

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

DELITOS ECONOMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTIAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCION DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

AREA PROCESAL

MIGUEL A. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)

KAI AMBOS (ALEMANIA)

LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)

LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)

DAVID BAIGÚN (ARGENTINA)

NILO BATISTA (BRASIL)

ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)

JORGE DE LA RUA (ARGENTINA)

EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)

LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)

JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)

SERGIO MOCCIA (ITALIA)

FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)

ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)

GLADYS ROMERO (ARGENTINA)

NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)

JUAREZ TAVARES (BRASIL)

JOHN VERVAELE (HOLANDA)

COORDINADORES

MATIAS BAILONE

RODRIGO CODINO

LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDE
ALEJANDRO ALAGIA
JAVIER IGNACIO BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
MARÍA LAURA BÖHM
MARIANO BORINSKY
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
SEBASTIÁN CABEZAS CHAMORRO
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CARAMUTI
CARLOS CHIARA DÍAZ
HORACIO DIAS
JAVIER DE LA FUENTE
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
GABRIELA GUSIS
MARIANO GUTIÉRREZ
AGUSTINA IGLESIAS

JAVIER DE LUCA
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
GRACIELA OTANO
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
NELSON PESSOA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
JOSÉ SAEZ CAPEL
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
SERGIO TORRES
RENATO VANELLI
FELIPE VILLAVICENCIO
JULIO VIRGOLINI
VERÓNICA YAMAMOTO
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
ROMINA ZARATE
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.penal@thomsonreuters.com. Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 5074195

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

Democratización y penalidad en la Argentina (1983-1989) Por Máximo Sozzo	3
Principios para la interpretación de la trata de personas Por Daniel E. Adler	33
Grooming: el nuevo art. 131 del Código Penal Por Mauricio Cueto	44
 <u>NOTA A FALLO</u>	
Delitos de lesa humanidad y conexidad Por Patricio Nicolás Sabadini	49

Penados: Algo más que educación o trabajo
Por **David G. Mangiafico** 60

JURISPRUDENCIA

PRESCRIPCIÓN / La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y delitos conexos (CFCasación Penal). *Con nota Patricio Nicolás Sabadini* 49

NULIDAD DE LA SENTENCIA / Traslado de un detenido que era alumno regular del centro donde estaba alojado. Afectación del derecho a la educación. Rechazo de la acción de habeas corpus sin haberse realizado la audiencia del Art. 14 de la Ley 23.098. LEGITIMACION. Procuración Penitenciaria de la Nación (CNCasación Penal). *Con nota de David G. Mangiafico* 60

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

Jock Young (1942-2013): el “causante” de la herencia crítica de la criminología
Por **Gabriel Ignacio Anitua** 73

DERECHO PROCESAL

DOCTRINA

La “negociación” y la “celeridad” en los procedimientos especiales y diferenciados de la provincia de Buenos Aires
Por **Juliana Oliva** 89

La doble instancia como principio efectivo
Por **Eduardo Balestena** 101

Los acuerdos en el procedimiento penal según la Corte Constitucional Alemana
Por **Darío Nicolás Rolón** 104

NOTA A FALLO

Pérdida de la potestad acusatoria y desorden procesal
Por **Sebastián Gherzi** 122

Recurso del Fiscal y la doble instancia
Por **Diego Freedman** 128

JURISPRUDENCIA

ELEVACIÓN A JUICIO / Validez. Legitimación del Ministerio Público Fiscal para solicitarlo. Irrelevancia de que no haya apelado un sobreseimiento previo (CNCrim. y Correc.). *Con nota de Sebastián Gherzi* 122

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD / Recurso de inconstitucionalidad y el estándar de admisibilidad (CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Con nota de Diego Freedman* 128

EJECUCION DE LA PENA

DOCTRINA

Las escalas penales reducidas del fuero penal juvenil y el instituto de la prescripción de la acción penal

Por **Raúl F. Elhart**

139

DELITOS INFORMATICOS

DOCTRINA

Internet y derecho penal: cuestiones críticas

Por **Silvina Andrea Alonso**

145

PENAL JUVENIL

DOCTRINA

El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales (child grooming) en el Código Penal argentino

Por **Gustavo E. Aboso**

151

NOTA A FALLO

Menores, culpabilidad disminuida y pena

Por **Adrián Tellas**

160

JURISPRUDENCIA

MENORES / Determinación de los requisitos de la sentencia de absolución impuesta a un menor (CFCasación Penal). *Con nota de Adrián Tellas*

160

POLITICA CRIMINAL

DOCTRINA

Juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires

Por **Francisco Castex y Andrés M. Dubinski**

183

Determinación judicial de la pena: ¿Es posible apartarse de los mínimos penales?

Por **Pablo L. Tello**

194

DERECHO PENAL AUTORITARIO

DOCTRINA

Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el derecho penal fascista

Por **Francisco Muñoz Conde**

205

Filippo Grispigni (Viterbo, 31 de agosto de 1884-Roma, 20 de agosto de 1955)
Por **Massimo Donini** 211

La función de la pena en el pensamiento de Benito Mussolini. Afirmaciones del Duce de
histórica importancia para el Derecho penal italiano
Por **Filippo Grispigni** 214

BIOGRAFIA

Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos, por Diego Zysman Quiros, comen-
tado por **José Angel Brandariz García** 223

Criminología I, por Vincenzo María Mastronardi, comentado por **José Luis Puricelli** 227

La “negociación” y la “celeridad” en los procedimientos especiales y diferenciados de la provincia de Buenos Aires

POR JULIANA OLIVA

Sumario: I. Introducción. — II. Génesis de los procedimientos especiales diferenciados y simplificados. — III. Aspectos constitucionales afectados. — IV. ¿Fortalecimiento de la oralidad y efectividad penal o reforzamiento de un control social selectivo? — V. Hacia el deterioro del sistema penal.

I. Introducción

El tema a tratar en el presente se vincula con los llamados procedimientos *especiales o simplificados* del proceso penal en la provincia de Buenos Aires, pero centralizando el análisis en los denominados “diferenciados”, término acuñado por Ferrajoli para aludir a aquella especie de los simplificados cuya nota distintiva es la “negociación en materia penal” (1), añadiendo algunas consideraciones respecto del procedimiento simplificado conocido como proceso en flagrancia.

Dentro de los procedimientos simplificados como categoría genérica, en la normativa procesal provincial se incluyen el juicio abreviado (arts. 395 y ss. del CPPBA), el procedimiento en caso de flagrancia (arts. 284 bis y ssgtes. y Ley 13.811) y el juicio directísimo -casos en que iniciada actuaciones por flagrancia, el imputado confiesa su culpabilidad al momento de su declaración- (arts. 403 bis), no obstante, será el juicio abreviado (viable en cualquiera de las tres variantes) el instituto que representa la *negociación* y por tal, el que ofrece mayores controversias.

