

El uso de las herramientas del análisis económico en el proceso penal. El caso “Pico”.

Por Ricardo M. Rojas.

I. Introducción.

No es frecuente que los jueces comenten sus juicios. Eso puede ser visto en los ámbitos académico y forense como un acto de pedantería o de búsqueda de notoriedad. Sin embargo, muchas veces nadie está en mejores condiciones que los jueces que debieron organizar un debate y dirigirlo, para explicar ciertas cuestiones fundamentalmente procesales, que son las que permiten llegar a un pronunciamiento final.

En efecto, las sentencias son públicas, y por lo tanto no requieren mayores explicaciones por parte del juez. En todo caso, las explicaciones deben estar contenidas en su interior. Como suele decirse: “los jueces hablan a través de sus sentencias”. Pero la sentencia es el punto culminante de un proceso judicial cuyas etapas previas normalmente se deciden en resoluciones que quedan perdidas en el interior del expediente o en las actas del debate, que casi nunca adquieren publicidad. Esas decisiones a veces tienen tanta importancia como la sentencia final, pues sin ellas no se podría alcanzar esa etapa.

Por eso he resuelto dejar de lado ciertos pruritos, para explicar una experiencia de campo –no muy frecuente en el ambiente judicial- que puede ser de utilidad tanto académica como forense. Esta experiencia se vincula con el debate llevado a cabo por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 24, que integro, en un conjunto de causas al que incluso la Cámara Nacional de Casación Penal, en algunas resoluciones, se ha referido como “caso Pico”. Dichas causas tramitaron por ante dicho Tribunal, y participaron del debate, además, los jueces Raúl Horacio Llanos y Carlos María Bossi (este último en calidad de juez subrogante). La circunstancia de que me haya apartado del conocimiento de esta causa luego de dictar la sentencia, me libera para poder dar mi opinión respecto de algunos aspectos de ella sin temor a comprometer una futura intervención.

El análisis que intentaré hacer en este trabajo es un análisis “económico”, utilizando el término no en el sentido de examinar las alternativas económicas en juego en las maniobras delictivas investigadas, sino en el sentido del uso de las herramientas del análisis económico para examinar el proceso penal.

Explicaré fundamentalmente aquellas decisiones adoptadas como Tribunal, teniendo en miras la finalidad de nuestra tarea: resolver del mejor modo posible la mayor cantidad de casos con el menor empleo de recursos. Pero como se verá al final de este trabajo, cada uno de los actores dentro del proceso penal hace su propio análisis económico al tomar decisiones, y por ello, tanto los jueces al dirigir un proceso judicial, como los legisladores al establecer las reglas que lo guiarán, no deben perder de vista los potenciales intereses de las partes.

II. El caso.

El llamado “caso Pico” está vinculado con maniobras defraudatorias llevadas a cabo desde la empresa constructora San Sebastián, cuyo dueño era Antonio Nicolosi, durante los años 1993 a 1995. Básicamente, el propietario de dicha empresa decidió construir edificios en violación a las normas del código de edificación. Así, por un lado, construía edificios destinados a vivienda en zonas donde ello no estaba autorizado; por otro, construía unidades con tamaños inferiores a los que figuraban en los planos aprobados, y finalmente, alteraba la calidad de los materiales utilizados, lo que podía conspirar incluso contra la estabilidad de los edificios.

Para lograr su propósito, presentaba planos de obra adecuados a las reglamentaciones pero distintos de la realidad, y luego intentaba obtener la aprobación de la mensura presentando planos apócrifos. Como plan alternativo para el caso de no poder engañar a las autoridades municipales, estaba prevista la solicitud de excepciones al código de edificación, otorgadas por el Concejo Deliberante, cuyo presidente era José Manuel Pico, quien también estaba vinculado a esta banda.

De este modo obtenía una mayor rentabilidad, pues podían comprar terrenos a un menor precio en los lugares donde estaba vedado construir viviendas, y a su vez construían mayor cantidad de unidades al alterar las medidas consignadas en los planos de obra que se confeccionaban respetando las medidas mínimas autorizadas por la ley.

Para llevar a cabo esta maniobra, de acuerdo con la imputación, además del empresario y sus colaboradores –constructores, ejecutivos y vendedores-, y de dos escribanos que se encargaban de los aspectos formales y financieros de las operaciones, estaban involucrados algunos funcionarios de la Dirección de Fiscalización de Obras y Catastro de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, en las áreas de la Dirección de Construcciones, que debía aprobar los planos de obra y controlar su evolución, y en la Dirección de Mensuras, encargado de cotejar que lo construido se adecuara al plano aprobado, como paso previo a la subdivisión en propiedad horizontal del edificio.

A José Manuel Pico, quien para entonces era Presidente del Concejo Deliberante de la ciudad de Buenos Aires, se le imputó formar parte de esa asociación ilícita, en primer lugar, por haber invertido dinero propio en la construcción de estas obras, y también por haberse comprometido a utilizar su influencia para lograr que los edificios, una vez descubiertas las irregularidades, fuesen de todos modos habilitados mediante expedientes de excepción aprobados por el Concejo en forma de ordenanza municipal.

De este modo, se construyeron dieciseis grandes edificios, y se vendieron unidades a cerca de seiscientas personas.

Concretamente, los hechos imputados por el fiscal aparecen descritos en la sentencia del siguiente modo:

“1) En primer lugar, se atribuyó a los imputados haber formado parte en una organización de personas que, actuando en distintos roles, edificaban obras prohibidas con la necesaria connivencia de funcionarios municipales, para venderlas fraudulentamente durante su construcción como unidades funcionales a gran cantidad de compradores y finalmente intentar el registro de mensura previo a su escrituración mediante documentación falsificada. Ello se verificó al menos en 14 edificios.

Las obras no se ajustaban a la normativa vigente; algunas de ellas habían obtenido el permiso para su ejecución, mientras que otras se estaban construyendo sin que existiera actuación alguna ante la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro. En el caso de las primeras, una vez visados los planos originales por edificios que cumplían los requisitos legales, lo edificado en los respectivos terrenos no tenía relación con los planos y las construcciones respondían a proyectos distintos y prohibidos.

En todos los casos, lo que se buscaba era edificar la mayor cantidad de metros cuadrados en violación a las normas sobre altura y metraje, y a su vez, comercializar la mayor cantidad posible de unidades funcionales de vivienda – generalmente de un ambiente- lo que sólo se podía haber construido y vendido como oficinas o cocheras, ocultando siempre a los compradores las irregularidades y manteniendo el engaño al sobrevenir las interdicciones administrativas.

Dentro de esta asociación ilícita se distinguieron los siguientes sub-grupos:

a) quienes se encargaban de la construcción y comercialización de las obras.

b) los profesionales que intervenían tanto en el proyecto y dirección de las obras como en lo relativo a los trámites municipales, constitución de sociedades, financiamiento de los emprendimientos e instrumentación de los actos jurídicos.

c) los funcionarios y agentes municipales que brindaban desde el interior de la administración el apoyo necesario.

d) gestores e influyentes.

2) En segundo lugar se imputó a los procesados, como actos concretos de la asociación ilícita que formaban, la realización de diversas maniobras fraudulentas.

a) Un primer fraude genérico o común a la mayoría de las operaciones, que consistía en el engaño a los compradores de las unidades, a quienes se hacía creer que los edificios se ejecutarían o se estaban construyendo de acuerdo con las normas, cuando en realidad eso no era así, ocultando maliciosamente las irregularidades (conocidas y planeadas desde un principio) que generaron

clausuras sistemáticas e interdicciones de obras y parcelas por parte de la autoridad administrativa.

Se detectaron en este sentido 535 maniobras fraudulentas a particulares compradores de unidades en estos edificios.

b) Un segundo fraude genérico consistió en llevar a cabo en forma planeada y premeditada las obras de manera esencialmente distinta a lo que se obligaran, pese a tener presente la eventualidad de que el ente administrativo de fiscalización de obras detectaría las irregularidades y decretaría las interdicciones pertinentes. Asimismo, como consecuencia de esta maniobra, se provocó que las unidades vendidas no pudieran ser entregadas lícitamente o escrituradas a favor de los compradores, tornando al menos incierto y litigioso tanto los derechos enajenados por el grupo como el cumplimiento de lo pactado”.

III. Las dificultades del caso examinadas a la luz de la formalidad procesal.

La magnitud de las maniobras y la cantidad de imputados, impidió que la instrucción llevara un desarrollo común para todos ellos, y el juez instructor, con buen tino, fue elevando a juicio la causa por partes.

Una primera parte fue elevada al Tribunal Oral n° 8, que inició a principios febrero de 1998 un debate respecto de tres procesados: Antonio Nicolosi, dueño de San Sebastián y cerebro de la banda, y dos de sus colaboradores inmediatos.

Ese debate duró prácticamente un año, con audiencias diarias por las cuales desfilaron cerca de mil testigos, y culminó a fines de diciembre de 1998 con la sentencia por la cual se condenó a estas tres personas.

A partir de allí se sucedieron numerosas contingencias procesales, vinculadas primero con la excusación de ese tribunal, el paso por otro, y varios planteos de las partes, hasta que las actuaciones se radicaron ante el Tribunal Oral n° 24 y estuvieron en condiciones de encaminarse hacia el debate en el año 2001.

Para cuando el tribunal decidió encarar la preparación del debate, se encontró con el siguiente cuadro de situación:

a) Descontando los tres procesados condenados por el tribunal n° 8 y un cuarto que falleció, estaban en condiciones de ser sometidos al debate 27 imputados, otros estaban en etapa de instrucción y alrededor de 15 permanecían aún prófugos.

b) La maniobra tenía más de quinientas víctimas identificadas en el expediente, 124 de las cuáles se habían constituido como partes querellantes. También estaban constituidas como acusadores particulares la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires, la Defensoría de la ciudad, además, por supuesto, del fiscal general ante el tribunal.

c) La causa –que para entonces eran tres causas elevadas sucesivamente a juicio y que el tribunal decidió acumular materialmente- constaba de más de ciento veinte cuerpos de expediente, a lo que debía sumarse una cantidad de expedientes administrativos, actuaciones notariales, contratos, boletos y documentación varia que llenaban un despacho completo del Tribunal.

d) Esta causa había traído además por conexidad, tanto declarada durante la instrucción como subjetiva producida luego, a varias causas comunes donde estaban involucrados algunos de estos procesados; una causa de alrededor de cincuenta funcionarios municipales investigados por enriquecimiento ilícito, y otra causa por asociación ilícita, cohecho y otros delitos en la que se hallaban procesados otros diecisiete inspectores municipales.

El volumen de todas estas causas que se fueron acumulando por conexidad era similar o incluso superior al de la causa principal.

e) Los ofrecimientos de prueba para el debate de los 25 procesados que estaban en condiciones de ser juzgados en la causa principal, incluían a más de 1.100 testigos, gran cantidad de peritajes, pedidos de informes, solicitud de expedientes administrativos, inspecciones oculares de edificios, etc.

f) Por si todo esto fuera poco, el Tribunal tenía una vocalía vacante desde hacía más de un año, por lo que el futuro debate, en tales condiciones, debía organizarse teniendo en cuenta las agendas apretadas del propio tribunal, del tribunal al cual perteneciera el juez subrogante, de los tres defensores oficiales que en ese momento actuaban asistiendo a distintos procesados con intereses contrapuestos, y las eventuales complicaciones que pudieran generarse a la enorme cantidad de defensores y acusadores.

Además, sólo dos salas podían albergar, incluso con ciertas dificultades de espacio, a tal cantidad de partes: la de la Cámara Nacional de Casación Penal y la de la Corte Suprema de Justicia en el Palacio de Justicia. Ambas estaban ocupadas y se esperaba que lo estuvieran por varios meses más, con el juicio por el atentado en la sede de la AMIA, enjuiciamientos de magistrados y otros casos complejos. A la fecha en que escribo este trabajo –pasado holgadamente un año desde la iniciación del debate- ambas salas aún continúan ocupadas.

