

Derecho penal estereotipado

Funcionamiento del sistema penal y grupos vulnerables

Federico Ferreri¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- ¿Qué entendemos por selectividad penal? ¿A qué nos referimos con derecho penal estereotipado?; III.- Aportes del Dr. Zaffaroni en torno a la criminalización primaria y secundaria; IV.- La comunidad científica en alerta por la discriminación impuesta sobre los eslabones más vulnerables de la sociedad y la respuesta en la jurisprudencia; V.- La reforma procesal y su antipática mirada sobre los sectores más vulnerables; VI. - Conclusiones; VII.- Bibliografía

RESUMEN: En este trabajo tomaremos diversos conceptos desarrollados por la sociología jurídica, especialmente los aportes del Prof. Zaffaroni respecto a la selectividad penal, para entender cuál es el funcionamiento real del sistema y sus problemáticas más importantes relacionadas con la criminalización de sectores sociales vulnerables. Luego, intentaremos responder al interrogante planteado en la titulación: ¿Las nuevas reformas implementadas con el Código Procesal Penal Federal argentino se hacen cargo de la discriminatoria y tendenciosa selectividad y estereotipación en materia penal?

PALABRAS CLAVE: Selectividad penal - Discriminación - Sectores vulnerables - Reforma procesal.

¹ Abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires. Magíster en derecho penal por la Universidad Austral. Colaborador en proyecto de investigación UBA - DECyT. Contacto: federicoferreriabogado@gmail.com. Redes: [Federico Ferreri](#) | [LinkedIn](#), <https://orcid.org/0009-0002-3953-1717>

I.- Introducción

Desde el reconocimiento del principio de legalidad como uno de los preceptos fundamentales del derecho penal moderno todas las sociedades democráticas han ajustado su normativa penal utilizando herramientas legislativas para criminalizar ciertas conductas que suelen considerar peligrosas o lesivas de bienes preciados que de forma habitual tienden a resguardar. Esta implementación ha representado un avance fundamental ya que en otro tiempo los delitos no estaban establecidos con anterioridad y quien detentaba el poder de decisión determinaba que era delito y que no, pero más importante aún, quién era delincuente y merecía un castigo y quien no.

En la actualidad, las sociedades establecen una protección especial para los bienes jurídicos que consideran merecedores de un resguardo mayor: la vida, el honor, la propiedad, la libertad sexual pero también el tráfico jurídico, la administración de justicia o el ambiente, entre otros, son objeto de dicha protección mediante diversas disposiciones penales.

De aquella somera enumeración -no taxativa- se desprende que los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico son variados y que esa protección responde a intereses determinados. De esta manera, una vez reguladas aquellas conductas humanas consideradas peligrosas, se las comienza a denominar como “delitos” y las agencias estatales, a partir de ese momento, se encuentran obligadas a imprimirles un tratamiento determinado con el fin de acreditar sus extremos y aplicar una sanción determinada a quienes las lleven a cabo.

Sin embargo, ese proceso que se presenta como justo e ideal tiene una contracara negativa. La selectividad penal y la estereotipación del crimen y sus actores tienen efectos perniciosos en la comunidad; esta problemática es estudiada en profundidad por la sociología jurídica y en este trabajo nos proponemos exponer sus efectos.

Para cumplir con esta tarea hemos dividido este artículo en dos partes. La primera está orientada a describir los procesos de criminalización primaria y secundaria que conforman lo que entendemos por selectividad penal y que generan una estereotipación que produce una manifiesta discriminación. Para ello, nos valemos fundamentalmente de los conceptos desarrollados por el Prof. Zaffaroni cuyo aporte y denuncia resultan elementales para comprender este fenómeno.

En la segunda parte haremos una mención a la reforma del Código Procesal Penal Federal argentino cuya implementación comienza a hacerse realidad a lo largo

de la República Argentina el cual trae mejoras notables en términos procesales y funcionales, por ejemplo la adopción de un sistema acusatorio, pero que no se ha hecho cargo del conflicto latente que implica esta forma de operar el funcionamiento del Estado de derecho en perjuicio de diferentes sectores que por nacer de un lugar determinado, formar parte de un sector específico o caer en situaciones desventajosas son atrapados por el sistema penal con las repercusiones hostiles que eso conlleva.

II.- ¿Qué entendemos por selectividad penal? ¿A qué nos referimos con derecho penal estereotipado?

Si realizáramos una encuesta en nuestra comunidad interrogando sobre ¿qué es el derecho penal?, o mejor aún, ¿qué es el sistema penal?, lo más probable es que obtengamos respuestas que reflejan una percepción de tipo formal: “es el código penal”, “son los delitos”, “son las reglas que tienen las fuerzas policiales para detener a los delincuentes”.

Sin embargo, desde la década de 1970 los juristas hemos contado con diversas herramientas desarrolladas por un movimiento intelectual que coadyuva a la comprensión de la realidad desde una perspectiva humanizante y centrada en la visibilización de aspectos naturalmente opacos pero que subyacen en las formas y mitos que edifican las bases de nuestra sociedad moderna. De esta manera, varios referentes nacionales como los Dres. Marí, Carcova y Ruiz han expuesto muchas facetas del derecho que trasciende una mera enunciación formal. Estos conceptos clave ya los hemos mencionado en otro lugar por lo cual, para no exceder el marco propuesto en el presente, recomiendo su lectura la cual podría robustecer estas reflexiones. (Ferreri, F., 2024)

Ahora bien, estos instrumentos nos permiten cuestionar el status quo y entender qué relaciones de poder determinan el campo filosófico-jurídico imperante y qué intereses representan. (Foucault M., 1992)

Con esa misma proyección, Bourdieu colabora con una explicación respecto a la naturaleza, funcionamiento y reproducción del sistema mediante los campos del saber -en este caso el orden jurídico- de la siguiente manera:

La estructura del campo es un estado de la relación de fuerzas entre los agentes o las instituciones que intervienen en la lucha o, si ustedes prefieren, de la distribución del capital específico que ha sido acumulado durante luchas anteriores y que orienta las estrategias ulteriores. Esta misma estructura, que se encuentra en la base de las estrategias dirigidas a transformarla, siempre

está en juego: las luchas que ocurren en el campo ponen en acción al monopolio de la violencia legítima (autoridad específica) que es característico del campo considerado, esto es, en definitiva, la conservación a subversión de la estructura de la distribución del capital específico. (Bourdieu, P., 1990, pág.109)

Continuando con ello, pero específicamente en el ámbito del derecho penal, Zaffaroni dedicó gran parte de su trabajo a explicar el funcionamiento real del sistema², quienes son sus principales actores y cuáles son los objetivos del mismo. A su vez, efectuó una denuncia respecto a la genuina discriminación resultante que no ha sido extinguida y pareciera que tampoco está en la agenda política actual. (Zaffaroni, R., 2000).

La discriminación y estereotipación de distintos colectivos de personas que integran nuestra sociedad es producto de la marginalidad y vulnerabilidad³. Sin embargo, desde la órbita penal esta perspectiva se acentúa. No solo porque quien tiene el manejo del sistema punitivo, judicial o parlamentario tiene facultades para administrar los resortes policiales y soberanos para “legalizar” procedimientos - política criminal- que luego serán aplicados por las agencias específicas para cuidar determinados intereses sino porque, además, definen qué personas pasarán a ser peligrosas y sindicadas como tales.

La doctrina refiere que los estereotipos son prefiguraciones negativas (prejuicios negativos) de determinada categoría de personas que, por apariencia o conducta, se tiene por sospechosas. Estos prejuicios son creados en el imaginario social colectivo fomentados por actividad permanente y masiva de los medios de comunicación y la política demagoga. De esta manera se forja el estereotipo de esa persona sospechosa, del criminal en potencia, que presenta componentes clasistas (pobres), racistas (negros, por ejemplo), etarios (jóvenes), de género (en general

² Esta cuestión será analizada en detalle en el próximo apartado.