Y menester es focalizar la atención en dicho instituto por dos razones; en primer lugar, debido a su álgida concurrencia en los procedimientos penales bonaerenses cuyas estadísticas arrojan los siguientes resultados: durante el año 2011 los Juzgados Correccionales de toda la provincia registraron un total de 1874 sentencias dictadas en debate oral contra un total de 3383 en juicio

abreviado, mientras que en el año 2012 las correspondientes a JO registraron un total de 1790 contra un total de 3629 en JA. Por su parte, los Tribunales Criminales bonaerenses durante el año 2011 registraron un total de 3524 sentencias dictadas en debate oral contra un total de 6670 en juicio abreviado -casi el doble-, y durante el año 2012 un total de 3284 en JO contra 6001 en JA (2); y en segundo lugar, por su evidente anacronismo ante los grandes desafíos asumidos por la legislatura provincial a través de la reciente promulgación de la ley que efectiviza la añeja manda constitucional del juicio por jurados, y cuyos rasgos destacados residen en la participación ciudadana y la publicidad. Es por ello que estos cambios históricos más respetuosos de un Estado de Derecho Democrático nos interpelan a revisar viejas modalidades del procedimiento penal.

En similar sentido, haremos lo propio con los procedimientos en flagrancia, acaparadores de un gran número de casos en la provincia de Buenos Aires (durante el año 2012 se registraron 11.226 causas resueltas por esta vía -de las cuales 1833 lo fueron por juicio abreviado- (3)) por cuanto la celeridad que los caracteriza irroga ciertas afectaciones a garantías constitucionales.

II. Génesis de los procedimientos especiales diferenciados y simplificados

Las derivaciones específicas de los *procedimientos especiales* en “juicio abreviado” cuyo

(2) Fuente: Área de estadísticas de administración de justicia de la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As.

(3) Fuente: <http://www.scba.gov.ar/planificacion/Flagrancia%202012.pdf>.

(1) FERRAJOLI Luigi, Derecho y Razón, 8ª ed., Trotta, Madrid, pp. 744/745.

rasgo preponderante es la negociación, y por otra parte, el “procedimiento en caso de flagrancia” distinguido por la celeridad resultan ser vástagos de leyes de emergencia en el ejercicio del derecho procesal penal. Los fundamentos que le dieran origen se desarrollaron a destiempo y con ciertas diferencias, pero compartieron un apremio formal en común: la neutralización del descongestionamiento en el sistema penal.

De ese modo, el instituto de juicio abreviado en la provincia de Buenos Aires se incorpora con la gran reforma introducida por la Ley 11.922 del año 1998 y desde entonces fue objeto de sucesivas reformas mediante las leyes 12.059 (BO 9/1/98), ley 13.183 (BO 16/4/04), ley 13.260 (BO 7/12/04), ley 13.812 (BO 21/4/08) y ley 13.943 (BO 10/2/09), encontrándose actualmente regulado en los arts. 395 a 403 del CPPBA. Se transpolaron aquellas razones que ahora dieron lugar a su incorporación en el procedimiento penal de la Nación (Ley 24.825 del año 1997) tales como; mayor eficacia del sistema penal, incapacidad de los erarios oficiales para enfrentar todo asunto penal por medio del debate oral y público (4) y mayor ventaja para evitar mora, burocratización y deficiencia en los sistemas anociados del delito (5) entre tantos otros.

En la provincia de Buenos Aires, de manera análoga a Nación, originariamente el instituto surgió para los delitos cuya pena privativa de libertad no excedía los 6 años de prisión, sin embargo, las numerosas modificaciones fueron ampliando el espectro punitivo hasta abarcar los delitos de hasta 15 años de prisión según la última modificación de la Ley 13.943. El dato sobre el límite de la pena contrasta notoriamente con los criterios originarios y con lo sostenido tanto en derecho comparado como en el proyecto Maier sobre la prescindencia del debate ante una condena basada en el reconocimiento del imputado para los delitos de baja entidad. (6)

En el caso del procedimiento especial restante; procedimiento en flagrancia, su singularidad re-

(4) CAFFERATA NORES José., en los antecedentes parlamentarios de la Ley 24.825, en JPBA T. 98, p. 256.

(5) CLARÍA OLMEDO Jorge, Derecho Procesal Penal, T. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 323.

(6) En el proyecto de Código Procesal de la Nación de Maier de 1986, se autoriza el “procedimiento monitorio” para los casos en que el fiscal solicite sólo un año de pena y el imputado la consienta.

side en la *simplificación* y la *celeridad*. Comparte con el otro instituto el descongestionamiento del sistema penal pero enfatizando en la oralidad. Actualmente se halla regulada en ley 13.811, en tanto producto devenido de reformas introducidas al Código Procesal Penal de la provincia que incorporaron un nuevo procedimiento para los casos de flagrancia en el Título I bis. del libro II del CPP (leyes 13.183 y 13.260, artículos 284 bis a sexies). En dicha oportunidad, se entendió acuciante la necesidad de profundizar las bondades otorgadas por la ley 11.922 en lo atinente a enjuiciamiento acusatorio y oral, y desplegar así esfuerzos abocados a lograr un sistema procesal más eficaz estimando preponderante al efecto, incorporar dispositivos idóneos para resolver de manera rápida aquellos litigios poco complejos como los de flagrancia. En tal sentido, se propició entre los núcleos de reforma al CPPBA “la aplicación de criterios de oportunidad y procedimientos abreviados, como forma de resolver los conflictos de poca relevancia o de prueba sencilla, y así aplicar los recursos institucionales a las investigaciones más trascendentes (delictuosidad grave o compleja, crimen organizado)”. (7)

Fue así que por diciembre de 2004, en el departamento judicial de Mar del Plata, se desarrolló un plan piloto para poner en marcha la aplicación de los artículos vinculados a flagrancia a raíz del “Convenio para el Reforzamiento del Sistema Acusatorio en la Pcia. de Buenos Aires, República Argentina” celebrado entre la Suprema Corte de la Pcia. de Bs. As., la Procuración y el Ministerio de Justicia, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) -organismo dependiente de la OEA- y el Instituto de Estudios Comparados en Cs. Penales y Sociales (INECIP). La idea regente de dicha experiencia fue la del “fortalecimiento del sistema acusatorio en la Pcia. de Bs. As.”, y en virtud de la positiva evaluación que arrojó por marzo del 2006, se extendió a otros departamentos judiciales como San Martín y Zárate-Campana para ser implementada luego en la Matanza, Mercedes, Necochea y Pergamino, siendo que en noviembre de 2007 se extendió a Junín y Trenque Lauquen.

Con la experiencia piloto se procuró perseguir tres “ideas-fuerza”: *Profundizar el sistema acusatorio, Mejorar la capacidad de respuesta*

(7) Según fundamentos de la Ley 13.183.

del sistema penal a los conflictos de los ciudadanos y, en consecuencia, la imagen institucional del Poder Judicial, y Optimizar el modelo de gestión de los recursos materiales y humanos. (8) Específicamente, en referencia al proceso de flagrancia, con la normativa vigente a la época se pretendió resolver esos tipos de conflictos a través de la *oralidad* (reemplazando trámites escritos por audiencias), la profundización de la *contradicción* y participación de las partes afectadas al conflicto y una mayor rapidez en el desarrollo del procedimiento mediante la *desformalización* y la parcial *despapelización* (reemplazo del soporte papel por el registro de audio digital). (9)

Entre las conclusiones arribadas, se destacó una notable agilización en la toma de decisiones al emplearse la metodología oral en las etapas iniciales, sorteando así demoras innecesarias. Por otra parte, las resoluciones tempranas de un número significativo de casos posibilitaron una descongestión del sistema debido a la disminución del número de causas en trámite. Y finalmente, la “agilización en la toma de decisiones”, la “evitación de demoras innecesarias” y la “descongestión del sistema” que la metodología oral proveyó, constituyeron los fundamentos que motivaron la sanción de la Ley 13.811 en tanto normativización de aquellas prácticas. (10)

III. Aspectos constitucionales afectados

Estos procedimientos *especiales* presentan requisitos exclusivos para su procedencia que, por la particularidad con la que operan, deben ser analizados sucintamente a la luz de los principios y garantías constitucionales.