Si el Tribunal Oral n° 8, que contó con la posibilidad de celebrar audiencias de debate todos los días, tardó once meses para el desarrollo completo del debate de tres procesados, el panorama que esperaba al nuevo juicio, teniendo en cuenta la cantidad de procesados, partes y los testigos solicitados, con la posibilidad de hacer no más de dos audiencias semanales debido a que el juez subrogante además debía atender los juicios de su propio tribunal, era de un debate que durase más de dos años. Ello, por supuesto, abandonando la gran cantidad de causas en trámite ante el tribunal en ese momento, y las que continuarían ingresando durante la sustanciación del debate.

IV. Las decisiones del Tribunal tendientes a lograr la realización del debate.

Resulta evidente que en estas condiciones el debate no podía ser realizado.

Teniendo en cuenta la dotación de personal del tribunal, que el ingreso normal de causa no se detuvo y la vacante señalada, de haber continuado la sustanciación de la causa según las previsiones del código procesal, hubiese llevado prácticamente un año más de preparación realizar la instrucción suplementaria de peritajes, pedidos de informes y documentación, así como el chequeo de domicilios de los más de mil cien testigos solicitados y demás peticiones y planteos realizados por tanta cantidad de defensores y acusadores.

La alternativa que enfrenamos era: respetar a rajatablas la ley procesal y condenar al fracaso cualquier intento por realizar un juicio en esta causa; o dejar de lado algunas soluciones legales y aplicar las herramientas del análisis económico del derecho.

Optamos por esto último, para lo cual contamos con el aval de una antigua y sabia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que señala que las normas procesales pueden ser excepcionalmente alteradas, en tanto ello no signifique un menoscabo a alguna garantía constitucional o al debido proceso, cuando razones de economía procesal y del buen servicio de justicia lo justifiquen¹. Recordamos que el mismo Tribunal ha dicho que las formas a que deben ajustarse los procedimientos han de ser sopesadas en relación con el fin último al que éstos se enderezan, o sea, contribuir a la más efectiva realización del derecho².

Esta doctrina se ha aplicado fundamentalmente a cuestiones de competencia, pero nada impide que se la pueda aplicar a todo tipo de normas procesales. Esto permite a los jueces aprovechar algunas de las enseñanzas del análisis económico, para mejorar la eficiencia de los procedimientos judiciales. Eso es precisamente lo que hicimos.

Pero como las alternativas procesales que el Tribunal debió enfrentar para poder llevar a cabo el debate fueron muchas y se sucedieron de acuerdo con las distintas etapas del juicio, prefiero hacer una explicación detallada.

a) La unificación en la representación de las víctimas.

Como se dijo, de las cerca de 600 víctimas de estas maniobras estafatorias, 124 se constituyeron dentro del proceso penal como partes querellantes. En el caso en que cada una de ellas hubiese decidido participar del debate individualmente, hubiésemos tenido 124 abogados preguntando, alegando y

¹ Ello fue explicado en el considerando primero de la sentencia, con cita de Fallos: 310:2842; 318:1834; 319:322; 322:447; 323:3002, 3991, entre muchos otros).

² Fallos: 308:490; 312:623, entre otros.

peticionando al tribunal. Un juicio así evidentemente no se hubiese podido llevar a cabo.

La primera tarea del tribunal, a través de varias audiencias preliminares, fue unificar la personería de estos querellantes, lográndose que estas personas se organizaran en tres grupos encabezados por un equipo de abogados cada uno, de modo que hubiese sólo tres partes querellantes privadas durante el debate, a las que debían sumarse, además del fiscal, los representantes de la procuración de la ciudad y de la defensoría del pueblo de la ciudad.

b) El uso de formas de resolución anticipada del proceso.

El segundo escollo legal que enfrentó el Tribunal fue el que vedaba la posibilidad de llegar a resoluciones anticipadas respecto de algunos de los procesados, a través de las instituciones creadas a tal fin: la suspensión del juicio a prueba y el juicio abreviado.

1. Respecto de la suspensión del juicio a prueba cuya aplicación había sido solicitada por los defensores de algunos procesados, el fallo plenario “Kosuta” de la Cámara Nacional de Casación Penal propicia una interpretación restringida de los supuestos de suspensión, que vedaba la posibilidad de aplicarla en estos casos. De acuerdo con el artículo 10 de la ley 24.050, la doctrina de estos fallos plenarios es obligatoria para el tribunal.

Por motivos constitucionales que no viene al caso repetir aquí, dos de los miembros del Tribunal votamos por la inconstitucionalidad de dicha norma que obliga a una interpretación determinada³. Declarada la inconstitucionalidad, los tres jueces coincidimos en que la interpretación correcta es la amplia, y por lo tanto, admitimos la posibilidad de celebrar audiencias de suspensión a prueba en algunos casos.

El Fiscal General, siguiendo directivas del Procurador General, no se opuso en términos generales a la viabilidad de la suspensión del juicio a prueba, y dio su consentimiento para que dicha suspensión procediese en siete casos. Se opuso en algunos otros, fundamentalmente en aquellos vinculados con funcionarios o ex funcionarios públicos.

Estas siete suspensiones a prueba se realizaron, por una parte, respecto de cuatro personas no vinculadas directamente con la maniobra estafatoria, sino que estaban acusadas de encubrimiento, por recibir y ocultar documentación entregada por el jefe de la banda cuando la policía estaba por allanar sus oficinas. Las otras tres personas que vieron su proceso suspendido eran empleados

³ Quiero aclarar que el criterio no fue adoptado en ocasión de este caso, sino que ya lo veníamos aplicando desde antes. En mi caso particular, poco tiempo después de que el plenario Kosuta quedó firme, y cuando aún era juez del Tribunal Oral n° 7, ya había resuelto la inconstitucionalidad de la obligatoriedad para los tribunales inferiores de los fallos plenarios, por considerarlos violatorios al principio de división de poderes y el sistema republicano, a la naturaleza de la función judicial, y a las garantías reconocidas constitucionalmente desde 1994 a contar con doble instancia judicial y con un tribunal con criterio independiente.

administrativos o vendedores en la inmobiliaria vinculada con el hecho. Es decir que ninguno de ellos tenía un rol importante en la maniobra e incluso es probable que luego del debate algunos hubiesen sido absueltos.

Las consecuencias de estas suspensiones pueden resumirse de este modo: a) se eliminaron siete procesados, sus defensas, los testigos y otra prueba ofrecidos, alegatos, etc.; b) estas suspensiones, además, no fueron gratuitas, pues se impusieron condiciones tales como realizar trabajos comunitarios, se los sometió a un control por parte del patronato, todos ellos debieron ofrecer en la medida de sus posibilidades una reparación pecuniaria para las víctimas –aún de carácter simbólico, dada la magnitud del perjuicio y la cantidad de damnificados-, y en el caso de dos empleadas administrativas, ofrecieron además testificar en sede civil aportando información de su conocimiento que podía ser de utilidad para las víctimas.

Cabe señalar que, además del fiscal que prestó su consentimiento en forma expresa, todos los demás acusadores particulares y representantes de organismos estatales fueron notificados de estas audiencias, y no se opusieron a ellas.

2. Respecto de la posibilidad de realizar acuerdos de juicio abreviado, nos encontramos con que el artículo 431 bis, in fine, del código procesal, exige la conformidad de todos los imputados para que proceda. Evidentemente no era posible que los veintisiete procesados aceptaran su culpabilidad para abreviar el juicio.

Salvamos este escollo con los siguientes argumentos, expuestos en una resolución previa, y luego reproducidos en la sentencia:

a) La norma procesal mencionada tiene por objeto, por un lado, descomprimir el trabajo de los Tribunales, al permitir que, en los casos en que acusadores y defensores lleguen a un acuerdo que el Tribunal considere aceptable, se abrevie la producción de la prueba, evitando la realización del debate y dictando una sentencia con los elementos producidos durante la instrucción.

Además, la admisión de los hechos y responsabilidad del procesado opera como un elemento que permite canalizar su reconocimiento y arrepentimiento, a la vez que otorga seguridad jurídica a los hechos, que a partir de entonces no podrán ser ni apelados ni cuestionados.

Pero al mismo tiempo, una vez aceptado por el Tribunal, el acuerdo actúa como una garantía para el procesado, quien a cambio de su admisión de los hechos en los términos del requerimiento de elevación a juicio, se asegura que la pena que eventualmente se le imponga no superará el monto pactado con el Fiscal.

b) Este proceso lleva ya muchos años de sustanciación, mereció un juicio oral que se le siguió a tres de los procesados, cuyo debate llevó un año de audiencias. En esta nueva etapa le correspondía a este Tribunal enfrentar otro debate, que originalmente involucraba a veintisiete procesados, respecto de tres causas acumuladas que contiene en total cerca de doscientos cuerpos de actuaciones y muchas cajas de documentación anexa.

En estas condiciones, la previsión del código procesal vinculada con la necesaria conformidad de todos los imputados, prevista para los casos habituales, hubiese tornado virtualmente imposible la realización de un juicio abreviado en el que tal cantidad de personas estuviese de acuerdo.

c) Sin desconocer el hecho de que el juicio abreviado es una excepción, y el debate oral y público es la regla –al menos en el espíritu original del código procesal-, lo cierto es que en causas de notoria complejidad y volumen como ésta, la abreviación parcial del juicio resultó de incuestionable utilidad para que se pudiese llegar a un debate acotado a aquellas personas respecto de las cuales existían controversias insuperables de otro modo.

La abreviación parcial del juicio no sólo limitó el debate en el tiempo, lo que de por sí fue muy valioso para que el Tribunal pudiese emplear más eficientemente los recursos escasos de los que dispone para la gran cantidad de causas en trámite. Pero además, y de modo esencial, permitió cumplir con una exigencia convertida en garantía constitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Mattei” (Fallos: 272:188), que es la vinculada con la obligación de poner fin, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que todo proceso penal conlleva.

La presentación de estos juicios abreviados, no sólo permitió al Tribunal iniciar el debate de tal manera acotado que pudo iniciarse y terminarse antes de lo que presumiblemente hubiese ocurrido, sino que desde el momento en que se dictó el llamado de autos, las personas que los han firmado supieron que las pretensiones punitivas del Estado en su contra quedaban limitadas en los términos de los acuerdos, brindando certidumbre a su situación procesal.

Respecto de personas que están dispuestas a reconocer su responsabilidad en los hechos que se les imputan, no permitirles abreviar el juicio significaría obligarlas a someterse al debate, y que en el caso en que admitiesen allí su culpabilidad al prestar declaración indagatoria, no obtendrían ningún beneficio o garantía a cambio. Es decir, se verían privadas de mejorar su situación procesal como contrapartida de una admisión de los hechos que redundaría en una más eficiente administración de justicia.

d) El Tribunal tiene especialmente presente la antigua y pacífica doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que las normas procesales pueden ser excepcionalmente alteradas, en tanto ello no signifique un menoscabo a alguna garantía constitucional o al debido proceso, cuando razones de economía procesal y del buen servicio de justicia lo justifiquen (Fallos: 310:2842; 318:1834; 319:322; 322:447; 323:3002, 3991, entre muchos otros).

En el mismo sentido ha sostenido el Alto Tribunal que las formas a que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación con el fin último al que éstos se enderezan, o sea, contribuir a la más efectiva realización del derecho (Fallos: 308:490; 312:623, entre otros).

