

En *La 'eliminación de los delincuentes', una mirada sobre las prácticas y los discursos de la policía, la justicia y los medios de comunicación*. Ciudad de Buenos Aires (Argentina): Centro Cultural de la Cooperación.

Justicia: "siendo imposible prescindir de los antecedentes de conducta desviada por parte del difunto...".

Alcira Daroqui, Carlos Ernesto Motto, Ana Laura López, Gabriela Magistris, María Lucía Canavesio, María Luz Damone, Mercedes Calzado, Nicolas Maggio, Luciana Cepeda, Silvia Viñas y Viviana Reinoso.

Cita:

Alcira Daroqui, Carlos Ernesto Motto, Ana Laura López, Gabriela Magistris, María Lucía Canavesio, María Luz Damone, Mercedes Calzado, Nicolas Maggio, Luciana Cepeda, Silvia Viñas y Viviana Reinoso (2009). *Justicia: "siendo imposible prescindir de los antecedentes de conducta desviada por parte del difunto..."*. En *La 'eliminación de los delincuentes', una mirada sobre las prácticas y los discursos de la policía, la justicia y los medios de comunicación*. Ciudad de Buenos Aires (Argentina): Centro Cultural de la Cooperación.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/gabrielamagistris/53>

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



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>.

Justicia:
**“Siendo Imposible prescindir de los antecedentes de conducta
desviada por parte del difunto...”**

1. Introducción

Es esta tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político, y entre el orden jurídico y la vida, aquello que la presente investigación se propone indagar.

Giorgio Agamben, en Estado de excepción.

Este tercer capítulo nos convoca a detenernos en las razones que nos llevaron a ocuparnos de *la justicia* en último lugar.

Este orden no corresponde al momento de *intervención* en los casos de *enfrentamientos*¹, sino que responde al modo en que se nos ha presentado a nosotros en el proceso mismo de la investigación y cómo efectivamente se presenta también, para el público a través de los medios de comunicación.

Frente a estos hechos lo noticiable tiene que ver con la espectacularidad del suceso, con la actuación policial, y con las características del *delincuente*. Los medios no hacen referencia a la actuación del Poder Judicial² en estos casos, ni mucho menos se pregunta qué resultará de su intervención. El papel de *la justicia* se oculta tras elementos más llamativos del suceso y allí permanece.

Esta opacidad, esta invisibilidad, esta ausencia o breve *mención* de la presencia judicial en la noticia no sólo es producto de la forma en que se construye la misma, sino que responde ilustrativamente al papel que desempeña la agencia judicial en este tipo de hechos. Es decir, en los hechos denominados *enfrentamientos*, las muertes de *delinquentes* no son problematizadas y, por lo tanto, tampoco investigadas por la agencia judicial.

El *delincuente muerto* por el accionar policial en el marco del *combate del delito* nunca puede ser considerado *víctima*, como ya hemos expresado reiteradamente constituyendo este aspecto en eje central de nuestra investigación. Es básicamente por ello, por lo que

¹ De acuerdo a las circunstancias y características de los hechos que integran la unidad de análisis de nuestra investigación, tras un *enfrentamiento* entre policías y *delinquentes*, la primera agencia en tomar contacto con esos hechos, obviamente, es la policial, que al mismo tiempo implementará las primeras medidas de “investigación”. Luego la agencia judicial (juez de instrucción y/o fiscal) y en tercer lugar, irrumpirán los medios de comunicación, en tanto la fuente policial les comunique sobre lo sucedido, o los hechos por sí mismos, -espectacularidad o singularidad-, se impongan en la agenda de “lo público”. Ver capítulo sobre medios de comunicación.

² Nos referiremos a lo largo de todo el capítulo a la práctica judicial, incluida dentro de ella a la intervención del Ministerio Público Fiscal (aunque veremos más adelante que estrictamente no forma parte del Poder Judicial), como una práctica de los operadores judiciales, Poder Judicial o agencia judicial en forma indistinta.

los operadores judiciales no investigan esos hechos y en caso de hacerlo (lo cual representa una mínima cantidad de casos), se resisten a criminalizar la conducta de los policías o bien la califican de modo tal que no sean encarcelados.

En los *enfrentamientos* entre policías y *delincuentes*, los heridos y/o muertos resultantes de ello, no se registran en una *estadística pública* de actualización permanente a cargo de la agencia policial o de la agencia judicial, la única forma de reconstruir este *fenómeno* es a través de la información que producen los distintos medios de comunicación; esto, que ya fue expuesto en nuestro apartado metodológico y signó la estrategia de abordaje de nuestra investigación, recobra en el caso del análisis acerca de las prácticas de la agencia judicial especial importancia.

Tenemos el convencimiento de que las prácticas punitivas siempre son llevadas a cabo por la agencia judicial de manera selectiva sobre la población³, el propósito de nuestra tarea fue *hacer visible* el despliegue de esa selectividad cuando se debe investigar y/o juzgar determinados *modus operandi* y/o prácticas de aquellos que ejercen la coacción estatal directa o policial. No fue tarea sencilla porque *la justicia* no habla de sí, no ofrece explicaciones y esto lo hemos experimentado en la manifiesta dificultad y en los obstáculos a los que nos enfrentamos al momento de acordar entrevistas con los funcionarios (jueces y fiscales), ya que en su mayoría oponían una dura resistencia burocrática o directamente se negaban a brindarlas.

Así es que, en este capítulo recurrimos, en primer lugar, al desarrollo de algunos soportes conceptuales que fueron fundamentales como herramientas para el análisis de la información obtenida y se constituyeron en aportes sustanciales para nuestras reflexiones.

En segundo lugar, presentamos la estructura y funcionamiento de *la justicia* de Instrucción, y nos propusimos metodológicamente reconstruir un modelo hipotético vinculado a los tipos de hechos que estudiamos en esta investigación para así dar cuenta en forma descriptiva de las funciones, las competencias, en fin, la *modalidad* en que la

³ La selectividad de las distintas agencias del sistema penal y en particular de la justicia penal, responde a un interés de clase (a un orden social establecido) y, por tanto, reproduce sistemáticamente las desigualdades sociales. Para el concepto de selectividad ver: Melossi, Dario: *el estado del control social Estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*", Siglo XXI Editores, México, 1992. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, EDIAR, Buenos Aires, 2002, ps. 8 y ss. Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002, 2ª ed., p. 828 y ss.

justicia debería intervenir ejemplificando y señalando los *roles* de cada uno de los actores que toman parte en el proceso.

Continuamos con el análisis de las entrevistas a jueces y fiscales y, por último, se analizan sentencias y fallos de casos considerados relevantes para esta investigación por sus características, más allá de los casos seleccionados como muestra. Estos fallos contienen una de las expresiones de las prácticas de *la justicia*, y será de utilidad ponerlas en diálogo con los discursos enunciados en las entrevistas.⁴

2. Aproximaciones conceptuales

En ese apartado se esbozarán algunas ideas que han servido de soporte para pensar críticamente los discursos y las prácticas de la agencia judicial.

Para nosotros, el foco no está en el valor *Justicia* sino en aquello que la constituye, que la “pone en movimiento”, que le otorga sentido, a través de los operadores, de sus prácticas y sus enunciados discursivos, que forman parte del Poder Judicial.

Es preciso desacralizar y vaciar de contenido ontológico a la idea de justicia ya que la misma se construye como resultado de esa multiplicidad de discursos y acciones, y como parte integrante del sistema penal, opera en el marco de determinadas políticas, las cuales han variado y han mutado a través del tiempo en relación al orden social que pretende preservar.

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”⁵.

Como consecuencia, el sistema penal (o la organización racional del castigo), es un *fenómeno social complejo*⁶, 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,

⁴ Nuestro objetivo consistía en entrevistar a todos los jueces y fiscales que por jurisdicción estuvieron vinculados a los 6 hechos tomados como muestra. Esto implicaba haber entrevistado a 6 jueces y 6 fiscales de instrucción. La trama burocrática y los obstáculos, producto de la resistencia institucional por acceder a develar sus prácticas hicieron que lográramos entrevistar a 4 fiscales y a 2 jueces de instrucción, y son esos testimonios los analizados a lo largo del capítulo.

⁵ Delmas, Marty, citado por Binder, Alberto. *Política criminal: De la formulación a la praxis*. Buenos Aires, 1997, p33.

⁶ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*. Siglo XXI Editores. Mexico 2001.

padece las asimetrías de la sociedad capitalista⁷ ya que nace portando las desigualdades de la clase que lo ha engendrado⁸, y por ende tiende a *custodiar* el orden social.

En tanto está comprendido en un *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”⁹

En relación a lo mencionado, entendemos que el sistema penal, focaliza 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, por un lado, en la relación que existe entre la persecución y el encierro de ciertos sectores de la población y, por otro, en la falta de interés en conocer en qué circunstancias esta misma población es eliminada en el marco de los supuestos *enfrentamientos*.

Estos perseguidos por el sistema penal, quienes en su mayoría ocupan las cárceles, no son tratados como ciudadanos desde el momento en que son encerrados, no se busca la verdad y, por ende, se habilita la continuidad de las prácticas represivas, constituyéndolos en los *enemigos a eliminar*¹⁰.

De un modo u otro, ya sea mediante el encierro o la eliminación, el sistema penal concentra su poder sobre ciertos grupos considerados peligrosos, sobre aquellos

⁷ 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, dejando en desventaja a aquellos que no pueden acceder al derecho de defensa por otros medios.

⁸ Foucault, Michel, Vigilar y castigar. Siglo XXI Editores. Mexico 2001.

