

La eliminación física de los delincuentes. Discursos y prácticas del Poder Judicial en relación a estos hechos.

Magistris, Gabriela, Damone, Luz y Canavesio, Lucía.

Cita:

Magistris, Gabriela, Damone, Luz y Canavesio, Lucía (2007). *La eliminación física de los delincuentes. Discursos y prácticas del Poder Judicial en relación a estos hechos. VII Jornadas de Sociología: Pasado Presente y Futuro, 1957-2007. Carrera de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA), Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/gabrielamagistris/36>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/p8rn/Rox>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

La eliminación física de los delincuentes. Discursos y prácticas del poder judicial en relación a estos hechos.

Lucía Canavesio, María Luz Damone, Gabriela Magistris

Centro Cultural de la Cooperación. Departamento de Derechos Humanos

lucycanavesio@hotmail.com

luzdamone@hotmail.com

gabrielamagistris@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Esta ponencia se enmarca en un proyecto más amplio denominado “*La eliminación física de los delincuentes. Discursos y prácticas de los medios, la policía y la justicia.*”

El mismo se inició en marzo de 2005 y es fruto del trabajo conjunto de un grupo interdisciplinario que nuclea abogados, sociólogos y comunicólogos¹.

La investigación tiene como objetivo general, el poder dar cuenta de cómo a través de la interrelación entre los medios de comunicación, la actuación de la fuerza policial, y de la agencia judicial se habilitan prácticas represivas que tienen como resultado la eliminación y muerte de delincuentes en enfrentamientos con la policía.

Nuestra tarea es hacer visibles aquellos mecanismos que impiden que estas muertes sean problematizadas, y aún más, legitimadas habilitando su continuidad.

Como objetivo particular, esta presentación se propone abordar en forma analítica los discursos y prácticas de la agencia judicial en relación a los hechos mencionados.

Partimos de la premisa de que los *delincuentes muertos* por el accionar policial en el marco del *combate del delito* no son considerados *victimias*, y es básicamente por ello, por lo que los operadores judiciales no investigan esos hechos y en caso de hacerlo (lo cual representa una mínima cantidad de casos), resiste a criminalizar la conducta de los policías o bien la califica de modo que tal que no sean encarcelados.

Nuestro abordaje comienza con el análisis de la estructura institucional y las competencias del Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal, focalizando en lo que hace al ámbito de la justicia de instrucción ya que allí se determina la posibilidad de iniciar o no una investigación.

Posteriormente se analizarán las relaciones e implicaciones de las prácticas y discursos de los operadores del poder judicial, utilizando como fuente entrevistas realizadas a jueces y fiscales que intervinieron en casos seleccionados en una muestra de casos

Aspectos metodológicos

Los enfrentamientos entre policías y delincuentes, los heridos y/o muertos que resultan de ello, no se registran en una *estadística pública* de actualización permanente, a cargo de la agencia policial o de la agencia judicial, y por tanto la única forma de reconstruir este *fenómeno* es a través de la información que producen los distintos medios de comunicación.

El marco general de la investigación estuvo conducido por una estrategia cualitativa, la cual utilizamos algunas técnicas cuantitativas, basadas en el registro que hace la prensa escrita de los “enfrentamientos”.

Para ello relevamos aquellos artículos que daban cuenta de hechos en los que se produjeron “enfrentamientos” entre policías en actividad y “delincuentes”, o sea, en los que se expresó que hubo uso de armas de fuego (disparos) por parte de policías y/o “delincuentes” en la Ciudad de Buenos Aires, jurisdicción de la Policía Federal.

Esto se realizó a través de la lectura de los artículos pertinentes en los diarios Clarín y las tres ediciones del diario Crónica, publicados en el período enero-junio de 2004

El resultado del relevamiento arrojó los siguientes resultados:

Se relevaron un total de 644 ejemplares sumando los diarios Clarín y Crónica.

Encontramos una cantidad de 92 artículos que daban cuenta de un total de 34 enfrentamientos, con los siguientes resultados: 15 Delincuentes muertos, 15 delincuentes heridos, 1 policía muerto, 1 policía herido.

Este número nos lleva a una inmediata reflexión, y es que existe una manifiesta desigualdad de fuerzas, y los enfrentamientos serían no menos que fusilamientos organizados, en un contexto de intensificación del combate contra el delito que privilegia los aspectos represivos.

Posteriormente se seleccionaron entre los 15 casos de enfrentamientos con delincuentes muertos, 6 que resultaran significativos por sus características. Por cada caso se estipuló la tarea de entrevistar a un responsable (Comisario/ Sub comisario) de la comisaría que intervino en el caso, y a los jueces y fiscales que actuaron en la instrucción de los mismos.

Es a partir de las entrevistas que se buscó articular los discursos de las agencias de control y su correlato en las prácticas.

Aproximaciones conceptuales

El despliegue de la agencia judicial se inserta en los lineamientos de las diversas políticas criminales, las que consideramos como, “un conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”².

Como consecuencia, el sistema penal (o la organización racional del castigo), es un *fenómeno social complejo* (Foucault 1977), el cual se manifiesta como una técnica específica dentro del campo más general de los procedimientos de poder y la justicia es parte esencial de ello.

En este sentido, consideramos que el sistema penal reproduce procedimientos de dominación, y como consecuencia el poder judicial, que se asume como igualitario padece las asimetrías de la sociedad capitalista³ ya que nace

portando las desigualdades de la clase que lo ha engendrado (Foucault, 1977) , y por ende tiende a *custodiar* el orden social.

En tanto *fenómeno social complejo* no podemos pensar que el accionar de la justicia puede escindirse de las prácticas de la institución policial o de los discursos y opiniones más generalizadas en la sociedad respecto del fenómeno de la inseguridad, y su correlato anclado en la producción discursiva de los medios.

Explica Zaffaroni que los hechos más groseros cometidos por personas sin acceso positivo a la comunicación terminan siendo proyectados por ésta como los únicos delitos y las personas seleccionadas como los *únicos delincuentes*. Esto les proporciona una imagen comunicacional negativa que contribuye a crear un estereotipo en el imaginario colectivo. Por tratarse de personas desvaloradas, es posible asociarles todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio, lo que termina fijando una imagen pública del *delincuente*, con componentes clasistas, racistas, etarios, de género y estéticos.⁴

En relación a lo mencionado, entendemos que el sistema penal, ha focalizado en cierto tipo de delitos, -interpersonales, violentos, robos de poca envergadura- y se ha ocupado siempre de castigar y perseguir a quienes los cometen- jóvenes pobres, desocupados, excluidos- .

La *selectividad* es un primer elemento -constitutivo del accionar de la agencia judicial- para pensar en la relación que existe entre la persecución y el encierro de ciertos sectores de la población y la correspondiente falta de interés de los operadores del poder judicial por conocer en qué circunstancias los integrantes de esos grupos son *eliminados* (muertos) en el marco de los supuestos enfrentamientos.