Este parece ser claramente uno de esos casos. Por una parte, los acuerdos han sido celebrados libremente, siguiendo una estrategia procesal compartida por el defensor y su asistido, y aprobada por el Fiscal y el Tribunal. Por otra parte, los querellantes han tenido posibilidad de expedirse en la vista conferida expresamente en cada caso, donde de existir objeciones, podrían haber sido allí consignadas. Además, el juicio abreviado culminará con una sentencia que deberá contener los mismos requisitos de justificación y motivación que las que se pronuncian luego de un debate, donde quienes firmaron los acuerdos podrán ser condenados o absueltos en función de la prueba reunida durante la instrucción, y que podrá ser recurrida en iguales condiciones que cualquier otra sentencia. Finalmente, respecto de los restantes procesados, la presentación de estos acuerdos no significa un perjuicio mayor al que se produciría si estas personas hubiesen admitido lisa y llanamente su responsabilidad al prestar declaración indagatoria, y tiene la ventaja de que en lugar de verse sorprendidos al inicio del juicio con dicha confesión, conocen de antemano esta situación y pueden preparar de un modo más eficiente su defensa de cara al debate.

Resulta importante tener presente que el juicio abreviado es un verdadero juicio, no una mera homologación de un acuerdo entre las partes, que lo que se abrevia en definitiva es la producción de la prueba, pero que deberá concluir en una sentencia que contendrá las mismas formalidades que la que se dicta luego de un debate oral y público, que podrá ser condenatoria o absolutoria, con la única limitación de que en caso de recaer una condena, ella no podrá exceder a la pactada por las partes.

e) Al mismo tiempo en que se expresan estas razones en abono de aceptar acuerdos parciales, el Tribunal no desconoce que un motivo de peso para exigir la conformidad de todos los procesados para llegar al juicio abreviado, radica en una razón práctica, que es la de evitar eventuales contradicciones en las sentencias, por una parte, y el peligro de prejuzgamiento que significaría emitir una sentencia anticipada al debate, respecto de los mismos hechos que se discutirán después.

Para aventar estos dos peligros, el Tribunal decide llamar autos para sentencia, y diferir el pronunciamiento definitivo al momento en que culmine el debate oral y público respecto de los restantes procesados, y en consecuencia, dictar una única sentencia que los incluya a todos.

De este modo se podrá valorar en su conjunto la situación de cada uno de los imputados, y si las pruebas producidas durante el debate modificasen el conjunto de las ya incorporadas en este voluminoso expediente, los procesados podrán beneficiarse de las modificaciones que sean más favorables, y quedarán resguardados de las más gravosas por el acuerdo que han firmado.

Así entendemos que se puede conjugar: a) el derecho de todos los involucrados a poner fin al proceso del modo más rápido y razonable posible: b) el

derecho de los procesados a no verse sometidos a un debate y mejorar su situación a cambio de su admisión de los hechos; c) las razones de economía procesal que se vieron efectivamente reflejadas en un debate mucho más corto del que se hubiese llevado a cabo en caso de incluir a todos los procesados, y d) las exigencias de imparcialidad del Tribunal.

Gracias a ello, aceptamos la presentación de siete acuerdos de juicio abreviado suscriptos por el fiscal con los procesados y sus defensas, y que no merecieron objeción por ninguno de los demás acusadores. La clara señal del Tribunal de que haríamos el juicio lo más rápido posible, finalmente convenció a algunos procesados y sus defensores de que era preferible firmar los acuerdos, asegurándose la imposición de una pena en suspenso, y evitar un debate inminente y presumiblemente largo, con resultado incierto.

Así se restaron otros siete procesados de la lista para el debate, se disminuyó la cantidad de testigos, de prueba a sustanciar, y de alguna manera, la admisión de los hechos en los términos en que fueron pronunciadas, reforzó indirectamente las conclusiones vinculadas con otros procesados. A cambio de la admisión de los hechos, se aseguraron que la condena sería a una pena de prisión de cumplimiento en suspenso –en seis casos a tres años de prisión y en el restante a dos años de prisión-, a lo que se agregaron multas en todos los casos.

Al momento de fundamentar el monto de la pena aplicable a los procesados que firmaron acuerdos de juicio abreviado, invocamos los siguientes argumentos para justificar la imposición de la pena mínima prevista para el delito de asociación ilícita, la cual se dejó en suspenso en todos los casos:

“Al aceptar los acuerdos de juicio abreviado y disponer, como en definitiva se hará, que la pena de prisión a imponer a estos procesados sea de cumplimiento en suspenso, hemos ponderado especialmente que la abreviación del juicio trajo aparejada una serie de efectos que han de tomarse como elementos a favor de los procesados:

a) La presentación de los acuerdos permitió un debate más corto y acotado al que se hubiese llevado a cabo en caso de tener que juzgar también a estas personas en debate oral y público. Ello supone un ahorro en recursos del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal que pueden emplearse en todos los demás casos que esperan resolución.

b) Si bien el ahorro de recursos que implica el acuerdo es de significativa importancia, la admisión de responsabilidad en los hechos adquiere relevancia también desde otra perspectiva directamente vinculada con la mensuración de la pena, y es la actitud personal del procesado.

En efecto, la creciente ponderación del rol de la víctima en el proceso penal que tiene lugar en el derecho procesal comparado, que supone un regreso a las fuentes a partir de las cuales tuvo origen el derecho penal, hace que deba revalorarse a la admisión de culpabilidad, que significa de algún modo el

reconocimiento de haber lesionado derechos de las víctimas, sabiendo que ello podrá traer aparejada una condena penal. Así como el arrepentimiento y el pedido de perdón suelen ser considerados como circunstancias atenuantes, la firma de un acuerdo de juicio abreviado supone de alguna manera admitir que se ha realizado una conducta censurable, y que dicha conducta merece una condena. Ello resulta relevante desde el punto de vista preventivo especial de la pena, pues supone una toma de conciencia por parte del individuo de que ha realizado una conducta incorrecta, y una manifestación de arrepentimiento.

c) Finalmente, no puede desconocerse que la sentencia dictada a partir de una admisión de los hechos por parte del procesado, será una sentencia indiscutida en el futuro, no será recurrida, lo que significa también un beneficio desde el punto de vista de la seguridad jurídica otorgada por las decisiones judiciales.

Al decir esto, nos hacemos cargo del peligro de guiarse automáticamente por la admisión de responsabilidad en los hechos. Por ello, la imputación de responsabilidad a estos procesados ha sido fundada en la prueba de cargo reunida, con el mismo celo que se ha empleado para tratar la situación de los demás. En los casos en que hemos advertido que la ponderación de las pruebas es insuficiente para justificar los hechos –tal como vienen admitidos por los procesados- nos inclinamos por otra solución, según pudo observarse con los imputados Dodero y Bartomeu.

El Tribunal recordó que el juicio abreviado es un verdadero juicio, que lo que se abrevia es la producción de la prueba, pero que de todos modos queda la obligación de dictar una sentencia fundada. La evaluación de la prueba del debate, en lo que podía favorecer la situación de quienes firmaron el acuerdo, permitió en dos casos cambiar la calificación legal de los hechos, e imponer condenas inferiores a las pactadas.

Ello pudo hacerse gracias a que se difirió la sentencia, y se dictó un único pronunciamiento luego del debate. De no haberlo hecho de ese modo, esos dos procesados posiblemente hubiesen sido condenados por formar parte de la asociación ilícita, y esa sentencia hubiese sido contradictoria con las conclusiones extraídas luego del debate.

Eliminadas de este modo estas catorce personas de la lista de quienes debían intervenir en el debate, y dos más que quedaron fuera por otros motivos, el juicio se circunscribió a once procesados, incluyendo a José Manuel Pico.

c) La prueba para el debate.

Como se dijo al principio, los ofrecimientos de prueba de las partes incluían más de 1.100 testigos, la incorporación de muchísima documentación, además de peritajes, pedidos de informes, de nueva documentación, inspecciones oculares, etc.

El código procesal establece el principio de que los testigos ofrecidos por las partes deben declarar durante el debate. La excepción se produce cuando todas están de acuerdo en la incorporación judicial de las anteriores declaraciones (art. 391, inciso 1º) o cuando se produce alguna imposibilidad de escuchar al testigo de las previstas en el inciso 3º del mismo artículo.

Descartadas estas circunstancias o las otras previstas en el mismo artículo 391, el Tribunal deberá necesariamente convocar al debate a los testigos propuestos, a menos que los considere impertinentes o superabundantes (artículo 356). Pero en este último caso no podrá incorporar al debate sus declaraciones judiciales anteriores.

Entre los testigos solicitados estaban las cerca de 600 víctimas. Estas personas habían declarado ante la policía, por lo menos una vez ante el fiscal o el juez de instrucción, y se habían formado incluso prolijos legajos de declaraciones, donde se incorporó, junto con los testimonios, la documentación aportada por cada testigo.

Además, la mayoría de estas personas había declarado durante el debate sustanciado ante el Tribunal n° 8. Entre la prueba documental solicitada y aceptada, se hallaba precisamente el acta de debate ante ese tribunal, que contenía una transcripción de lo declarado por estos testigos durante aquel juicio cuyo debate, cabe recordar, duró más de once meses de audiencias diarias.

Las personas que tuvieron trato directamente con las víctimas habían sido excluidas del debate, ya sea por suspensión a prueba o juicio abreviado, por lo que entendimos que las declaraciones judiciales existentes eran más que suficientes como para acreditar las cuestiones generales vinculadas con la producción de las maniobras.

Al respecto, este caso tenía una particularidad. El juicio celebrado por el Tribunal n° 8, por el que se condenó a tres personas, había establecido con autoridad de cosa juzgada la producción de ciertos hechos que eran determinantes para la situación de quienes serían sometidos a juicio en este segundo debate.

La necesidad de compatibilizar esa cosa juzgada, la estabilidad de las decisiones judiciales, y el derecho de defensa en juicio de quienes no habían participado en ese primer debate, fue resuelto por el Tribunal de la siguiente forma en el considerando cuarto de la sentencia:

“Del tronco común de la investigación llevada a cabo por el juez de instrucción, se elevó inicialmente a juicio lo que en definitiva constituyó la causa n° 379 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 8. Dicho Tribunal celebró el debate oral y público que culminó con la sentencia del 21 de diciembre de 1998, por la cual se condenó, en orden a los hechos que se investigan en esta misma causa, a Antonio Nicolosi, José María Pintos y Jorge Granja, a las penas de trece, siete y tres años de prisión, respectivamente.

La gran cantidad de involucrados en estos hechos, las sucesivas elevaciones a juicio parciales de la causa, y los numerosos prófugos que registró, algunos de los cuales finalmente fueron habidos y otros conservan dicha calidad, impidió la realización de un debate único, que hubiese sido lo más conveniente. Incluso este Tribunal ha debido dejar para un debate futuro a uno de los procesados, por motivos atinentes a las necesidades de su defensa.

No obstante todo ello, no es posible soslayar la circunstancia de que los hechos discutidos en un largo debate y que originaron una meticulosa sentencia por el tribunal mencionado, son idénticos a los que se han traído a este nuevo debate, aunque vinculados con otros procesados.

Esto trae aparejada una cuestión previa que el Tribunal debe abordar, que es la de determinar cuál es el valor que debe asignarse a las conclusiones de esa sentencia con relación a este juicio.

Por una parte, no se puede desconocer que aquella sentencia firme estableció cosa juzgada respecto de los hechos y las personas que intervinieron en ese juicio. Además, el acta de aquel debate, donde se describe circunstanciadamente lo manifestado entonces por una gran cantidad de testigos, así como también la mayor parte de la documentación incorporada a aquel debate, fueron parte integrante del llevado a cabo ante este Tribunal. Dicha identidad motivó que en su momento no se hiciese lugar a la solicitud de algunas de las partes, en el sentido de citar a este nuevo debate a una gran cantidad de personas que ya han declarado antes.

Pero tampoco se puede desconocer que los procesados que han participado en este juicio no lo hicieron en el anterior, y que por lo tanto no tuvieron oportunidad de controlar la producción de aquella prueba o interrogar a los testigos.

En estas condiciones, si el Tribunal hiciera un nuevo debate ignorando totalmente las conclusiones del juicio anterior, podría incurrir en una contradicción respecto de hechos ya establecidos por sentencia firme. Mientras que si se remitiese lisa y llanamente a la descripción de los hechos formulada por el Tribunal Oral n° 8, dejaría indefensos a los procesados respecto de cuestiones de hecho fundamentales de la imputación en su contra.