⁹ La cursiva es nuestra. En Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, EDIAR, Buenos Aires, 2002, p. 9.

¹⁰ En los últimos años, los instrumentos “idóneos y efectivos” de las prácticas judiciales para garantizar el encierro carcelario y el afianzamiento de la desigualdad han sido el uso indiscriminado de la prisión preventiva, la demora en la sustanciación de los juicios (datos: entre 4 a 5 años para juicio oral y 50 por ciento de procesados en Ciudad de Buenos Aires y por ejemplo 80 por ciento en provincia de Buenos Aires), el endurecimiento de las penas para “esos” y no otros delitos, etc.

designados y señalados desde la alteridad, siendo la agencia policial el primer eslabón del sistema penal que *determina*, quienes serán expuestos a la justicia.

Este modo de intervención selectivo encuentra actualmente su sustento teórico 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 -coherente con las prácticas 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*¹¹ y es el soporte teórico que explica la constitución de un orden político 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*¹².

Veremos en apartados siguientes de que modo al referirse a los protagonistas de hechos delictivos, *-delincuentes-*, los operadores del Poder Judicial delimitan y construyen la imagen de los sujetos peligrosos, y cómo en sus enunciados emergen los elementos de *otredad* que utilizan para designarlos.

Se define al *enemigo* como 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”¹³.

Será considerado enemigo aquél que, por su forma de vida, o su pertenencia a un determinado sector social o población ha *abandonado de modo duradero el derecho*¹⁴ y por tanto si se considera que el individuo por medio de sus actos, abandona la ley, la ley lo abandonará a él.

11 ZAFFARONI, Raúl E. El enemigo en el Derecho penal. Bogotá: Ibáñez, Universidad de Santo Tomas, 2006

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

13 Jakobs, Günther, citado por Alcócer Povis, Eduardo en “El derecho penal del enemigo ¿Realización de una opción político criminal o de una criminal política de Estado?”

14 *Ibidem*, pág. 316.

El estar por fuera de la ley, habilita a exceptuarlos de la categoría de ciudadanos y por tanto se pierde el carácter de persona, razón por la cual el Estado, teniendo por fin su preservación, se hallaría habilitado para la *neutralización o la eliminación* de los individuos considerados peligrosos por apartarse del derecho.

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*.¹⁵

Esta doctrina se opone a los principios clásicos del derecho penal, y resulta de interés su observación en tanto se materializará en la consideración y el trato que las agencias del sistema penal “brindarán” hacia los *delincuentes*.

El *derecho penal del enemigo* no promueve normas para toda la sociedad, sino que *demoniza determinado grupo de infractores*¹⁶ y por otra parte posee otra característica de suma importancia, que 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 porta.

Se impone de esta manera una visión positivista¹⁷ a la cuestión del delito, centrándose en el análisis de las características sociales y personales de los infractores, dejando de lado el valor del hecho delictivo en sí.

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 le es constitutivo, quedando de este modo habilitada la permanente excepcionalidad.

“El estado de excepción ha devenido la regla, no sólo 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”¹⁸.

¹⁵ Jackobs, Günter y Manuel Cancio Melia. Derecho penal del enemigo. Madrid, 2003.

¹⁶ Jackobs, Günter y Manuel Ciancio Melia. Derecho penal del enemigo. Madrid, 2003.

¹⁷ Nos referimos al enfoque positivista de las teorías criminológicas definidas como aquellas que ven al hombre delincuente como una realidad natural y no como efecto de un proceso político-cultural que define cierto comportamiento o cierto sujeto humano como criminal. Pavarini, Máximo. *Control y dominación*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2002 p. 44.

¹⁸ Agamben, Giorgio. *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo, 2004, p. 32

Visualizamos una aparente paradoja y consiste en 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 sus prácticas.

Son estas prácticas las que determinan quién accede a la posibilidad de ser considerado *víctima*; en este sentido, 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.

La justicia pone en suspenso los derechos de quienes se presume que han cometido determinados delitos, imposibilitándolos de ser víctimas y esta operación -como se corroborará a lo largo del capítulo- no es excepcional.

3. Estructura institucional y competencia del Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal. Orígenes y fundamentos. Su intervención en relación con los hechos objetos de la presente investigación

En este apartado nos interesa poner de manifiesto el funcionamiento de la *justicia* desde el análisis de las prácticas de los operadores judiciales; para dar cuenta de ello, se considera necesario realizar una breve introducción acerca de la génesis de la intervención penal estatal, particularmente del Ministerio Público Fiscal.

El sistema penal, en la actualidad, está estructurado de modo tal que la mera infracción de una norma habilita la intervención coactiva del Estado y ello significa en el ordenamiento jurídico penal, la intervención *de oficio*.

Históricamente la administración de justicia no funcionó siempre de este modo, en el siglo XIII, con el desarrollo del Estado-Nación, se reemplaza -bajo la forma de un juicio-, *la persecución penal pública y la encuesta escrita y secreta*, desarrollada por el *inquisidor*, funcionario del soberano (el Papa, el Rey), en busca de la *verdad histórica*, como forma de administración de justicia penal¹⁹, así la víctima es desplazada por el Estado de su rol protagónico en el conflicto.

Los órganos estatales que deben cumplir la función de *persecución penal y averiguación de la verdad*, son el Ministerio Público Fiscal y la policía. Veremos a lo

¹⁹ Maier, Julio B. J. *Derecho procesal penal. II. Parte general. Sujetos procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004. p. 293.

largo de este capítulo que la norma confunde las funciones de éstos con la de los jueces (el juez *instructor*, en nuestros casos).

En este orden, con relación al Ministerio Público Fiscal, es necesario puntualizar que la tradición inquisitiva que hasta hoy persiste en nuestro ordenamiento procesal, le otorga un papel muy reducido dentro del proceso, en tanto los jueces conservan la facultad de investigar e incorporar prueba.

Probablemente se pueda encontrar un antecedente de nuestro modelo de fiscalías en la última parte de la Edad Media y transcurso de la Moderna, con los *procuratores caesaris* y a los *advocati fisci* romanos, verdaderos funcionarios fiscales encargados de los intereses del emperador, fundamentalmente de los impuestos y las gabelas.

La moderna función del Ministerio Público Fiscal como acusador dentro del proceso penal tiene un desarrollo contemporáneo, ligado a la abolición del proceso inquisitivo histórico que reunía en una sola persona -el juez inquisidor - 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 derecho²⁰.

Sin embargo, junto a otros tantos principios proclamados por la revolución francesa (como *oralidad, publicidad y participación ciudadana*) la creación del Ministerio Público, en la legislación procesal tuvo escasa repercusión. A pesar de que se lo concibió como un representante de la acción pública, “se creó a su lado un *juez de instrucción*, que por disposición de la ley, investiga el caso de *oficio* (...) funcionario bajo cuyo nombre se ocultó, y se oculta, al inquisidor del régimen antiguo, a cuyo cargo estaba el esclarecimiento del caso”²¹.

A través de la lectura de expedientes judiciales e incluso en el discurso de los pocos jueces de instrucción que accedieron a ser entrevistados, *se observó cómo opera en la práctica esta superposición de funciones*. En la mayoría de los casos, se presenta como *inoperante* la intervención del fiscal en razón de enmascarar bajo el pretexto de escollo normativo, la inactividad estatal en la investigación de los casos objeto de este trabajo.

3.1. Acerca de la estructura, competencias y procedimientos

Corresponde en este apartado analizar la estructura institucional del Poder Judicial, las competencias y la forma de proceder de cada uno de los actores intervinientes,

²⁰ Maier, Julio B. *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 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.

²¹ *Ibidem*, p. 304

desarrollando algunos aspectos vinculados a la normativa, al “deber ser” del accionar judicial y su correlato con el “ser” de esas prácticas.

Asimismo, hemos considerado interesante dar cuenta del “despliegue de la maquinaria judicial” a través de la descripción de uno de los casos relevados en nuestra investigación: El caso de Dante Aguirre.

La mayoría de nuestros casos comienzan luego de un *enfrentamiento* entre miembros de la Policía Federal Argentina (PFA) y *delincuentes*²² 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. De hecho, es importante resaltar que es la policía y no el juez o el fiscal la que necesariamente toma el primer contacto directo con los hechos, especialmente aquellos que se producen en la vía pública.²³

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, más allá de que luego recaiga, o no, sentencia de condena.²⁴

La norma en esos casos no establece que el funcionario judicial deba concurrir al lugar del hecho, lo que habilita a que la policía se limite a mantener una comunicación telefónica, y quede a su arbitrio el momento en que contactará al Poder Judicial como así también la “conservación” de la prueba.

Una vez en conocimiento de los hechos, el juez y el fiscal deben indicar a la policía las medidas concretas de investigación. Ante casos como los que aquí interesan, estas directivas son las que en definitiva debieran tender a preservar la prueba para poder ejercer un control sobre el uso de la fuerza que efectuó el personal policial.

A través de las entrevistas realizadas a fiscales y jueces, como el análisis de los que denominamos en nuestra investigación, “casos emblemáticos”, observamos una fuerte tendencia a considerar y por lo tanto, convalidar y legitimar las medidas realizadas por

²² Utilizamos el término delincuente como abarcativo tanto de quienes son sorprendidos *in fraganti* como de aquellos de quienes se sospecha que cometieron un delito.

²³ El artículo 183 del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, CPPN), en ese sentido, identifica la función de la policía, que es la de investigar en virtud de denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la instrucción. El resultado de la labor policial es plasmada en el sumario de prevención que contiene todas esas medidas iniciales.