³ No forma parte de la intención de este trabajo realizar un análisis de la cuestión de la vulnerabilidad en profundidad ni ahondar en quienes son los grupos vulnerables. Sin embargo, utilizamos los conceptos utilizados por las [Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad](#). Ahora bien, para obtener mayor profundidad sobre este tema puede consultarse Basset, U., Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C. y Lafferriere, J. N., [Tratado de la vulnerabilidad](#), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017. Además, recomiendo especialmente la lectura del capítulo [La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos](#) escrito por Úrsula Basset si se busca de forma particular la descripción de los grupos y el tratamiento y enfoque que corresponde aplicar.

hombres) y estéticos (feos) y que lo lleva a ser visto como enemigo de la sociedad, luego el mismo discurso implantado se mantiene y recicla asegurando su permanencia. (Tabera, S. R., 2023)

En este punto es conveniente dar una definición a la pregunta que abre este apartado cuya respuesta permitirá entender los procesos de criminalización primaria y secundaria desarrollados por el nombrado en el próximo parágrafo.

Decimos que el sistema penal es selectivo porque está orientado a captar delincuentes, es decir atrapa a las personas que delinquen. De esto podemos extraer una conclusión parcial: los delincuentes son las personas que efectúen una conducta punible y sean sindicados como tales. Ahora bien, esta forma de proceder tiene serios inconvenientes técnicos y políticos. Veamos.

En primer lugar, es imposible identificar y captar a todas las personas que ofendan la normativa penal. No existe la infraestructura ni los recursos disponibles para una tarea tan enorme. Es que existen multiplicidad de conductas que son descritas como delito por las normas penales y que las personas realizan de manera cotidiana, para ejemplificar esta cuestión podemos citar la Ley de Propiedad Intelectual que prescribe un delito insignificante y de realización permanente consistente en fotocopiar un libro o copiar un disco compacto de música. Vale aclarar que formalmente sí se trata de un delito pero su baja conflictividad y/o lesividad implica la inactividad de las agencias policiales.

En una época de alta conflictividad social el fenómeno de inflación penal⁴ queda al descubierto; se penalizan conductas que son realizadas de manera masiva y que resulta imposible captar y detener a todos los infractores. Entonces podemos afirmar que el sistema penal selecciona qué conductas perseguirá e invertirá sus recursos, es una decisión política material.

Si sabemos, entonces, que el sistema penal selecciona las conductas que considera más importantes en cuanto a ofensa de los bienes jurídicos que protege para los cuales invertirá sus recursos disponibles, ¿quiénes son las personas encargadas de tomar esa decisión? ¿Qué intereses hay detrás de aquel acto político? ¿Qué efectos tiene?

⁴ Sobre el problema de la inflación penal Di Pietro, J., El impacto de la criminología mediática en la legislación penal argentina, Revista pensamiento penal, 2023.

Llegamos a la segunda parte de la respuesta. La contracara de la selección de conductas que serán perseguibles penalmente implica una decisión que acarrea la identificación de determinadas personas como delincuentes. En términos weberianos este procedimiento no debería ocasionar inconvenientes porque se identifican a las personas que ofenden el orden jurídico establecido por medio de los representantes de la soberanía popular pero al realizar un racconto de los casos judicializados y, en particular, al relevar qué grupos humanos son objeto de medidas de restricción encontramos que, en su gran mayoría, el sistema penal logra captar pequeños ladrones, estafadores de poca monta, personas violentas que agreden a otros ciudadanos, etc.

Cabe aclarar que este trabajo no pretende ensayar una defensa de las personas que cometan delitos pero sí demostrar que dichos autores tienen en común dos aspectos que son centrales para comprender este fenómeno:

i- Condiciones personales: suelen ser personas con bajo nivel educativo, pertenecientes a una clase social desventajada, víctimas de delitos, integrantes de algún colectivo minoritario y odiado con bajas oportunidades laborales y/o de superación social, etc⁵.

ii- Intereses determinados: Las conductas perseguidas y cuyos autores tienen en común alguna de las circunstancias antes descritas afecta de alguna manera intereses que tienen algún valor para una clase social determinada, grupo de personas u organizaciones en particular. Es decir, las situaciones fácticas previstas en un tipo penal ponen en peligro ciertos bienes que son preciados para un grupo hegemónico⁶ y que, justamente, tiene o tuvieron cierto poder con respecto a la decisión política.

En resumen, un grupo social determina qué conductas son peligrosas y orienta los esfuerzos del Estado en perseguirlas. A su vez, los que resultan perseguidos por esas conductas tienen ciertos rasgos en común que dan cuenta de las diferencias existentes en las sociedades contemporáneas. De esta manera, la selectividad penal genera ciertos estereotipos que el discurso hegemónico y mediático retroalimenta de manera funcional. Esta cuestión es de suma gravedad porque la opinión pública

⁵ La enumeración no es taxativa.

⁶ En este trabajo nos referiremos a hegemonía, grupos hegemónicos o clases dominantes como aquellos individuos que por su condición económica, política, científica o de influencia se reservan altas cuotas de poder y tienen aptitud para obtener de las agencias públicas determinadas facultades, derechos, privilegios, etc.

comienza a pensar que ciertas personas -los delincuentes que el sistema logra captar- son la razón de todos sus males.

Bourdieu lo explica de manera sencilla:

“ [L]a existencia de un universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima, cuyo monopolio corresponde al Estado, que puede recurrir también al ejercicio de la fuerza física. Las prácticas y los discursos jurídicos son, en efecto, el producto del funcionamiento de un campo cuya lógica específica está doblemente determinada: en primer lugar, por las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas o, con mayor precisión, los conflictos de competencia que se dan en él: en segundo lugar, por la lógica interna de las acciones jurídicas que limitan en cada momento el espacio de lo posible y con ello el universo de soluciones propiamente jurídicas.” (Bourdieu, P., Teubner, G., 2000, pág. 158)

Al realizar un repaso de la bibliografía especializada descubrimos que la selectividad penal termina centrando su atención en las personas fáciles de atrapar y, luego, enfoca sus esfuerzos en los casos sencillos de resolver. Esta realidad que en términos macrosociales no produce ningún cambio positivo no logran conmover los verdaderos problemas que aquejan a la comunidad. Por ejemplo, durante largo tiempo la ciudad de Rosario en la provincia de Santa Fe se encuentra asediada por grupos “narco” que utilizan distintas personas para ejercer amenazas directas contra los vecinos y las autoridades policiales y políticas. Sin embargo, las fuerzas del orden no han descubierto ni atrapado a los organizadores de la actividad ilegal que sustenta toda la actividad criminal -ni siquiera han logrado hacer cesar tales conductas- sino que sólo han podido dar con algunos de sus “soldados” o vendedores al narcomenudeo. (Alegre, G., Gastón, L., Ordoñez, P., 2021)

Con suma claridad, Garland da cuenta de este fenómeno de la siguiente manera:

“Los sectores de la población efectivamente excluidos de los mundos del trabajo, del welfare y de la familia -normalmente, varones jóvenes de las minorías urbanas- crecientemente se encuentran en prisión; su exclusión social y económica es efectivamente encubierta por su estatus de delincuentes condenados. La prisión reinventada del presente es una solución penal frente al nuevo problema de la exclusión social y económica.” (Garland, D., 2005, pág. 323)

Entonces, podemos afirmar que el sistema penal se encuentra orientado a captar sujetos que ejecuten las conductas estipuladas en las normas penales -premisa de hecho-. No de manera fortuita esos individuos comparten rasgos en común. Sin embargo, este esfuerzo no logra modificar la preocupación de la sociedad debido a

que los problemas más importantes persisten y ningún funcionario perteneciente a dicho sistema efectúa ninguna medida al respecto.

Siguiendo esta línea, Zaffaroni explica que:

“dada la selectividad letal del sistema penal y la impunidad consiguiente para otras personas que no son vulnerables al mismo, debe admitirse que su ejercicio de poder se orienta a la contención de grupos bien determinados y no a la "represión del delito".” (Zaffaroni, E. R., 1998, pág. 44)

Es enriquecedor, pues, la denuncia efectuada aunque llama la atención que ninguna agencia se ocupe de modificar esta realidad.