La forma que hemos encontrado para superar este escollo, ha sido la de tomar como base de esta sentencia aquello que el Tribunal n° 8 decidió respecto exclusivamente de los hechos, pero sometiéndolo a su cotejo con las nuevas evidencias aportadas por las partes, tanto en lo que tiene que ver con prueba documental, instrumental y testimonial, como a los nuevos argumentos formulados en los alegatos. En este sentido, y aún en los últimos tramos del debate, el Tribunal fue particularmente receptivo a aceptar la incorporación de prueba ofrecida por las partes, que en otras condiciones podrían haber sido rechazadas por extemporáneas.

Cabe aclarar además que respecto de la sentencia del Tribunal Oral n° 8 se hará una completa abstracción de aquellas referencias hechas respecto de las

personas que no fueron entonces juzgadas y que esperan ahora un pronunciamiento”.

Al examinar el ofrecimiento de prueba testimonial a la luz de estas consideraciones, vimos que lo que estos testigos tenían para decir vinculado con el caso, ya había sido dicho varias veces; pero para incorporar esas declaraciones hacía falta la conformidad de todas las partes.

A pesar de que los ofrecimientos de prueba habían sido presentados mucho tiempo atrás, y en ellos varios letrados solicitaban la presencia de las víctimas, pedimos una nueva opinión a las partes respecto de la concreta necesidad de escuchar a estos testigos, o si se conformaban con su incorporación por lectura. Algunas de las partes se avinieron a la incorporación de estos testimonios por lectura, y otras no.

Ante ello, y si bien se podría haber resuelto que la incorporación del acta de debate del Tribunal n° 8 suponía incorporar el contenido de varias de estas declaraciones, decidimos incorporar formalmente todas las declaraciones obrantes en el expediente, y no convocar a las víctimas.

Como esta resolución iba en contra de la letra del código procesal, dejamos abiertos dos caminos para garantizar la defensa en juicio y el debido proceso: a) esperamos que una reposición fundada de las partes, nos brindara argumentos para rever la decisión respecto de ciertos testigos en particular que pudieran ser de importancia especial; b) dejamos abierta la posibilidad de que dicha pertinencia surgiera durante el desarrollo del debate.

Sin embargo, ninguna de las partes repuso ante el Tribunal; sólo algunos hicieron reserva de recurrir en casación, lo que finalmente no ocurrió respecto de este asunto. Durante el debate se decidió citar a uno solo de estos testigos, y fue por decisión oficiosa del Tribunal, en uso de las facultades que le confiere el artículo 388 del código procesal.

Cabe señalar que las previas suspensiones a prueba y los acuerdos de juicio abreviado, no sólo disminuyeron la cantidad de testigos ofrecidos, sino también eliminaron del debate a algunos procesados cuyas defensas podrían haber tenido un interés legítimo en que se escuchara a todas las víctimas en el debate, por tratarse de vendedores o empleados que tenían relación directa con los clientes-damnificados.

Este rechazo masivo, sumado a la eliminación de los testigos solicitados exclusivamente por las defensas que no participarían en la audiencia, y el rechazo de otros testimonios que fueron considerados superabundantes o inconducentes, limitó la lista final de testigos aceptada por el Tribunal, incluso después de hacer lugar a alguna reposición puntual, a alrededor de 90.

Incluso durante el debate, a medida que se produjeron las deposiciones, las partes desistieron de no menos de veinte testigos más.

De igual modo, el Tribunal no hizo lugar a la mayor parte de la prueba solicitada como instrucción suplementaria, consistente en nuevos peritajes que se entendió eran, o bien superabundantes dada la cantidad de prueba ya incorporada a la causa, o bien inconducentes, pues tendían a probar extremos que podían ser útiles en la ulterior demanda civil, pero no tenían relación directa con la maniobra criminal que se estaba investigando.

No hubo reposiciones ni cuestionamientos ulteriores a esta decisión.

d) Formalidades durante la audiencia.

El código procesal trae ciertas previsiones que parecen razonables en los debates habituales, con menos de diez testigos, y la participación de un acusador y un defensor. Pero para casos como el que se analiza, seguir al pie de la letra el código procesal sería francamente imposible. Veamos algunos ejemplos:

d.1. La lectura del requerimiento de elevación a juicio.

El Código procesal dispone la lectura completa del requerimiento de elevación a juicio y en su caso del auto de elevación a juicio, como paso previo al inicio del debate (artículo 374). Hoy es habitual que en los casos comunes sólo se lea la descripción del hecho que se imputa y la calificación legal dada por el fiscal, o en su caso, por el juez de instrucción. La omisión de leer lo vinculado con la enunciación y valoración de la prueba hecha por el fiscal tiene dos fundamentos: el práctico de evitar una lectura tediosa, y la circunstancia de que es precisamente durante el debate donde se sustanciará la prueba, que puede o no coincidir con aquella que permitió llegar hasta esa etapa, y por lo tanto, no tiene sentido enumerar dicha prueba que es tan solo provisoria.

En el caso que se comenta, dejando de lado todos los requerimientos de elevación a juicio de los acusadores particulares, había dos requerimientos fiscales de más de doscientas fojas cada uno, y tras las oposiciones hubo sendos autos de elevación a juicio del juez de instrucción, de una extensión similar. Leer completos los requerimientos y autos, en este caso, hubiese insumido varios días de tediosas audiencias y un problema de garganta para el secretario. Decidimos en cambio sustituir esa lectura por un extracto elaborado por el propio tribunal, donde consignamos la descripción de los hechos y las calificaciones legales, de acuerdo con los requerimientos fiscales, cuya lectura no insumió más de media hora.

En dicho extracto cuidamos de consignar textualmente la descripción de los hechos y la imputación a cada uno de los procesados, pues consideramos que la razón fundamental de esa lectura es que los imputados y el público tengan una idea clara del objeto del debate –que los abogados intervinientes conocen muy bien-.

d.2. La presencia de los procesados.

Otra cuestión conflictiva en procesos como éste es la que se vincula con la presencia de los imputados durante el debate. El código procesal señala que tras la lectura del requerimiento, y hasta antes de que se de por concluido el debate, los procesados pueden optar por permanecer fuera de la sala. En ese caso, el código indica que deben ser conducidos a una sala contigua mientras se sustancie el debate (artículo 366, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación). También se señala que cuando regresen a la sala, el presidente del Tribunal les explicará todo lo que ocurrió mientras estuvieron ausentes.

Eso está bien para un debate que lleva normalmente dos o tres horas, o a lo sumo dos audiencias. Pero en un debate que puede durar varios meses, obligar a los imputados –respecto de quienes, bueno es recordarlo, existe una presunción de inocencia- a estar durante todos los días de audiencia confinados en una sala contigua, es casi una forma de detención anticipada. Muchos de los imputados del caso Pico estaban trabajando, de modo que hubiese equivalido a hacerles perder su trabajo obligarlos a concurrir al tribunal cada día de audiencia. Esto quiero vincularlo con el hecho de que de los procesados que participaron finalmente en el debate, nueve fueron absueltos de culpa y cargo, de modo que soportaron años de procesamiento y varios meses de debate, además de la sospecha pública de ser delincuentes; y de haberlos sometido a la previsión del código, hubiese sido casi una forma de privación de la libertad sin sentido.

Por otro lado, exigir al presidente del Tribunal que relate a cada procesado lo ocurrido durante meses de debate, es una tarea monumental, que excede a la explicación habitual que puede dársele en un debate de un par de horas.

Por ello, por un lado decidimos que aquellos procesados que no quisieran presenciar el debate podían quedarse en el lugar de alojamiento, si estaban detenidos, o no concurrir al tribunal para los que estaban en libertad; y pusimos a cargo de los abogados defensores la tarea de explicarles a sus defendidos las alternativas de lo que ocurriera en aquellas audiencias a las cuales decidieran no concurrir.

d.3. La lectura de la incorporación de prueba.

Otro tanto ocurre con la prueba que se incorpora al debate por lectura. El código señala que deberá leerse dicha prueba, cosa que ya casi ningún tribunal hace, pues las partes conocen la naturaleza de la documentación acompañada. En el caso que examinamos, la sola enunciación de la prueba incorporada por lectura –que ocupaba una habitación completa-, constaba en unas quince hojas. Hubiese llevado probablemente meses de audiencias leer cada una de esas piezas de evidencia.

Más allá de que dicha prueba estaba enumerada en el auto de provisión de prueba, el Tribunal entregó a cada una de las partes una copia certificada por el secretario de esa enumeración al comienzo del debate, y con ello se dio por formalmente incorporada.

V. El resultado

Como resultado de estas medidas que -en algunos casos dejando de lado el código procesal y en otras interpretándolo de modo razonable- se enfocaron en el uso de las herramientas del análisis económico, se pudo realizar un debate que de otro modo no hubiese sido posible; y al mismo tiempo cuidamos de no lesionar la garantía de la defensa en juicio o el debido proceso.

Al reducir el número de procesados a 11, y concentrar a los querellantes particulares en tres representantes, de los cuáles sólo uno participó del debate, pudimos realizar el juicio en una sala del mismo edificio donde el Tribunal tiene su sede, eliminando uno de los problemas iniciales: la falta de espacio físico.

Por otro lado, la drástica limitación de los testigos y otras pruebas, permitió que desde el inicio del debate hasta la emisión de la sentencia transcurrieran menos de seis meses –incluyendo el receso judicial de julio, algunos días que debimos suspender audiencias por enfermedad de uno de los jueces, y otros previo a los alegatos-, con las limitaciones temporales para realizar audiencias derivadas de la necesidad de compatibilizar agendas antes mencionada. Incluso la necesidad de espaciar las audiencias permitió al Tribunal, durante esos seis meses, realizar debates sencillos, audiencias de suspensión de juicio a prueba, juicios abreviados y otras tareas vinculadas con otras causas del Tribunal que esperaban resolución.

La sentencia definitiva se dictó respecto de los once participantes del debate y de los siete que acordaron abreviar el juicio. De estas dieciocho personas, nueve resultaron condenadas y otras nueve absueltas. Además de José Manuel Pico, otros dos procesados recurrieron la sentencia, uno por discutir la valoración de la prueba para condenarlo, y otro, que fue absuelto, porque pretendía la imposición de las costas a los acusadores, y el Tribunal decidió imponer las costas en el orden causado. El Tribunal rechazó los recursos al entender que no se producía ninguna circunstancia que justificara su concesión, y solamente la defensa de Pico y del procesado absuelto presentaron quejas ante la Cámara Nacional de Casación Penal; las que fueron rechazadas.

De estas circunstancias se pueden extraer varias conclusiones:

- 1) Se pudo hacer el juicio
- 2) Se hizo rápido

3) Se garantizaron los derechos de todos los imputados y querellantes. De los siete que presentaron juicios abreviados, dos se beneficiaron con cambios de calificación y disminución de penas. De los once que fueron a debate, solamente José Manuel Pico fue condenado de acuerdo con los delitos por los que fue acusado, y otro procesado fue condenado por un delito menos grave. Los restantes nueve fueron absueltos.

Cabe recordar que el Tribunal nº 8 prácticamente dio por probados los hechos respecto de esos procesados absueltos o condenados por delitos menos graves, y la realización de un debate acotado y específico permitió garantizar sus derechos y aclarar su situación.

4) La circunstancia de que la solución respecto de varios procesados se hiciera en el marco de audiencias consensuadas, ya sea por suspensiones de juicio a prueba o por juicios abreviados, limitó los recursos a la sentencia definitiva. Incluso es notable que aún cuando el Tribunal absolvió a nueve procesados y redujo las calificaciones de otros tres, ni el fiscal general, ni la procuración de la ciudad de Buenos Aires, ni los querellantes particulares, recurrieron la sentencia.