²⁴ El artículo 2 del 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”.

la policía²⁵ -ya que ésta está facultada a realizar *pruebas urgentes*²⁶-, perdiéndose eficacia e imparcialidad en tanto la policía debiera estar proponiendo medidas para investigarse a sí misma.

Entre estas pruebas urgentes que la policía puede producir se encuentran la localización de testigos presenciales, el resguardo de la escena del hecho y del cuerpo, secuestro de pruebas esenciales que permiten avanzar en la investigación (armas, vainas, balas) y recepción de declaraciones testimoniales (que podrá implicar la del propio policía que disparó). Todo esto construye la versión del hecho que se le presentará luego a la justicia²⁷ y los medios de comunicación.

Un fiscal de instrucción explicó este primer momento del siguiente modo:

(...) Es que yo no puedo salir a la calle con mi auto a hacer tareas de inteligencia, a levantar testigos, etc. Ellos saben con quién tiene que trabajar y a lo mejor con quién no (...). Viste que se ponen esas cintas, eso es para aislar y empezar a hacer las pericias. De qué arma era la bala, etc. Todo eso va la división rastros, la división robos, los médicos, para levantar las pericias. Se resguarda el escenario del delito, se trata de buscar testigos. Así empieza el sumario policial, después nos llega a nosotros, porque lo envían ellos o nosotros los pedimos.

(Fiscal de instrucción. Caso 4)

Reparamos en este relato porque aun cuando se interpeló a los funcionarios acerca de las muertes que producen los agentes policiales, no hacían diferencias sustanciales en cuanto al modo en que serían reconstruidos los hechos. El funcionario consultado conserva una total confianza en los testimonios que seleccionan los agentes policiales como también en sus peritajes.

Hasta aquí el sumario policial. Este debe ser enviado por regla general al juez instructor y excepcionalmente al fiscal (cuando se desconoce la identidad del acusado) a más tardar a las 48 o 72 horas de ocurrido el hecho. Este será el punto de partida del expediente judicial.

Veamos, por ejemplo, que fue lo que sucedió con la muerte de Dante Aguirre²⁸.

²⁵ 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”

²⁶ En forma particularizada, el artículo 184 del CPPN enumera las tareas iniciales que son propias de la policía, tales como dar inicio del sumario, dar noticia del delito al juez competente y fiscal, preservar el lugar de los hechos, interrogar a los testigos, etc.

²⁷ Cobra relevancia a esta altura la observación realizada en el capítulo que fue dedicado a la institución policial en cuanto a que los responsables de las seccionales entrevistados, al ser preguntados por la investigación de estas muertes en ningún momento hacen referencia a que la conducta de sus agentes en el *enfrentamiento* pueda ser objeto de la investigación (no por lo menos en esta etapa preliminar).

²⁸ En este caso intervino la fiscalía de la que es titular el funcionario citado. Aunque para esa época no se encontraba todavía en funciones en esa dependencia, el modo de operar de la fiscalía fue muy fiel a la descripción brindada.

En este caso se logró tener acceso al expediente judicial, donde se registraron los detalles de lo sucedido. El joven Dante Aguirre muere en las inmediaciones de la Villa 20 del barrio de Lugano en la cual vivía, tras una persecución policial provocada por la sospecha de que había cometido un delito. El auto que ocupaba junto a otro chico que también fue herido pero logró sobrevivir y con el cual se estaban escapando, tenía 5 impactos de bala; el patrullero, ninguno.

El expediente se inicia con un acta que hace el comisario en donde vuelca la versión de los hechos que le dan los agentes de la PFA que intervinieron y las medidas que le impartieron telefónicamente la fiscalía y el juzgado.

Las medidas fueron: 1) Respecto del personal preventivo volcar sus dichos en el acta inicial (tal como ya se había hecho), 2) en cuanto al peritaje sobre las armas secuestradas a *delincuentes* y policías que todas sean enviadas a la división balística (que pertenece a la PFA), -en estas pericias se determina si eran aptas para disparar y si se dispararon recientemente y las comparaciones con los proyectiles secuestrados-.

Esta prueba es de suma importancia puesto que hubiera podido desvirtuar la versión de la PFA en cuanto al secuestro y uso del arma por parte del *delincuente*. El resto de las medidas ordenadas fueron las habituales para investigar los hechos de robo previo a la muerte de Dante (más adelante se retomará este caso).

A partir de este momento el rol del operador judicial (juez, fiscal, querella) es fundamental²⁹, en tanto puede revertir la presentación de los hechos tal como son manifestados por la policía, así como para recabar pruebas que tiendan a ejercer un contralor sobre el uso de la fuerza estatal, declarar la nulidad de las medidas ilegítimas de modo de garantizar la legalidad del procedimiento, etc.

El juez y el fiscal debieran tener roles bien diferenciados dentro del proceso penal; sin embargo, la característica distintiva dentro de esta etapa de investigación, como se adelantó, es un marcado rasgo inquisitorial y esto significa que *la propia norma no le asigna al juez un rol imparcial frente al caso que le es presentado por el acusador público (fiscal) o eventualmente la querella*³⁰ (si la hubiese). Por el contrario, la norma asigna al juez de instrucción un rol preponderante dentro de la investigación, pues excepto en el caso de desconocerse la identidad del autor del delito o cuando delega de

²⁹ Al tratarse los delitos mencionados de delitos de acción pública (artículo 5 del CPPN y 71 del CPN), 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.

³⁰ Más adelante se explica la función de estos actores dentro del proceso penal.

modo discrecional la investigación en el fiscal, él estará a cargo de la investigación y el fiscal sólo será notificado de algunas medidas de prueba que serán llevadas a cabo. En nuestro país, recién en el año 1994 con la reforma constitucional, se introduce la figura del fiscal como un órgano independiente (artículo 120 de la Constitución Nacional), y recién 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. Con esto se pretende subrayar que la *separación de funciones entre juez y fiscal*, que iba de la mano del resto de las reivindicaciones liberales de la revolución francesa, en la Argentina, aún se encuentra a mitad de camino.

Hace menos de una década que los fiscales han dejado de pertenecer al Poder Judicial y en cuanto a las normas que regulan el procedimiento penal, la *tradición inquisitiva* que los mantenía al margen de la investigación, sólo ha sido objeto de reformas parciales, otorgándoles la conducción en la investigación sólo para casos específicos, preservando la función del juez inquisidor intacta para la gran mayoría de casos.

Es interesante destacar que varios de los fiscales entrevistados pusieron especial énfasis en su independencia del Poder Judicial, y en que gozan de las mismas atribuciones que un juez; pero en cuanto al papel que juegan ellos en relación al proceso se mostraron híbridos, con escaso poder de acción. Al mismo tiempo sólo se limitaron a ser *descriptivos* cuando se referían al sumario policial que se labraba en los casos de *enfrentamientos* y muertes de *delincuentes*.

Sin embargo, resulta fundamental dejar en claro que en el sistema de administración de justicia actual, en caso de no mediar querrela³¹, aun cuando el juez esté a cargo de la *instrucción*, la persecución penal estatal debe ser llevada adelante por el Ministerio Público Fiscal, pues es el único actor habilitado para instar la investigación de los hechos. De lo contrario, quedará sólo *en manos* del juez de instrucción la decisión de investigar y posteriormente el *juicio* sobre su propia investigación, sin ningún control externo sobre sus decisiones.

La problemática que se pretende aquí explicitar es el hecho de que la normativa conserve un marcado sesgo inquisitorial, da mayor margen a que el Ministerio Público Fiscal adopte una actitud totalmente desimplicada en las “investigaciones”. Es decir que no ejerza su rol de acusador público delimitando qué será objeto de investigación, sino que sólo se limite a tomar conocimiento de las medidas de prueba que el juez decida producir, que no proponga otras y que una vez realizada la reconstrucción de los

³¹ Próximamente se describe su función específica.

hechos, se limite a “juzgar” la investigación llevada adelante por el juez recurriendo o no ³² las resoluciones desinriminatorias (sobreseimiento y falta de mérito).

Es importante destacar también que el *sistema judicial no prevé medios de investigación alternativos a los suministrados por la policía* (a lo sumo, en lugar de la policía, se recurre a gendarmería para que realice los informes técnicos/pericias, se convoca a la investigación a otra seccional distinta de la involucrada, se utilizan ciertas pericias del cuerpo médico forense, etc).

Y, si bien el Ministerio Público fue adquiriendo especificidades en cuanto a distintos tipos de hechos y/o delitos a investigar -la Unidad de asistencia para causas por violaciones a los derechos humanos durante el terrorismo de Estado, la Fiscalía de secuestros extorsivos, la Fiscalía por la causa AMIA, delitos tributarios y contrabando, relativos a la seguridad social, PAMI, drogas y crimen organizado, etc.³³-, el Estado ha dejado por fuera de su órbita de atención a aquellos delitos que podría cometer la fuerza policial en el ámbito de los denominados *enfrentamientos* u otros tipo de delitos que implique el uso letal de la misma.

Ello se complejiza cuando la policía, en los casos 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*, ya que es un organismo que funciona como auxiliar directo del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Demás está aclarar que ello dificulta enormemente la tarea investigativa, pues queda en manos del propio agente policial y sus pares -agentes de rango superior e inferior- tanto la labor de preservación de la prueba, como también la de recabar otros elementos de *juicio* que permitan esclarecer el hecho.