Acuerdo

El *acuerdo* como exigencia insoslayable hace del procedimiento abreviado una negociación, siendo referente ineludible en esta materia y de gran inspiración para nuestros procedimientos especiales el derecho anglosajón cuya metodología de negociación se encuentra representada

por el “plea bargaining”. En aquel sistema el fiscal induce al acusado penal a confesar su culpabilidad renunciando a su derecho a un juicio a cambio de una sanción penal más benigna de la que sería impuesta en el juicio si se probara su culpabilidad. De este modo, el fiscal ofrece indulgencia, ya sea mediante la reducción de cargos atribuidos al acusado o, por la recomendación formulada al juez para que le imponga una pena menor, todo a cambio de la confesión del imputado. Sucede que a diferencia de nuestro sistema, la persecución penal opera en la órbita del Poder Ejecutivo y las decisiones adoptadas por los fiscales no pueden ser controladas por órganos ajenos (art. 2º de la Constitución Federal de EE.UU.), por lo que la discrecionalidad adquiere una preeminencia notoria.

Hecha esta referencia, la negociación en nuestra ley procesal provincial está representada por la “conformidad” del imputado a la pena y calificación solicitada por el fiscal como elemento fundamental (art. 396 del CPPBA).

La garantía implicada con el ‘acuerdo o conformidad del imputado’ será la *prohibición de autoincriminación* conocida como “prohibición de declarar contra sí mismo” regulada en los arts. 18 de la CN y art. 29 de la Constitución Pcial. como los arts. 8º inc. 2 apart. “g” de la Convención Americana de DDHH y 14 nro. 3 “g” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto prescriben el derecho de toda persona acusada de un delito “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni confesarse culpable”. Pues, el *libre albedrío*, en tanto elemento sustancial del consentimiento, se hallará ostensiblemente afectado debido a la dinámica perversa en la que se expresa. Esta dinámica convierte la “conformidad” en confesión; una rémora del sistema inquisitivo, y hace del ‘juicio abreviado’, un procedimiento no ya para aplicarse a confesos sino para generarlos.

En las antípodas de esta perspectiva, la Casación provincial ha considerado en diversos fallos que la ‘conformidad’ significa el sometimiento voluntario a un procedimiento abreviado, no así al reconocimiento del hecho y autoría, porque el imputado alberga incólume su aspiración a ser absuelto como hipótesis máxima de una serie de alternativas intermedias acordes a ese interés (ej. calificación más beneficiosa, causa

(8) RIQUERT Marcelo A., El proceso de Flagrancia, Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 45/47.

(9) *Ibidem*, p. 52.

(10) Según Fundamentos de la Ley 13.811.

de justificación, menor pena, etc.). (11) No obstante, desde un criterio lógico, acordar con una calificación penal nos conduce inexorablemente a una plataforma fáctica a la que predica y ésta se conforma de hechos, los que a su vez nos remiten a conductas disvaliosas (*nulla pena sine conducta*). Pensar lo contrario, o sea; que el imputado acuerda calificación y pena sin culpabilidad por los hechos cometidos (sea porque no los cometió o porque entiende que se cometieron justificadamente), conduciría al absurdo de suponer que éste escoge someterse a una sanción penal por hechos no cometidos (o cometidos justificadamente) anhelando que el juzgador advierta por sí dicha inocencia, y a la gravedad institucional de un Estado de Derecho capaz de convalidar una verdad ficcionada e injusta por sobre una verdad real. De este modo, la única conclusión posible de un razonamiento lógico es la que catapulta de falaz aquella disociación, mientras la realización de aquellos argumentos guardan relación con la solvencia del doble conforme desde una perspectiva más sustancial (no meramente formal), comprendiendo un derecho de revisión integral de la condena que incluya los extremos sobre los que el acusado prestó conformidad.

Además, concurren otras circunstancias que retacean el *libre albedrío* aludido. Una de ellas vinculada al ofrecimiento que el Ministerio Público Fiscal realiza al imputado de solicitar la aplicación de una pena menor si escoge el instituto, o formulado de manera fiel a la práctica actual: *la amenaza de agravar la pretensión punitiva si se optase por el juicio oral*. Este ‘condicionamien-

(11) El Dr. Celesia ha definido el juicio abreviado como “el acuerdo entre las partes por la cual el imputado renuncia a su derecho a ser juzgado en un procedimiento oral, público, contradictorio y continuo, a cambio de obtener un pronunciamiento más rápido fundado en las constancias probatorias producidas hasta el momento de formalizarse el acuerdo, y a tales fines es que exige la conformidad del imputado respecto de la calificación legal y el monto de la pena propuesto por el fiscal sobre la base de una hipótesis de hecho y autoría que deberá ser comprobada...” (Recurso Casación, Causa 27.377, 14/10/2008, Sala II, del voto de Jorge Hugo Celesia). Asimismo, el Dr. Sal Llargues recientemente ha confirmado que “a diferencia del sistema de enjuiciamiento nacional, en nuestro código de rito no hay aceptación de culpabilidad por el hecho en trato, resultando, en consecuencia, revisable todos los motivos de agravio que con suficiente fundamento se invoquen en el camino recursivos” (según su voto en causa N° 57.482 caratulada “F. H. D. s/ Recurso de Queja (art. 433 CPP)” del 1/8/2013).

to’ es el que suele recorrer de modo transversal y temerario el proceso, desde la requisitoria fiscal hasta la sentencia y sin duda alguna, desnaturaliza la espontaneidad y la libertad de la decisión tornándola ‘provocada’, porque se la coacciona mediante la ‘advertencia’ de sufrir una pena mayor si no se evita el juicio contradictorio.

El *libre albedrío* queda doblemente afectado si a la circunstancia analizada, le sumamos el estado de detención bajo prisión preventiva que puede estar padeciendo el imputado al momento de pronunciarse por el ofrecimiento de una pena efectiva pero reducida o, una pena de ejecución condicional.