Es importante recalcar la buena predisposición de las partes durante el desarrollo de esta etapa preliminar y el debate. Evidentemente los abogados representan intereses determinados, y una de las estrategias posibles –y frecuentes- puede ser la de utilizar todas las herramientas procesales al alcance para retrasar o entorpecer el avance del proceso hacia un debate que puede ser desfavorable.

Sin embargo, en este caso todas las partes se comportaron con extrema predisposición y comprensión, aceptando decisiones del Tribunal que podían haber recurrido tal vez con éxito.

Pero como esta generosidad puede no ser frecuente, sobre todo en caso graves o de resonancia pública, resulta indispensable que el código procesal brinde la elasticidad necesaria para tratar a cada caso de acuerdo con sus características propias. En la medida en que la defensa en juicio y el debido proceso estén suficientemente garantizados, las decisiones judiciales tendientes a economizar recursos y acortar el camino hacia la solución final, deberían estar avaladas legislativamente.

Sobre las costas del proceso

Un elemento de relevancia desde el punto de vista del análisis económico del proceso penal es el relativo a las costas del juicio.

De acuerdo con nuestra ley, las costas incluyen el pago de la tasa de justicia, los honorarios de los abogados, procuradores y peritos, y todos los demás gastos que se hubieren originado por la tramitación de la causa (artículo 533).

El principio general es que las costas deben estar a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal podrá eximirla, total o parcialmente, cuando hubiere tenido razón plausible para litigar (artículo 531).

En el caso que estoy comentando, como se dijo, hubo nueve procesados absueltos. Si bien las pruebas en su contra eran bastante endebles desde el inicio, el Tribunal decidió aplicar esta última cláusula del artículo 531 y disponer que las costas fueran soportadas en el orden causado.

Es un tema delicado, donde el análisis económico de las consecuencias de las resoluciones no puede obviarse. En efecto, por un lado tenemos una persona

que fue sometida a proceso durante ocho años, no sólo por iniciativa de los querellantes, sino también del propio Estado, a través del fiscal. Por el otro, los querellantes que acompañaron en su pretensión al fiscal, son víctimas de estas maniobras que ya han tenido una enorme pérdida económica, a quienes se agregan los contribuyentes de la ciudad de Buenos Aires, que deben responder por los actos de la Procuración de la Ciudad.

Un principio de justicia indicaría que ninguna de todas estas personas deberían hacerse cargo del pago de las costas, sino aquellos procesados que resultaron condenados. Sin embargo, la interpretación más lógica de “la parte vencida”, supone aquella parte que durante el proceso contendía directamente con quien resultó vencedor; y en el caso de los procesados absueltos, los contendientes a los que ha vencido son los querellantes.

Probablemente una reforma legislativa futura debería contemplar la posibilidad de hacer cargar al procesado condenado con todas o parte de las costas correspondientes a los co-procesados absueltos, cuando ello resultare razonable –es decir, cuando el tribunal entienda que el querellante tenía motivos plausibles para acusar al inocente-. En buena medida, la sujeción al proceso del inocente se ha debido a la conducta delictiva del culpable.

Pero como ello no era posible en este caso, y sobre todo viendo que la actividad fiscal llevó hasta el debate a todos esos procesados sin perjuicio de la actuación de los querellantes, entendimos que lo más razonable era disponer lo que dispusimos respecto de las costas.

VI. Consideraciones sobre el empleo del análisis económico al estudio de los procesos penales.

El motivo principal de relatar lo ocurrido en esta causa es introducir la importancia de los elementos del análisis económico a la resolución de causa penales, especialmente en las de gran complejidad. Dicho análisis puede hacerse en su vinculación con los distintos actores del proceso penal: el imputado, el defensor, el fiscal, el querellante, el juez, la víctima, la sociedad en general y el legislador que establece las reglas de juego en que se desarrolla el proceso penal.

En primer lugar, pienso que es importante efectuar algunas consideraciones básicas sobre los elementos del análisis económico, para abordar luego la situación de cada uno de los participantes.

1. Los presupuestos de la valoración económica y la toma de decisiones.

Cada uno de estas personas –al igual que cualquier otra en diferentes circunstancias- actúa persiguiendo sus propios intereses, sobre la base de valoraciones individuales. El proceso judicial penal constituye el marco para la discusión judicial establecido por la ley, donde cada uno tiene expectativas diferentes.

Como muestra el análisis económico, las decisiones son tomadas respetando estas valoraciones, y en cada caso particular teniendo en cuenta las variables de utilidad y escasez. Como las valoraciones son individuales, cada persona tiene su propio código de valores y regirá su conducta por él, persiguiendo sus propias metas.

Al diseñar estas metas –correcta o incorrectamente- cada hombre buscará representarse situaciones más gratas que pretenderá alcanzar a través de su acción. Lo que hace que el hombre decida actuar es la concurrencia de tres elementos: el malestar actual, la representación de un estado de cosas más atractivo, y la representación mental de que existe cierta conducta deliberada capaz de reducir la incomodidad presente o alcanzar el bienestar ansiado⁴. O dicho en términos más directos, el hombre actúa buscando pasar de una situación menos satisfactoria a una situación más satisfactoria.

La decisión respecto de cuáles medios se buscarán para alcanzar esa finalidad, depende de valoraciones que cada persona hace en un momento y lugar determinado. El proceso económico presupone libertad para actuar, acceso a la

⁴ Ludwig von Mises, *La Acción Humana*, Unión Editorial, 1980, p. 38-39.

información, y protección del derecho de usar y disponer de la propiedad. Estas son las garantías que normalmente se exigen al orden jurídico para permitir el funcionamiento del proceso de mercado, disminuir los costos de transacción y hacer más eficiente el intercambio económico.

Por otro lado, vemos que las decisiones tomadas por los participantes del proceso judicial no son enteramente libres. Dependen de una serie de normas del código procesal, que establecen el marco dentro del cual el juicio se sustancia.

Especialmente en el ámbito del derecho privado, las instituciones jurídicas se desarrollaron como formas de abaratar los costos de transacción. La existencia de reglas de juego claras, la protección del derecho de propiedad, un sistema judicial cristalino y eficiente, se han ido convirtiendo en los objetivos de las instituciones y procedimientos judiciales.

En materia penal existe una mayor discrecionalidad estatal para establecer el derecho y sus reglas, toda vez que las personas se hallan sujetas al proceso penal en forma coactiva, y salvo casos limitados, en nuestro derecho aún no pueden liberarse de esa sujeción mediante acuerdos voluntarios. Precisamente por ello, porque prácticamente no existen medios alternativos con los cuales el derecho penal deba competir, resulta indispensable que las normas penales, y fundamentalmente las procesales penales, tengan en cuenta los costos de transacción al momento de su elaboración.

Trasladados los elementos de utilidad y escasez al territorio del proceso penal, podemos traducir la utilidad como la aptitud para alcanzar el propósito deseado, y escasez como la dificultad para alcanzarlo dentro del proceso. Esto hace que evalúen cada decisión sobre la base de un esquema de costo-beneficio. En este sentido, cada uno de los actores del proceso penal será más proclive a tomar decisiones tendientes a alcanzar el resultado deseado.

Además, la fijación de una meta óptima no descarta la existencia de otras metas alternativas, en una lista de prioridades establecida por la propia escala valorativa de cada sujeto. Cuando la meta principal se torna difícil de alcanzar, estarán más dispuestos a adecuar sus decisiones a la búsqueda de las metas alternativas.

En el proceso económico, cuando se produce una yuxtaposición de valoraciones entre potenciales compradores y vendedores, se establecen los precios, y esos precios facilitan el intercambio. Trasladado el principio al proceso penal, puede decirse que cuando las valoraciones de los distintos participantes en el proceso se yuxtaponen, es posible encaminarse hacia la solución de los conflictos de un modo más rápido y eficiente que cuando el resultado es el producto de un contencioso irreconciliable.

En el proceso de mercado, una de las principales tareas de los empresarios es encontrar oportunidades de comprar barato y vender más caro, acercando de ese modo el precio de mercado al punto óptimo y adecuándolo constantemente a

las variaciones y cambios⁵. De algún modo el fiscal, el defensor y eventualmente el letrado que represente al querellante cumplen un papel similar. Posiblemente el procesado y el querellante mantengan posiciones más rígidas que incluso pueden ser perjudiciales para sus propios intereses, mientras que el conocimiento y especialización de sus letrados puede acercar esas posiciones a un punto de contacto, que permita resolver el conflicto de un modo aceptable para ambos.

Estos partícipes de algún modo son empresarios que, en lugar de contribuir a la formación de precios, colaboran en el pronunciamiento de sentencias; y así como los precios constituyen una suerte de tablero de señales que facilita las transacciones e inversiones, las sentencias forman criterios jurisprudenciales que orientan la conducta de futuros participantes en procesos judiciales.

2. El proceso económico y el proceso judicial penal

El proceso económico y el proceso judicial penal tienen algunas diferencias fundamentales, pero también similitudes que resulta conveniente explorar para comprender mejor el comportamiento de sus participantes. Además, claro está, del objeto que persiguen, hay dos diferencias esenciales:

a) Los participantes en el proceso económico actúan siempre en forma voluntaria. No están obligados a comprar o vender, intervienen porque desean adquirir ciertos valores entregando otros a cambio. Al proceso penal, en cambio, varios de ellos llegan en forma compulsiva y el margen de discrecionalidad es en principio reducido.

b) En el proceso penal existe una autoridad final –el juez– que toma decisiones por encima de la voluntad de los participantes, lo que no ocurre en el proceso de mercado, a menos que se utilice la fuerza coactiva de particulares o del gobierno, lo que anularía el proceso, o alteraría su funcionamiento.

Pero dejando a salvo estas fundamentales diferencias, existen ciertos puntos de contacto entre ambos que torna útil comparar el comportamiento del comprador o vendedor con el de los partícipes del proceso penal.

1) Los participantes en ambos procesos tienen intereses personales, propios, a veces contrapuestos con los de los demás, y actúan tratando de alcanzarlos.

2) Al hacer sus cálculos de costo-beneficio, manejan metas máximas para satisfacer su interés, y otras alternativas o secundarias, respecto de las cuáles están dispuestos a negociar una vez que advierten que las óptimas presumiblemente no podrán ser alcanzadas.

3) La información constituye un elemento esencial en ambos procesos, para fundar la toma de decisiones de cada uno de los participantes.

⁵ Israel M. Kirzner, *Competencia y función empresarial*, Unión Editorial, Madrid, 1975, pp. 23 y 55.

4) Ambos procesos tienen presupuestos estructurales que permiten su funcionamiento: el económico requiere el reconocimiento y protección del derecho de propiedad y sus derivados, entre ellos la libertad de contratación y el libre acceso a la información. El proceso judicial requiere el reconocimiento y protección del debido proceso legal y sus derivados, entre ellos la supremacía del principio de inocencia, la defensa en juicio y las limitaciones al modo de obtener la evidencia de cargo.

2.a ¿Existe competencia en el proceso judicial penal?

Una de las principales características del proceso económico es la competencia. Precisamente los precios actúan como señales que generan incentivos en potenciales compradores y vendedores a ajustar continuamente sus ofertas y demandas. Por el contrario, el proceso judicial es compulsivo y cerrado. En cierto modo pareciera que el elemento de competencia no está involucrado. En principio, los procesados no compiten entre sí por obtener una absolucón o una pena más baja.

Sin embargo, en el proceso de económico existe lo que se denomina el “factor competitivo permanente”, es decir, que aun cuando no lo hagan directamente, todos los productos compiten entre sí, desde que los recursos son escasos frente a las necesidades.

Algo de eso sucede en el proceso judicial. Por ejemplo, al momento de discutir un acuerdo de juicio abreviado, no será indistinto para el defensor la cantidad y complejidad de casos pendientes de tratamiento y resolución por el fiscal y el juez. Tampoco lo será la severidad con que el Tribunal aplique la graduación de las penas luego de un debate. Es decir que, de algún modo, el caso propio estará compitiendo por el tiempo y dedicación de fiscales y jueces para el tratamiento de otros casos pendientes.