III.- Aportes del Dr. Zaffaroni en torno a la criminalización primaria y secundaria

Con respecto al proceso analizado en el apartado anterior, el Dr. Zaffaroni refiere que: “la selección criminalizante no se lleva a cabo por azar sino como resultado de la gestión de un conjunto de agencias que conforman el sistema penal”. (Zaffaroni, E. R., Alagia, A., Slokar, A., 2002, pág. 7)

A su vez, explica que este proceso selectivo de criminalización se desarrolla en dos etapas la primaria y la secundaria:

“ Criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas. Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan. Por lo general, la criminalización primaria la ejercen agencias políticas (parlamentos y ejecutivos), en tanto que el programa que implican lo deben llevar a cabo las agencias de criminalización secundaria (policías, jueces, agentes penitenciarios). Mientras que la criminalización primaria (hacer leyes penales) es una declaración que usualmente se refiere a conductas o actos, la criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso (o sea, el avance de una serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción), se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria (prisionización).” (Zaffaroni, E. R., Alagia, A., Slokar, A., 2002, pág. 7)

Entonces, la criminalización primaria es la actividad llevada a cabo por las autoridades políticas mediante la sanción de leyes en sentido formal y material que establecen cuáles serán las conductas que serán perseguidas, investigadas y a cuyos autores se les asignará una pena. Por otro lado, las agencias policiales efectuarán la criminalización secundaria. Frente a la magnitud de su tarea y con el objetivo de no caer en una inactividad por paralización -lo cual justificaría su desaparición- realizarán una selección, en otras palabras, decidirán en qué conductas focalizar su atención y a su vez qué tipo de personas perseguirán.

De ello se sigue que los medios invertidos en esa empresa están asociados a las conductas que generen mayor impacto positivo en el público, vuelo mediático y cuyos autores sean fácilmente atrapables. Por lo general, estas agencias no consumen ni tiempo ni recursos en maniobras sofisticadas ni en personas con mayor posibilidad de escaparse. Así,

“El poder punitivo criminaliza seleccionando, por regla general, a las personas que encuadran en los estereotipos criminales y que por ello son vulnerables, por ser sólo capaces de obras ilícitas toscas y por asumirlas como roles demandados según los valores negativos —o contravalores— asociados al estereotipo (criminalización conforme a estereotipo).” (Zaffaroni, E. R., Alagia, A., Slokar, A., 2002, pág. 11)

El resultado de esa forma de proceder puede observarse al realizar un relevamiento de la población penitenciaria o los individuos sujetos a alguna medida restrictiva de sus derechos. Por lo general, caen en la órbita del sistema penal los pequeños vendedores de estupefacientes, ladrones toscos, personas agresivas, etc.

Por último, es muy improbable que las grandes mentes criminales acostumbradas a realizar conductas compatibles con los llamados delitos de “guante blanco” con altos niveles de sofisticación sean detectados por las agencias policiales. La excepción a esta regla puede observarse en los casos en que aquel delincuente es abandonado por la protección del aparato político del estado o cae en una conducta que por su magnitud hace improbable que pueda quedar por fuera de la persecución penal. Con estas palabras lo explica Zaffaroni.

“Con mucha menor frecuencia se criminaliza a las personas que, sin encuadrar en el estereotipo, hayan actuado con bruteza tan singular o patológica que se han vuelto vulnerables. Por ejemplo, autores de homicidios intrafamiliares, de robos neuróticos, etc. -criminalización por comportamiento grotesco o trágico-. (...)

(...) Muy excepcionalmente, se criminaliza a alguien que, hallándose en una posición que lo hace prácticamente invulnerable al poder punitivo, lleva la peor parte en una pugna de poder hegemónico y sufre por ello una caída en la vulnerabilidad (criminalización por retiro de cobertura).” (Zaffaroni, E. R., Alagia, A., Slokar, A., 2002, pág. 11)

Según lo explicado en el apartado anterior, la criminalización primaria nunca podría agotar el tratamiento de los conflictos sociales desde una perspectiva criminalizante. Esa tarea es simplemente no realizable. No obstante ello, cabe destacar que frente a épocas de alta conflictividad social las agencias correspondientes intentan generar soluciones a esos conflictos mediante el aumento de los tipos penales, el recrudescimiento de las penas, modificando procedimientos en aras de hacer que el trámite de los sujetos judiciales sea más duro, la flexibilización de algunos requisitos típicos o creando diversas excusas absolutorias y otras tantas estrategias.

Esa inflación penal es vehiculizada, como dijimos, por aquellas agencias procurando administrar intereses determinados por los poderes hegemónicos y basándose en una estrategia justificante mediante discursos meramente dogmáticos sustentados en técnicas de venta cuyo ámbito de aplicación es masivo. (Zaffaroni, E. R., Alagia, A., Slokar, A., 2002).

A modo de ejemplo citaremos un caso real y propondremos otro hipotético para dejar expuestas las afirmaciones del párrafo anterior. El primer caso ejemplificativo es la adopción de la ley “Blumberg” que amplió escalas penales, creó nuevas figuras delictivas y agravó circunstancias típicas. Esta ley fue sancionada en tiempo record a raíz del secuestro del señor Blumberg y las agencias políticas adoptaron esta nueva reforma normativa a fin de satisfacer un discurso mediático y popular que las reclamaba. El segundo caso puesto a modo de ejemplo es la variación de los montos respecto a los delitos de evasión simple y agravada o las leyes de blanqueo de capitales. Para el caso de estos tipos penales o normativas que permiten “blanquear” dinero en el mercado legal cabe efectuar un análisis desde la selectividad penal -en este caso en sentido contrario-; es decir, las agencias políticas quitan de la órbita de la criminalización primaria a ciertos individuos que por sus conductas quedarían inmersos en el sistema penal.

Como pudimos observar en este apartado, el sistema penal resulta una herramienta de violencia legal en manos de ciertos individuos hegemónicos que mediante prácticas discursivas promueven una visión sesgada de los sectores más vulnerables de nuestra comunidad.

Una vez sindicada como peligrosa una conducta, los agentes policiales buscarán a los autores que las lleven a cabo; los captados serán los más toscos y se los perseguirá aplicando los máximos esfuerzos.

Frente al escarnio de la sociedad, estos delincuentes son presentados como la razón de diversos males y la opinión pública los identifica como enemigos -doctrina del etiquetamiento-. Rápidamente, las agencias de criminalización de segunda categoría ejercen su rol y captan a estas personas que por sus condiciones de vida marginales tienen altas posibilidades de ser atrapados.

El señalamiento y el dolor infligido no desaparece, los individuos judicializados e incluso puestos en prisión padecen este fenómeno a lo largo de toda su vida. Por lo general, esta categoría se transmite a sus futuras generaciones por incapacidad personal de mejorar las condiciones sociales, económicas y educativas de sus hijos y por el endurecimiento del mismo discurso cuyas premisas calan en los suburbios del intelecto humano. De esta manera, el sistema se recicla a bajos costos manteniendo sus relaciones de dominación y de privilegios.

IV.- La comunidad científica en alerta por la discriminación impuesta sobre los eslabones más vulnerables de la sociedad y la respuesta de la jurisprudencia⁷

En este apartado estudiaremos el trabajo desarrollado por la doctrina especializada en la materia y el tipo de tratamiento dado por el poder judicial a los casos puestos bajo su consideración desde la perspectiva de los vulnerables.

Como ha quedado de manifiesto a lo largo de esta presentación, los medios masivos de comunicación reproducen un discurso estigmatizante generador de estereotipos y legitimante de un tipo de violencia que no se encuentra ni al amparo de la ética deontológica ni consecuencialista⁸ pero sí resulta funcional al sostenimiento de ciertos privilegios instrumentados por la clase hegemónica de la

⁷ No ahondaremos en la totalidad de las opiniones doctrinales o casos judiciales en que se estudien casos de vulnerables en conflicto con la ley penal y la selectividad del propio sistema sino brindaremos algunos ejemplos que nos permitan entender el estado actual de la cuestión.