Este modo de intervención selectivo encuentra actualmente su sustento en la tensión existente entre los principios del derecho clásico liberal, -asociado al surgimiento de los estados modernos, que considera al hombre un ser libre, racional, y portador de derechos - y una visión y prácticas, -coherentes con las que analizamos en la presente investigación- que considera a determinados individuos como carentes de racionalidad, y que por tanto no son merecedores de garantías.

Como consecuencia de ello, el estado exagera su carácter represivo aplicando su poder punitivo sobre determinados sectores de forma agresiva, exceptuándolos de gozar las garantías y derechos consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales.

Esta doctrina y estas prácticas responden a lo que se ha llamado *Derecho Penal del Enemigo* y es el soporte teórico que explica la constitución de un orden político criminal caracterizado por una constante restricción o anulación de principios en relación a fenómenos como terrorismo, crimen organizado, delincuencia común, etc.

Sostiene principalmente que *quienes sean considerados peligrosos, no serán tratados como ciudadanos sino que serán combatidos como enemigos*⁵

Al referirse a los protagonistas de hechos delictivos, *-delincuentes-*, los operadores del poder judicial delinean y construyen la imagen de los sujetos peligrosos, en sus enunciados emergen los elementos de *otredad* que utilizan para designarlos.

El *enemigo* es aquel que “por principio o de manera sostenida se comporta de modo desviado, en contra del ordenamiento jurídico y no ofrece garantías de conducirse como persona”⁶

Como consecuencia de ello se genera una distinción entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del *enemigo*, el cual se aplica a quienes organizan su vida en torno al delito, respecto de los cuales lo importante es *eliminar el peligro*. (Jakobs y Cancio Meliá, 2003: 55)

El *derecho penal del enemigo* no promueve normas para toda la sociedad, sino que *demoniza determinado grupo de infractores* (Cancio Meliá, 2003) y por otra parte posee otra característica de suma importancia, la cual es, la suspensión - para un determinado grupo- de las bases del derecho penal transformándolo en un derecho de autor y no de hecho, dada la peligrosidad intrínseca que portan. Se suspenden los derechos y garantías para aquellos considerados y señalados como enemigos alegando razones de emergencia, (alertas por elevados índices delictivos, aumento en la sensación de inseguridad, demandas ciudadanas por soluciones inmediatas al problema de la inseguridad). Se actúa por *necesidad*, y en situación de emergencia se justifican políticas autoritarias.

La necesidad justifica la excepción, pero esta excepción, y suspensión del derecho no es una anulación del mismo sino que es constitutivo, de este modo queda habilitada la permanente excepcionalidad.

“El estado de excepción ha devenido la regla, no solo se presenta cada vez más como una técnica de gobierno y no como una medida excepcional, sino que inclusive deja salir a la luz su naturaleza de paradigma constitutivo del orden jurídico”⁷

Visualizamos una aparente paradoja y es que es que la misma norma, la misma ley es la que posibilita que en muchos casos la ley no sea aplicada, o mejor dicho, sea suspendida para algunos. Existe un elevado margen de discrecionalidad en las prácticas de los operadores judiciales. Esa discrecionalidad está comprendida dentro del campo de acción legal y se manifiesta en las prácticas judiciales.

Son estas prácticas las que determinan quien accede al carácter víctima, quienes mueren *correctamente* en un *enfrentamiento* tras cometer un delito se encuentran exceptuados de esta posibilidad. Esto no es problematizado sino que se naturaliza como *eliminación* en el marco del combate del delito.

ESTRUCTURA INSTITUCIONAL Y COMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL. SU INTERVENCIÓN CON RELACIÓN A LOS HECHOS OBJETOS DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.

La mayoría de nuestros casos comienzan luego de un *enfrentamiento* entre la policía y delincuentes⁸ y cuando esto ocurre el primer actor en tomar contacto con el hecho es la fuerza policial, precisamente por haber sido parte del mismo. En su función preventiva e investigativa, la policía cumple, tal como lo indica la normativa, un rol de *auxiliar de la justicia*: desempeña sus funciones “colaborando” con el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal

Acto seguido, la policía debe poner en conocimiento del hecho al juez y fiscal de turno. Este primer contacto entre los operadores judiciales y la institución policial es el que determinará si se inicia una investigación judicial o no, más allá de que luego recaiga o no una sentencia de condena.⁹

Una vez en conocimiento de los hechos, el juez y el fiscal deben indicar a la policía las medidas concretas de investigación..

A través de las entrevistas realizadas a fiscales y jueces,” observamos una fuerte tendencia a considerar y por lo tanto, convalidar y legitimar las medidas realizadas por la policía¹⁰,

A partir de este momento el rol del operador judicial es fundamental¹¹, en tanto puede revertir la presentación de los hechos tal como son manifestados por la policía.

Es importante destacar también, que el *sistema judicial no prevee medios de investigación alternativos a los suministrados por la policía* lo cual plaga de parcialidad y de irregularidades el comienzo de las investigaciones y el modo en que son presentados los hechos a la justicia.

Ello se complejiza en cuando la policía, en los casos en los en los que podría verse involucrado alguno de sus miembros en la comisión de un delito, *cumple un doble rol: el de investigar y al mismo tiempo, el de ser investigado* atento a que es un organismo que funciona como auxiliar directo del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Acerca de los actores

En nuestro país en el año 1994 con la reforma constitucional se introduce la figura del fiscal como un órgano independiente (art. 120 CN), y en el año 1998 entra en vigencia la legislación específica que reglamenta su actividad más allá de las consideraciones generales que ya contenía el código procesal.

Hace menos de una década que los fiscales han dejado de pertenecer al Poder Judicial para formar parte del Ministerio Público Fiscal y en cuanto a las normas que regulan el procedimiento penal, sólo ha sido objeto de reformas parciales, otorgándoles la conducción en la investigación sólo para casos específicos, preservando el Juez la función intacta para la gran mayoría de casos.

La moderna función del Ministerio Público Fiscal como acusador dentro del proceso penal tiene un desarrollo contemporáneo, ligado a la abolición del proceso histórico, que reunía en una sola persona -el Juez - la actividad persecutoria y de decisión; su introducción permite el comienzo de separación en ambas funciones.

Dentro de las misiones esenciales para las que fue creado, está la de controlar a la policía para que sus procedimientos se ajusten a las reglas del Estado de Derecho¹².

En todo procedimiento penal, se pueden reconocer partes ineludibles, que tienen derecho a intervenir en el proceso sustanciado por la justicia: el ministerio fiscal – cuya función ya fue explicitada y el imputado con asistencia letrada .

El imputado, por su parte, es aquél a quien se acusa de cometer un delito y tiene derecho a hacerse defender por un abogado de su confianza o por el defensor oficial.

Sin embargo existe un tercer actor – aunque no es obligatoria su presencia - dentro del proceso, el *querellante*¹³

La constitución de la víctima y/o sus familiares directos en esta figura representados por un abogado, es el único modo en que pueden tener derecho a conocer a fondo el curso del proceso ya que de no ser así ni siquiera se les permite leer el expediente.