Estas circunstancias develan un escenario de desigualdad material en el que debe expresarse el libre albedrío, pues una de las partes, el imputado, se halla padeciendo el poder actual y superior de su contrincante: el Estado, y en tal contexto debe ‘contratar’, ¿de qué manera podría manifestar una voluntad adversa a la de su opositor cuando éste ejerce su poder coercitivo sobre él?, a menos que el tribunal de juicio le adelante su absolución, nada será más ventajoso que allanarse a la voluntad contraria para asegurarse una pena cierta y en ocasiones, hasta reducida. Tal como lo caracteriza Ferrajoli, el “pacto” en materia penal no puede sino fundarse en un mecanismo perverso que “*hace del juicio un lujo reservado sólo a quienes estén dispuestos a afrontar costes y riesgos. Y de que el proceso pueda quedar reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente, se coloque ante la disyuntiva entre condena a una pena reducida y el albur de un juicio ordinario que puede cerrarse con la absolución pero también con una pena más grave*”. (12)

Estas razones, presuponen no sólo la inexistencia de una voluntad libre al momento de prestar conformidad, sino la coacción que por antonomasia caracteriza al juicio abreviado y por ende, la afectación a la garantía de la “prohibición de autoincriminación”.

Principio de contradicción

Del acto transaccional característico en este procedimiento diferenciado, se deriva otra afec-

(12) FERRAJOLI Luigi, Derecho y Razón, 8ª ed., Trotta, Madrid, p. 748.

tación vinculada al contradictorio. Sabemos que éste principio consiste en la confrontación pública y antagónica *en condiciones* de igualdad entre las partes mientras la negociación, según lo visto, se produce entre desiguales.

La desigualdad material reconoce su raigambre en la titularidad de la acción penal en manos del Estado (quien reemplaza a la víctima y se enfrenta al imputado) y por ello Anitua, con acierto, afirma la imposibilidad de concebir al Estado en el mismo plano de igualdad que su contendiente. (13) La función jurisdiccional (en tanto realización del derecho penal material y recomposición de la paz y seguridad jurídica violentada por una conducta disvaliosa) por una parte y la función acusadora por la otra, se funden en un mismo actor: el Estado, y particularmente la negociación puede dar lugar a que se altere el difícil equilibrio del triángulo y se retomen prácticas inquisitivas.

Es a partir de este reconocimiento que se adopta un método acusatorio (no puro) capaz de imponer reglas muy precisas al Estado en sus pretensiones y evitar una fusión autoritaria. Sólo en el marco de un juicio público, los roles quedan diferenciados y el método acusatorio perteneciente al juicio contradictorio, *eleva en condiciones de igualdad* a partes materialmente desiguales. Por el contrario, en la negociación y en el pacto se reafirma la desigualdad material, socavando a la vez, todo antagonismo que le da sentido a la prueba. Y bajo estas circunstancias, los calificativos “ideológicos y míticos” atribuidos por Ferrajoli a las tesis que ven en las formas de acuerdos el resultado lógico del ‘método acusatorio y el proceso entre partes’ (14), cobran absoluta actualidad y contundencia. En ese sentido, no parece apropiado suscribir aquel argumento que niega la inversión del contradictorio por la mera intervención de la defensa en el mismo, pues su participación es ostensiblemente limitada según veremos en lo subsiguiente.

(13) Tal vez la igualdad entre partes se verifica, formalmente al menos, en el acusatorio material, en un proceso de acción privada o en un proceso civil no así en un proceso penal (ANITUA Carlos Ignacio, “El juicio penal abreviado como una de las formas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva”, publicado en Maier y Bovino -comps.- El procedimiento abreviado, Editores del Puerto, Bs. As., 2001, p. 147).

(14) FERRAJOLI, ob. cit. p. 747.

Defensa

El derecho de defensa (art. 18 de la CN y art. 15 de la Provincial) es una de las garantías también afectadas, pues el “juicio abreviado” elimina todo su contenido. Ello es así porque omitido el contradictorio, la intervención de la defensa técnica garantizada por la carta magna y los tratados internacionales (CADH art. 8º n° 2 apart. e) se circunscribe al mero asesoramiento sobre la conveniencia o no de acoger el procedimiento simplificado. Sin embargo, parte de la doctrina entiende suficiente aquel tipo de intervención para satisfacer la garantía en trato. Así, el Tribunal de Casación Provincial (Sala II) ha considerado satisfecha la garantía de defensa en juicio con la asistencia del letrado defensor al momento de la audiencia de formalización del acuerdo. (15)

Desde una perspectiva más acorde a los fundamentos liberales que performaron la arquitectura del Estado de Derecho y por consiguiente, los principios regentes del Derecho Penal, el derecho de defensa debe reafirmarse como aquel ejercicio mínimo de resistencia ante la imputación. Esta es una interpretación de Bovino (16) a quien acompañaremos, por ser la que explica el verdadero sentido del mismo a la luz de nuestra Constitución Nacional. Pues se trata de un ejercicio activo en el que se despliegan facultades propias de la defensa como el control de la prueba de cargo y la producción de prueba de descargo (17), y cuya efectiva realización sólo es posible en el juicio adversarial. El escenario de la negociación frustra *ab initio* cualquier tipo de refutación, mientras que el mero asesoramiento sobre la conveniencia o inconveniencia a someterse al procedimiento diferenciado no puede ser considerado como una medida defensiva.

(15) Del voto de Mancini, in re causa 23.298 “J. M. C. y S. R. Q. s/recurso de casación”, 22/07/2008.

(16) Suscribimos la postura del Dr. Bovino, para quien “defenderse significa, sencillamente, presentar algún tipo de resistencia a la actividad persecutoria” (BOVINO Alberto en “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, publicado en Maier y Bovino [comps.] El procedimiento abreviado, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 83).

(17) Ya Carrara diferenciaba entre la defensa indirecta, destinada a criticar las pruebas del acusador y defensa directa, abocada a alcanzar la prueba positiva de la inocencia del reo (cfrme. CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal Parte General, vol. II, Editor Depalma, Buenos Aires, 1957, pp. 465/466).

Por su parte, la ley 13.811, que regula el procedimiento de flagrancia, prevé en su art. 8º la prescindencia del imputado en la audiencia multipropósito, exceptuando la obligatoriedad de su presencia ante dos circunstancias; cuando el imputado se encuentre detenido o su defensor considere necesaria su presencia. Esto significa que en todos aquellos supuestos fuera de aquellos condicionamientos, el defensor estaría habilitado a decidir el destino definitivo del proceso judicial sin asegurar alguno sobre la previa consulta con su defendido.

Ello plantea suma gravedad por cuanto el carácter multipropósito de todas las audiencias en ese proceso especial constituye una insignia clave, porque de las mismas pueden derivarse múltiples soluciones definitivas del caso debido a su dinámica dialógica en la cual las partes exponen sus planteos soslayando solemnes rituales escritos y sus consiguientes traslados, ej.: de una audiencia de excarcelación puede derivarse un acuerdo de juicio abreviado o la discusión en torno a la admisibilidad de sobreseimientos o nulidades, etc.