⁸ Para mayor profundidad sobre el tema puede consultarse Farrell, M., [Las instituciones morales: entre el deontologismo y el consecuencialismo](#), Revista Lecciones y Ensayos, Buenos Aires, año 1997, núm. 67-68, pág. 81.

sociedad cuyo objetivo es asegurar la perdurabilidad de los mismos y la protección de ciertos valores y bienes protegidos mediante la fuerza del Estado.

Ese discurso, en definitiva, se efectiviza mediante la criminalización primaria que determina qué conductas deben ser perseguidas por las agencias policiales cuyos miembros son los encargados de efectuar la criminalización secundaria y poner a disposición del poder judicial a los delincuentes.

A su vez, los jueces serán los encargados de determinar si la conducta investigada satisface la premisa fáctica prevista en la norma penal y, en su caso, aplicar la solución legal, es decir una pena. Sin embargo, la cuestión analizada respecto a la selectividad penal, la discriminación que acarrea y el funcionamiento real del sistema sostenedor de ciertos privilegios es un tema que subyace y da forma a las normas penales y a los procedimientos implementados. Entonces, verificaremos si las decisiones judiciales analizan o no la cuestión o es simplemente soslayada. El tema central es definir si optan por un temperamento crítico y respetuoso de los derechos humanos y normas fundamentales, en ese caso deberán indagar al respecto y buscar la solución al caso ajustada a criterios que tiendan a soluciones más justas -procedimiento revisionista-. Si, por el contrario, un poder judicial con ceguera toma la opción de decidir conforme a la prueba recabada en el expediente a fin de determinar si la conducta humana investigada resulta típica, antijurídica y culpable y habilitan la imposición del castigo sin verificar los extremos expuestos en este trabajo -procedimiento clásico- podemos concluir que termina siendo funcional al sistema.

Como hemos visto, los sectores más vulnerables de la sociedad son los principales objetivos del sistema penal. Este fenómeno ha sido profundamente estudiado por la doctrina. Veamos.

Durante el año 2018, la Organización de las Naciones Unidas ha realizado una visita a la República Argentina tendiente a elaborar un informe sobre las detenciones arbitrarias. Entre los fundamentos de aquella investigación puede leerse lo siguiente:

“[L]a posibilidad de detener a una persona sobre la base de la sospecha de la comisión de un delito se utiliza ampliamente de manera discriminatoria y subjetiva, es decir, orientándose a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, como los niños de la calle, los miembros y los dirigentes de comunidades indígenas, los migrantes, las personas lesbianas, gais,

bisexuales, transgénero e intersexuales y otras personas.” (ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe sobre visita a Argentina, 19/7/18, párrs. 26-27)⁹

No hay dudas de que el personal policial tiene el deber de intervenir cuando perciba conductas en infracción a la normativa penal o contravencional pero, tal cual fue examinado por el organismo internacional, en múltiples ocasiones sus sentidos se posan sobre ciertos sectores de la población que por sus condiciones personales o sociales quedan en el centro de la atención. La estereotipación de esos grupos vulnerables genera perjuicios en el personal de las fuerzas de seguridad que fueron detectados y denunciados en el informe pre mencionado.

La actuación prevencional no es marginal y responde a una necesidad loable de toda comunidad. La pretensión de objetividad en su función es una aspiración irracional que no puede ser reclamada, sin embargo, los funcionarios policiales deben ser instruidos en esta materia y apuntar sus esfuerzos en el aprendizaje y adiestramiento del correcto funcionamiento del sistema penal en respeto a la dignidad humana y el principio de igualdad. Abandonar, hoy, prácticas informales caracterizadas con epítetos heróicos como “olfato policial” o el “conocimiento de la calle” es muy importante y desde las esferas políticas debe plantearse esta necesidad en las futuras reformas que se adopten en torno al código de procedimientos o a la reforma de las leyes orgánicas de constitución de dichas agencias.

Sobre la discriminación de los grupos humanos vulnerables por la selectividad nativa del sistema penal y las maneras funcionales de criminalización de acuerdo a las decisiones políticas se levanta la voz de la comunidad científica con el objetivo de visibilizar esta cuestión y denunciar el perjuicio ocasionado.

En esta línea, el profesor Guñazú de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la UNC refirió que:

“ Ante el ascenso de la xenofobia y la hostilidad hacia las y los pobres, este endurecimiento de la respuesta punitiva fue impulsado por la “criminología de la intolerancia”, que persigue erradicar de las calles las “conductas protocriminales” (Wacquant, 2006: 301) de las personas indeseables. En los hechos la actividad policial desplegada en nombre de la “tolerancia cero” se

⁹ La cita ha sido extraída de una publicación especial por parte de la Defensoría General de la Nación. Puede consultarse en Fernández Valle, M., Poder de Policía y Control Judicial : “a propósito del caso Fernandez Prieto y Tumbeiro vs. Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Publicación especial de la Defensoría General de la Nación, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2021.

tradijo en estrategias de “intolerancia selectiva” contra determinados grupos de personas y en ciertas zonas simbólicas (Wacquant, 2004: 17). De este modo, se apuntó que (l)a ingesta de bebidas alcohólicas en lugares públicos... la vagancia, la mendicidad, dormir en lugares públicos, ser “incivil”: estas conductas dejan de ser molestias tolerables o signos de remordimiento para la conciencia de la clase media para convertirse en la materia desordenada de la que se alimenta el delito grave... Actualmente se cree que cada delito menor, cada acto de conducta desordenada –en especial los cometidos por gente pobre en los espacios públicos– deteriora la calidad de vida. En la sociedad con tasas de delito elevadas se piensa que los delitos menos graves se acumulan y que “la comunidad” es la víctima colectiva y universal (Garland, 2005: 296).” (Guiñazú, C., 2021, pág. 421 y 422)

En este caso, el autor manifiesta la proyección sobre la comunidad de un discurso xenófobo elaborado por un tipo de criminología que lejos de ser crítica con el sistema penal imperante propone una agudización de sus procedimientos y convoca a la intolerancia de la incivilidad. Lo que se publica como intolerancia contra el delito termina siendo intolerancia selectiva contra las conductas y personas que no se encuentren en la misma situación que la clase alta o media. En realidad, lo único que fomenta este discurso es el odio de las clases vulnerables por llevar a cabo conductas y/o seleccionar un proyecto de vida diferente.

De la cita transcripta resulta evidente la evolución de los discursos de mano dura que se hallan en franca violación al principio penal de ultima ratio, legalidad e inocencia. Ya no se intentan prevenir conductas delictivas sino conductas inocuas por no resultar adaptadas o civilizadas al gusto de algunos pocos. Estas pasan a ser el centro de la atención por parte de las agencias políticas -y luego policiales- por un potencial peligro a que se conviertan en delitos.

Por otra parte, resaltamos la opinión de la Dra. Jaramillo en una nota periodística publicada por Patricia Chaina en el diario Página 12 titulada El plan de criminalizar a los inmigrantes¹⁰. Allí, la especialista en migración y asilo y docente de la UNLA, se refirió a la campaña mediática del gobierno nacional argentino contra los inmigrantes de países vecinos en un claro intento de identificarlos como potenciales delincuentes y saqueadores ilegítimos de los potenciales puestos de trabajo de otros compatriotas: “En cinco días aparecen seis delitos cometidos por migrantes, parece que quieren instalar que los delitos son cometidos solo por migrantes”. Luego, refiriéndose a las manifestaciones de Francos -actual Ministro del Interior de la Nación- en cuanto a que se están extremando los recaudos para

¹⁰ Nota periodística recuperada desde el siguiente [link](#) oficial.

evitar el ingreso a la Argentina de extranjeros con antecedentes criminales, Jaramillo manifiesta que: “Lo mismo decía Macri en 2017, y se ufanan de eso, pero quieren imponer algo que ¡ya es ley!”. Dejó plasmada su postura al referir que buscan “generar xenofobia y bajar los estándares internacionales de protección judicial, los que dinamitó el DNU 70 de 2017”, que se trata de “una gestión de derecha que vuelve con los mismos números, los mismos argumentos, la misma mediatización del tema, que en 2017, y nos ponen en agenda como una cortina de humo para tapar cosas muy graves que están pasando” y que la estrategia mediática implementada por la Administración “Es un tema fetiche, de los que les gustan a estos gobiernos para tapar su mal desempeño, es una fórmula que viaja por el mundo, no lo inventaron acá, no están innovando”.