El querellante también tiene la facultad de instar a la investigación de los hechos, solicitando medidas de prueba, detención de los imputados e incluso impugnando la resoluciones que pongan fin al proceso.

Sino hay querella, queda sólo en poder del fiscal la decisión de que se investigue el caso, y si el juez, por ejemplo, dicta un sobreseimiento respecto de los imputados y el fiscal no apela esa resolución, los familiares ya no podrán recurrir, aún a pesar de constituirse en querellantes con posterioridad.

Esta limitación a la querrela debe ser analizada en un contexto que tenga en cuenta además los innumerables obstáculos que se presentan a la hora de constituirse la víctima o sus familiares en parte querellante: los requisitos exigidos (no cualquiera está habilitado para presentarse como querellante)¹⁴, la dificultad de contar con un abogado de confianza que pueda patrocinar este tipo de casos, y como factor de especial importancia la reproducción del prejuicio entre los familiares de las víctimas quienes no pueden *visibilizar los hechos represivos como un delito* y en muchos casos legitiman el accionar policial asumiendo que quien ha cometido un delito estaba propenso a ser eliminado.

Nos parece fundamental dejar en claro que en el sistema de administración de justicia actual, en caso de no mediar querella¹⁵, la persecución penal estatal está a cargo del Ministerio Público Fiscal siendo por lo tanto, el único actor habilitado para instar a la investigación de los hechos.

DISCURSOS QUE DAN RISA.

Este apartado está destinado a la elaboración de reflexiones mediante el análisis de entrevistas realizadas a jueces y fiscales quienes en su mayoría actuaron en las causas seleccionadas como muestra.

En este sentido nos parece interesante recuperar una advertencia de Foucault en relación a que los discursos del poder judicial, -a partir de los siglos XIII y XIX- son los únicos discursos que tienen tres propiedades simultaneas: son discursos de verdad, porque la justicia comienza a adoptar los parámetros científicos para llegar a ella y por lo tanto su palabra adopta ese carácter. Son discursos que deciden sobre la vida de las personas, ya que en ellos recae la

responsabilidad de privar de la libertad a un individuo, y en casos extremos tienen poder de vida y muerte; y por último son discursos *que dan risa*, ya que es lo que provocan al leerse y al justificar muchas de sus acciones.

El valor de las entrevistas se encuentra en los enunciados discursivos que generan, nuestro objetivo fue develar las prácticas que llevan adelante los operadores del poder judicial, intentar hacerlas visibles, reconstruirlas a través de sus propios discursos y claro también, desentrañar cómo a partir de los testimonios recolectados se produce una fuerte tensión entre el *deber ser, de la teoría y la forma institucional de estos funcionarios, y el ser de sus propias prácticas que expresan limitada y cuidadosamente*.

La violencia es por la droga, el delincuente no mide el delito, ahora el 90% de los delincuentes están perturbados por la droga, sacados. No saben distinguir entre el bien y el mal, son como tarados¹⁶

Explícito y contundente. El testimonio nos aproxima a la *idea* que tienen los magistrados respecto de los *delincuentes*. Esta fue una categoría importante de trabajo para nosotros, ya que el poder conocer qué piensan los funcionarios respecto de los sujetos que delinquen implica poder establecer una correspondencia en relación a su desempeño en los casos que nos ocupan en esta investigación.

Sí, que para robar entran a un negocio o a una casa y les dan unas palizas feroces, algo como innecesario teniendo asegurado el resultado, porque si el tipo va armado, le pone el revolver en la cabeza, si no hay resistencia no hay necesidad de pegar¹⁷.

Porque entonces yo quisiera que muestren en juicios orales como es la actitud de esta gente. (...) Estando los jueces o las chicas declarando, que es un horror, se ríen¹⁸

Observamos en los discursos de los operadores del poder judicial dos emergentes, en primer lugar se ve la falta de racionalidad como característica atribuida a las acciones de quienes delinquen y por tanto transferidas a los delincuentes; como consecuencia, lo que subyace es un dejo de indignación ante la presencia de un *monstruo*¹⁹, *de un tarado* frente al cual no hay razón posible. El delincuente es un ente que no reacciona, que no entiende, la ley es demasiado para él y *no hay razones para defender sus intereses*.

Se delinea y construye la imagen de un sujeto carente de razón, sin posibilidad de prever el modo en el que puede actuar, porque *no distingue entre el bien y el mal*.

Por otra parte se hacen señalamientos de ilicitudes que rodean al accionar criminal o delictivo y que también dan pie a la caracterización del *autor* y perfilan un sujeto peligroso y ello representa otra característica estructural del *Derecho penal del enemigo*.

Estos testimonios nos señalan de *qué modo se construye el enemigo* en el discurso de los operadores judiciales, cómo emergen los elementos que constituyen el perfil de la *no-persona* y que permite entender – dentro de esta

lógica- el desinterés por conocer las circunstancias de su eliminación y la habilitación a la continuidad de las prácticas represivas.

Su castigo, estará por fuera de la ley, también será *para-racional*, es decir, fuera del alcance del derecho; la ley es demasiado para ellos y esto permite la excepcionalidad del enfrentamiento, la represión y la eliminación.

“En el fondo, lo que suscita el monstruo, en el momento en que viola la ley por su existencia , no es la respuesta de la misma ley, sino algo muy distinto”²⁰

Otra temática a indagar por nosotros en las entrevistas, de la mano con la concepción acerca de los delincuentes, tuvo que ver con la percepción -de acuerdo a la experiencia- de las clases de delitos más habituales que reciben en las fiscalías y juzgados y qué explicación podían ofrecer al respecto.

“Hay barrios que incluyen muchas villas entonces tenés otra clase de delitos, tenés delitos violentos, tenés delitos sexuales, tenés sustracción de menores, parece mentira pero dentro de Bs. As que si bien no es tan grande, es grande, pero no gigante en cada barrio tenés distintas características que tiene que ver con las características sociales de los que viven en cada barrio”²¹

“El problema que se ve ahora es que esa sensación de autoexclusión que empieza generándose en el que está siendo marginado por el sistema, se va extendiendo o contagiando hacia las otras clases que no están marginadas por el sistema”²²

Aparece la idea de los grupos de riesgo y del contagio social. La primera tiene un anclaje contemporáneo y se relaciona con el señalamiento, ya no de individuos peligrosos por características naturales, sino peligrosos por pertenecer a poblaciones consideradas de riesgo.

“Y entonces, la criminalidad, mejor dicho la marginalidad crece a expensas del descenso de lo que es la clase trabajadora.. Es decir, la gente que antes era clase media, o clase media baja, pierde posibilidades de inserción por falta de trabajo o por la precarización del trabajo”²³

Está presente la relación entre pobreza, exclusión, marginación y delito. Los desempleados se marginan y constituyen una amenaza al orden, porque este precario, desempleado y excluido es una molestia y no se sabe qué hacer con él.