Posiblemente el defensor especulará con que un fiscal recargado de trabajo será más accesible al momento de discutir el monto de la pena a pactarse. Del mismo modo, el Tribunal de juicio recargado de causa pendientes probablemente sea más amplio en aceptar acuerdos aún cuando la pena pactada parezca leve.

Desde el otro costado, dada la acumulación de causas, un fiscal especulará con que un procesado que se encuentra detenido estará más dispuesto a negociar una pena en un juicio abreviado, que uno que está en libertad.

Si su cliente está en libertad y el tribunal está recargado de causas en espera de debate, el defensor no tendrá apuro por firmar un acuerdo comprometiendo así la responsabilidad de su asistido. Por el contrario, probablemente esperará hasta último momento, especulando con que se produzca alguna circunstancia tal como la prescripción de la acción, una reforma legislativa, la pérdida del expediente, la muerte de testigos clave, etc., que evite la realización del juicio u opere a favor del imputado. Pero si su cliente está preso y no se vislumbra la posibilidad de realizar un debate pronto, probablemente estaría más predispuesto a buscar un acuerdo.

Es bueno recordar que estas evaluaciones sólo se pueden dar en aquellos ámbitos restringidos del proceso penal en los que es posible alcanzar soluciones anticipadas o alternativas al debate y sentencia final.

2.b ¿Existe cooperación en el proceso penal?

Si bien un elemento fundamental del mercado es la competencia, la lucha por obtener el beneplácito del comprador o vendedor venciendo al competidor, lo cierto es que el punto de partida del proceso económico no es la competencia, sino la cooperación⁶.

Las personas tienden a obtener beneficios sin buscar confrontación, a través de la asociación basada en las ventajas comparativas y la división del trabajo. Así es como se comportan habitualmente los empresarios, y si no lo hacen, corren un serio riesgo de arruinar su negocio.

Es difícil que alguien decida comenzar a fabricar automóviles cuando hay 3 ó 4 empresas sólidas en el mercado, a menos que tenga alguna ventaja competitiva que lo justifique. Por el contrario, probablemente trate de llegar a algún acuerdo con los fabricantes de automóviles para proveerles servicios, o fabricar accesorios. Intentará aprovechar un negocio ya existente, en marcha y exitoso, para sumarse a él de tal modo que todos ganen⁷.

La asociación y la división del trabajo son elementos que permiten una más eficiente inversión de recursos. El sistema de precios orienta las decisiones de cada uno en la búsqueda del mayor rendimiento posible de su actividad.

Precisamente esta información que suministran los precios es lo que muchas veces evita la competencia, cuando uno de los potenciales competidores advierte que su situación es desventajosa, y entonces decide orientar su inversión en otra dirección, o buscar formas de cooperación ventajosas para todos.

La naturaleza propia del procedimiento judicial penal pareciera ser un ámbito más proclive a la confrontación que a la cooperación. Incluso se suelen emplear términos o frases tomadas del ámbito bélico: se habla de las “defensas”, de las “estrategias de las partes”, de garantizar la “igualdad de armas” entre los participantes, de sentencias “atacadas” por recursos, etc.

Sin embargo, en la medida en que el proceso penal contenga la posibilidad de negociación entre las partes, como ocurre con la suspensión del juicio a prueba o el juicio abreviado, la cooperación también tiene su espacio.

⁶ Ludwig von Mises, op. cit., p. 229 y ss.

⁷ Sin embargo, hay una tendencia a ver en el proceso de mercado una lucha mortal entre empresarios inescrupulosos que pugnan por destruirse mutuamente. Existen incluso varios intentos por llevar los principios de la guerra a los negocios, como por ejemplo en: *Sun Tzu's Art of War for traders and investors*, de Dean Lundell (The McGraw-Hill Companies, 1997). En este libro se intentan trasvasar las enseñanzas del maestro chino de la guerra al ámbito económico, haciendo ver a los empresarios o inversores como guerreros que deben confrontar constantemente entre sí.

Veamos el siguiente ejemplo. En un proceso por estafa hay dos imputados. Uno de ellos tiene antecedentes penales, y por lo tanto no puede solicitar la suspensión del juicio a prueba, pero quiere llegar a un acuerdo con el fiscal para abreviar su juicio, negociando una pena que le permita recuperar su libertad en un plazo razonable. El otro es primario, y puede solicitar la suspensión del juicio a prueba; sin embargo, para que el fiscal preste su consentimiento y el tribunal la conceda, deberá hacer un ofrecimiento de reparación del presunto perjuicio patrimonial de la víctima que, al menos, resulte razonable. Además, el fiscal sólo está dispuesto a negociar la abreviación del juicio si ello pone fin al proceso, es decir, si el segundo procesado solicita y obtiene la suspensión del juicio, o se allana a aceptar un juicio abreviado.

En estas condiciones, probablemente aparezca un incentivo en el primer procesado a contribuir económicamente para la satisfacción del perjuicio de la víctima –aún cuando no esté obligado legalmente a hacerlo-, para que de ese modo el segundo procesado obtenga la suspensión y él pueda negociar la abreviación de su juicio con el fiscal.

En casos como el que estamos analizando, con muchos procesados, probablemente el fiscal tenga interés en llegar a algunos acuerdos con los menos comprometidos, lo que le permitiría estar en mejor posición para enfrentar a los demás. De hecho en el caso “Pico” se produjo una situación de este tipo: dos de las procesadas eran empleadas administrativas de la inmobiliaria a través de la cual se vendían los departamentos y se perfeccionaban las estafas. Por el hecho de dar la cara ante el público estaban procesadas por formar parte de la asociación ilícita y por participar en las estafas; sin embargo, hubiese sido muy difícil probar en el juicio su dolo en las maniobras del grupo criminal; incluso algunos de los querellantes, lejos de ensañarse con ellas, reconocían que habían colaborado con la instrucción en todo lo que pudieron, y estaban de acuerdo con que se suspendiese el juicio a su respecto.

Estas dos mujeres solicitaron la suspensión del juicio a prueba, e hicieron un ofrecimiento meramente simbólico de reparación, pues por un lado estaban sin trabajo, y por otro, el perjuicio acreditado en la causa era multimillonario. No obstante ello, el fiscal y todos los querellantes aceptaron la suspensión del juicio, pero pactaron con las imputadas la condición adicional de que se presentaran en sede civil o comercial, donde tramitaban demandas contra los titulares de la empresa, para aportar allí todo el conocimiento de los hechos y toda la información y documentación que pudieran conservar.

Esta idea básica del análisis económico, se comienza a ver también entre los dogmáticos de la ciencia penal. Así, por ejemplo Roxin ha dicho que junto con el proceso penal contradictorio que ha regido hasta ahora:

“...figurará, cada vez más, una segunda forma procedimental: la consensuada, diseñada para la reparación y el entendimiento. Muchos inculcados no niegan el hecho que se les imputa, ni tampoco podrían hacerlo con posibilidades de éxito teniendo en cuenta las pruebas que

les incriminan, pero tienen un gran interés en llegar a un entendimiento con la víctima y en salir bien librados del proceso.

“Este gran interés, compartido por el Estado, significa que el proceso contradictorio tradicional debe ser completado con reglas independientes para un proceso consensuado...”⁸.

3. El análisis económico de cada uno de los participantes en el proceso penal.

3. a. El proceso penal visto desde la óptica del imputado.

Las dos metas esenciales del procesado son: ser absuelto, y en caso de ser condenado, que la condena sea lo más leve posible. Por lo tanto, el análisis económico desde el punto de vista de la utilidad, tenderá a buscar soluciones que lo acerquen a esas metas.

La búsqueda de esas metas lo enfrentan con una ventaja y una desventaja: la ventaja es que él es probablemente una de las pocas personas que conoce cómo ocurrieron los hechos. El sabe si hizo o no lo que se le reprocha, y también está en una posición privilegiada para saber si de ese hecho hubo testigos o se podrá aportar evidencia que lo incrimine.

Su desventaja es su desconocimiento del derecho. Sabe, y seguramente se lo ha dicho su abogado, que aún cuando haya cometido un crimen, corresponde al fiscal probarlo, y aún cuando sea culpable tiene una chance de ser absuelto. Por otro lado existen determinadas conductas que, si bien pueden parecer inofensivas para el procesado, de hecho constituyen delitos y pueden conducirlo a una condena.

Existen muchas influencias sobre las decisiones del imputado. Suele escuchar más a amigos, cómplices o compañeros de celda que a sus propios abogados defensores; y no es poco frecuente que escondan información a sus asesores legales o tergiversen los hechos en sus entrevistas personales con ellos. Especialmente cuando se trata de defensores oficiales, a quienes algunos procesados tienden a identificar como parte del sistema estatal que los está juzgando.

Por ello, y porque los defensores oficiales están abarrotados de casos y no tienen demasiado tiempo para hablar con sus clientes, éstos tienden a desconfiar, sin reparar en que estos defensores, que conocen perfectamente a los tribunales donde litigan y tienen una gran experiencia en el tema, muchas veces aventajan a los particulares.

⁸ Clauss Roxin, “Pena y reparación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Ministerio de Justicia- Boletín Oficial del estado, 1999, tomo 52, fascículo único, pp.5-15. Reproducido en *Investigaciones*, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, I (2002), p 149 y ss.

Se niegan a confesar, se niegan a la suspensión del juicio a prueba o al juicio abreviado; invocan nulidades, esperan prescripciones, siguiendo los consejos de sus compañeros de celda.

Pero al desconocer los detalles de los procedimientos penales, no está en las mejores condiciones como para calcular las chances de lograr esa meta. En la medida en que escuchan más a los comentaristas con los que comparten la celda que a sus abogados, a veces se niegan a realizar negociaciones que a la larga les permiten resolver su caso más rápidamente y obtener una pena tal vez inferior a la que le pueda corresponder luego de un debate.

Por su parte, si el imputado está en libertad, probablemente tenga menos interés en cooperar en la búsqueda de una solución, en la medida en que no advierta señales de actividad por parte del fiscal y del tribunal, que lo hagan avizorar un inminente debate. Mientras que si está detenido, será más cooperativo y receptivo a algún tipo de acuerdo.

3.b. El proceso penal visto desde la óptica del defensor.

El defensor, como asesor letrado del imputado, comparte sus intereses, pero con una visión que a veces no coincide con la de su asistido. Sabe que las alternativas ideales al momento de preparar su estrategia pasan por buscar la absolución o la condena menos gravosa posible.

Conoce de los hechos lo que obra en los expedientes, sumado a lo que su asistido le cuenta, en el contexto explicado antes. Además, muchas veces el relato de su asistido está teñido de subjetividad o adaptaciones favorables, que durante el debate pueden obrar en forma contraproducente, cuando se lo enfrenta a la evidencia que los anula.

Para alcanzar el objetivo deseado por él y su asistido, cuenta con una ventaja inicial: el principio de inocencia. No le corresponde a él probar la inocencia, sino al Estado demostrar la culpabilidad de su defendido⁹.

El defensor sabe que la liberación de su asistido de toda responsabilidad en el hecho que se le imputa, puede llegar fundamentalmente por dos vías: por la de la absolución, cuando la prueba reunida en su contra, luego de un juicio, no alcanza para condenarlo –lo que no significa que su asistido no haya cometido el hecho–; y la del sobreseimiento o absolución que se alcanza por motivos meramente formales, antes de llegar a discutir el fondo de los hechos. Esto puede ocurrir por la prescripción de la acción, o por planteos de nulidad de las actuaciones como consecuencia de vicios en el procedimiento.

Al elaborar su estrategia, probablemente el defensor explore y persiga distintas alternativas para alcanzar la finalidad. Mientras su asistido esté en libertad, el defensor sabe que la prescripción de la acción es una de las posibilidades que no debe abandonar.