En esa nota periodística, la Dra. Jaramillo ha dejado expuesta una estrategia sutil por parte de la agencia política tendiente a instalar como enemigos de la sociedad al colectivo social vulnerable, los inmigrantes. Esta cuestión, tal cual lo dice la nombrada, no resulta algo novedoso ya que a lo largo de la historia se ha implementado este tipo de artilugios para fundar temores en la sociedad y justificar procedimientos en virtud de la urgencia que de manera habitual no deberían superar el tamiz de la opinión pública ni del control judicial.

Al respecto, cabe recordar que una de las reformas implementadas por la gestión de gobierno durante los años 2015-2019 en materia inmigratoria fue la implementación del decreto 70/17 el cual afectó gravemente al colectivo de personas al que nos referimos. Aquella norma amplió los mecanismos para expulsar personas extranjeras del país, incluso en casos en los que no tuvieran una condena firme en el fuero penal, redujo los mecanismos que restringen las expulsiones de los sujetos a fin de preservar su unidad familiar y consideró que la “portación de antecedentes” era bastante para negar el ingreso o la permanencia en el país. Naturalmente, una disposición de este tipo se vio reforzada por directivas a las agencias policiales para que endurezcan sus controles sobre este colectivo de personas.

Con respecto a todo lo visto, en el ámbito de la dogmática penal la criminalización de los sectores vulnerables es hoy en día una temática muy estudiada y se han propuesto maneras de corregir la selectividad mediante instrumentos teóricos y prácticos que permitan compensar la respuesta penal. Brindaremos dos ejemplos resonantes.

En primer lugar, cabe recordar lo sostenido por Zaffaroni, Alagia y Slokar en cuanto a que:

“La inevitable selectividad del sistema penal le quita fundamento ético a la pena y, por ende, esta no puede responder a un juicio de reproche que sólo sería ético en una sociedad con total movilidad vertical y con un estado de derecho perfecto, lo que no existe ni nunca existió y sólo sería posible imaginar lejanamente y sin poder punitivo o con el poder punitivo reducido a márgenes muy limitados” (Zaffaroni, R. E., Alagia, A., Slokar, A., 2002, pág. 652)

Como aquella sociedad ideal con un poder punitivo reducido a su mínima expresión no es realizable por el momento, los autores idearon un concepto dogmático que permite recomponer esta desigualdad estructural estereotipada por el propio funcionamiento del sistema penal mediante la corrección punitiva, es decir, ajustando la sanción penal reduciendo aún más el poder punitivo. A esto lo llamaron culpabilidad por vulnerabilidad.

Este instituto vino a romper la teoría dogmática actual tomando datos del mundo real soslayados por la judicatura al momento de efectuar un análisis sobre la culpabilidad de una persona acusada de realizar un injusto penal. Al respecto, Zaffaroni remarcó que:

“Por ende, tomar en cuenta los datos de realidad que hacen a la vulnerabilidad de los criminalizados para determinar dentro de las escalas penales el grado de reproche de culpabilidad, como antes tener en cuenta la cantidad y magnitud de los bienes jurídicos afectados de la víctima, no significa pretender un derecho penal proletario ni la condena o benignidad gratuita de nadie, sino dar lugar a una cuantificación punitiva menos irracional en el marco de una sociedad altamente estratificada, sin por eso caer en una omnipotencia penal inmadura.” (Zaffaroni, E. R., 2016, pág. 83 del texto publicado)

Este tema ha sido estudiado por la doctrina sin poder manifestar resultados demasiado positivos. En esa línea se encuentra la Dra. Tabera, quien expresó que la culpabilidad por vulnerabilidad ha sido desarrollada “como un paso superador de la culpabilidad como reproche ético, toda vez que si bien la conservan en su síntesis le incorporan el dato de la selectividad y el reproche del esfuerzo por la vulnerabilidad como la esencia misma de una culpabilidad reductora” (2023, pág. 1) aunque “si bien, ello es de utilidad en el tratamiento de esta cuestión, lo cierto es que en la práctica – en base a los datos estadísticos reseñados en este trabajo– lo que actualmente está en aplicación, aún no ha demostrado ser efectivo para reducir la selectividad”. (2023, pág. 76)

Como ha explicado la colega, este instituto es resistido por los jueces quienes se enrolan en lo que he dado en llamar “procedimiento clásico” -ver supra-

En un sentido similar, el Dr. Martín consideró que

“En Argentina, la lógica “napoleónica” se impregnó en un sistema jerarquizado y reforzador de una falsa neutralidad que encubría la selectividad del sistema (Anitua, 2017a). Además, la relación que se fue afianzando en el reparto de funciones entre la función judicial y la función policial matrizó una estructura cuyas continuidades actuales pueden rastrearse sin tantas dificultades.” (2021, pág. 87)

El autor, que parece ubicarse en un procedimiento revisionista, reconoce la incidencia discriminatoria de la selectividad penal en los grupos vulnerables y propone una solución de índole procesal que permitiría resolver la conflictividad de una manera más beneficiosa para todas las partes implicadas. Veamos.

En muchos casos, las personas imputadas no están en condiciones de ofrecer una reparación integral del daño, dado la alta incidencia de la selectividad del sistema penal. Sin embargo, hay determinadas cuestiones que traccionan en favor de una conciliación penal por sobre la suspensión del juicio a prueba. En esta última, la persona imputada debe ofrecer una reparación, pero solo en la medida de sus posibilidades. Ello genera ofrecimientos no demasiado altos, en especial porque la no aceptación de la persona afectada no impide la suspensión del proceso. Pero, llegar a una conciliación le evita a la persona imputada un antecedente penal que, a pesar de no ser una condena, genera impacto en la posibilidad de obtener un empleo. Ese beneficio para la persona imputada genera un incentivo adicional para mejorar el ofrecimiento y, a su vez, la necesidad de que la persona afectada deba aceptar la reparación como condición para el acuerdo también provoca una mejora de la situación de esa otra parte del conflicto. (2021, pág. 42)

Como expuso el autor, frente a la alta selectividad irrazonable del sistema penal se confrontan los beneficios de la implementación de ciertas reformas o reformulamientos de los institutos procesales actuales los cuales permitirían beneficios en torno a la resolución del conflicto penal en particular, pero también de la conflictividad social ya que paulatinamente las partes se encontrarían en una audiencia llevada a cabo en la órbita del poder judicial para resolver su controversia.

Además, la posibilidad de emplazar una conciliación o reparación integral generaría mayores expectativas en los justiciables que contarían con la posibilidad de resolver su causa penal saliendo de la misma sin antecedentes penales lo cual les permitiría continuar con su vida sin ningún “etiquetamiento” que a futuro lo margine.

Estos dos ejemplos nos indican que la posibilidad de reducir la irrazonabilidad del sistema penal es posible desde una perspectiva jurídica de fondo, teórica dogmática o mediante institutos procesales que propendan a resolver el conflicto teniendo en cuenta la vulnerabilidad social de los grupos más desfavorecidos. En última instancia, el principio de solidaridad de la sociedad democrática en la que vivimos nos impone la obligación de velar por el respeto de los derechos humanos y la dignidad humana. Por ello, es importante emprender la tarea de reconocimiento de los fenómenos que suceden en la realidad y afectan/ modifican de alguna manera a las personas y las conductas que llevan a cabo. De esta manera, el ideal de justicia estará más cerca.

A continuación, haremos énfasis en el tratamiento jurisprudencial sobre esta materia. La Corte IDH se ha referido a esta temática en múltiples ocasiones.

En el caso *Fernandez Prieto y Tumbeiro vs. Argentina* puede apreciarse el tratamiento efectuado por la Corte respecto a una detención que juzgó arbitraria por haber sido precedida de un trato discriminatorio producto de una pre conceptualización de la persona detenida en criterios de zona de residencia, vestimenta, conductas apropiadas o inapropiadas, estos aspectos nos permiten sacar un factor común y es, justamente, la vulnerabilidad de un grupo social asociada a un hecho criminal y la consecuencia facultad -equivocada e ilegítima- del cuerpo policial a criminalizar al individuo. Observemos como lo define el tribunal.