Quienes han quedado por fuera del mercado laboral, quedan a la vez desprovistos de ciertos derechos que también los constituían como ciudadanos. Aparece un nuevo registro de exclusión ciudadana, no ya como señalábamos anteriormente por no respetar la ley, sino por pertenecer a un grupo que deja de estar inserto en clase trabajadora, y por ende es proclive a delinquir. Los grupos poblacionales que se han visto excluidos como desocupados, se convierten en poblaciones de riesgo, en primer lugar por necesidad y en segundo lugar porque la precarización los hace superfluos, los convierte en *residuos*(Bauman, 2005).

“Cuando la gente no tiene una esperanza, la gente se pone violenta. Y salen..., a veces, hemos visto casos de tipos que salen abatidos por la policía, pero que estaba cantado que los iban a fusilar. Es como casi una actitud suicida”²⁴

Mediante esta etiquetación, comienza el proceso de estigmatización que culmina con la intervención selectiva del sistema penal “producto” de una profecía autocumplida.

Otro de los puntos centrales que guiaron nuestro trabajo tuvo que ver con la existencia de la investigación por parte de los operadores del poder judicial en los casos en que un delincuente es muerto por la policía. Lo que interesa es conocer a partir de las explicaciones develadas cuáles son las condiciones que deben darse para que un funcionario investigue las circunstancias de esa muerte y no se limite a investigar el delito previo.

Este punto es relevante para dar cuenta del margen de acción que deja librada la justicia para que estas muertes no sean problematizadas.

“Pero si los dos estaban con armas y el delincuente tuvo la mala suerte de que le pusieran un tiro y bueno se va a sobreseer al policía”²⁵

“Se investigan las circunstancias del robo y de la muerte. Si la persona muere como consecuencia del enfrentamiento. La investigación empieza por “robo seguido de muerte”. Primero se investiga si se va a procesar a los delincuentes”²⁶.

No hay lugar a dudas de que como se manifiesta en los dichos de los funcionarios el delincuente *siempre* se considera culpable. Esta consideración de culpabilidad que el delincuente porta, por el hecho de cometer un delito previo es lo que lleva a que en primer lugar se considere su responsabilidad, y esa misma culpabilidad es la que los exceptúa de ser considerados víctimas de un delito. Lo importante del hecho es el delito que le da origen a la cadena de acciones que culmina en el enfrentamiento y la muerte²⁷. Ese hecho reviste una fuerza de una magnitud tal que impide que se juzgue también la conducta del personal policial como un delito.

“Porque siempre cuando se produce un enfrentamiento, y hay una persona muerta, un delincuente muerto, el delincuente es el imputado”²⁸

Por otra parte en el caso de preguntarse si pudo haber existido algún tipo de delito, sólo piensan en la figura del exceso, la cual presupone que la acción en su inicio, es legal. Así y todo, para ello, necesitan y se valen de pruebas previas para comenzar una investigación, de lo contrario no ponen en cuestión el hecho de su muerte.

“si el delincuente estaba con una birrome y el policía le puso tres tiros ...podrá ser legítima defensa, pero hay un exceso”²⁹.

En el caso de enfrentamiento policía- delincuentes, hay que revisar las circunstancias. Si no hay irregularidad manifiesta o sospecha arbitraria de la

fiscalía o el juez, no se suele investigar. Incluso en esos casos groseros, cuanto mucho se habla de *exceso en la legítima defensa*, pero no de homicidio.

“Si el episodio, presenta otros matices, resulta que el cadáver tiene 23 tiros, no se sabe mucho y yo no sé si este era el señor que vino a robarme porque el tipo estaba con una máscara, dos o tres tiros por la espalda, la cuestión es otra cosa, ahí se adoptan otro tipo de medidas”³⁰.

“En cada caso puntual el juez está obligado de acuerdo a nuestro sistema procesal a investigar hasta las últimas consecuencias. Últimas consecuencias significa hasta donde las pruebas lo hagan posible”³¹

Lo que observamos a partir de los testimonios es que los jueces y fiscales se interesan en investigar la posibilidad de un homicidio en un enfrentamiento cuando hay pruebas previas, de lo contrario se limitan al hecho tangible que fue el delito que dio origen al enfrentamiento.

Sólo en casos en donde la versión policial luce absurda (delincuente encerrado con muchos disparos recibidos, acorralados, etc.) ponen en cuestión el hecho de la muerte del delincuente.

El elemento para resaltar aquí tiene que ver con la valoración que dan a las pruebas. Se refieren a la *prueba* como un hecho objetivo, no cuestionan la construcción de la misma y que en la mayoría de los casos las pruebas les llegan sólo a través del personal policial; por ende es un elemento completamente subjetivo y variable.

“La justicia necesita de la policía. Es que yo no puedo salir a la calle con mi auto a hacer tareas de inteligencia, a levantar testigos, etc. Ellos saben con quien tienen que trabajar y a lo mejor con quien no”³²

Cuando se les pregunta por las funciones de la policía, se encargan de resaltar las diferencias que hacen a las instituciones. El policía, o mejor dicho la policía como institución es la responsable de combatir el delito, la función del fiscal no es la prevención, ni el combate, sino que trata de diferenciarse de ese rol.

“El policía es auxiliar de la justicia. Es decir, él sabe hasta donde tiene que llegar y yo sé hasta donde tengo que llegar. Él cumple las órdenes que yo le doy”

“Y la policía tendrá que poner ahí más gente porque ahí se cometen delitos. Pero no la tienen, entonces yo digo señor ahí se cometen delitos, hagan lo que tienen que hacer.”

“De hecho yo no puedo ordenarle a la policía que tiene que hacer. La policía funciona para nosotros como auxiliar, como auxiliar”³³

Es recurrente la idea de que la policía es auxiliar de la justicia, es decir que la policía es el brazo ejecutor de las instrucciones que la justicia dé en el momento de comenzar una investigación. Nuevamente los funcionarios del Poder Judicial, “pierden de vista” el hecho de que es la fuerza policial la encargada de recolectar pruebas y de presentar los elementos que constituyen un hecho y que dan comienzo a un proceso judicial. ¿Quién tiene realmente el poder en ese caso? ¿Hasta qué punto los operadores judiciales pueden dar

cuenta de la licitud de los procedimientos policiales y de los hechos que les presentan? Están muy convencidos del poder que ejercen hacia la fuerza policial, y no ponen en duda que la policía sea el brazo auxiliar de la justicia. Frente a los casos que se han investigado en el curso de la presente investigación, y frente a la corroboración de que es casi nulo el interés judicial por conocer las circunstancias de las muertes de los *delincuentes* en *enfrentamientos*, podemos comenzar a invertir la premisa de que la policía funcione como auxiliar, *sino que más bien el poder judicial habilita y auxilia a las manifestaciones de las fuerzas represivas*.

