivamente en un establecimiento penitenciario el imputado fue asistido por la Defensa Pública.

Por más que se intente negar, desde todos los bordes del sistema lo que principalmente se persigue es conseguir una solución rápida al “problema” que

significa tener una causa en trámite. Sea por sobrecarga de trabajo, por desidia, por prejuicio social hacia los “clientes”, o por la bonita razón que se pretenda dar, la mal entendida *eficiencia* de querer dar fin al proceso de manera cuasi inmediata, mostrando así “excelencia de gestión” , no es patrimonio exclusivo de ninguna de las partes intervinientes en el sistema judicial penal, todos confluyen en un gestionar la criminalidad desprovistos de cualquier finalidad social, con miras únicamente en un aumento de la producción.

Como dice GANON, en este caso, el trabajo es la producción de condenas, a bajo costo.

Y es del caso indicar, finalmente, que la proporción de juicios abreviados firmados por la defensa oficial en causas que se siguieron por ante los juzgados correccionales y los tribunales criminales es también muchísimo mayor que su participación en juicios orales. De la estadística facilitada por la propia Defensa Pública puede establecerse que durante el año 2012 se pactaron 286 juicios abreviados y se intervino en 65 debates. Ello significa que el 81% de las causas en que tomó actuación la Defensa Oficial se arribó a un acuerdo con la Fiscalía, en tanto que solamente el 19% de las causas en que se dictó sentencia respecto de imputados asistidos por los defensores públicos fue producto de juicio oral.

CONCLUSIÓN FINAL

Hemos visto a lo largo del presente trabajo distintos aspectos del tema objeto de estudio, y entiendo que de todo lo abordado y explicado se puede afirmar sin temor a equivocación que la hipótesis inicial ha quedado comprobada.

El modelo de justicia negociada ha sido receptado favorablemente desde un inicio por los operadores del sistema, y a medida que ha transcurrido el tiempo ha ido ganando más terreno, hasta llegar a los valores que hemos podido mostrar en esta tesina, fruto de la recopilación de datos por cada uno de los órganos jurisdiccionales de este departamento judicial.

El 82% de las sentencias dictadas durante el años 2012 en el Departamento Judicial Mar del Plata fue producto de la celebración de juicios abreviados. Solamente un escaso 18 % se debió a la realización del modo constitucionalmente previsto para dirimir los procesos penales: el juicio oral.

Hemos podido ver que la enorme mayoría de los delitos por los cuales se han acordado juicios abreviados son los que afectan el bien jurídico “propiedad” mediante la modalidad de robos y hurtos. Se trata básicamente de los ilícitos que más colaboran en acentuar el índice de inseguridad urbana y el sentimiento de temor al delito por la ciudadanía. Estas últimas circunstancias parecieran ser las que tornan necesario dar una rápida respuesta al conflicto penal, el juicio abreviado aparece así como la *solución* para dar a la comunidad la imagen de *eficiencia* del aparato judicial.

El alto número de sentencias productos de juicios abreviados habilita a temer con fundamento la extrapolación del fenómeno que sucede en los Estados Unidos, en el que el juicio por jurados –se dice- está por desaparecer, debido al exacerbado uso que tiene en aquel país del norte el método del plea bargaining, es decir, la negociación entre fiscalía y defensa.

El peligro de que el sistema judicial penal se convierta por entero en un mercado persa es latente.

Hemos podido ver también que el instituto analizado afecta gravemente diferentes aspectos establecidos en la Constitución Nacional que son la base fundamental para que la condena penal que imponga el Estado sea legítima. La vulneración del juicio previo, del derecho de defensa en juicio, de la imparcialidad jurisdiccional, junto a la marcada diferencia de posición y de poder a la hora de negociar entre acusación y acusado, convierten a esta modalidad de terminación del proceso penal en una herramienta que no alcanza el grado suficiente para reputárselo como legítimo y constitucional.

Y todo ello se vuelve más repugnante al saber que se pretende resignar garantías constitucionales esenciales del procedimiento en pos de una sobrevalorada y mal entendida *celeridad del proceso*, haciéndose jugar perversamente una garantía prevista en favor del imputado, de modo tal que termina perjudicando a sus intereses.

Ello no es casual. Responde, sin dudas, a la introducción de conceptos propios de las leyes de mercado al sistema judicial, y en el caso estudiado específicamente al proceso penal.

Hemos visto y estudiado el fenómeno ocurrido en los últimos años en el sistema penal que ha sido producto de la llamada Nueva Penología. Las preocupaciones criminológicas no son ya las tradicionales que ponían su foco en prevenir el delito y en, una vez ocurrido él, intentar resocializar o rehabilitar al individuo infractor mediante el despliegue de técnicas y programas penitenciarios dirigidos a volver un hombre “nuevo” al sujeto infractor.

Por el contrario, y en virtud de la enorme influencia que ha sabido lograr el denominado Actuarialismo, la concepción del mundo penal ha cambiado drásticamente. Esta “corriente pensamiento” considera el delito como un suceso que no puede ser evitado, motivo por el cual debe actuarse con el fin de que no se

propague más allá de lo socialmente aceptable. Para eso se introducirán nuevos objetivos, nuevos discursos y nuevos programas que permitirán *manejar* el grupo poblacional que representa el riesgo del delito.

Vimos que para esta *teoría* la pena no cumple la finalidad que antes se le adjudicaba; el fracaso de las teorías *re* y el “triumfo” del actuarialismo hicieron que la condena penal sea ahora un medio por el cual se busca tan sólo *incapacitar* por un tiempo más o menos prolongado a aquellos que han infringido la ley penal y representan un riesgo para el resto de la sociedad.