“[A]nte la ausencia de elementos objetivos, la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa, obedece a las convicciones personales de los agentes intervinientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual comporta un grado de arbitrariedad que es incompatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana. Cuando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se formulan sobre prejuicios respecto a las características o conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socio-económico, pueden derivar en una violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención.” (Corte IDH, 2020, párr. 81)

En el párrafo 82 de la misma sentencia el tribunal es más específico al respecto:

“[E]l contexto sobre detenciones arbitrarias en Argentina, el reconocimiento expreso de responsabilidad internacional por parte del Estado, y la falta de explicaciones sobre el carácter sospechoso atribuido al señor Tumbeiro más allá de su nerviosismo, su manera de vestir y el señalamiento explícito de que esta no era propia de la zona “de gente humilde” por la que caminaba, evidencian que no hubo indicios suficientes y razonables sobre su participación en un hecho delictivo,

sino que la detención se efectuó prima facie debido a la sola circunstancia de no reaccionar del modo en que los agentes intervinientes percibían como correcto y utilizar un atuendo juzgado por ellos como inadecuado con base en una preconcepción subjetiva sobre la apariencia que debían resguardar los habitantes del área, lo que comporta un trato discriminatorio que torna en arbitraria la detención.” (Corte IDH, 2020, párr.82)

Como dijimos, la Corte IDH ha puesto de resalto los altos prejuicios que forman parte de la identidad de las fuerzas de seguridad y que no pueden ser convalidados en un Estado de Derecho. Estas cuestiones quedan más en evidencia en las circunstancias en que las propias normas habilitan la actuación de los agentes policiales como excepción a la regla es decir facultades de actuación sin orden judicial.

Cuestiones como condición de género, vestimenta, percepción de formar parte de una determinada clase social o casta, inclinación política no pueden fundamentar la actuación de las fuerzas de seguridad que criminalizan amplios sectores de la comunidad generando un perjuicio directo y una estereotipación negativa a la vez que reproducen un discurso de dudosa base ética.

En el Caso Bulacio vs. Argentina, a pesar de no tratarse sobre un caso de criminalización arbitraria sino de las condiciones de detención de un menor detenido, la Corte IDH también ha expuesto este tipo de arbitrariedades exhortando a los estados a tomar recaudos al respecto:

Es indispensable que el sistema procesal disponga y asegure diversas medidas de control sobre la marcha y legalidad del procedimiento y el debido desempeño de las autoridades que intervienen en éste --medidas que son, en esencia, otros tantos actos y garantías del debido proceso--, sobre todo cuando se desarrolla sobre menores de edad, que se encuentran en situación de especial indefensión y vulnerabilidad, y enfrentan, por lo tanto, un riesgo específico y mayor de que se vulneren sus derechos fundamentales y se afecte su existencia, en ocasiones de manera irreparable. (Corte IDH, 2003, voto razonado del Juez Ramirez)

Como puede observarse, la Corte consideró que los menores de edad se encuentran dentro de los grupos considerados como vulnerables por su especial situación de indefensión por ello, al momento de declarar la responsabilidad internacional del estado argentino, ordenó que éste adecue su sistema procesal para asegurar medidas de control que permitan el correcto ejercicio del debido proceso y el control de las medidas efectuadas por las autoridades.

Por otro lado, en el precedente *Acosta Martínez vs. Argentina*, el Alto Tribunal estableció que:

“Lo anterior demuestra que los agentes de policía actuaron movidos más por un perfil racial, que por una verdadera sospecha de comisión de un ilícito. El carácter amplio de la normativa de los edictos policiales les permitió, a posteriori, justificar su intervención y darle una apariencia de legalidad. Sin embargo, estas motivaciones demuestran el carácter arbitrario de la detención del señor Acosta Martínez.”

A la hora de analizar las motivaciones del arresto y privación de libertad del señor Acosta Martínez, se debe tomar en cuenta el contexto de discriminación racial y persecución policial que vivían las personas afrodescendientes en Argentina, tal y como fue referida en los párrafos 31 a 40 de la presente Sentencia.” (Corte IDH, Caso Acosta Martínez vs. Argentina, rta. 31/08/2020, párr. 93 y 94)

En esa ocasión la Corte trató un tema central con respecto a los grupos vulnerables y la criminalización como son las cuestiones raciales¹¹ y étnicas¹² de acuerdo a los prejuicios y estereotipos formados por las fuerzas de seguridad remarcando la necesidad de ponderar esos prejuicios al momento de valorar la detención. Lo que expresa el Tribunal no es otra cosa que la necesidad de efectuar una ponderación de los hechos y datos¹³ que surgen del mundo real a pesar de que las agencias encargadas de efectuar ese tipo de medidas no los expongan de manera manifiesta.

Por su parte, la jurisprudencia nacional ha trabajado esta materia de forma marginal echando mano a la consideración del real funcionamiento del sistema penal como fenómeno político social para arribar a un análisis global de las circunstancias de hecho y poder, y de esta manera, alcanzar decisiones más justas. Consideremos los siguientes casos.

¹¹ Para ampliar la información sobre este tema puede consultarse [Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia](#), Mutuma Ruteere.

¹² Sobre este tema recomiendo la lectura de Valko, M., *Pedagogía de la desmemoria. Crónicas y estrategias del genocidio invisible*, Ed. Peña Lillo. Ediciones Continente, Buenos Aires, 2013.

¹³ Sobre la necesidad de utilizar los datos contextuales para efectuar un correcto análisis de la cuestión sometida a estudio puede verse Di Corleto, J., [Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas](#), Revista de derecho penal y procesal penal. Lexis Nexis, núm. 5, año 2006.

Durante el año 2021, la Sala 2 de la Cámara de Casación Penal casó una sentencia, hizo lugar al recurso impetrado por la defensa y absolvió al acusado en virtud del principio de insignificancia. Es que la acusación basaba su hipótesis en el entendimiento de la responsabilidad objetiva del encartado. Sin embargo, los Jueces entendieron que, entre otros argumentos, el funcionamiento propio del sistema penal es un factor a tener en cuenta al momento de analizar las condiciones personales de los justiciables, la selectividad y la administración de los recursos de las agencias policiales. (Voto del Juez Días en la causa “Fleitas”¹⁴)

Otro tema resonante trabajado por la jurisprudencia es la criminalización del colectivo trans. Desde los edictos policiales cuya estigmatización directa afectó de manera grave este grupo hasta la implementación de la Ley 23.737 cuya estereotipación surge latente a lo largo de su articulado fue motivo de varias discusiones en el ámbito judicial. En particular, el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 6 dispuso el sobreseimiento de M P C (E M P C) por pedido expreso del Acusador Público luego haber decretado el procesamiento. (CNCC, 2021)

La vindicta pública en aquel dictamen argumentó que la encausada obró violentada por la amenaza de sufrir un mal grave e inminente según lo previsto en el artículo 34 inciso 2 del Código Penal y requirió adoptar un temperamento desincriminatorio. No obstante ello, en su presentación se dejó constancia del sesgo estereotipado con que trabaja el sistema penal y la vulnerabilidad de ciertos sectores de población que resultan funcionales a las demandas fagocitantes del sistema. (Pacheco Mandujano, L. A., 2020)

Si bien el impacto que tiene la selectividad del sistema penal tiene mayor repercusión en la jurisprudencia de los fueros penales eso no obsta a que otros Tribunales de diferente competencia realicen un análisis conglobante de las cuestiones que conforman una causa y las personas en ella inmersas. Este es el caso del precedente “G N B contra GCBA sobre daños y perjuicios” analizado por el Juez del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de la Ciudad de Buenos Aires que resolvió condenar al gobierno de la ciudad a realizar un pago mensual a la actora. En su desarrollo, el Magistrado expuso que la actora se encontraba en una situación de vulnerabilidad estructural y trajo a colación el

¹⁴ Las citas completas de los precedentes comentados se encuentran en el apartado VIII del presente.

ejemplo de los edictos policiales que criminalizaron de manera histórica al colectivo de mujeres trans.