“Deberían hacer prevalecer la vida y la integridad de las personas “ajenas” al hecho antes de imponerse el deber de detener a “cualquier precio”. Hay que pesar la vida del transeúnte. Estos problemas radican en la formación de la policía, en la responsabilidad y deber de los mismos”

“Lo que se investigan son las “circunstancias” es decir, el tiempo, modo y lugar. El problema es que la policía no está preparada para evitar la muerte de transeúntes. Ellos deberían buscar el lugar propicio para “repeler a tiros”³⁴.

Por otra parte un elemento que se hace también presente a partir de la consulta respecto de la función de la policía es la distinción realizada respecto del objeto de protección de la fuerza. Llamativamente, las críticas que realizan los operadores judiciales hacia la fuerza policial se relaciona con la escasa preparación e idoneidad de los agentes para combatir adecuadamente el delito, esto es, sin poner en peligro a los *ciudadanos*. La vida y la integridad de las personas *ajenas* a los hechos es la que debe ser cuidada, esas son las vidas que valen, las vidas de los *inocentes*.

La policía, hace lo que puede con lo que tiene, que, por supuesto, para los ciudadanos, o para uno, nunca es suficiente, todos nosotros quisiéramos tener un policía en nuestras espaldas todos los días de nuestras vidas, parado en las puertas de nuestras casas que cuando salgamos a nuestros trabajos nos acompañe para que nunca nos pase nada³⁵

Emerge la idea de una delincuencia poderosa y una policía débil. En muy pocos casos los funcionarios hicieron críticas al accionar policial, como institución, al rol institucional de la policía como fuerza del Estado.

“Yo creo que la policía no tiene ni armas ni poder en este momento. No estoy hablando de armas de salir a matar, lo que pasa es que hoy vos tenés una delincuencia que está mucho mejor armada que la policía. Vos vas y ves que los delincuentes tienen arsenales y la policía tiene que ir a reprimir con palos”³⁶.

Hay un reclamo por la falta de proporcionalidad legal y de fuerza en los enfrentamientos con los delincuentes. Persiste la idea de que el poder policial se ha debilitado y de que se encuentran desamparados frente al poder de los delincuentes. Esta afirmación contrasta con los datos recogidos por nosotros en el período de muestra que tomamos para nuestra investigación.³⁷

El hecho de que los delincuentes cuenten con la *ventaja* del uso ilimitado de la fuerza- ilimitado en términos normativos- y que muchas veces también cuentan con un equipamiento mayor o cualitativamente mejor que el policial. Se pierde de vista que el enfrentamiento no es entre particulares, y que la policía, es una

fuerza *estatal*, por ende su accionar debe ser regulado y limitado en virtud de acotar el uso de la fuerza, sobre todo cuando es letal.

Las leyes actúan como *atenuante para regular el uso de la fuerza, la cual debería ser utilizada en forma excepcional*.

El derecho, en este caso, debería salvaguardar la integridad física de los ciudadanos – de todos los ciudadanos, aún de aquellos ciudadanos-*delincuentes*- de los usos y abusos de poder y de la fuerza. Sin embargo, los operadores judiciales ven ésto como una *limitación* para la persecución del delito y en este sentido razonan del mismo modo que la propia fuerza policial.

DISCURSOS QUE MATAN

En este punto nos centraremos en la práctica concreta de los funcionarios públicos encargados de “impartir justicia”, esto es, las medidas que se toman en una investigación sobre los hechos objeto de este trabajo y las resoluciones a las cuales se llega. Estas prácticas efectivamente deciden sobre la libertad de una persona, y también justifican *porque no importan* las muertes de los *culpables*.

En este apartado se analizarán sentencias de tres casos considerados por nosotros como paradigmáticos, pero que no corresponden a la muestra de casos seleccionados para dar curso a la investigación.

Caso Riquelme-Witis.

Darío Riquelme y Mariano Witis murieron el 21 de septiembre de 2000 como consecuencia de los disparos efectuados por el entonces cabo de la Policía Bonaerense, Rubén Emir Champonois.

Ese día, Darío, de 16 años, y otro joven tomaron como rehenes a Mariano, de 23 años, y a su amiga Julieta Schappiro con el fin de asaltar el banco Itaú-Buen Ayre de San Isidro. Luego del robo, escaparon en el auto de la chica llevando consigo a los dos jóvenes rehenes. Tras una breve persecución policial, debieron detenerse por los disparos del Comando de Patrullas de San Fernando, que habían desinflado por completo los neumáticos del auto.

El vehículo quedó así arrinconado. El compañero de Riquelme (Ruíz), que viajaba adelante, logró escapar. Los otros tres jóvenes no tuvieron tiempo de hacer ningún movimiento: Champonois disparó a mansalva, a muy corta distancia causando la muerte inmediata de Darío y Mariano.

Como en otros casos de violencia policial, el hecho intentó presentarse como un enfrentamiento entre policías y delincuentes, y la causa fue caratulada como “robo calificado”. La versión de la policía bonaerense era que los asaltantes habían disparado en primer lugar. Sin embargo, pericias posteriores determinaron y confirmaron que no se habían efectuado disparos desde el interior del vehículo, que el arma que llevaba Darío Riquelme no fue accionada ni estaba en condiciones de efectuar disparos.

Ante la abundancia de la prueba, a fines de ese año, la fiscal del caso solicitó la detención del entonces cabo Champonois por homicidio. Pero el juez de

garantías interviniente sólo concretó la medida cinco meses después. Durante ese intervalo, Champonois mató a otro menor de edad en circunstancias muy similares: arma *plantada*, disparo a 60 cm. de distancia y ninguna agresión de la cual necesitara defenderse. Finalmente fue detenido.

Cabe destacar que los familiares de ambas víctimas se presentaron en el expediente como *particulares damnificados*³⁸. La familia de Witis contó con un patrocinio particular y la familia de Riquelme contó con el patrocinio del CELS.

El 5 de septiembre de 2003, el Tribunal Oral emite la sentencia, por medio de la cual se absuelve a Champonois por la muerte de Riquelme (el delincuente), por considerar que aquél había actuado amparado por la legítima defensa y lo condenó por la muerte de Mariano Witis (el rehén) a la pena de ocho años y seis meses de prisión, inhabilitación especial por ocho años para desempeñarse como funcionario policial y para la portación y tenencia de armas de fuego.

En dicha sentencia, se diferenció cualitativamente a cada muerte, se evaluó cual era el peso de cada vida en lugar de analizar si el agente policial tuvo una causal justificante para su accionar.

Se hace visible así la ejecución y puesta en funcionamiento de un derecho penal en doble dirección, con garantías y derechos para quien es considerado *persona*- el rehén- y sin garantías para aquél considerado no persona o *enemigo*- el delincuente-.

La comisión del delito por parte del delincuente es considerado el hecho desencadenante, incluso de la muerte del rehén, pues indujo al policía al *error* de actuar desconociendo la presencia de rehenes en el interior del auto.