Señalada la importancia de la asistencia del imputado en las audiencias multipropósito, esta suerte de contumacia admitida por la misma legislación (en aras de la celeridad) contraviene gravemente el derecho de defensa al impedir que el mismo sea oído en sus inquietudes e intereses al momento de tratar un amplia e importante gama de asuntos jurídicos que exceden el mero trámite (sobreseimientos, nulidades, *probatión*, trámites de juicio abreviado). La asistencia personal del procesado es imprescindible si se quiere evitar incurrir en una especie de procedimiento pseudo-contumacial, prohibido por nuestro derecho bajo la premisa de controlar que quien se defiende, pueda realmente ejercer esa defensa constatando su idoneidad para ello. (18) Además, tal permiso hecho por la ley resulta poco amigable con el propósito de la oralidad como garantía de un proceso acorde a la Constitución Nacional y con la reivindicación de las audiencias públicas como instituciones contraculturales de una tradición jurídica minada de formalismos obstaculizadores de la simplicidad y transparencia

(18) MAIER Julio, Derecho Procesal Penal, T. I, 2ª edición, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 595.

del litigio (19), porque silencia la voz de quien resulta ser el único capaz de conocer las circunstancias de las cuales es llamado a dar cuenta y quien porta el derecho a expresar sobre el tipo de culminación del proceso al que aspira. No es extraño observar de la experiencia, la frecuencia con las que los operadores judiciales entablan acuerdos sobre la culminación de una causa ignorando *in totum* el interés del protagonista principal: el imputado (ciudadano sobre el que versa la persecución penal), para hacerlo participe sólo al momento de notificarlo sobre el resultado final (20) y de los derechos (si los tiene) derivados en consecuencia.

Asimismo, otro de los aspectos cuestionables en lo referente al derecho de defensa en este procedimiento especial nos remite a la posibilidad de aplicarlo para los delitos de 15 años de prisión (art. 284 bis del CPPBA), pues dada la gravedad de los mismos puede menoscabar seriamente el derecho a producir prueba de descargo en los plazos exiguos que caracterizan el procedimiento de flagrancia y, con ello, la garantía en trato.

Oralidad y publicidad, rasgos estructurales y constitutivos del método acusatorio

Otra de las garantías secundarias o instrumentales (que soportan las intrínsecamente epistemológicas: acusación, carga de la prueba y defensa) afectadas a causa del procedimiento abreviado son la oralidad y publicidad. Tras la renuncia al contradictorio y a la exposición de la defensa con la mera contestación de la acusación, la oralidad queda reducida a la relación de fuerzas entre investigador e investigado, es decir; el primero sustituye las obligaciones probatorias por la presión a ejercer sobre el segundo. En efecto, en esa particular dinámica de la negociación, las prácticas persuasorias entre desiguales operan puertas adentro a la vieja usanza inquisitiva afectando de ese modo, como corolario de la oralidad suprimida, la publicidad en toda su extensión.

Se extirpa así un elemento fundamental para la república como lo es *la publicidad*, pues recor-

(19) Cfrme. BINDER Alberto, "La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición" en Política Criminal Bonaerense, Revista INECIP, Provincia de Buenos Aires, p. 271.

(20) Si bien en tal oportunidad puede revertir la solución escogida por su defensor, la experiencia empírica no arroja datos en ese sentido.

dando las palabras de Vélez Mariconde “siendo ella de la propia esencia del sistema republicano, resulta igualmente impuesta, como principio general, por una norma de la Constitución: si aquél exige, en verdad, que todos los funcionarios públicos (representantes) sean responsables de sus actos ante el pueblo soberano (representado), la responsabilidad de los jueces sólo puede hacerse efectiva cuando sus actos son públicos, es decir, cuando los ciudadanos pueden asistir al debate y a la lectura de la sentencia”. (21) Porque la publicidad es una garantía cuya raigambre se halla en el derecho liberal; el mismo Beccaria exigía la publicidad de los juicios y las pruebas “para que la opinión, que es quizás el único fundamento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones”. (22)

Todas estas garantías contenidas en la Carta Magna, protectoras de la república, los derechos y libertades individuales ante la magnanimidad de la coerción estatal, se echan por tierra. Por su parte, la publicidad en tanto requisito que coadyuva a la transparencia de los actos jurisdiccionales queda relegada si, como describe Anitua, el Fiscal, quien concentra en sus manos el poder de decidir sobre la culpabilidad como sobre la determinación de la pena, actúa directamente sobre el imputado en un procedimiento oculto. (23)

Disponibilidad del juicio

Una cuestión no menos controvertida, por cierto, es la referida al derecho al juicio por jurados como un derecho renunciabile.

En virtud de los siderales esfuerzos realizados por los legisladores provinciales en tiempos recientes, para regular un derecho contenido por nuestra Constitución Nacional en sus arts. 18 (“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, siendo que ese juicio previo requiere la participación de un jurado), 24 (“El congreso promoverá... el establecimiento del juicio por jurados”), 75 inc. 12 en cuanto obliga

al congreso a “Dictar... especialmente leyes generales para toda la Nación... y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”, y finalmente el art. 118 que dispone que “Todos los juicios criminales ordinarios... se terminarán por jurados”, recuperar el debate sobre su “disponibilidad” parece insoslayable.

Aun cuando en la actualidad se haya estipulado para determinados delitos (de 15 años de prisión), el principio de inocencia también contenido en la CN parece indicar la exigencia del juicio previo para todos los procesos penales ordinarios. En este sentido, diversos autores han afirmado la necesidad ineludible de que el juicio (constitucional) anteceda a toda sentencia penal independientemente de la voluntad del imputado; entre ellos Maier, luego de señalar que el derecho penal se realiza a través del derecho procesal, afirma que el imputado “no posee ningún poder de disposición sobre la pena” (24), Magariños por su parte ha sostenido que la exigencia de “juicio previo” no es sólo una garantía individual contenida en el art. 18 de la CN “sino que, además, es un imperativo de orden institucional en razón de lo establecido en el art. 118 de la Ley fundamental”. (25)

Dicho lo anterior, el texto constitucional no admite excepción al principio de legalidad sustantivo del mismo modo que tampoco admite ninguna excepción al principio de inocencia que autorice a imponer una pena sin juicio previo. Sucede que parte de la doctrina, defensora de los procedimientos diferenciados, ha considerado satisfecha tal exigencia a partir de la igualación entre “juicio abreviado” y “juicio previo”. (26)

(24) MAIER Julio, ob. cit. p. 487.

(25) MAGARIÑOS, de su voto en disidencia en el caso “Osorio Sosa, Apolonio”, TORal Criminal N° 23, 23/12/1997.

(26) En este sentido nuestro Tribunal de Casación ha entendido cumplimentadas las exigencias del debido proceso, si pese la renuncia al juicio oral y público, la sentencia de culpabilidad dictada en el marco de un juicio abreviado se autosatisface con la fundamentación tras un silogismo de los hechos y el derecho (del voto de Carral en causa nro. 12.430 “M., D. o M. T., D. J. s/ Recurso de Casación”, 16/09/2010). Asimismo, se ha sostenido que de la posibilidad de imponer calificación y pena menos gravosa, e inclusive la absolución, no puede predicarse del “juicio abreviado” que no abastezca el ‘juicio previo’ constitucionalmente reconocido (del voto de Mancini, en fallo citado).

(21) VÉLEZ MARICONDE Alfredo, Derecho Procesal Penal T. II, 2ª edición, Lerner, Córdoba, 1969, p. 165.

(22) BECCARIA Cesare, De los delitos y de las penas, Editorial Láser, p. 31.