Esto que expresamos se observa claramente si continuamos con el análisis del caso de Dante Aguirre. Una vez en poder del sumario policial, aún sin el resultado de la autopsia de Dante, el juez de instrucción decidió escuchar a los policías en forma espontánea (este es un modo de oír a las personas acusadas cuando no hay prácticamente pruebas en su contra). En ningún momento interrogó a los testigos identificados por la policía sobre el modo en que tuvo lugar el *enfrentamiento*.

Inmediatamente, sin que haya mediado ninguna intervención del fiscal, el juez resolvió el caso procesando al chico que sobrevivió por el delito previo al *enfrentamiento* y desvinculando definitivamente del proceso a los policías que dieron muerte a Dante.

³² Este verbo significa llevar el caso a una segunda instancia a fin de revertir la decisión adoptada.

³³ Datos extraídos de la página Web del Ministerio Público Fiscal: <http://www.mpf.gov.ar>

Es necesario resaltar que en dicha resolución no se deja constancia si finalmente declararon o no los policías y si fue recibido el resultado de la autopsia de Dante. El juez se limita así a transcribir la versión policial de los hechos que figura en el acta inicial del expediente y a resaltar que las pericias de la división balística de la PFA concluyeron que el arma que se atribuye a los *delincuentes* era apta para producir disparos. Finalmente, la resolución judicial establece que los policías actuaron cumpliendo su deber “en cuanto se les impone defender contra las vías de hecho, la vida, la libertad y la propiedad de las personas”³⁴. El fiscal no apeló la decisión del juez y la muerte de Dante nunca fue investigada.

Por último, en este apartado resulta pertinente hacer una breve referencia a la creación de las fiscalías de distrito o barriales³⁵. A diferencia del resto de las fiscalías que se encuentran en las zonas tribunalcias, las fiscalías barriales cuentan con el *auxilio* de una misma comisaría en todos los casos, dado que al igual que ésta tienen una competencia territorial específica, mientras que el resto posee competencia en todo el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y por lo tanto tienen contacto con todas las comisarías que la integran.

Ello trae aparejado una relación de conocimiento mayor con el personal policial dado que no hay rotación por turnos, agudizándose aún más la resistencia de los agentes fiscales de criminalizar el accionar policial puesto que en todas las investigaciones que llevan a cabo son *auxiliados* por los miembros de una misma comisaría.

3.2. Acerca de los actores

En este apartado realizamos un análisis de la intervención de los diferentes actores en el proceso judicial y continuamos con la propuesta de ilustrarlo a través de la descripción de otro de los casos relevados en nuestra investigación: el caso de Héctor David Herrera.

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.

³⁴ Resolución del juzgado de instrucción interviniente por medio de la cual se dispone el sobreseimiento de los policías imputados en la muerte de Dante Aguirre.

³⁵ En julio de 1999 se crea dentro del Ministerio Público Fiscal, la oficina de fiscales de circuito. Desde esta oficina se propicia la creación de fiscalías barriales, cuya función consiste en llevar adelante la persecución penal pública en el área geográfica de su distrito. Existe, a diferencia de las fiscalías ordinarias (que trabajan por turnos, rotando las jurisdicciones), una asignación territorial permanente. Hasta ahora existen 3 fiscalías de distrito en funcionamiento: La Boca-Barracas, Saavedra-Nuñez y Nueva Pompeya-Parque de los Patricios, que trabajan en forma permanente con delitos ocurridos dentro de esas zonas, con las comisarías determinadas que comprendan esas jurisdicciones.

El imputado es aquél a quien se le acusa de cometer un delito y tiene derecho a hacerse defender por un abogado de su confianza o por el defensor oficial. La presencia de estos dos actores legitima el proceso penal.

Sin embargo, existe un tercer actor dentro del proceso -aunque no es obligatoria su presencia-, que es el *querellante*³⁶. 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 tiene la facultad de instar la investigación de los hechos, solicitando medidas de prueba, la detención de los imputados e incluso impugnando las resoluciones que pongan fin al proceso.

Si no hay querrela, queda sólo en poder del fiscal la decisión de que se investigue el caso y si el juez, por ejemplo, sobresee a los imputados -lo que implica un cierre definitivo e irrevocable del proceso- y el fiscal no apela esa resolución, los familiares ya no podrán *recurrir*, aun 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)³⁷, 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*.

Cabe hacer aquí una aclaración de gran importancia: el querellante en nuestra legislación sólo puede provocar el avance del proceso en contra de alguien -el policía en este caso- si encuentra *eco* en el acusador público (el fiscal) puesto que no está previsto el enjuiciamiento con la sola intervención de la querrela.

Vale la pena destacar lo ya señalado en el capítulo dedicado a los medios de comunicación sobre la construcción de la noticia. Podemos establecer un paralelismo entre los obstáculos legales que tienen ciertas personas para constituirse en querrela y la

³⁶ 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 (artículo 82 CPPN).

³⁷ 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 (artículo 82 CPPN).

falta de acceso a los medios de comunicación durante el proceso de construcción de la noticia.

En ambos casos, los factores determinantes que hacen a la ausencia de una versión distinta a la policial (oficial) son las prácticas de estas agencias que dejan muy escaso margen a la incorporación de otras versiones. Esto es así por el carácter de verdad que asume el discurso policial y la falta de valoración hacia quienes presentan versiones opuestas, formando parte estos mecanismos del proceso de invisibilización de las víctimas.

Veamos ahora el caso de Héctor David Herrera.

Tuvimos la oportunidad de acceder al expediente y de entrevistar al fiscal a cargo del caso. Espontáneamente este fiscal nos ejemplificó su experiencia al ser preguntado sobre los casos de *enfrentamientos* partiendo justamente de este caso:

Hemos tenido episodios (tiroteos) de muertos, hasta ahora episodios de esta naturaleza, donde el policía está imputado de haber matado, no tenemos ninguno. Lo que sí, muchas veces los familiares de la persona muerta, intentan poner al policía como el homicida del muerto. Y acá hay un caso paradigmático, por llamarlo de alguna manera, que es el caso de un chico de 17 años, (...) salían cuatro personas de trabajar en una obra en construcción en su auto Dodge 1500, les salen al cruce éstos dos y les tiran gas potasio al vidrio, al parabrisas. El tipo para, se le acercan estos dos chicos, arriba las manos, bájese. Los desvalijan enteros, les sacan la ropa, se suben al auto, se van. (...). Estos cuatro señores retroceden un par de cuadras y encuentran un patrullero, le dicen aquella luz colorada que va allá, es el auto; entonces, el patrullero va en persecución. Toca sirena, qué sé yo, dicen “alto policía” por el megáfono. Paran el auto, se bajan, “pum pum pum”, le tiran tiros a la policía y entran corriendo a la villa, detrás de ellos van dos policías corriéndolos, se separan, los dos chicos, se escuchan tiros. Uno de los chicos aparece, aparece no, a uno la policía le pone dos tiros en la espalda. Todo esto en fracciones de segundos.

(Fiscal titular de una fiscalía barrial. Caso 1).

Luego de la presentación del caso el fiscal hizo referencia a que la madre se presentó en el expediente como querellante y presentó un testigo que había visto el momento en que le disparaban a su hijo.

Pudimos corroborar en la lectura del expediente que a partir de la presentación de la madre en el juzgado, el juez dispuso que se suspendieran los peritajes balísticos que hasta el momento iba a llevar adelante la propia policía y que las armas sean enviadas a Gendarmería a fin de garantizar la imparcialidad de estas pruebas.

Pese a ello, a lo largo de toda la entrevista el fiscal dejó en claro que no ordenó ninguna medida concreta respecto de la muerte de Héctor David Herrera pese a que la investigación, en este caso, permanecía delegada por el juez en su propia fiscalía.

La sinceridad con que este funcionario nos respondió se vio reflejada fielmente en el expediente en el cual –en forma contemporánea a la entrevista– pudimos observar que ni siquiera, a más de dos años de ocurrido el hecho y pese a la insistencia de la querrela, se habían realizado las pericias sobre el arma que el juez había dispuesto que hiciera Gendarmería³⁸.

Los casos seleccionados nos permiten demostrar la importancia de la querrela en tanto muchas veces se logra la imputación de la fuerza policial a partir de su presentación y no precisamente por la acción de oficio del Ministerio Público Fiscal, ni por decisión del juez de instrucción. Si bien la figura del *querellante* permite, aunque *no garantiza*, que se active el mecanismo para lograr el desentrañamiento de la *verdad*, al menos otorga la posibilidad de introducir otros cauces de investigación.

4. 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 con relación a que los discursos del poder judicial –a partir de los siglos XVIII y XIX– son los únicos discursos que tienen tres propiedades simultáneas: son discursos de verdad, porque la justicia comienza a incorporar 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. “Los discursos de verdad que hacen reír y que tienen el poder institucional de matar son, después de todo en una sociedad como la nuestra, discursos que merecen un poco de atención”³⁹.

A continuación podrán leerse extractos de una serie de de entrevistas que recordarán aquel momento en que Foucault decía estas palabras en un seminario en el que la lectura de peritajes psiquiátricos había generado risas entre sus alumnos. Creemos que aún hoy los discursos de los operadores judiciales conservan esta propiedad.

³⁸ Ya finalizado este trabajo, hemos tomado conocimiento de que el fiscal entrevistado, pese a haberse logrado producir prueba que arrojaba serias dudas sobre la actuación de la PFA, solicitó al juez que desvinculara a los funcionarios policiales de la investigación. Dicha petición tuvo acogida en el juez interviniente en la causa y fue confirmada también en una segunda instancia provocada únicamente por la querrela.