Sin embargo, y como es lógico, observamos que los precedentes judiciales nacionales que fallan aplicando una perspectiva contextual comprensiva del paradigma expuesto en este trabajo no toman una postura que exponga una afectación real y directa al principio de legalidad, igualdad o dignidad humana de los justiciables.

Aquella afirmación exterioriza una faceta del poder judicial -y del resto de los operadores: fiscales y defensores, cuyas funciones son distintas pero responden al mismo sistema- que resulta funcional al mantenimiento del status quo en perjuicio de los sectores más vulnerables de la sociedad. Lo contrario implicaría conmover las bases mismas del sistema que las agencias políticas sostienen y reproducen al servicio de la clase hegemónica y los poderes concentrados.

V.- La reforma procesal y su antipática mirada sobre los sectores más vulnerables

Los poderes políticos suelen realizar reformas de fondo y procedimentales de acuerdo a los requerimientos de la sociedad -vehiculizados en gran medida mediante diversas voces en los medios masivos de comunicación o redes sociales-. En su faceta formal estas modificaciones responden a una necesidad de mejora, velocidad, eficacia, eficiencia, reducción de costos y ampliación del servicio. No obstante, su razón de fondo suele ubicarse en el ámbito de intereses particulares que logran acceder a los resortes del poder y pujar por dichas reformas con algún valor determinado.

Sobre las reformas procesales, el Dr. Martín pone de resalto que:

“(...) la literatura especializada se refiere a ellas destacando las nuevas características y las funciones diferenciadas de acusación, defensa y tribunales. Alude en forma constante a la separación de las funciones de juzgar y acusar, lo que conlleva algunos debates sobre tópicos específicos, tales como quién dirige la investigación preliminar, con qué límites, qué facultades tiene la defensa, a quién debería reclamarle la persona imputada para que no avasallen sus derechos, qué puede hacer quien juzga en un juicio o en audiencias preliminares, cual es el margen de juzgamiento por jurados populares, cómo y quién debe ocuparse de la organización de los juicios, etc. Pero también se señala la recuperación de la noción de conflicto, tanto como forma de una gestión no punitiva de la conflictividad como para que se desarrolle un mecanismo que modifique el funcionamiento selectivo

del sistema penal” (Binder, 1999, 2014; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000; Maier, 2004). (2021, pág. 53)

La recuperación del conflicto enunciada por el autor podría funcionar como la contracara de la criminalización secundaria efectivizada por las agencias policiales. Es decir, si los grupos vulnerables son criminalizados y sometidos a proceso, una alternativa procesal que permita la superación del mismo reduciendo la irracionalidad del sistema penal y dotando a las partes de elementos para negociar la manera de llevarlo a cabo es esencial para brindar un servicio de justicia respetuoso de la dignidad humana y los derechos elementales de los justiciables.

La implementación del nuevo Código Procesal Penal Federal argentino viene a dar respuesta a las demandas reclamadas por la academia que desde la reforma constitucional de 1994 viene pujando por un sistema acusatorio y la implementación del juicio por jurados aunque su puesta en vigencia ha sido diferida. No obstante, el gobierno central actual de la República Argentina ha comunicado de manera reciente un cronograma de aplicación de la normativa para todo el territorio nacional¹⁵.

Al realizar un repaso de las transformaciones introducidas al sistema procesal penal en el ámbito federal mediante la Ley N° 27.063 observamos una sensible mejora en términos de respeto a las garantías constitucionales de las personas sometidas a proceso penal y lo más llamativo es la división de funciones y el viraje hacia un sistema acusatorio.

El rol del fiscal aparece exacerbado -lo cual es objeto de preocupación en aras del principio de igualdad de armas- y la defensa tiene facultades investigativas de acuerdo a su teoría del caso. Por otro lado, la figura del Juez parece cumplir una función de cuidado por las garantías básicas desprendiéndose de la tarea de investigar.

Luego, apreciamos reglas claras que permiten un mejor control en la actividad probatoria y en su valoración al momento de fundar temperamentos. Impresiona la regulación sobre aquellos medios novedosos propios de una época de mayor sofisticación en los delitos complejos mediatizados por tecnologías de punta.

No obstante aquellas notables mejoras, este breve apartado viene a problematizar la reforma establecida mediante el nuevo código respecto al

¹⁵ Comunicación oficial de parte del Estado Nacional recuperada del siguiente link: [Empieza a aplicarse el nuevo Código Procesal Penal Federal | Argentina.gob.ar](https://www.argentina.gob.ar/justicia/comunicacion/comunicacion-oficial-del-estado-nacional)

procedimiento ¿Existen dentro del nuevo Código Procesal Penal Federal institutos que permitan reducir la irrazonabilidad del sistema penal?

A lo largo del articulado sólo hemos reconocido pocas normas que permitirían mejorar la situación aquí planteada. Particularmente, nos referimos a los artículos¹⁶ 22 (que da preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social), 30 (que permite al Acusador Público disponer de la acción penal mediante criterios de oportunidad, conversión de la acción, conciliación y probation), 31 inciso c (que permite al MPF a prescindir del ejercicio de la acción penal si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave), 34 (que implementa la conciliación), 129 (que establece la infundabilidad de las decisiones mediante argumentos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías constitucionales y convencionales), 138 (que establece los motivos válidos de la requisita sin orden judicial: a. circunstancias razonables y objetivas que permitan presumir que se ocultan cosas relacionadas con un delito, b. no fuere posible esperar la orden judicial, c. se practique en la vía pública o en lugares de acceso público), 216 (que establece los motivos de la aprehensión sin orden judicial: a. Si hubiera sido sorprendida en flagrante delito; b. Si se hubiese fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención), 304 (que establece la audiencia de merituación de pena la cual se fundará entre otras cosas en las condiciones personales del imputado), 318 (que establece la conciliación y retractación) y 337 (que fija las reglas aplicables en el caso en que se someta a proceso a menores de edad).

Es muy acotada la doctrina procesalista que trató la reforma procesal desde una perspectiva criminológica, sin embargo revalorizamos las ideas del Dr. Binder se trata de un parafraseo mediante la cláusula abierta de base constitucional de que los jueces no pueden valorar aquellos actos realizados en violación de los principios fundamentales (2009, pág. 28 y 29)¹⁷. Es así que la afectación del principio de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación deben ser valoradas de manera negativa al momento de efectuar un análisis por parte de los encargados de aplicar

¹⁶ No se pretende aquí realizar un cotejo exhaustivo de las posibilidades que brinda el nuevo código ni hacer suposiciones acerca de su implementación concreta, por ello se exponen los artículos que podrían ser herramientas jurídicas para la función compensatoria respecto al punto de partida desproporcionado del ejercicio real del sistema: la selectividad penal.

¹⁷ En la misma línea, Daray, R. R., Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial, T. II, Ed. Hammurabi, 3º edición, Buenos Aires, 2022, pág. 86 a 88.

la ley. De esta manera, los institutos legales comentados permitirían la realización de ese fin.

Como puede verse, de ninguna manera la introducción de aquellas normas rompe la lógica imperante del sistema penal; no son más que herramientas que podrían ser aplicadas de manera crítica por las autoridades. Sin embargo, su adopción a los casos en concreto podría representar una verdadera contención a la irracionalidad del sistema punitivo.

Todo indica que la selectividad vehiculizada por la criminalización primaria y secundaria y sostenida mediante los discursos de poder continuará vigente en su máxima expresión. Es por ello que será tarea de los jueces, fiscales y defensores reconocer el desproporcionado y arbitrario ejercicio del poder punitivo denunciado y realizar una correcta valoración de las constancias de las causas en las que les toque intervenir tendientes a cristalizar decisiones que pongan en jaque aquella selectividad para poder compensarla y alcanzar decisiones más justas y respetuosas de los derechos básicos de las personas.