⁹ Ver al respecto el siguiente trabajo dentro de este capítulo: *El costo de vencer el estado de inocencia y el rol de los fiscales en el proceso penal.*

Una vez que descarta la existencia de vicios formales que hagan prosperar una nulidad, o lograr la prescripción por el transcurso del tiempo, y advierte que la prueba que se va reuniendo probablemente sea suficiente como para condenar a su defendido, el abogado explorará soluciones alternativas para que la eventual condena no sea tan rigurosa.

En primer lugar, si su asistido no tiene antecedentes penales, podrá ensayar un pedido de suspensión del juicio a prueba. En segundo lugar, podrá negociar con el fiscal la abreviación del juicio, la admisión de responsabilidad a cambio de garantizarse, por ejemplo, la aplicación de una pena en suspenso, o que el máximo aplicable no supere de cierto monto.

Es claro que para recurrir a estas soluciones –especialmente el juicio abreviado, que supone el reconocimiento de responsabilidad por parte de su asistido-, los defensores no tienen apuro en tanto sus clientes estén en libertad. Sólo cuando advierten que se acerca el día del debate, inician conversaciones en tal sentido.

Esto remite a un problema surgido de la redacción actual del artículo 431 bis del código procesal, que limita la posibilidad de acordar juicios abreviados hasta el momento en que se haya designado la audiencia del debate (párrafo segundo). Precisamente cuando se designa dicha audiencia es cuando el defensor y su asistido tienen la certeza de que el juicio es inminente y nace el interés por abreviarlo.

Un tema que no es menor al examinar los intereses de los defensores, son sus expectativas de honorarios. Muchas veces, cuando los jueces regulan honorarios en un proceso, se basan en algo muy parecido a la teoría económica del valor-trabajo. Enumeran la cantidad de escritos presentados, participación en audiencias, apelaciones y presentaciones de todo tipo, y cuanto más trabajo hayan acumulado, mayor serán los honorarios que regulen. Esto da a los abogados una señal en el sentido de que les conviene aumentar la litigiosidad como medio de justificar mayores honorarios.

Esto incluso podría ser un obstáculo para acceder a formas alternativas de solucionar causas penales, como suspensiones de juicio a prueba, o juicios abreviados, que podrían no ser atractivos para los defensores desde esta óptica.

La solución a ello es generar en los jueces una nueva óptica sobre el valor, que tenga en cuenta la eficiencia, practicidad para resolver el litigio, y ahorro de tiempo y recursos al sistema judicial, por supuesto, unidos al resultado obtenido con esa gestión, como parámetros fundamentales de la regulación de honorarios.

3.c. El proceso penal visto desde la óptica del fiscal.

El fiscal tiene en el proceso dos funciones básicas: velar por el fiel respeto de las normas y del debido proceso; y representar los intereses de la sociedad.

En defensa de la legalidad se encuentra con dos elementos que merecen su inicial valoración: ciertos requisitos formales en el modo de adquirir la prueba, y el principio de inocencia. Durante el desarrollo del proceso penal, su misión es buscar la forma de vencer ese principio a través de la obtención de pruebas en

modo legal, y cuando entiende que ello no es posible, debe buscar el medio de terminar con el proceso.

En el caso "Pico", el Tribunal puso de resalto una cierta ligereza por parte de los fiscales para llevar a juicio a personas respecto de quienes la prueba no parecía muy sólida. Es cierto que el debate es el ámbito óptimo para resolver definitivamente la cuestión, pero no pueden desconocer los fiscales de instrucción que llevar indiscriminadamente a alguien a juicio, provoca una lesión a sus derechos y una sobrecarga injustificada en el trabajo del tribunal.

Pero además, se ha visto en el caso que si varios de los procesados que finalmente resultaron absueltos no hubiesen formado parte del proceso, se hubieran generado dos beneficios para el logro del objetivo final: 1) el límite a la cantidad de imputados hubiera permitido realizar el debate mucho antes; 2) si en lugar de procesados hubiesen sido testigos, sus declaraciones hubieran fortalecido la incriminación de otros procesados. En cambio, la naturaleza de la declaración que prestaron hizo que despreciáramos sus dichos para usarlos como prueba de cargo.

3.d. El proceso penal visto desde la óptica del querellante.

A diferencia del fiscal, el querellante persigue sus intereses particulares. Ellos pueden estar orientados a obtener la condena del imputado, pero existen hoy en día otras alternativas nacidas de las nuevas instituciones procesales.

Una motivación puede ser la mera revancha o la canalización civilizada de la venganza; otra, la búsqueda directa o indirecta de una ventaja de tipo patrimonial o traducible en tal. La experiencia muestra que, en general y salvo casos donde existe un conocimiento previo y circunstancias especiales de encono entre las partes, las víctimas no suelen comportarse con ánimo de venganza, sino que se contentan en general con el reconocimiento de su responsabilidad y la reparación de los perjuicios sufridos.

Una demostración de esta situación se ve con la conducta de muchas víctimas y querellantes, frente a la posibilidad de la suspensión del juicio a prueba. Cuando se les informa que entre las condiciones de esa suspensión está la obligación de efectuar un ofrecimiento de reparación patrimonial, muchas veces la víctima ve con mucho más agrado la circunstancia de irse de allí con algo de dinero, que la eventual condena a prisión efectiva o en suspenso del imputado.

Pero la actuación del querellante en el proceso penal puede tener otras motivaciones, que directa o indirectamente tienen un fundamento patrimonial.

En primer lugar, sobre todo en las causas por los llamados delitos económicos, la querrela criminal se utiliza como una herramienta de presión en la negociación civil o comercial. Frente a incumplimientos contractuales o negativas a restituir, se amenaza con la denuncia penal por estafa, retención indebida o administración fraudulenta, con el propósito de lograr que la contraparte cumpla su obligación. Cuando esto no es suficiente, muchas veces se hace efectiva la denuncia o querrela, iniciándose así procesos penales por cuestiones privadas que

muchas veces culminan en absoluciones que insumen tiempo a los tribunales inútilmente.

Es más, muchas veces durante el desarrollo de la causa penal las partes llegan a un arreglo respecto del litigio civil o comercial originario, y entonces ya nadie tiene interés en proseguir la acción penal, que de todos modos continúa hasta su solución final por imperio de su impulso inicial por el fiscal.

Por otra parte, los querellantes saben que sustanciada una causa penal con el impulso fundamental del propio Estado, una condena en esa sede será de utilidad fundamental para triunfar en sede civil o comercial.

También es frecuente que la querrela penal se formule, sobre todo en causas de gran complejidad probatoria, como una forma de incorporar gratuitamente y con la colaboración del Estado, elementos de prueba útiles para la causa civil o comercial que de otro modo deberían ser obtenidos a costa del querellante y por su exclusivo impulso. Entonces, aún cuando la causa penal termine en un sobreseimiento o absolución, de todos modos el querellante habrá obtenido la prueba que buscaba, para ofrecerla luego en el expediente que realmente le interesa.

Es aplicable a los abogados de la querrela lo mismo que se dijo respecto de los defensores, en punto a la regulación de honorarios. Una actitud conciliadora, comprensiva a la hora de buscar soluciones consensuadas, debería ser tenida muy en cuenta por los jueces al momento de regular sus honorarios.

En el caso que estoy comentando ocurrió algo de esto. Como se dijo, los querellantes particulares estaban concentrados en tres grupos que eran representados por tres abogados distintos. Uno de ellos tuvo una activa participación durante todo el proceso, hizo presentaciones, incluso recurrió o protestó varias decisiones del Tribunal, y finalmente participó durante los seis meses que duró el debate. Los otros dos letrados, si bien tuvieron amplio celo profesional y estuvieron en todo momento al tanto del desarrollo del proceso, fueron más condescendientes con las decisiones tendientes a abreviar el desarrollo del juicio, y su no concurrencia al debate, lejos de ser una demostración de falta de interés, permitió entre otras cosas poder realizar el debate en un ámbito en el que apenas pudimos acomodar a quienes finalmente participaron de él.

Al momento de regular los honorarios, si bien ponderamos la mayor dedicación del primer letrado, no hicimos una diferenciación demasiado grande respecto de los otros dos, entendiendo que todos contribuyeron al resultado final y defendieron, cada uno según su estrategia, los intereses de sus clientes de manera efectiva.

3.e. El proceso penal visto desde la óptica de la víctima

Tuve ocasión en otro lugar de tratar con cierta extensión la posición de la víctima dentro del proceso penal¹⁰.

Salvo un pequeño número de delitos, en general de escasa gravedad, que son de instancia privada o dependientes de instancia privada, la víctima es básicamente un objeto de prueba en el proceso penal. Será obligada a concurrir a la comisaría, al juzgado de instrucción, al juicio oral, a declarar cuantas veces sea citada; deberá enfrentar el temor de encontrarse cara a cara con la persona que cometió un crimen en su perjuicio, ofrecer pruebas esenciales para su condena, como su propio testimonio, reconocimientos en rueda de personas, etc.; y de todo ello lo único que podrá esperar a cambio es una condena a prisión para su agresor.

Si se deja por un momento de lado los delitos más violentos, y se advierte que el grueso de los procesos criminales son por delitos que no suponen una violencia excesiva, como hurtos o robos menores, la amplia gama de delitos de contenido económico (defraudaciones de todo tipo), etc., se advierte que en muchos de estos casos las víctimas podrían verse mucho mejor satisfechas con una reparación económica por el perjuicio sufrido y otro tipo de decisiones (como el desistimiento de acciones en otros fueros interpuestas por el imputado contra la víctima como consecuencia del delito, tales como demandas comerciales, laborales o civiles; la restricción de contacto entre el procesado y la víctima, la retractación pública, etc.).

Si bien no es posible establecer *a priori* un criterio respecto de lo que las eventuales víctimas de delitos podrían pretender como satisfacción del perjuicio sufrido, lo cierto es que hasta hace una década, en nuestro derecho no tenían ninguna posibilidad de escoger, y hoy, la suspensión de juicio a prueba le da esa posibilidad, aunque todavía con bastantes restricciones que conspiran contra su mayor eficiencia.

Esta falta de incentivos de la víctima para involucrarse en el proceso penal en los casos de escasa peligrosidad hace que el índice de denuncias penales en esta clase de delitos sea muy bajo –salvo en los casos en que es necesaria formalmente a los efectos del cobro del seguro-, y que las víctimas no estén demasiado dispuestas a colaborar en la investigación policial y judicial¹¹.

La “Victimología” se desarrolló como ciencia y se plasmó en algunas legislaciones, pero más como un modo de ayudar a las víctimas a sobrellevar los traumas padecidos por el crimen que a velar por la satisfacción de sus derechos e intereses vinculados con la restitución por los daños sufridos; y si bien es cierto

¹⁰ Ricardo M. Rojas, *Las Contradicciones del Derecho Penal*, Ad-Hoc, 2000, especialmente p. 113 y siguientes.

¹¹ Esta apatía y falta de colaboración con la persecución de los crímenes no es privativa de países con sistemas judiciales menos eficientes, sino que se puede advertir también en aquellos que cuentan con los sistemas judiciales y policiales más eficientes y con amplios recursos, como por ejemplo Estados Unidos, Inglaterra, Alemania y el resto de Europa en general. Al respecto, se pueden consultar algunas estadísticas en Ricardo M. Rojas, *Las Contradicciones del Derecho Penal*, p. 174-175.

que para esto último normalmente se recurre al proceso civil o comercial, la naturaleza exclusivamente monetaria de estos procesos impide alcanzar algunos resultados que sí podrían lograrse en el proceso penal.

La mayor participación de la víctima en el proceso penal ofrece mayores posibilidades de negociación en procura de una solución, anticipada a la sentencia definitiva, que permita buscar más acabadamente la satisfacción de las metas de los distintos participantes del proceso. Es interesante ver en este sentido que legislaciones de algunos países latinoamericanos como Colombia, Brasil, Costa Rica o Guatemala, prevén que la conciliación directa entre procesado y damnificado es una causa extintiva de la acción penal en delitos de menor cuantía¹².