³⁹ Foucault, Michel. *Los anormales*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000, p. 20.

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 también, desentrañar cómo a partir de los testimonios recolectados se produce una fuerte tensión entre el *deber ser de la teoría y el posicionamiento institucional de estos funcionarios*; y *el ser, con sus prácticas, las que expresan limitada y cuidadosamente*.

4.1. El delito se iguala al delincuente

Una temática indagada por nosotros, 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 la explicación que podían ofrecer al respecto.

Decir que el *delito se iguala al delincuente* implica afirmar que lo que se juzga ya no es la acción fuera de la ley, sino los elementos que rodean a quien delinque, su grupo de pertenencia, el hallarse segregado territorial y socialmente, etc.

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 Buenos Aires que, si bien no es tan grande, es grande, pero no gigante en cada barrio tenés distintas características que tienen que ver con las características sociales de los que viven en cada barrio. 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.

(Fiscal de instrucción. Caso 2)

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. Esta corriente, llamada *nueva penología*, tiene como objetivo direccionar técnicas para identificar, clasificar y manejar grupos señalados por su peligrosidad⁴⁰.

No es esta una nueva teoría, ni siquiera un conjunto de conceptos, sino que los elementos de la *nueva penología* se manifiestan en los discursos de los agentes de la justicia penal. Una característica de estos discursos es el reemplazo de la descripción moral o clínica del individuo por un lenguaje de distribuciones estadísticas aplicadas a

⁴⁰ Malcom Feeley, Jonathan Simon. La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones. 1995 En Delito y Sociedad. N° 6-7, 1995. Pags 33-58.

la población. Se propone agrupar y clasificar, para separar los menos peligrosos de los más peligrosos y emplear así las estrategias de control, racionalmente⁴¹.

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.

(Fiscalía de instrucción Caso 3).

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. El fiscal entrevistado realiza todo su esfuerzo por dar una explicación social y no individual al fenómeno delictivo, por quitar responsabilidad al delincuente y poner el foco en los sucesivos procesos de empobrecimiento sufridos por ciertos grupos de esta sociedad. El problema radica en primer lugar en que, más allá de la “explicación-comprensiva” coyuntural que ofrezcan al respecto, los operadores judiciales al recibir en sus despachos a personas que han delinquido tienden al uso indiscriminado de la prisión preventiva, es decir, promueven como “destino” el encierro carcelario y en los casos en los que los *delincuentes* son muertos luego de cometer un delito, claro es, ni siquiera se preguntan qué pudo haber ocurrido y si las fuerzas de seguridad pudieron haber delinquido. Simplemente se ocupan de la causa o del hecho que dio origen al *enfrentamiento*, y esto ocurre porque estos *delincuentes* son parte de grupos considerados peligrosos, riesgosos y es por ello que más allá de ser “víctimas” del sistema capitalista y de la consecuente precarización laboral, esta explicación no cuenta y es más, el signo de pertenencia se invierte transformándose en algo negativo, que lleva a quienes delinquen a una condena segura y a la invisibilización del delito del que fueron víctimas.

En las explicaciones de los funcionarios judiciales los delincuentes son víctimas del sistema pero esa condición los excluye de la posibilidad de ser víctimas de un delito por parte de las fuerzas de seguridad.

Quienes han quedado por fuera del mercado laboral, quedan a la vez desprovistos de ciertos derechos que los constituían como ciudadanos. Aparece un nuevo registro de exclusión ciudadana, no ya por no respetar la ley, sino por pertenecer a un grupo que deja de estar inserto en la clase trabajadora y que por ende es proclive a delinquir. Los grupos poblacionales que se han visto excluidos como desocupados, se convierten en

⁴¹ Malcom Feeley, Jonathan Simon. La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones. 1995 En Delito y Sociedad. N°6-7, 1995. Pags 33-58.

poblaciones de riesgo, en primer lugar por necesidad y en segundo lugar porque la precarización los hace superfluos, los convierte en *residuos sociales*⁴².

Se iguala y equipara marginalidad con criminalidad, aquellos señalados como diferentes, aquellos que quedaron por fuera de la órbita de los derechos laborales, quedan también por fuera de la ciudadanía, siendo señalados como marginados y además como potenciales *delincuentes*.

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. (Fiscalía de instrucción Caso 3)

Mediante este etiquetamiento -que reúne la concepción de los grupos peligrosos sumado a la exposición al riesgo a la que se someten los *delincuentes*-, comienza el proceso de estigmatización que culmina con la intervención selectiva del sistema penal “producto” de una profecía autocumplida.

Referir que quien sale a cometer un delito registra una actitud suicida, es naturalizar por completo las muertes, esta visión es una pieza fundamental en el engranaje que construye y habilita las muertes e impide su investigación. Esta concepción sumada a la idea mencionada anteriormente de los grupos de riesgo -sobre los cuales recae selectivamente el sistema penal-, son elementos que ofrecen una explicación a nuestras inquietudes respecto de la falta de interés por las muertes de los *delincuentes* por parte de los operadores del sistema penal, muy a pesar de sus “bien-intencionados” intentos por justificar socialmente las causas del delito. En la sociedad de consumidores no tienen cabida los consumidores fallidos, incompletos o frustrados. (...). Los consumidores fallidos, no sabrán cuando pueden declararles criminales⁴³.

4.2. En busca de la razón perdida. Cómo piensan a los *delincuentes*

Habiendo considerado ya cuales son las explicaciones que los funcionarios ofrecen del delito en tanto fenómeno y conociendo cuales son para ellos sus causas, vamos a detenernos en la caracterización que realizan de los propios *delincuentes*, es decir que la atención se trasladará al sujeto, a la persona que transgrede la ley.

Los testimonios nos aproximan a la *idea* que tienen los funcionarios respecto de los *delincuentes*, siendo ésta una categoría importante de trabajo para nosotros, ya que el poder conocer qué piensan respecto de los sujetos que delinquen, implica poder

⁴²Bauman, Zygmunt. *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Buenos Aires, Paidós, 2005. p.24

⁴³ Bauman, Zygmunt. *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Buenos Aires, Paidós, 2005, p. 26.

establecer una correspondencia en relación con su desempeño en los casos que nos ocupan en esta investigación.

El *delincuente* es, desde el punto de vista de los funcionarios, un sujeto carente de racionalidad, por tanto, es menos que una persona, lo cual lo ubica por fuera de la lógica retributiva del derecho:

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

(Juez de instrucción. Caso 2)

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 revólver en la cabeza, si no hay resistencia no hay necesidad de pegar.

(Fiscal de instrucción. Caso 3)

Observamos en los discursos de los operadores del sistema penal 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*⁴⁴, *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 racionalidad, sin posibilidad de prever el modo en el que puede actuar, porque *no distingue entre el bien y el mal*. Esta transferencia del accionar de los *delincuentes* a su persona, es decir, del accionar irracional al ser irracional, conlleva consecuentemente la producción en el imaginario judicial, de un sujeto *esencialmente* culpable, *esencialmente* delincuente. De allí en más, será ésta la única característica a tener en cuenta en los procesos penales.

La acción delictiva determina al delincuente deshumanizándolo, se transforma en alguien distinto, en *algo* distinto y, de este modo, la represión se legitima como una acción dirigida a neutralizar a quien es socialmente peligroso⁴⁵. “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 ríen” (Fiscal instrucción Caso 4).

⁴⁴ Foucault se refiere a la figura del monstruo como un elemento que comenzó a configurar los registros de 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*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001, pp. 61 y 62.

⁴⁵ Pavarini, Massimo. *Control y dominación*. Siglo XXI Editores Argentina. Buenos Aires, 2002. pág 50.

Se hacen señalamientos de transgresiones morales que caracterizan al *autor* (indagando más allá del ilícito originalmente cometido) y construyen así la idea de un sujeto peligroso. Estas concepciones son características de la doctrina citada anteriormente del *derecho penal del enemigo*. “No es sólo un determinado ‘hecho’ lo que está en la base de la tipificación penal sino también otros elementos con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos”⁴⁶.

En efecto, 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.

Esto nos plantea un primer interrogante: ¿Qué ocurre cuando este objeto de la ley penal, desde el punto de vista de un representante del Poder Judicial carece de racionalidad? 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”⁴⁷.

El valor de la prueba de muerte. Qué vale la pena investigar

La madre del chico dice: “el policía ya lo había reducido, lo tenía sujeto en el piso, lo fusiló cuando lo tenía ya detenido”. Esa es la versión de la madre. La versión del policía, de los señores a los que les afanaron, todo esto ya está probado. Ya aparece un imputado.

Fiscal de distrito barrial Caso 1, en relación al caso Héctor David Herrera

Otro de los puntos centrales que guiaron nuestro trabajo tuvo que ver con la existencia de investigación por parte de los operadores judiciales en los casos en que un *delincuente* es muerto por la PFA. 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. Lo que se observará es de qué modo los operadores judiciales justifican su accionar, ya sea que investiguen o que omitan hacerlo.

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

⁴⁶ Jackobs, Günter y Cancio Melia, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid, 2003

⁴⁷ Foucault, Michel. *Los Anormales*, Op.cit., Buenos Aires, 2001, p. 62.

El *enfrentamiento* es el escenario, la acción comienza con la comisión de un delito y para los operadores del sistema penal los roles están definidos de antemano en esta escena. El *delincuente* lo es aun antes de ser condenado por tanto no puede pensarse como víctima de un delito, y la fuerza policial se ubica en el rol del legítimo combatiente del delito y por tanto su accionar no es cuestionado, ni siquiera se duda que pueda existir un delito. “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 sobreeser al policía” (Fiscal de instrucción. Caso 2). “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*” (Juez de instrucción. Caso 2).