En términos generales la creación del nuevo Código Procesal Penal Federal argentino ha sido pensada y planteada en términos de eficiencia judicial. Sus formas responden a criterios académicos reclamados hasta el cansancio y su resultado responde a una tarea muy bien lograda. El Legislador ha efectuado un trabajo muy agudo y moderno con grandes proyecciones para el futuro. Sin embargo, no se ha dicho nada respecto al funcionamiento real del sistema penal y su selectividad estereotipada.

De manera ingenua podríamos pensar que la reforma procesal no podría resolver este problema ya que este es índole sociológica, en última instancia política, pero la realidad es que se ha desaprovechado una oportunidad en términos de consenso parlamentario para dotar al código de procedimientos de herramientas jurídicas directas que restrinjan ese ejercicio estereotipante.

A modo de finalización de este apartado brindaremos dos posibilidades no exploradas por el Poder Legislativo al momento de debatir este plexo normativo.

En primer lugar, nada se ha dicho, por ejemplo, respecto a los procedimientos policiales generales que son las ocasiones más usuales en que actúa la prevención aplicando criterios de “olfato policial” o reconociendo posibles infractores a la ley penal por características personales de las personas compatibles con los grupos vulnerables que según los agentes preventores suelen cometer las conductas

delictivas. De esta manera, los agentes de seguridad suelen ir “a la pesca” hasta dar con alguna persona que se encuentre realizando el tipo objetivo de algún delito previsto por la ley penal. Sorprende que el nuevo código no exige la presentación de las órdenes escritas por parte de la autoridad policial superior de aquellos procedimientos generales para verificar si los funcionarios exceden sus funciones o si ellas se encuentran al amparo de los derechos humanos.

En segundo lugar, pongo de resalto que tampoco se ha ordenado una capacitación permanente a las fuerzas de seguridad en temáticas compatibles con el respeto a las garantías convencionales.

VI.- Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos podido analizar cómo opera en el mundo real el fenómeno conocido como selectividad penal y cómo afecta ello a los grupos vulnerables.

A su vez, utilizamos los conceptos desarrollados fundamentalmente por el Prof. Zaffaroni para entender los procesos de criminalización primaria y secundaria llevados adelante por las esferas políticas y policiales. Aquella práctica sostenida por discursos mediatizados se vale de la opinión pública para fundamentar su imposición y reproducción.

La estereotipación producto de aquel síntoma social genera discriminación sobre aquellos colectivos de personas desventajadas o caracterizadas por alguna condición que termina siendo objeto de persecución. De esta manera, hemos dado cuenta que la selectividad reconoce dos características: en primer lugar, focaliza su atención en las personas que cometen conductas previstas en las normas penales pero que comparten ciertas condiciones en común y, en segundo lugar, que la protección jurídica de los bienes que afectan esas conductas tutela bienes del orden público que son valorados por ciertos sectores hegemónicos.

En la actualidad, los medios masivos de comunicación y las redes sociales cumplen esta función reproductora lo cual permite que ciertos sectores de poder se valgan de los resortes estatales para imponer mediante la violencia legal el status quo presentando a ciertos delincuentes menores o toscos como el principal factor de los problemas de la comunidad opacando conductas hostiles, peligrosas y lesivas de mayor trascendencia como es la corrupción, el narcotráfico o el tráfico de influencias.

A su vez, hemos dado cuenta del estudio y denuncia efectuada por parte de la doctrina especializada sobre esta cuestión y que tipo de análisis y resolución lleva a cabo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales domésticos sobre los casos puestos bajo su consideración.

Por último, nos hemos referido a la reforma procesal penal federal efectuada por el Estado argentino. En este sentido, hemos explicado que si bien las modificaciones resultan beneficiosas para el sistema procesal y de justicia, su sanción como instancia política ha desaprovechado la oportunidad de incorporar herramientas de corte jurídico que reconozcan el fenómeno violento, discriminatorio y represivo de la selectividad penal dotando de instrumentos técnicos que permitan a los operadores reducir la irrazonabilidad y arbitrariedad del sistema penal.

VII.- Bibliografía

Libros, artículos de doctrina y notas periodísticas

- Alegre, G., Gastón, L., Ordoñez, P., Narcomenudeo, Ed. Editores del Sur, Buenos Aires, 2021.
- Basset, U., Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C. y Lafferriere, J. N., [Tratado de la vulnerabilidad](#), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017.
- Binder, M. A., [El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal](#), Ed. Ad Hoc, 1º reimp., Buenos Aires, 2009.
- Bourdieu, P., [Sociología y cultura](#), Ed. Grijalbo, trad. Pou, M., México, 1990.
- Bourdieu, P., Teubner, G., [La fuerza del derecho](#), Ed. Uniandes, Bogotá, 2000.
- Chaina, P., [El plan de criminalizar a los inmigrantes](#), Diario Página 12, publicada en 22/01/2024.
- Daray, R. R., Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial, T. II, Ed. Hammurabi, 3º edición, Buenos Aires, 2022.
- Di Corleto, J., [Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas](#), Revista de derecho penal y procesal penal. Lexis Nexis, núm. 5, año 2006.
- Di Pietro, J., [El impacto de la criminología mediática en la legislación penal argentina](#), Revista pensamiento penal, 2023.

- Farrell, M., [Las instituciones morales: entre el deontologismo y el consecuencialismo](#), Revista Lecciones y Ensayos, Buenos Aires, año 1997, núm. 67-68.
- Fernández Valle, M., [Poder de Policía y Control Judicial : “a propósito del caso Fernandez Prieto y Tumbeiro vs. Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”](#), Publicación especial de la Defensoría General de la Nación, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2021.
- Ferreri, F., [El derecho y su conceptualización desde las teorías críticas, ¿Cómo se articula con el poder?. ¿Es posible y/o necesario convenir en una definición?](#), Revista pensamiento penal, 2024.
- Foucault M., [Microfísica del poder](#), Ed. La Piqueta, Madrid, 1992.
- Garland, D., [La cultura del control: crímenes y orden social en la sociedad contemporánea](#), traducción Máximo Sozzo, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.
- Guñazú, C., [Criminalización de la pobreza. Vida privada](#), Revista debates sobre derechos humanos de la UNPAZ, núm 5, año 2021.
- Martín, A. N., [El lado de los nudos. Punitivismo, burocracias y conciliación penal](#), Ed. Edunpaz. Editorial universitaria, Buenos Aires, 2021.
- Pacheco Mandujano, L. A., [Breves apuntes \(des\)considerativos de la mal llamada “criminología mediática”](#), Revista electrónica Exlege de la Universidad De La Salle, año 3, núm. 5, enero-junio 2020.
- Tabera, S. R., [La incidencia del concepto de culpabilidad por vulnerabilidad en la política criminal argentina](#), Estudios sobre Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, 2023.
- Valko, M., [Pedagogía de la desmemoria. Crónicas y estrategias del genocidio invisible](#), Ed. Peña Lillo. Ediciones Continente, Buenos Aires, 2013.
- Zaffaroni, E. R., [En busca de las penas perdidas](#), Ed. Ediar, 2º reimpresión, Buenos Aires, 1998.
- Zaffaroni, R. E., Alagia, A., Slokar, A., [Derecho penal. Parte general](#), Ed. Ediar, 2º edición, Buenos Aires, 2002.
- Zaffaroni, E. R., [La cuestión criminal](#), Ed. Planeta, Buenos Aires, 2012.
- Zaffaroni, E. R., [Derecho penal humano y poder en el siglo XXI](#), Conferencias de Guatemala, 2016.

Precedentes judiciales

- Corte IDH. [Caso Bulacio vs. Argentina](#), rta. 18/09/2003.
- Corte IDH. [Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina](#), rta. 01/09/2020.
- Corte IDH, [Caso Acosta Martínez vs. Argentina](#), rta. 31/08/2020.
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 2, CCC 13141/2018/TO1/CNC1 caratulada “Fleitas, N D s/ recurso de casación”, rta. 10/02/2021.
- Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 6, Secretaría N° 12, CFP N° 3873/2018 caratulada “P C, S M s/ Infracción Ley 23.737”, rta. 23/09/2019.
- Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de CABA, EXPTE: C 67586-2013/ 0 caratulada “G N B contra GCBA sobre daños y perjuicios”, rta. 25/02/2015.