(23) ANITUA, art. cit. p. 150.

Ahora bien, si tenemos en cuenta las exigencias estipuladas por ley como método para arribar a la verdad histórica (verdad real), y cuyos presupuestos son: el contradictorio (dinámica falsacionista donde se expresan fuerzas contrarias), la oralidad y la publicidad, el juicio abreviado en tanto ‘negociación’ no parece cumplir con las exigencias mínimas del ‘juicio previo’. En efecto, lejos de abreviar el juicio como bien puede predicarse de ciertos procedimientos simplificados (me refiero al procedimiento de flagrancia o juicio directísimo), directamente lo omite. El propio Cafferata Nores, autor del proyecto de ley que incorporó el ‘juicio abreviado’, ha reconocido que el derecho de defensa del imputado que presta su “conformidad” para el juicio abreviado, se agota en ese mismo acto. (27) Entonces, si bien es cierto que este método abreviado respeta uno de los elementos básicos del juicio: la acusación, no acontece de la misma manera con los restantes: prueba y defensa, y en consecuencia, tampoco sentencia válida.

A estas razones, se le suma otro aspecto problemático que plantea el instituto en trato, vinculado al indispensable control republicano de la justicia penal. La constitución prevé dos mecanismos que permiten el control popular de las decisiones de los jueces, una de ellas ya tratada: la publicidad del juicio, y otra: el juicio por jurados.

Soslayando un tratamiento exhaustivo de este último mecanismo, toda vez que ello demandaría un desarrollo particular, interesa destacarlo en su función biunívoca, pues a la vez que constituye una garantía del imputado, resulta ser un derecho político de los ciudadanos, consistente en la facultad de participar en las decisiones más relevantes de la administración de justicia penal. El juicio por jurados al hallarse incorporado en la parte orgánica de nuestra Constitución, es un derecho político y su fundamento principal reside en impedir a los jueces técnicos, integrantes de los órganos estatales de la justicia penal, que ellos puedan decidir todas las cuestiones involucradas en un caso penal en el cual se discute la posible aplicación de una

medida punitiva eludiendo todo control popular. (28)

IV. ¿Fortalecimiento de la oralidad y efectividad penal o reforzamiento de un control social selectivo?

Para un apropiado análisis sobre los efectos concretos que en la sociedad suscitan estos institutos procesales, debemos abordar primeramente un concepto trabajado por la criminología crítica; el “control social”. Esta voz tiene por un lado, una perspectiva *genérica* referida a la sociedad y porta su origen en la necesidad que tenía la sociedad autóctona de EE.UU. de controlar los flujos migratorios por fines del siglo XIX, debido a lo cual la búsqueda de un orden requirió una justificación teórica proporcionada entonces por la incipiente sociología académica de la Universidad de Chicago. (29) Luego, tuvo variados usos cuyo tratamiento excedería el presente trabajo, sin embargo, lo que interesa destacar es su carácter eminentemente sociológico, abarcador de una problemática general.

La otra perspectiva, derivada de la primera pero circunscripta al control social a cargo del Estado en el sistema penal moderno, y contrapuesta al ‘control social del consenso’ (entendido como mecanismo que vehiculiza la adhesión de la mayoría de los individuos a pautas de organización política, jurídica y económica), es el ejercido por el sistema penal conformado por el derecho penal, el procesal penal, policial, judicial y de ejecución. (30) Sus normas conducen el ejercicio de diversas instancias como los tribunales, las cárceles y las fuerzas de seguridad para llevar a cabo el control coercitivo y centralizado en aras de perpetuar un bloque histórico determinado. Éste pertenece al campo jurídico, es denominado como control jurídico del Estado (*typus*) a diferencia del control social de la sociedad (*genus*), y su cariz sufrirá las variaciones propias de los movimientos coyunturales según se correspondan a

(28) Ídem, p. 71.

(29) BERGALLI Roberto, “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas sociológicas jurídicas” en Bergalli R. (coord. y colab.): Sistema penal y problemas sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 33.

(30) Ibídem, p. 42.

(27) BOVINO Alberto en “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, publicado en Maier y Bovino (comps.) El procedimiento abreviado, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 81.

Estados totalitarios o liberales. (31) Sin embargo, ambos contienen un denominador común: *controlar todas aquellas conductas que transgreden lo estimado como imprescindible para mantener el orden y convivencia pacífica*, y en el caso del jurídico, es llevado a cabo mediante la fuerza legítimada.

Ahora bien, dada la insuficiencia de recursos técnicos y humanos con los que cuenta el sistema penal, el control jurídico se realiza a través de una selección de conductas y sujetos, pues perseguir todas las conductas disvaliosas obstaría claramente a su efectividad. En consecuencia, se procede a una selección de acuerdo a las directrices fijadas por una política criminal determinada, la cual desde hace varias décadas destina sus esfuerzos sobre un sector social específico. A ciertos estereotipos (basados en ‘clases sociales’ fundamentalmente), Zaffaroni los denominará la “clientela habitual del sistema penal” para aludir a quienes por su grado de instrucción y entrenamiento sólo ejecutan obras toscas de la delincuencia, fáciles de descubrir como lo son los arrebatos, las tentativas de robo, asaltos a mano armada, consumo de estupefacientes y venta minorista de estupefacientes. (32) Sobre estos grupos se ejerce el *control social jurídico del Estado*, ellos son los clientes habituales de las prisiones muy a pesar de que “en el imaginario colectivo éstas están llenas de homicidas y violadores, pero en realidad, éstos son minoría, y las prisiones están repletas en un noventa por ciento de ladrones fracasados y vendedores mi-

noristas de tóxicos prohibidos”. (33) La “clientela habitual” no está conformada por “delinquentes de cuello blanco” (34), quienes mediante organizaciones formales o informales cometen una serie de delitos de mayor gravedad que los antes mencionados como; el lavado de activos, evasión tributaria, competencia desleal, los vinculados a la alteración del medio ambiente y productos de consumo, todos de trascendencia macrosocial puesto que el daño ocasionado es magnánimo, alcanzando colectivos de víctimas difusas y múltiples.

Entonces, dadas las características portantes por el instituto de abreviado mediante las cuales, como vimos, las garantías individuales quedan relegadas en pos de la efectividad penal, el control social específico al que hiciéramos referencia pasa a ser lo axial de aquél. Paradójicamente, asegura la efectividad sobre una clientela mientras favorece, a través de condenas menores, delitos de mayor dañosidad social como los de cuello blanco. Un ejemplo elocuente lo representa el caso IBM Banco Nación (35) en el cual el juicio abreviado representó una herramienta ventajosa para los acusados involucrados, quienes se vieron agraciados con condenas en suspenso que, un juicio oral y público llevado cabo en tiempo razonable, difícilmente hubiera facilitado.