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 se considere su responsabilidad en primer lugar, y esa culpabilidad es la que los priva de ser considerados víctimas de un delito. La valoración, lo importante del hecho, es el delito que le da origen a la cadena de acciones que culmina en el *enfrentamiento* y la muerte⁴⁸. 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” (Fiscal barrial. Caso 1).

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 no hay pruebas concretas y manifiestas, este hecho no se investiga. “Si el delincuente estaba con una birome y el policía le puso tres tiros...podrá ser legítima defensa, pero hay un exceso” (Fiscal de instrucción. Caso 2).

El funcionario habla de legítima defensa, ¿ante qué? ¿Ante una persona con una birome? Es manifiesta la visión de los operadores de que los *delincuentes* se encuentran siempre al acecho, la peligrosidad que se les atribuye cobra tal magnitud, que aunque estén desarmados,-o con una birome- un policía puede actuar en defensa propia. Es

⁴⁸ Seguidamente, en el acápite “discursos que matan”, se ejemplificará lo expuesto a través de los pronunciamientos judiciales.

latente la posibilidad del ataque y, por tanto, es legítima la defensa -o el ataque-, la cual muchas veces puede ser “desmedida” como en el ejemplo que el operador cita.

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.

(Fiscal de instrucción. Caso 2)

El ejemplo utilizado da cuenta que este funcionario sólo juzga el accionar policial si le presenta un caso donde la muerte fue provocada brutalmente (¡23 tiros!) y aún no está claro si el muerto era *delincuente*.

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

Sólo en casos donde la versión policial *luce absurda* (delincuente encerrado con muchos disparos recibidos, acorralados, etc.) ponen en cuestión la muerte del *delincuente*. Pareciera ser que la ilegalidad del accionar policial guarda relación con la cantidad de disparos recibidos. Para estos operadores matar de un solo disparo no es algo que llame la atención. “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” (Fiscalía barrial. Caso 1).

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 llegan sólo a través del personal policial, lo que las hace un elemento completamente subjetivo y variable. Más adelante se retomará el tema de la relación que establecen los operadores judiciales con las pruebas recolectadas por la policía.

Antes de ello, vamos a detenernos en las similitudes que hemos detectado entre los procedimientos y las prácticas de la justicia y de los medios de comunicación.

El encontrar prácticas comunes en ambos grupos no es un hecho que salte a simple vista, dado que puede resultar una conexión poco pensada, pero fue en el transcurso de

este trabajo que hemos podido verificar coincidencias en lo relativo al manejo de la información en los medios y en las causas judiciales.

En ambos casos la fuente primaria de información de un hecho de *enfrentamiento* es la policía. La agencia policial es la que *produce* el hecho tal como va a ser presentado tanto a la agencia de noticias como al juez y fiscal que intervendrán.

En ambos casos (medios y justicia), el deber ser de la profesión obliga a verificar la versión recibida, buscar otras fuentes, buscar otros testigos. Pero esto no es lo que ocurre.

Las explicaciones ofrecidas por los periodistas remiten a falta de personal, o al poco acceso de las personas involucradas en este tipo de hechos para acercarse y dar su versión a los diarios, lo cual tiene como consecuencia la reproducción acrítica del hecho tal como llega al diario, y de este modo es publicada la noticia.

El circuito que produce la noticia (tal como fue mencionado en el apartado sobre medios de comunicación) comienza en la policía y llega al diario, existiendo en algunos casos la agencia de noticias como intermediaria, en este recorrido el hecho no es problematizado, ni pensado, simplemente reproducido.

Los medios de comunicación se ven atravesados por diversas lógicas de la “censura estructural”, ya que el objetivo de los medios de comunicación es la comercialización/venta de noticias a sus clientes/lectores (para lo cual dichas noticias deben ser llamativas, entretenidas, etc).

En el caso de la justicia las responsabilidades son claramente diferentes: el poder judicial no vende noticias, sino que administra justicia, para lo cual no hay “noticia” sino información probatoria de la comisión o no de determinados delitos, con consecuencia de vida o muerte (o, por ejemplo, de impunidad o reclusión perpetua) sobre las personas. Así, el hecho de encontrar lógicas compartidas respecto de la reproducción de la versión policial, la falta de investigación propia, etc, representa para el caso de la justicia una gravedad incomparable con el caso de los medios.

En la justicia esta postura acrítica se mantendrá a lo largo del tiempo: incluso en aquellos casos en lo que el proceso avance los operadores judiciales resisten a poner en cuestión la versión policial.

En los medios y en la justicia, el *delincuente* es invisibilizado, en ambos casos se lo menciona sólo a través del prejuicio y la estigmatización, lo único que se dice de ellos contribuye a producir un otro irracional, impidiendo visualizar los abusos de la fuerza, naturalizando las muertes.

Relación de la justicia con la policía. Quién auxilia a quién

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 quién tienen que trabajar y a lo mejor con quién no.

Fiscalía de instrucción Caso 4

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 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 dónde 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 qué tiene que hacer. La policía funciona para nosotros como auxiliar, como a-u-x-i-l-i-a-r (enfaticando).

(Fiscalía de instrucción Caso 2)

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 cuestión que la policía sea el brazo auxiliar de la justicia.

Frente a los casos que se han analizado 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 investiga 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”.

(Juez de instrucción. Caso 2).

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 en relación al objeto de protección

de la fuerza. Llamativamente, las críticas que realizan los operadores judiciales hacia la fuerza policial se relacionan 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 nada.

(Fiscalía barrial. Caso 1)

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 Estado⁴⁹.

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.

(Fiscal de instrucción. Caso 4)

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 que se encuentran desamparados frente al poder de los *delincuentes*. Esta afirmación contrasta con los datos recogidos en el período de muestra que tomamos para nuestra investigación.⁵⁰

Los dichos de los funcionarios denotan una carencia de información real, así como de criterio, convirtiendo sus expresiones en afirmaciones de sentido común, replicando los discursos de los medios.

El hecho que los *delincuentes* cuenten con la “ventaja” del uso ilimitado de la fuerza - ilimitado en términos normativos- y que muchas veces también cuenten con un equipamiento mayor o cualitativamente mejor que el policial, también es motivo de queja por parte de los integrantes de la fuerza 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

⁴⁹ Lejos de encontrar una postura crítica, el fiscal “quisiera tener un policía en su espalda todos los días de su vida”.

⁵⁰ Verificamos a partir de los datos publicados en los medios gráficos investigados que, durante el primer semestre de 2004, los *delincuentes muertos en enfrentamientos* fueron 15 mientras que el número de policías muertos fue 1.

todo *cuando es letal*. Por el contrario, la idea de *enfrentamiento* a la cual refieren tanto policías como operadores judiciales presupone simetría en la relación de fuerzas. El derecho, en este caso, debería salvaguardar la integridad física de los ciudadanos -de todos los ciudadanos, aun de aquellos ciudadanos *delincuentes*- de los usos y abusos del poder y de la fuerza, la cual debería ser utilizada en forma excepcional. Sin embargo, los operadores judiciales ven esto como una *limitación* para la persecución del delito y en este sentido razonan del mismo modo que la propia fuerza policial.

5. Discursos que matan

Los procesos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que él ha roto el tratado social y, en consecuencia, ya no es miembro del Estado.

Jean Jacques Rousseau en el Contrato social.

En este punto trataremos de centrarnos 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 que son definidos y señalados como *culpables*.

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

Se trata de dos casos testigo que se encuentran por fuera del período de estudio, pero que sin embargo se constituyen como emblemáticos debido a su repercusión mediática y/o porque en el desarrollo del proceso se han reunido elementos que dan cuenta del entramado de acciones judiciales y policiales vinculadas estrechamente con el objeto de esta investigación.

El tercer caso sí corresponde al período seleccionado pero en principio no fue incluido en la investigación ya que Lisandro Barrau (muerto por la policía mientras conducía su moto) no fue considerado, apenas conocida su muerte, un *delincuente*, lo cual lo caracterizó como una “víctima legítima del gatillo fácil”.

Destacamos la pertinencia de los tres casos, en tanto en el primero de ellos (Witis-Riquelme) la relevancia reside en la diferenciación que se realiza respecto de la muerte de dos jóvenes, uno de los cuales había cometido previamente un delito (robo y privación ilegítima de la libertad) en cuyo caso el tribunal -al menos en una primera instancia- se expide respecto de la calificación de la muerte como homicidio sólo en el

caso de la “víctima inocente”, más no hubo reproche penal alguno respecto de la muerte del *delincuente*.

El segundo de los casos (Roque Villagra) resulta interesante en tanto se trata de un hecho donde la muerte del *delincuente* aparece clara y directamente relacionada con la comisión previa de delito por parte de Roque Villagra y por su carácter supuesto de *delincuente* “habitual”.

El último de los casos (Lisandro Barrau) reviste también de especial importancia en tanto se trata de una víctima de homicidio reconocida en primera instancia como tal, situación que fue revertida en la Cámara Nacional de Casación al indagarse en el supuesto accionar delictivo previo de la víctima, transformándolo en *delincuente* y por tanto liberando de responsabilidad al policía.