“más allá de la responsabilidad que le cabe al acusado en la muerte de Mariano Witis no comparto que él mismo haya sido el que puso las condiciones para que ello ocurriera, todo lo contrario, fueron Ruiz y Riquelme quienes las pusieron, primero cuando no dieron señales concretas de que fuera un rehén, luego (...) cuando después de finalizado el robo y habiéndose alejado de la entidad bancaria tuvieron oportunidad de haberse bajado con el botín (...) y permitir a Schapiro y a Witis retirarse.” Juez de primera instancia

Según el magistrado cuando el policía halla a los delincuentes en fuga dentro del auto, “el robo estaba todavía en curso de ejecución, los autores se hallaban cometiendo el delito de privación de la libertad y de tenencia de armas”³⁹.

Para el magistrado existe desde el momento del robo un presente continuo que habilita a la actuación letal, aunque en el momento del hecho el delincuente no estaba atacando a nadie,- pero esto no interesa al Juez-, porque para él, el robo sigue en curso, lo cual legitimaría la *defensa* del personal policial.

“La fatal balacera tiene lugar en el contexto del gran Buenos Aires, ámbito donde cae un policía cada cinco jornadas y cuatro personas son muertas cada día en ocasión de robo. No cabe razonablemente pensar que el imputado tenía en su mente que podía ser recibido amigablemente cuando ya había habido intercambio de disparos”⁴⁰.

En el pronunciamiento del juez, se entiende que en una sociedad de riesgos, la necesidad de eliminar *el peligro* se hará inminente y justificable ya que ésta es la función manifiesta del derecho penal del enemigo.

Este caso llegó a una segunda instancia, en virtud del recurso interpuesto por el CELS y el fiscal actuante. La situación del policía juzgado fue revertida siendo condenado en esta instancia también por la muerte del *delincuente*.

Sin embargo resulta de interés repasar el voto disidente en esta ocasión.

Sobre la arbitraria cuestión de la temporalidad y la prueba, el juez retoma la idea desarrollada en la sentencia de primera instancia que considera que debe analizarse la conducta de la víctima desde la comisión del delito previo como causal de la respuesta del policía.

“La agresión la estaba cometiendo Riquelme, -desencadenante de toda la tragedia y hoy, desde la tumba, constituido fantasmagórico acusador- y no cesó hasta el momento de éste último fallecer “

“La tamaña incerteza sobre la cesación del ataque no la tiene el derecho humanitario, el cual toma como condición para que una persona pueda ser tratado como prisionero, o sea para que cese a su respecto los actos de lucha, que se rinda o se halle fuera de combate”

“En el acontecer que nos preocupa, Riquelme no exteriorizó en algún momento señal de rendición, o si se quiere en términos menos bélicos, de sometimiento a la autoridad contra la cual se había rebelado”

“Dejo constancia que en el síndrome psíquico causado por la batalla cuerpo a cuerpo, lo primero que experimenta el soldado, luego de superada la sensación de miedo, es el descontrol⁴¹”.

Esta suspensión de las reglas del Estado de Derecho y la inclusión en el análisis de los hechos de las reglas del Estado de guerra, es una clara muestra de como queda configurada la *excepción*. Se hace visible en estos párrafos cómo se deja por fuera de la ley a quienes amenazan los elementos constitutivos del orden, *rebelándose* contra la autoridad.

Se justifica el uso de la fuerza estatal bajo las premisas de la excepcionalidad transformando el enfrentamiento en un combate en el cual es lícito que ambas partes busquen la eliminación del otro, del *enemigo*.

El funcionario no necesita, cuando actúa en cumplimiento de un deber, acreditar la legalidad de su comportamiento: sólo la prueba en contra acabada y plena, puede quitarle legitimidad⁴².

Respecto de la actuación policial, - el obrar de manera *imprudente*, disparando contra un rodado sin saber quienes se hallan dentro y en qué estado se encuentran-, se argumenta que el ser policía no es un agravante en este caso, lo sería en el caso de que un miembro de la fuerza incursione en la “delictuosidad común”. Esto último da cuenta que sencillamente disparar descontroladamente contra los *delincuentes* no es considerado un delito.

Caso Villagra

Sintéticamente, el caso se refiere a la muerte del joven Roque Sebastián Villagra, de 21 años de edad, el día 14 de septiembre de 2002 en la intersección de las calles Cobo y Crespo, próximo a la villa de emergencia conocida como “1-11-14”, de la Ciudad de Buenos Aires. El joven fue muerto por un disparo de arma de fuego en un episodio *confuso* con tres oficiales de la Comisaría 12^a.

Se investigó en la etapa de instrucción un aparente *enfrentamiento* de Villagra con los tres acusados, resultando caratulada la causa como atentado y resistencia a la autoridad, disparo de arma de fuego y homicidio.

A partir del informe de autopsia y posterior declaración testimonial del perito oficial, que dio cuenta de que el disparo que produjo la muerte de Villagra fue efectuado con el arma apoyada firmemente sobre su nuca, los tres policías fueron detenidos.

Luego de ello, la madre de Roque Villagra –con el patrocinio de un servicio jurídico gratuito que se desempeñaba en el barrio donde vivía la familia- se presentó en el expediente como querellante.

Esa, y otras pruebas más que corroboraron la existencia de un disparo a escasa distancia tiraban por la borda la hipótesis incorporada por los policías acerca de la existencia de un enfrentamiento, y provocaron que el juez de la causa procesara a los imputados por el delito de homicidio simple y dictara su prisión preventiva. Posteriormente, el caso llegó a la instancia de juicio oral.

Los fundamentos de la sentencia *-que culminó con la absolución de los tres policías implicados en el hecho-*, encierra una pieza de indudable valor, ya que confirma de algún modo las hipótesis que nos planteamos al comienzo de esta investigación.

La absolución se fundó en el estado de incertidumbre acerca de la imposibilidad de probar la inexistencia de la legítima defensa ante la agresión armada.

¿Cómo es que se arriba a esta absolución ante una pericia tan categórica como lo fue la del perito interviniente, en el sentido de señalar que el arma fue apoyada sobre el cuello de Roque Villagra?

Claramente, la forma de hacerlo fue una vez más la de introducir como cuestión a ser considerada en el juicio, la comisión de delito con anterioridad por parte de Villagra, así como su carácter de sujeto *peligroso* por poseer antecedentes penales previos. Es decir, su carácter de “delincuente”.

Y en esta línea la sentencia de primera instancia no escatima en utilizar todo tipo de artilugios, por demás explícitos, para convertir a la víctima del caso en agresor y así poder justificar la muerte. Y lo hace de esta manera:

(...) si bien la víctima no está siendo juzgada en este caso, no puede dejar de tenerse en cuenta que tenía una condena anterior por un hecho de similares características (no acatar la voz de alto policial y huir haciendo fuego contra el personal policial con un arma calificada como arma de guerra), (...)