La lógica actuarial se desprende de cualquier tipo de finalidad social. La imposición del discurso tecnocrático, en el que las herramientas de control deben emplearse racionalmente para abaratar los “costes de producción”, hace que el éxito del sistema se mida en base a su propia producción. Nada más importa.

Y para ello, vaya que resulta importante una herramienta como la que ha sido objeto de estudio en el presente trabajo que, como hemos visto, permitió el 82% de las sentencias dictadas durante el año 2012 en el departamento judicial

Para finalizar estas palabras diré, que el trabajo realizado nos permite asegurar *científicamente* que la llamada “justicia de pasillos” ha desplazado casi por completo al modo que la Ley Fundamental diseñó para que los casos penales sean resueltos. Y al paso que vamos, en el que se suele apreciar que objetivos como *gestión, éxito, producción, bajos costos, celeridad, manejo de recursos*, se valoran por encima de los que fundan el sistema penal, la situación lamentablemente empeorará.

Bregar por la vigencia absoluta de las Constitución Nacional y por una visión antropológica del Sistema Penal para desterrar la óptica actuarial y de mercado que se ha impuesto es obligación de todos los que intervienen en el mismo, desde el sector que cada uno ocupe.

BIBLIOGRAFÍA

- ANITUA, Gabriel Ignacio, (1998) *“En defensa del juicio. Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el ‘arrepentido’”*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IV, Número 8 A, Ed. Ad-Hoc, 543-556 .
- ANITUA, Gabriel Ignacio, *“El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y en el derecho comparado”*, en www.catedrahendler.org, trabajo originariamente presentado en el seminario *Garantías Penales y Procesales Penales. Una perspectiva histórico-comparada*, a cargo del Prof. Dr. Edmundo S. Hendler, en el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 24 de mayo de 2000.
- ANITUA, Gabriel Ignacio, (2005) *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Del Puerto.
- BECCARIA, Cesare (2002) 1764, *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Losada (traducción de Antonio Bonanno).
- BINDER, Alberto (2004) *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- BOMBINI, Gabriel (2008) *“Transformaciones recientes en las políticas penales en la Argentina: entre las necesidades populistas y las aspiraciones tecnocráticas de eficacia”*, en *Violencia y Sistema Penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 33-69.
- BOVINO, Alberto (2001) *“Procedimiento abreviado y juicio por jurados”*, en *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 53-95.
- CANCIO MELIA, Manuel (2003) *¿“Derecho penal” del enemigo?*, en www.alfonsozambrano.com
- CORDOBA, Gabriela E. (2001) *“El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación”*, en *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 229-250.

- DÍAZ CANTÓN, Fernando (2001) *“Juicio abreviado vs. Estado de derecho”*, en *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 251-276.
- FEELEY, Malcom y SIMON, Jonathan, (1995) *“La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones”*, en Revista *“Delito y Sociedad”*, Año 4, Nro. 6/7, Buenos Aires: Universidad Nacional de Buenos Aires (traducción de Máximo Sozzo).
- FERRAJOLI, Luigi (2001) *“Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal”*, en *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 31-50.
- FOUCAULT, Michel (2010), 1975, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2da. Edición, 2da. Reimpresión (traducción Aurelio Garzón del Camino).
- FOUCAULT, Michel, (2009) *Seguridad, territorio, población. Curso en el College de France (1977-1978)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1ª edición, 3ª reimpresión.
- GANÓN, Gabriel, (2008) *“¿La ‘MacDonaldización’ del sistema de justicia criminal?: la aceptación improvisada de los paquetes de reforma judicial para el tercer milenio”*, en *Violencia y Sistema Penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 237-264
- GUTIERREZ, Mariano H, (2008) *“Punitivismo y actuarialismo en la Argentina”*, ponencia presentada en las V Jornadas de Sociología de la UNLP y I Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Ciencias Sociales, La Plata, 12-12-08, publicado en www.pensamientopenal.com.ar
- LANGBEIN, John H., (1996) *“Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados”*, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Del Puerto, Tomo 1996/A, 45-53.
- LANGBEIN, John H., (2001) *“Tortura y plea bargaining”*, en *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 3-29, (traducción de María Lousteau y Alberto Bovino).

- MAIER, Julio B. J., (1996) *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos.*, Buenos Aires, Del Puerto, 2ª edición.
- Modolell González, Juan Luis (2005) “El “derecho penal del enemigo”: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación”, en www.alfonsozambrano.com
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Angel (2012), “*Una orientación político-criminal errónea: De delincuentes y enemigos*”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, La Ley, Año II, Número 11, Diciembre de 2012, 221-228.
- SCHIAVO, Nicolás (2001) “*El juicio abreviado: ¿otra búsqueda de confesión en el proceso penal?*”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 2001, Vol. 7, Número 12, Buenos Aires, Ad-Hoc, 459-493.
- SCHÜNEMANN, Bernd, (1992) “*¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IV, Número 8 A, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, 417-431.
- TENCA, Adrián (2000), “*El juicio abreviado: la visión de un defensor a dos años del nuevo instituto*”, publicado en LLBA, 2000, 815.
- TEDESCO, Ignacio F., (2001) “*Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación*”, en *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 311-340.
- VEGEZZI, Santiago (2001) “*Juicio abreviado: su recepción en el orden jurídico argentino*”, en *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 341-364.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio (2006) *El enemigo en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar.

- ZYSMAN QUIRÓS, Diego (2004) *“El castigo penal en EE.UU. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente”* en *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historias del presente y posibles escenarios*. Barcelona, Rubí, 251-285.