5.1. 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 a los dos jóvenes de 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 sobre la calle Udaondo, detrás de la Villa Uruguay, en un punto sin salida. 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 (entre 75 cm. y 1.2 m., distancia corroborada en el expediente) causando la muerte inmediata de Darío y Mariano. Julieta Schappiro fue arrancada del auto y detenida como supuesta “líder de la banda”. La policía sostuvo esta acusación durante varias horas hasta que finalmente liberó a la joven.

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 realizado disparos desde el interior del vehículo, que el arma que llevaba

Darío Riquelme no fue accionada ni estaba en condiciones de disparar, que Champonois tiró desde una distancia muy corta y en dirección de arriba hacia abajo (lo que prueba la indefensión en que se encontraban los jóvenes) y que un arma fue “plantada” a los pies de Mariano para encubrir la responsabilidad policial.

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*⁵¹. 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 N° 3 de San Isidro emitió la sentencia, por medio de la cual se absuelve –por mayoría– a Champonois por la muerte de Riquelme, por considerar que aquél había actuado amparado por la legítima defensa y lo condena por la muerte de Mariano Witis 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 cuál 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*-.

El *delincuente* por el hecho de haber cometido un delito se ve sometido en consecuencia a una serie de des-tratos y malos tratos por el hecho de haber iniciado un suceso delictivo; de allí en más, todo lo que se haga para combatirlo se convierte en lícito, independientemente de si al momento de ser agredido por el policía, estaba resistiéndose, disparando o agrediendo al rehén.

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.

⁵¹ 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.

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 retirarse⁵².

Según el magistrado, cuando el policía encuentra 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”⁵³.

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 disparos⁵⁴.

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.

Para ello, el magistrado toma como referencia elementos bélicos:

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 tratada como prisionero, o sea para que cese a su respecto los actos de lucha, que se rinda o se halle fuera de combate.

⁵² Sentencia del Tribunal Oral N° 3 de San Isidro. Jueces Igarzabal, García Helguera y Vales Garbo. Voto del juez Vales Garbo.

⁵³ Sentencia del Tribunal Oral N° 3 de San Isidro. Voto del juez Vales Garbo

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Oral N° 3 de San Isidro. Voto del juez Vales Garbo. Es de consideración aclarar la falacia en la argumentación del juez respecto de la proporción de policías muertos. Ver nota 50 y apartado metodológico.

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 descontrol⁵⁵. 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 cómo 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 legitimidad”⁵⁶.

Respecto de la actuación policial, - el obrar de manera *imprudente*, disparando contra un rodado sin saber quiénes 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.

5.2. Caso Villagra

El caso se refiere a la muerte del joven Roque Sebastián Villagra, de 21 años de edad, el 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 la nuca del “occiso”, los tres policías fueron detenidos.

⁵⁵ Juez del Tribunal Penal de Casación de la provincia de Buenos Aires, Sala I. Voto en disidencia del juez Piombo.

⁵⁶ *Ibidem*

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 en noviembre de 2003.

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.

Por un lado, de su lectura se desprende la errónea aplicación e interpretación que se realiza de la normativa vigente con el claro objetivo de desresponsabilizar a los funcionarios policiales.

En efecto, la absolución se fundó en el estado de incertidumbre acerca de la “de la inexistencia de la legítima defensa invocada ante una agresión armada”⁵⁷.

Esta frase, que resulta por demás contradictoria y de difícil interpretación, es la que de alguna manera nos da pistas acerca del verdadero objetivo de este fallo, que no ha sido otro que unir en un mismo hecho varias aristas legales que permitieran a los policías salir impunes.

Así, el tribunal refiere como causas de impunidad del hecho, el estado de *duda* que pesaba sobre el mismo, y a la vez sobre la existencia de una *legítima defensa y/o del ejercicio de un deber*. Confunde así, distintos conceptos jurídicos como si fuesen equivalentes.

No pretendemos con este libro realizar un análisis estrictamente jurídico de las sentencias analizadas- por lo que no profundizaremos en cuestiones vinculadas a la teoría del delito-, pero lo que sí afirmaremos es que una vez más, el Poder Judicial se vale de ciertos artilugios -configurados como *excepciones*- para justificar un homicidio como el ocurrido en estas circunstancias. Concluida la investigación, estamos en condiciones de afirmar que esta interpretación de la conducta de los funcionarios policiales dando por configurada la *excepción*, ha devenido la regla.

Sin embargo, esto no implica la anulación del derecho sino que es constitutivo, quedando habilitada de este modo la excepcionalidad como una situación permanente⁵⁸.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 27. Jueces Aragón, Pettigiani y Soriano.

Lo llamativo es que finalmente la sentencia no hace más que enunciar, entre otros conceptos, en forma abstracta la existencia de una causal de justificación (legítima defensa) que habilitaría la absolución de los encausados. No hay en toda la sentencia –y este es el fundamento del recurso de casación de la querrela- referencia alguna a los elementos necesarios y concretos de la legítima defensa para su aplicación.

Pero entonces, ¿cómo es que se arriba a esta absolución ante una pericia tan categórica como lo fue la del perito interviniente, quien concluyó que el arma fue apoyada sobre el cuello de Roque Villagra?.

Claramente, la forma de hacerlo fue, una vez más, la introducción como cuestión a ser considerada en el juicio, de la posible 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 falacias argumentativas, por demás explícitas, 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). (...) Siendo imposible prescindir de los antecedentes de conducta *desviada* (cursiva nuestra) por parte del difunto (Villagra), de quien se acreditó en forma fehaciente que andaba armado y delinquía”.

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 (...)*⁵⁹.

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 sobre aquellos hechos. Esto habilita la ejecución de un criterio de criminalización y distintivo para su juzgamiento, basado en los antecedentes del *delincuente*.

Se hace de esta manera manifiesta la oposición *víctima-delincuente*, quien delinque sólo puede ser castigado, y resulta absurdo pensar que la persona acusada de haber cometido un delito pueda constituirse en víctima y gozar de los derechos que este rol le debiera otorgar.

58 Agamben, Giorgio, Estado de excepción. Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2004, Pág. 70

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 27. Jueces Aragón, Pettigiani y Soriano

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*.⁶⁰ Se borra así su identidad, sus derechos, su posibilidad de ser víctima.

Lo que subyace a las afirmaciones de la sentencia, es la premisa de que estos jóvenes vulnerables y vulnerados no son necesarios, son perfectamente prescindibles en el proceso productivo, porque “la economía crece sin su contribución”, pasando al de los individuos superfluos con vidas dilapidadas. En esta misma línea -a la que nos referimos en profundidad precedentemente- es que se puede visualizar lo dicho hasta el momento es el caso de Riquelme-Witis. En efecto, el tribunal de primera instancia realiza una distinción en la valoración de la privación de la vida de uno y otro (respecto de Riquelme, la base de la absolución fue la consideración de sus antecedentes, mientras que el homicidio de Witis debía ser objeto de repudio y condena por ser una “persona de bien”). Así, se ha dicho que:

“De ninguna manera comparto la opinión del Dr. Borda⁶¹ en cuanto a que Champonois los igualó a Witis y a Riquelme. Eso es una falta de respeto a la memoria de Mariano Witis. Riquelme sin entrar a debatir las causas que lo llevaron a delinquir a pesar de su corta edad había hecho del delito su *modus vivendi*”⁶².

5.3. Caso Barrau

El de junio de 2004 a las 3:40 horas en el barrio conocido como “Palermo Hollywood” de la Ciudad de Buenos Aires, el agente de la Policía Federal, Matías Tarditti 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 procesó al agente Tarditti por homicidio agravado a sólo tres días de los hechos y un año y medio después, el 29 de noviembre del 2005, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 28 condenó por homicidio agravado por abuso de su función con una pena de prisión perpetua al imputado Matías Tarditti, luego de comprobarse

⁶⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Ediar, Buenos Aires, 2006, pag.4

⁶¹ Rodrigo Borda es el abogado patrocinante de la familia de Riquelme y forma parte del Equipo de Violencia Institucional del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

⁶² Sentencia del Tribunal Oral N° 3 de San Isidro (caso Riquelme-Witis). Voto del juez Vales Garbo.

que este funcionario policial había sido el que había disparado el arma reglamentaria -a una distancia de entre 90 cms a 2 mts.- que mató a Lisandro Barrau.

¿Por qué 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 periodísticas publicadas en este sentido que se encuentran señaladas en el capítulo sobre los medios de comunicación), 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 del 25 de agosto de 2006 (que arriba a raíz de un recurso de casación interpuesto por la defensa de Tarditti) haría un giro inesperado en la consideración y valoración del hecho.

Centralmente, como veremos más adelante, la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala I) modifica parcialmente la condena a Tarditti a raíz de tener en cuenta como eje central de su argumentación el accionar previo de la víctima bajo la consideración de sus antecedentes y su supuesto accionar delictivo.

Así, el fallo de la Cámara Nacional de Casación comienza por deslindar en primer lugar si constituía una actuación legítima del funcionario policial el hecho de haber extraído y empuñado el arma reglamentaria. En este sentido, uno de los jueces manifiesta que el Tribunal Oral se había equivocado en asumir que tal acción constituía un abuso funcional de Tarditti en tanto

(...) la conducta de la víctima frente al control policial se muestra como francamente irracional -avanzaba a excesiva velocidad, sin casco protector, había pasado varias veces por un lugar custodiado especialmente en prevención de delitos contra la propiedad, no aminoró sustancialmente la marcha y hasta embistió a uno de los agentes pese a que se había apartado del lugar desde el que se proponía detenerlo-, irracionalidad que puede encontrar sólo una explicación, solo ex post, es que el joven Barrau se hallaba bajo los efectos de una ingesta de cocaína, lo que hizo desear 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.⁶³

Hay varias cuestiones para decir respecto de este párrafo. Por un lado, el juez legitima el accionar policial por la conducta supuestamente ilícita de la víctima, cuando en realidad

⁶³ Párrafo del fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I. Jueces: Catucci, Madueño y Bisordi. Voto del juez Bisordi.

ninguna de las circunstancias mencionadas constituye 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. Sin duda alguna, esto a su vez se relaciona con el carácter irracional que se le atribuye a los *delincuentes* y que se transfiere no sólo a su accionar sino directamente a su persona. Como ya se ha dicho, esta transferencia del accionar irracional al ser irracional, convierte al *delincuente* en un sujeto *esencialmente* culpable o *esencialmente* delincuente, pasando a ser ésta la única característica relevante que se considera en el expediente.