Se tuvo también presente que se encuentra suficientemente acreditado en el expediente que el sujeto fallecido era persona peligrosa para sí y los demás, de malos antecedentes y que, *apareciendo en autos como víctima, en realidad fue el agresor* (...) ⁴³

Para construir la peligrosidad del individuo, el poder judicial se vale, entre otras cosas, de aquellas oportunidades en que estas personas fueron *seleccionadas* por el mismo sistema penal, sin distinción de razones, circunstancias y resoluciones de aquellos hechos. Esto habilita la ejecución de un criterio de criminalización y distintivo para su juzgamiento, basado en los antecedentes del *delincuente*.

Como bien advierte Zaffaroni, en el libro sobre la caracterización del derecho penal del enemigo, la esencia del trato diferencial que se depara al *enemigo* consiste en que el derecho *le niega su condición de persona*. Sólo es considerado bajo el aspecto de *ente peligroso o dañino*.⁴⁴ Se borra así su identidad, sus derechos, su posibilidad de ser víctima.

Caso Barrau

El día 13 de junio del año 2004 a las 3:40 hs. en la zona conocida como “Palermo Hollywood”, el agente de la policía federal, Matías Tarditi disparó su arma reglamentaria contra el joven Lisandro Barrau, por la espalda, ocasionándole la muerte.

Hasta la sentencia de primera instancia, todo parecía encaminar hacia una investigación sobre el homicidio ocasionado por el policía en perjuicio del joven Barrau. Así, en la etapa de instrucción se dictó el procesamiento de Tarditi por homicidio agravado a solo tres días de los hechos y un año y medio después, el 29 de noviembre del 2005, el Tribunal Oral interviniente dictó sentencia condenando por homicidio agravado por abuso de su función con una pena a prisión perpetua al imputado, luego de haberse comprobado que este funcionario policial había sido el que disparó el arma reglamentaria -a una distancia de entre 90 cms a 2 mts.- y da muerte a Lisandro Barrau.

¿Porque en este caso hubo –en principio- una investigación y una condena tan dura? Tal vez los fundamentos los encontremos en algunas de las cuestiones que quisimos remarcar en esta investigación: que este caso tomó gran estado público y que Barrau no fue considerado un delincuente (a pesar de algunas noticias en este sentido), sino la víctima de un homicidio por parte de la policía. Un dato más podría ser que la representación de la familia de este joven de clase media recayó además en un conocido abogado penalista, que asumió el patrocinio en forma particular.

Contrariamente a lo ocurrido hasta el momento, la sentencia de segunda instancia de fecha 25 de agosto de 2006 haría un giro inesperado en la consideración, valoración y meritación del hecho y el consecuente reproche penal.

Centralmente, la Cámara de Casación revoca parcialmente la condena a Tarditi a raíz de considerar fuertemente el accionar previo de la víctima bajo la consideración de sus antecedentes y su supuesto accionar delictivo.

(...) la conducta de la víctima frente al control policial se muestra como francamente irracional, , irracionalidad que puede encontrar solo una explicación, solo ex post, es que el joven Barrau se hallaba bajo los efectos de una ingesta de cocaína, lo que hizo desechar la sensata recomendación de su amigo Tedesco en el sentido de evitar el aludido control; o quizá, como lo especula la defensa, en que pensó que no le convenía su detención para identificación porque tenía pendiente un proceso por robo con armas en el que había aceptado su condena, juicio abreviado mediante.⁴⁵

El juez legitima el accionar policial por la conducta supuestamente ilícita de la víctima, cuando en realidad ninguna de las circunstancias mencionadas constituyen delito alguno, y supone además un estado de cosas alejado de la

realidad concreta del hecho (si Barrau se quiso escapar por tener un proceso pendiente. Aparece ya en esta parte de la sentencia la idea de justificar el accionar policial por el carácter de *delincuente* del joven muerto.

La segunda de las cuestiones se refiere a la discusión de si el hecho constituía un homicidio doloso o un homicidio culposo, lo que sin duda modificaría sustancialmente la situación procesal del imputado, ya que este último delito tiene una escala penal mucho menor que el primer tipo.

En esta discusión, sólo uno de los jueces mantiene la idea de que el homicidio fue ejecutado con dolo (intención de matar) pero no directo sino eventual (o sea que el acusado se representó la posibilidad del resultado de la muerte, aunque no haya habido intención directa de matar).

Increíblemente el magistrado sostiene la posibilidad –carente de toda lógica racional posible- de que al imputado “se le haya escapado” un disparo sin quererlo, *teniendo el dedo en la cola del disparador*.

¿Para que si no para disparar se puede tener el dedo en la cola del disparador? Se trata de un interrogante que dudamos se haya hecho el juez, ya que su pretensión era reducir la condena de Tarditi al punto de dejarlo en libertad.

Al mismo tiempo, y en ocasión de merituar la pena para el delito de homicidio culposo (que es por el que finalmente se pronuncia la Cámara de Casación Penal), otro de los magistrados sostiene que para fijar esa pena (que finalmente fue la mínima de la escala del homicidio culposo) se debía atender a (...)la buena opinión personal que de él (Tarditi) me formara en oportunidad de la audiencia ..., la falta de antecedentes, su edad, que si bien es soltero se encontraba en concubinato hacia un año, conviviendo con sus padres, sus dos hermanos y su pareja, que posee estudios secundarios completos, que al momento del hecho tenía solo una antigüedad de 11 meses como agente de la policía federal.

La Cámara de Casación Penal termina por hacer lugar parcialmente al recurso de casación y condenar a Matías Tarditi a la pena de 4 años de prisión por el delito de homicidio culposo e inhabilitación especial por el término de 8 años, lo que implicó su liberación inmediata.

Al mismo tiempo que Lisandro Barrau pasaba de la condición de víctima a la condición de delincuente, el ex policía Tarditi pasaba de ser considerado una persona que cometió uno de los delitos más graves del sistema penal argentino, como es el homicidio agravado, a ser simplemente un imprudente en su accionar y a revalorizarse su “humanidad”.

CONCLUSIONES

A modo de cierre, de acuerdo a lo desarrollado precedentemente, afirmamos que, la norma, con su marcado rasgo discrecional y los operadores judiciales a través de sus acciones y omisiones -al momento de investigar- habilitan el desarrollo de la guerra civil legal⁴⁶

Las prácticas conscientes activas y manifiestas, aunque no subjetivas⁴⁷, que forman parte del engranaje y de las estrategias del sistema penal y de las

agencias de control social en general, tienden cada vez más a eliminar a aquellos sujetos desviados, peligrosos, no integrables, cuyas vidas cuestan cada vez menos en pos de mantener un determinado orden social, contribuyendo a la reproducción de una línea divisoria entre incluidos y excluidos.

Los funcionarios de la justicia ejecutan sus prácticas como guardianes de la frontera entre lo aceptado, incluido, útil, y lo desechable, el excedente, lo excluido. Con su discurso construyen esta imagen del *delincuente* que está fuera y que cada vez más invisibilizan despreocupándose del hecho de considerarlos víctimas.