En armonía con este enfoque, Christie avizora en la extensión de la industria carcelaria (industria del control del delito) la finalidad de contener los efectos problemáticos arrojados por un escollo estructural: distribución desigual de riqueza y la distribución desigual del acceso al

(31) No resulta ocioso recordar cómo el sistema penal moderno, acorde a las necesidades de una sociedad liberal por fines de siglo XVIII y principios del siglo XIX, proveyó un marco jurídico propicio para proteger las necesidades de una sociedad industrial limitando con categorías constitucionales, derechos y garantías la intervención punitiva estatal a fines de amparar las libertades individuales en la medida en que permitía a cada sujeto, la libre disposición de sus bienes, procurando el ascenso de una burguesía incipiente. Sin embargo, tales características fueron inútiles para una burguesía ya asentada en el poder y para el advenimiento de los totalitarismos de Europa, en especial Alemania e Italia de comienzos del siglo XX, entonces la responsabilidad criminal viró hacia la peligrosidad social bajo el paradigma etiológico que permitió contener a esa gran masa de trabajadores desocupados, arrojados por las primeras crisis del industrialismo.

(32) ZAFFARONI Eugenio Raúl- ALAGIA Alejandro - SLOKAR Alejandro, Manual de Derecho Penal, 2ª edición, Ediar, 2006, p. 13.

(33) *Ibidem*.

(34) Categoría ideada por Sutherland para explicar aquellos delitos cometidos por ‘hombres de negocio’ (generalmente desde organizaciones formales o informales) que, a diferencia de los ladrones profesionales, no se reconocen ni se los reconocen como delinquentes. Cfr. SUTHERLAND Edwin H., El delito de cuello blanco, ediciones La Piqueta, Madrid, 1999, p. 265 y sstes.

(35) Caso emblemático durante la presidencia de Menem, iniciado en el año 2004 y finalizado en el 2010 cuya acusación versó sobre el pago de coimas de al menos 21 millones de dólares a directivos del Bco. Nación para efectuar el plan de informatización a la entidad bancaria. En noviembre de 2009, los siete acusados se declararon culpables y acordaron con la fiscal condenas de entre tres y dos años y tres meses en suspenso, además de la suma de 18 millones de pesos.

trabajo remunerado. Caracteriza a los sistemas modernos del control del delito como "Gulags a la occidental" para los cuales los enemigos internos serán su prioridad (36), es decir; esas clases peligrosas -excluidos del proceso productivo- a quienes no se los exterminará, empero, sí se los podrá apartar de la vida común de la sociedad. Sin embargo, mientras el autor nórdico ve en la industria del delito del sistema penal estadounidense un paliativo ventajoso para el sistema económico, pues a través del encierro se garantiza cierta fuente de producción (mano de obra esclava) y fundamentalmente materia prima del control (consumidores cautivos -y controlados- de los servicios de la industria), aquí no son más que meros campos de concentración en donde el genocidio en acto, constituye la operatividad de nuestro sistema penal. (37)

Para tal cometido, es decir; para poblar las cárceles de un sector social marginal cuyas condiciones humanas deterioradas exigen de todos una reforma radical e inclusiva si se pretende su mejoramiento, nada más apropiado que un mecanismo procesal como el juicio abreviado. En efecto, sus ventajas son múltiples: permite condenas sin controversias, facilita el ocultamiento al imputado (y a la sociedad) sobre la aptitud laboral de los operadores jurídicos, pues allí no hay análisis jurídico ni probatorio serio que evidencie las capacidades de la acusación y la defensa, sólo un acuerdo a puertas cerradas -en ausencia del imputado- generalmente representativo de la voluntad fiscal, al igual que el Juez, cuya labor se ciñe a transcribir en la sentencia los argumentos del procesamiento fiscal. Permite asimismo, mayores resultados en menor tiempo y la finalización "on time" de la jornada laboral, aunque su costo conlleve el extravío de la calidad jurisdiccional. Siendo así como lo fundamental de este mecanismo, reside en su utilidad para justificar y fortalecer la existencia de un sistema judicial en

tanto *control social selectivo*, debido a que aquellos delincuentes de cuello blanco tan denostados por Sutherland les sobrarán recursos y oportunidades para acoger el instituto o rechazarlo según su conveniencia en el proceso.

Con los procedimientos en flagrancia sucede otro tanto, pues los delitos *in fraganti* son detectados por las agencias policiales y nunca resultan ser defraudaciones, privaciones ilegales de la libertad, homicidios por conducción imprudente, libramiento de cheques sin fondo, etc. (también aptos para ser advertidos *in fraganti*) sino una estrecha gama de hurtos, robos (de objetos menores) y sus tentativas. (38) La agencia jurídica se pone a merced de lo anoticiado por las agencias ejecutivas encargadas de la criminalización secundaria (acción punitiva ejercida sobre la persona mediante la detención, conducción, secuestro de cosas) (39) y la nombrada en primer término, a excepción de honrosos casos, lejos de contener o reencauzar dicha criminalización, reafirma la potestad selectiva de la segunda con la prosecución de los mismos. De este modo, en estos procedimientos, los objetivos de oralidad y celeridad quedan en la excusa meramente formal de su legitimidad, puesto que en la mayoría de los casos sus resoluciones acaecen por juicio abreviado, y cobra preeminencia *un control social específico y selectivo* con un considerable incremento al poder de policía.

V. Hacia el deterioro del sistema penal

Tal como se ha referenciado y, contemplando además lo analizado para los procedimientos simplificados (flagrancia), en la génesis de los procedimientos diferenciados, el motor impulsor del otrora proyecto convertido en ley redundó en la idea de lograr sentencias en un plazo razonable con ahorro de energías y recursos jurisdiccionales, y para ello, se ha tomado como modelo de inspiración el *plea bargaining* del derecho anglosajón.

En estos tiempos en que se reeditan los debates acerca del juicio por jurados tras la sanción

(36) CHRISTIE Nils, La industria del control del delito, editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 24.

(37) Zaffaroni describe las características aberrantes de nuestro sistema carcelario, cual además de ser un depositario de las clases sociales más vulnerables, predomina un alto nivel de violencia y muertes en motines, muertes contra presos, entre presos, muertes por enfermedades no tratadas en las prisiones y por elevadas tasas de suicidio (ZAFFARONI Eugenio R., En busca de las penas perdidas, Ediar, Bs. As., 1998, p. 128).

(38) En los registros jurisprudenciales de algunas departamentales bonaerenses, abundan flagrancias por hurtos/robos y sus tentativas de celulares, llantas y alimentos lácteos.

(39) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, ob. cit. p. 14.

de la ley provincial 14.543, suele ser recurrente la invocación de la Constitución de Filadelfia como modelo escogido por los constituyentes argentinos de 1853 para demarcar los pilares de nuestra Carta Magna (producto de un largo camino iniciado por la generación del '37 cuyos jóvenes intelectuales (40), hijos de la revolución de Mayo, pensaron y diseñaron la nación bajo la influencia del liberalismo francés e inglés). Sin embargo, si bien dicho modelo se ha plasmado en la cláusula constitucional (art. 118) del juicio por jurados, nuestro sistema también es legatario del modelo continental europeo francés en el cual el principio de legalidad queda en la órbita jurisdiccional. A diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema, la Constitución Federal de EE.UU. en su art. 2º, coloca la persecución en cabeza del Poder Ejecutivo y ello significa que las decisiones tomadas por el fiscal no pueden ser controladas por un órgano ajeno. Por ello, como hemos referenciado, en aquel sistema la discrecionalidad adquiere una notoria preeminencia. (41) El principio constitucional (americano) de disposición absoluta de los fiscales -federales o estatales- sobre la acción penal pública, anatematiza todo criterio de legalidad procesal capaz de orientar la persecución pública como así las facultades del fiscal para negociar la imputación con el acusado (42), y allí el fiscal no puede ser obligado por el legislador. Además, en las antípodas de nuestro sistema en el que la "verdad" (43) juega un papel central, en el sistema americano sólo cuando hay juicio la verdad opera como garantía del imputado. De lo contrario, cuando se prescinde del juicio, el "consenso" sustituye la verdad desempeñando la misma función. Esto ha llevado al profesor

(40) Entre los más connotados; Sarmiento, Echeverría, Alberdi, Cané, Mármol, de Angelis, Frías, Gutiérrez, Lamas, López, Mitre, Rivera Indarte, Tejedor, etc.