Asimismo, es de destacar que el juez opinante no hace referencia alguna a las condiciones que, según la normativa, deben darse para el uso de armas letales por parte de los funcionarios policiales.

Legítima, así, el uso arbitrario y desmedido de las armas por parte de los funcionarios policiales para cualquier situación donde esté representado un peligro (en este caso inexistente o cuanto menos abstracto).

La segunda de las cuestiones que aborda esta sentencia 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 tipo⁶⁴.

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 tenido intención directa de matar).

Los otros dos jueces rechazan toda posibilidad de homicidio doloso y fundamentan el homicidio culposo (cometido por negligencia) de esta asombrosa manera:

El hecho a estudio no permite inferir que Tarditti se representó seriamente con el grado de exigencia que esta caracterización requiere -la posibilidad de matar a Barrau Pignata-, o que no pudo confiar en su habilidad en el manejo del arma reglamentaria, mas aun si dijo que no estaba

⁶⁴ El artículo 79 del Código Penal prevé para el homicidio simple (doloso) la pena de 8 a 25 años de prisión. Esta pena no permite la excarcelación durante el proceso y no admite tampoco una pena en suspenso, sino que tiene que ser de efectivo cumplimiento (cumplirse sí o sí en prisión). A su vez, para el caso de Barrau se había considerado un agravante (incorporado al Código Penal de la Nación a través de la Ley 25.601 de 2002) que era la de “abuso de la función de las fuerzas de seguridad públicas”, por lo que la pena que le correspondía era la reclusión o prisión perpetua, o sea, la pena más grave prevista en el CPN. Contrariamente, el delito de homicidio culposo (donde falta la intención o representación de la muerte) previsto en el artículo 84 del Código Penal, prevé una pena entre 6 meses a cinco años de prisión más la inhabilitación especial. La diferencia entre un tipo penal y el otro es más que ostensible.

martillada y existe la relevante posibilidad de que el mecanismo se hubiere montado por efecto del choque o roce con alguno de los motociclistas⁶⁵.

Agrega el mismo juez, posteriormente, que el imputado no actuó con intención pero sí con la imprudencia que implica “(...) no prever la maniobra defensiva del motociclista que pudo provocar que el arma se disparara al tener, negligentemente, el dedo en la cola del disparador”.

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

¿Para qué, si no para disparar el arma, 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 Tarditti al punto de dejarlo en libertad.

Por otra parte, este pronunciamiento refleja una vez más el énfasis colocado sobre la conducta precedente de la víctima (la cual, en palabras de los jueces, habrían provocado la actuación del acusado en defensa de su propia seguridad y la de sus compañeros de tareas) que habilitaría el accionar policial. Se remarca así esa conducta ilícita precedente en tanto:

La acción de Barrau Pignata -por cierto irracional y desaprensiva- fue el móvil que impulso a actuar como lo hizo el imputado. Así lo tiene resuelto la sala al sostener que si la circunstancia que motivo al acusado a delinquir fue la conducta contraria a derecho de la víctima, aquella influye decisivamente en cuanto al grado de culpabilidad del autor⁶⁶.

Nuevamente, como ha quedado demostrado en los casos anteriormente comentados, la justicia se empeña en avalar estas muertes ocasionadas por funcionarios policiales en la medida que las víctimas pierdan su carácter de tales, transformándose meramente en *delincuentes* y, por ende, no sujetos a los derechos y garantías propios de todo ordenamiento jurídico.

A la vez que la víctima pierde su carácter de tal, limitándose su identidad a su carácter de *delincuente* o peligroso, se intenta recuperar la identidad del acusado, con rasgos de *humanidad* de los que la víctima parecería carecer. Así, se afirmó que:

No puede prescindirse en el caso de la conducta del acusado posterior al hecho (...) así, los testimonios dan cuenta que Tarditi se agarraba la cabeza después del disparo, que expresó que se le escapó, que estaba muy apenado, deprimido y lamentaba lo sucedido y por la muerte de la víctima y que su actitud y revelaciones a sus superiores no son compatibles con las de quien acaba de matar a un semejante, queriéndolo y con abuso de su condición de policía⁶⁷.

⁶⁵ Párrafo extraído del fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I. Voto del juez Bisordi

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Voto del juez Bisordi.

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 Nacional 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 en relación a los hechos y al policía acusado Matias Tarditti:

La naturaleza del hecho, las particulares circunstancias que lo rodearon, la buena opinión personal que de él 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 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.

En síntesis, esta sentencia demuestra una vez más el modo en que la justicia opera reduciendo ostensiblemente la sanción penal por el homicidio cometido, atendiendo principalmente a las características de la víctima. 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”.

6. Conclusiones

A lo largo del presente capítulo hemos realizado un recorrido a través de la normativa y los procedimientos del Ministerio Público Fiscal y la justicia en relación a los casos de *enfrentamientos*. También, se analizaron las prácticas discursivas y los fallos de los operadores judiciales con la intención de develar los mecanismos a través de los cuales la justicia habilita y legitima el accionar delictivo de la fuerza policial.

Así, pudimos corroborar que la justicia no investiga las muertes producidas en *enfrentamientos*, que cuando investiga es debido a que la situación presentada les hace imposible evadirla, y que aun en estos casos centran la investigación en el delito previo con el que la policía justifica su accionar.

A través de sus prácticas discursivas -orales y escritas- hemos podido develar como sus *juicios* acerca de los hechos que les son presentados, van por vías muy diferentes a las “reglas de la ley”.

Aun cuando se apele al marco legal, la *convicción* no se forma a partir de la ley sino a partir de la constitución exitosa de la víctima en delincuente, estas son las “las razones” que legitiman la eliminación.

Los operadores judiciales, como hemos analizado, construyen una imagen del *delincuente* a partir de los elementos más burdos del sentido común, asemejando su discurso a lo reflejado por los medios de comunicación y tomando acríticamente las versiones policiales como verdades absolutas. De este modo, se produce un sujeto que será tratado como enemigo, ya que se le atribuyen elementos que hacen a su esencialidad, tales como la peligrosidad y la irracionalidad.

Una vez constituido en *delincuente*, las formas de excepcionalidad podrán tomar diversas manifestaciones, entre ellas, la *eliminación*.

Ello es posible a partir del tratamiento discrecional de la norma, habilitando los operadores judiciales con sus acciones y omisiones al momento de investigar, al desarrollo de lo que Agamben considera una *guerra civil legal*⁶⁸, esto es, desde nuestra interpretación, la eliminación de personas pertenecientes a sectores sociales sobrantes, considerados excluidos.

Al inicio del capítulo hacíamos hincapié en una aparente paradoja, ella era que la misma normativa permitía la excepción, es decir “*la forma legal de aquello que no puede ser legal*”⁶⁹.

Reafirmamos ahora que esto no implica ninguna contradicción entre discursos y prácticas del sistema penal, sino que lo constituye. Retomando a Zaffaroni:

Los sistemas penales presentan características estructurales propias de su ejercicio de poder que cancelan el discurso jurídico penal y que por ser rasgos de su esencia no podrán ser suprimidos sin suprimir los sistemas penales mismos. La selectividad, la reproducción de la violencia, el condicionamiento de mayores conductas lesivas, la corrupción institucional, la concentración de poder, (...) la verticalización social, *no son características coyunturales sino estructurales, del ejercicio de poder de todos los sistemas penales.*⁷⁰

Las prácticas, 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.

⁶⁸ Agamben, Giorgio. *Estado de excepción*, op.cit., 2004.

⁶⁹ Agamben, Giorgio. *Estado de excepción*, op.cit., 2004, p. 24.

⁷⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Editorial Ediar. Buenos Aires 2003, p. 19.

Los operadores judiciales ejecutan sus prácticas como guardianes de la *frontera social* entre lo aceptado, incluido, útil y lo desechable, el excedente, lo excluido. Con su discurso construyen esta imagen del *delincuente* que está fuera y 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 separación⁷¹.

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*.

⁷¹ Bauman, Zigmunt. *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Buenos Aires, Paidós, 2005. p. 44.

Bibliografía

Agamben, Giorgio. *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo editora. Buenos Aires, 2004.

Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*. Siglo XXI Editores. México, 2001.

Jackobs, Günter; Manuel Ciancio Melia. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

Eduardo Alcócer Povis. *El derecho penal del enemigo ¿Realización de una opción político criminal o de una criminal política de estado? Publicado en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/03octubre06/enemigo_alcocerpovis.pdf*

Pavarini, Massimo. *Control y dominación*, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2002.

Malcom Feeley, Jonathan Simon. “La nueva penología: Notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones”. En *Delito y Sociedad*. 6-7, 1995

Zigmunt Bauman. *Vidas desperdiciadas*, Paidós, Buenos Aires, 2004.