Es la frontera la que predice, literalmente hace aparecer, la diferencia entre ellos: la diferencia entre lo admitido y lo rechazado, lo incluido y lo excluido. Esa frontera se traza de nuevo con cada recogida y eliminación de basura. Su único modo de existencia es la incesante actividad de separación⁴⁸.

Jueces y fiscales son la tropa de elite que aporta al funcionamiento de los mecanismos de distinción, de exclusión y eliminación, colaborando en la construcción de una frontera y de límites cada vez más rígidos entre los incluidos y aquellos que *amenazan porque sobran, o porque sobran, amenazan*.

¹ El grupo de investigación es coordinado por la Lic. Alcira Daroqui, el equipo se completa con la participación de Lic. Mercedes Calzado, Dra. Lucía Canavesio, Lic. Luciana Cepeda, Luz Damone, Lic. Ana Laura López, Lic. Carlos Motto, , Lic. Nicolás Maggio, Dra Gabriela Magistris, , Dra. Viviana Reinoso y Silvia Viñas.

² Binder, Alberto. Introducción al derecho procesal penal 1999, p27

³ Un ejemplo claro de esto es la falta de proporción en el caso de este fuero –Justicia de Instrucción- entre la cantidad de fiscalías (en la ciudad de Buenos Aires son 50 fiscalías) y la cantidad de defensorías (14), lo cual da cuenta de un sistema penal que en mayor medida acusa y no defiende, quedando indefensos aquellos que no pueden acceder al derecho de defensa por otros medios.

⁴ Ver Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, EDIAR, Buenos Aires, 2002, p. 9.

⁵ Jakobs, Günther, citado por Marín Fraga, Facundo. “Derecho penal del enemigo” en *La Ley*. Actualidad. 15 de febrero de 2005, p1.

⁶ Jakobs, Günther, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, Idemsa, vol. 11-12. p. 316.

⁷ Agamben, Giorgio Estado de excepción, 2004 pag 32

⁸ Utilizamos el término delincuente como abarcativo tanto de quienes son sorprendidos *in fraganti* como de aquellos de quienes se sospecha que cometieron un delito.

⁹ El artículo 2 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) dispone: “el juez de *instrucción* es el encargado de investigar los delitos de acción pública de competencia criminal, es decir delitos cuya pena máxima prevista es mayor a 3 años

¹⁰ Resulta elocuente una entrevista realizada a un policía en donde este refiere que “La comisaría es la que le envía al magistrado los elementos de juicio como para que el magistrado apruebe la prosecución investigativa”

¹¹ Al tratarse los delitos mencionados de delitos de acción pública (art. 5 del CPPN y 71 del CP), la tarea de investigación (que comprende tanto a los jueces como al Ministerio Público Fiscal) debe ser impulsada de oficio, es decir sin necesidad de ser instada por la víctima o sus familiares, tanto para iniciar la investigación como para continuarla y finalizarla.

¹² Maier, Julio B. Cita sobre este tema un discurso de un famoso jurista alemán Von Savigny (1845) quien con motivo del nacimiento del ministerio público de Berlín hace referencia a su función de control de la legalidad de las acciones policiales e intermediario entre policía y tribunales.

¹³ Para poder ser querellante, debe tratarse de la misma víctima /damnificado por el delito o su representante en caso de ser incapaz o en caso de muerte de la víctima, solo podrá ejercer este derecho el cónyuge, sus padres, sus hijos o su último representante legal (art. 82 CPPN)

¹⁴ Para poder constituirse en querellante tiene que existir un particular ofendido por el delito (víctima) y en caso de muerte de éste sólo podrá ser querellante el cónyuge, sus padres, sus hijos o su último representante legal (art. 82 CPPN)

¹⁵ Próximamente se describe su función específica.

¹⁶ Juez de Instrucción Nro. 13, Luis Zelaya.

¹⁷ Fiscal Graciela Gils Carbó Fiscalía de instrucción 28

¹⁸ Fiscal Marcela Sanchez, fiscalía de instrucción 30.

¹⁹ Foucault se refiere a la figura del monstruo como un elemento que comenzar a configurar los registros anomalías definidas por la ley a partir del siglo XVIII “La noción de monstruo es, esencialmente una noción jurídica, lo que define al monstruo es el hecho de que, en su existencia misma y su forma, no sólo viola leyes de la sociedad, sino de la naturaleza” “es la infracción, y la infracción llevada a su punto máximo. Y sin embargo, a la vez que es la infracción, no suscita por el lado de la ley, una respuesta que sea una respuesta legal.” Foucault, Michel, Los Anormales, 2001, pag 61 y 62.

²⁰ Foucault, Michel, Los Anormales, 2001, pag 62

²¹ Fiscal de Instrucción 23, Marcelo Retes

²² Fiscalía de Instrucción 28, Graciela Alicia Gils Carbó.

²³ Fiscalía de Instrucción 28, Graciela Alicia Gils Carbó.

²⁴ Fiscalía de Instrucción 28, Graciela Alicia Gils Carbó.

²⁵ Fiscal de Instrucción 23, Marcelo Retes

²⁶ Juez de Instrucción Nro. 13, Luis Zelaya.

²⁷ Seguidamente, en el acápite “discursos que matan”, se ejemplificará lo expuesto a través de los pronunciamientos judiciales.

²⁸ Fiscalía barrial Pompeya-Barracas, Munilla Lacasa

²⁹ Fiscal de Instrucción 23, Marcelo Retes.

³⁰ Fiscalía barrial Pompeya-Barracas, Munilla Lacasa

³¹ Idem

³² Fiscalía de instrucción 30, Marcela Sanchez

³³ Fiscalía de Instrucción 23, Marcelo Retes

³⁴ Juez de Instrucción Nro. 13, Luis Zelaya

³⁵ Fiscalía barrial Pompeya-Barracas, Munilla Lacasa

³⁶ Fiscalía de Instrucción Nro. 30, Marcela Sánchez

³⁷ Verificamos a partir de los datos publicados en diarios que durante el primer semestre de 2004 los delinquentes muertos en enfrentamientos fueron 15, y el número de policías asciende a 1.

³⁸ Esta figura es la equivalente a la querrela, sólo que por pertenecer el caso a la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires tiene otra denominación.

³⁹ Sentencia de primera instancia.

⁴⁰ Sentencia de primera instancia.

⁴¹ Juez del Tribunal de Casación, voto en disidencia.

⁴² Juez del Tribunal de Casación, voto en disidencia

⁴³ Sentencia del Tribunal Oral interviniente

⁴⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. El enemigo en el derecho penal. Ediar, Buenos Aires, 2006.

⁴⁵ Párrafo fallo del tribunal de casación.

⁴⁶ Agamben

⁴⁷ Foucault ver en nueva penología

⁴⁸ Bauman, 2005. Pág. 44