Pero al examinar los intereses de la víctima dentro del proceso penal, tampoco hay que olvidar que la mera denuncia penal –aún sin adquirir la calidad de querrelante- muchas veces es utilizada como herramienta en la negociación de cuestiones de naturaleza civil o comercial, y que una vez resueltas estas cuestiones, el carácter de orden público del proceso penal impide culminar con actuaciones que, a veces significan una pérdida de tiempo y recursos del sistema judicial que culminan en una absolución anunciada desde el inicio; u otras veces pueden terminar con una condena por delitos tales como una defraudación por retención indebida de cierta documentación, que no ha sido buscada por nadie, que no cumple ninguna de las finalidades por las cuales se ha justificado al derecho penal, y que por el contrario es susceptible de provocar varios perjuicios.

3.f. El proceso penal visto desde la óptica de las personas ajenas a él.

Si se entiende por sociedad como todas las demás personas que no están involucradas en la causa, se pueden encontrar varios efectos que el desarrollo de un proceso penal puede provocar en los terceros.

Por una parte, fuera de ese proceso penal existen potenciales criminales, respecto de quienes la forma en que se solucionan los casos penales tiene el mismo efecto que los precios en la toma de decisiones del mercado.

El análisis de costo-beneficio que puede hacer un potencial criminal frente a la decisión de cometer o no el crimen, supone, por una parte, ponderar el beneficio esperado por el crimen, y por otro, el riesgo de ser detenido, y en su caso, la severidad de la pena que le puede esperar. Por supuesto que existen motivaciones distintas que llevan a cada persona a cometer un crimen, y además cierto tipo de crímenes supone un estado de apasionamiento que sustrae a su autor de mayores análisis; pero aún en estos casos, el actor varía las valoraciones que haría normalmente de los distintos factores en juego, no sustituyendo la ponderación costo-beneficio, sino lo que considerará costo y beneficio en el caso concreto.

¹² Ricardo M. Rojas, op. cit., p. 182-183.

Cuando las señales que el sistema judicial envía al mercado de la criminalidad indican que los costos de cometer crímenes son bajos, probablemente ello alentará a que delincuentes potenciales se conviertan en delincuentes actuales. Estas señales pueden darse por dos motivos: porque las penas impuestas son bajas, o porque la tasa de impunidad es alta. Como enseñó Cesare Beccaria hace más de doscientos años, esta última variable es la que más profunda impresión causa en los potenciales criminales¹³.

Si el sistema judicial es eficiente, las causas se instruyen y se resuelven con celeridad, la sensación de impunidad disminuye y el costo de la criminalidad aumenta, logrando de ese modo un efecto preventivo general superior a la amenaza de graves penas que nunca llegan a aplicarse.

No debe olvidarse además que las sentencias en materia penal, junto con el resto de todas las decisiones judiciales, envían señales a la comunidad sobre el nivel de seguridad jurídica, lo que tiene fuerte impacto sobre muchas decisiones individuales, no necesariamente de índole criminal. Inciden, por ejemplo, sobre el precio de los bienes, los seguros, las inversiones, los gastos en seguridad personal, etc.

3.g. El proceso penal visto desde la óptica del juez

La tarea fundamental de los jueces es administrar justicia resolviendo conflictos de manera legal, justa y razonable.

Esto supone la necesidad de aplicar todas las fórmulas maximizadoras de los recursos escasos, para lograr resolver la mayor cantidad de casos posibles en el menor tiempo.

Los dos fantasmas principales con los que se enfrentan los jueces son: la arbitrariedad de sus sentencias, o la impunidad. Ello se produce, o bien por la realización de malos debates, o bien por la imposibilidad de realizarlos por falta de tiempo o recursos.

En ambos casos existe un factor económico que incide decisivamente: la escasez del tiempo frente a la cantidad de casos que hay que resolver. En tal sentido los jueces deberán compensar la desventaja comparativa en recursos, con la búsqueda de medios consensuados de resolver las disputas del mejor modo posible, liberando tiempo y otros recursos que puedan utilizarse en la resolución de aquellos casos en los cuales la posibilidad de negociación consensuada es más difícil.

Para ello tendrá mucha importancia las herramientas procesales que la ley les ofrezca. Aunque hemos visto con el caso que estoy comentando, que cuando esas herramientas no existen, los propios jueces deberán inventarlas, teniendo como límites el respeto al debido proceso y a las garantías de la defensa en juicio.

¹³ C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1959, p. 249. Citado por Ricardo M. Rojas, op. cit., p. 172

3.h. El proceso penal visto desde la óptica del legislador.

La disminución de un precio se produce por causas que operan sobre alguna de sus dos variables: por un incremento en la oferta del bien o servicio, o por una disminución en la demanda.

Si se trasladan los criterios de análisis económico al propósito de mejorar la administración de justicia, el incremento de la oferta está dado por el aumento en la cantidad de tribunales o de recursos disponibles, y la disminución de la demanda por la disminución de los litigios o la simplificación de los procedimientos.

Históricamente las leyes buscaron paliar las deficiencias del servicio de justicia actuando sobre la oferta, por dos caminos: 1) creando más juzgados, o 2) aumentando los recursos (personal, computadoras, edificios, etc.). El resultado, en términos generales, ha sido el incremento en los costos de la administración de justicia, sin el correspondiente aumento en su eficiencia.

Por ejemplo, la respuesta del sistema judicial a las causas penales complejas, ha sido crear contratos para reforzar el personal del juzgado. Pero ello no pudo evitar que en su mayoría culminaran, al cabo de muchos años –tras acumular voluminosas actuaciones e insumir muchos recursos- en archivos o sobreseimientos.

La oralidad significó un avance en muchos aspectos: por la inmediatez, la transparencia de los juicios, la concentración procesal. Pero también, y por las mismas razones, eliminó el sistema piramidal de delegación de funciones en que se habían convertido los juzgados penales durante el procedimiento escrito. Hoy toda sustanciación y decisión debe pasar necesariamente por la vista de los jueces.

Este avance cualitativo tiene un costo: si no hay delegación, cada juez se verá limitado en cuanto a la cantidad de causas que puede juzgar. Y entonces resulta imposible soslayar una simple ecuación: un tribunal oral de la ciudad de Buenos Aires recibe aproximadamente entre 20 y 30 causas por mes, y puede realizar en promedio dos o tres juicios por semana. Esto significa que, sin soluciones alternativas, más de la mitad de las causas penales no podrían tener otro final que la prescripción.

Siguiendo la lógica de actuar sobre la oferta, la solución sería crear el doble de tribunales, lo que es económicamente imposible. Por el contrario, los intentos serios en el mundo por mejorar el servicio de justicia buscan operar sobre la demanda. Por ejemplo, las estadísticas en Estados Unidos muestran que entre el 80 y el 90% de las causas penales son resueltas antes del juicio, a través de alguno de los procedimientos previstos para ello, fundamentalmente el *plea bargaining*, primo de nuestro juicio abreviado. Si en Estados Unidos se tuvieran que llevar a cabo debates con jurados en todas las causas penales que se inician, el sistema habría colapsado, o sería enormemente más caro e ineficiente.

En la última década, la legislación Argentina ha buscado operar sobre la demanda, a través de la suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado, lo que

se suma a las soluciones que los jueces inventan para hacer el sistema más práctico y eficiente. Sin embargo, existe una fuerte tradición dogmática que mueve a rechazar soluciones utilitarias o pragmáticas en materia penal. La indisponibilidad de la acción, la obligación de denunciar todos los hechos que huelan a delito, la idea de que tanto los fiscales como los jueces deben llegar siempre hasta las últimas consecuencias en el proceso, han sido constantes en nuestra tradición jurídica.

El pragmatismo y el utilitarismo no están en contradicción con el respeto de ciertos principios, pues nada es práctico o útil en el vacío, sino en la medida en que se oriente a obtener determinado resultado. De modo que se puede ser utilitario, buscando una eficiente administración de justicia que se base en el mejor aprovechamiento de los recursos escasos, garantizando a la vez el respeto de la defensa en juicio y el debido proceso legal.

Se busca paliar la impunidad con penas más severas, otorgando mayores facultades a la policía, duplicando controles. Sin embargo, el análisis económico también sirve para explicar que la señal que la impunidad envía al mercado potencial de la delincuencia por tribunales que no resuelven las causas, es mucho más grave que la aplicación de penas leves pero inexorables.

El análisis económico del problema permite advertir que se puede buscar mayor eficiencia disminuyendo la demanda de justicia a través de medios alternativos de solución de conflictos penales, incluyendo la conciliación directa del criminal y la víctima. Sin embargo, la legislación y la jurisprudencia argentinas se orientan cada vez más a restringir las pocas herramientas de negociación disponibles en el ámbito penal.

La mala técnica legislativa de la ley 24.316 al incorporar el artículo 76 bis al Código Penal, permitió adoptar –por vía de interpretación- una tesis amplia respecto de los supuestos de suspensión del juicio a prueba. El criterio restrictivo de la Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario “Kosuta” puso un freno a esta posibilidad, acompañado por muchas voces que se alzaron contra el instituto, aduciendo la necesidad de “endurecer” la respuesta del sistema penal.

Nuevamente el análisis económico muestra que en una gran cantidad de casos, la alternativa a la suspensión del juicio a prueba es la paralización del proceso y la falta de respuesta. Supone consecuentemente incrementar la impunidad y la imagen de inoperancia del sistema judicial, al tiempo que le quita a las presuntas víctimas de delitos la chance de alcanzar alguna forma de reparación, tanto económica como de otra clase, y a la autoridad judicial imponer controles y condiciones al procesado.

La idea de que el sistema judicial debe llevar hasta la última instancia todos los casos, choca con el hecho de que el tiempo que el tribunal insuma en sustanciar dichas causas menores, deberá restarlo a atender a todas las demás que queden pendientes. Es la regla de oro del análisis económico: los recursos son siempre más limitados que las necesidades. Por evitar la impunidad de un lado, se crea impunidad por el otro.

Por su parte, el juicio abreviado nació como una herramienta devaluada, pensada para resolver casos simples y dejar el debate para los más complejos. Sólo procede cuando la pena pactada sea inferior a los 6 años de prisión, y en casos de varios imputados, cuando todos presten su conformidad. El primer requisito parece mostrar la desconfianza en el instituto; el segundo es en principio razonable para evitar posibles prejuizgamientos o sentencias contradictorias, pero podría ser aceptado en casos especiales; como fue el caso "Pico", de acuerdo con las consideraciones reproducidas en la primera parte de este trabajo.

Sin embargo, es precisamente en aquellas causas que insumirían mucho tiempo y recursos resolver, en las que la posibilidad de discutir un juicio abreviado resulta de mayor utilidad. Si un juicio abreviado es constitucional y confiable para resolver una tentativa de robo, también debería serlo para una gran estafa o un homicidio; y probablemente en estos últimos casos es donde muestra su mayor utilidad. Al Capone fue condenado en Estados Unidos tras negociar con los fiscales, no como el jefe de una organización mafiosa, sino como evasor impositivo. Los fiscales consiguieron su objetivo, que era una condena a varios años a prisión; el sistema judicial mostró su efectividad al hacerlo rápidamente y con un costo limitado, y seguramente Capone logró su objetivo de recibir una sentencia menos dura que la que le hubiese correspondido. De haberse realizado un juicio, seguramente hubiese durado muchos años, generado una enorme erogación de recursos, muchos testigos y jurados muertos por la mafia, etc.

En el pasado, el deficiente funcionamiento del sistema judicial era achacado al bajo presupuesto, escasez de jueces, empleados, computadoras. Probablemente convenga poner el énfasis en la intensificación de soluciones alternativas, consensuadas o abreviadas a los conflictos, que logren disminuir la demanda del servicio al nivel de los recursos disponibles.