(41) Extraído de LANGBEIN John H., artículo "Tortura y plea bargaining" en Maier y Bovino (comps.) El procedimiento abreviado, Editores del Puerto, Bs. As., 2001, y de Villar Ariel "El juicio abreviado", Némesis, Buenos Aires, 1997.

(42) BOVINO, art. citado y de Villar Ariel "El juicio abreviado", Némesis, Buenos Aires, 1997, p. 57.

(43) Tomo la acepción del Maier en cuanto la define desde el conocimiento histórico como "la relación de concordancia entre el pensamiento y el objeto pensado", no como un pensamiento creador de objetos sino reproductor, copiador de objetos reales. "Desde este ángulo de observación verdad es, entonces, la representación ideológica correcta de una realidad ontológica" (ob. cit. p. 842).

anglosajón Langbein, a acusar al *plea bargaining* de derrotar a la Constitución y al Bill of Rights, toda vez que ha motivado a los profesionales del derecho (jueces, fiscales y abogados defensores) a la preferencia de realizar transacciones al rigor de llevar a cabo los juicios. (44)

En definitiva, la mixtura de institutos procesales provenientes de diversos modelos jurídicos foráneos, transpolados a los efectos de resolver situaciones de emergencia locales, niega su historia ocasionando disfuncionalidades en el ejercicio de poder y contradicciones en el orden jurídico interno que afectan gravemente la propia legitimidad. Así, de la disociación que existe *a priori* entre legalidad y legitimidad, los efectos deteriorantes al sistema penal (en proporcionalidad con el mayor o menor margen de aquélla) son al menos tres.

En primer lugar y de corte criminológico, el vinculado al discurso jurídico-penal de la "justicia social y pacificación de los conflictos" basado en el programa de derecho penal mínimo de Baratta (45), pues el ejercicio de poder mediante estos institutos coadyuva a la selección de un tipo de clientela dejando fuera autores de delitos de mayor nocividad social, y ello convierte aquella premisa en un mito.

En segundo lugar, las características propias de los sistemas de enjuiciamiento basados en negociaciones y acuerdos resultan propensas para desarrollar burocracias (en orden a las clientas antes mencionadas) que contribuyen, en gran medida, a la pereza y automatización de la justicia. En efecto, los fiscales toman el producto reportado por las agencias policiales (usualmente delitos de cuasi-bagatela) resguardando colmar las estadísticas exigidas, mientras por su parte, la defensa, se allana a las pretensiones fiscales so pena de agravar la situación de detención del imputado con recursos y remedios impugnativos, y finalmente el juez homologa el acuerdo asegu-

(44) LANGBEIN John, Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio por jurados, en "Nueva Doctrina penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996/A, p. 52.

(45) BARATTA Alessandro, "La política criminal y el derecho penal de la Constitución, Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales" en Nueva Doctrina Penal, t. 1999/B, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2000, p. 418.

rándose de este modo las estadísticas deseadas y el ahorro de tiempo como de esfuerzo analítico que un juicio insume. Entre dicha labor y quien coloca estampillas en correspondencias, las diferencias son escasas, tal vez de algunos minutos. Los decisorios adquieren el formato de una planilla en las cuales sólo debe colocarse datos proporcionados por la requisitoria fiscal.

En la automaticidad de estos actos, el pensamiento queda extraviado mientras el justificable (inocente o no) se encuentra entre rejas o, en el menor de los casos, con una condena condicional y antecedentes penales que comprometerán su futuro. La labor del jurista se reduce a desempeñarse como obediente y expeditivo burócrata que jamás puede formularse un cuestionamiento ético (46), y no sólo padece, sino que proyecta el deterioro de su alienación. (47)

En tercer lugar y desde un enfoque normativo, un derecho 'disponible' y políticamente funcionalizado a las circunstancias, no puede ampararse en el lugar que la Constitución Nacional le reservó dentro del sistema de control sin asumir graves costos. En efecto, al ser "disponibles" sus principios (juicio previo, derecho defensa, etc.), pierde su fuerza de convicción normativa (48) y

(46) Cfr. ZAFFARONI, En busca de las penas perdidas, ob. cit. p. 88.

(47) Escogemos la concepción hegeliana, subseguida de diversos desarrollos; como aquella conciencia infeliz por hallarse dividida de la realidad a la cual pertenece, y de dicha separación aflora un sentimiento de desgarramiento y desunión (HEGEL G. W. F., Fenomenología del espíritu, 1807, Hamburgo, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed., México, 1966, p. 107 y ss.).

(48) Cfr. HASSEMER citado por ANITUA Carlos Ignacio en "El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva" en Maier y Bovino (comps.), ob. cit. p. 158.

consiguiente confianza y respeto de los ciudadanos que se apoyan en criterios morales. Pues, si el Estado viola los principios rectores del sistema penal, no podrá exigir su cumplimiento por parte de los ciudadanos, perspectiva que acorde a las teorías del contrato social características de la ilustración, representaría la legítima desobediencia (ruptura del contrato) por la parte perjudicada.

Finalmente, todas estas erosiones que los criterios "eficientistas" generan minando cada intersticio del procedimiento penal so pretexto de economía, celeridad y oportunidad, concluyen en lo que Zaffaroni llamará des-etización del discurso jurídico penal (49), producto de las conductas ejercidas por los operadores jurídicos, quienes burocráticamente extreman recaudos positivos mientras desprecian todo reclamo ético.

Sólo la empresa de retornar a la operatividad de la oralidad (en toda su extensión), la publicidad y la contradicción como requisitos ineludibles del juicio previo, agudizando el ingenio para conjugarlos con la celeridad, dignificará las prácticas judiciales y las elevará a una constante actividad abocada a la utopía de justicia que, en pos de ello, mantendrá vivo el cambio y la dinámica social. En este sentido, resulta muy oportuno y acuciante recordar las palabras de Zaffaroni: "El día que el hombre renuncie a la utopía renuncia a su condición humana, a la dinámica social, cultural, a su esencia: sería la terrible imagen de una sociedad de seres iguales operando como un pannelo o un hormiguero" (50) ♦

(49) ZAFFARONI, ob. cit. p. 88.

(50) ZAFFARONI Eugenio R., Hacia un realismo jurídico penal marginal, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Caracas, 1993, p. 44.

.....