

## Fallo “Vialidad”, paradigmas punitivos y problemas del derecho penal

Por Leandro Stilman <sup>1</sup>

**Resumen:** *Columna de opinión Jurídico-Penal, sobre el Fallo del caso "Vialidad", sus fundamentos y su contexto político y criminológico a la luz de diversos paradigmas punitivos, en especial el de la lucha contra la corrupción.*

**Palabras clave:** corrupción - defraudación al estado - independencia judicial - imparcialidad - poder judicial, gobierno.

Se van diluyendo los primeros ruidos del veredicto que condenó por defraudación contra el Estado a Cristina Fernández de Kirchner y otros varios ex funcionarios y empresarios, mientras se han dado a conocer los fundamentos del fallo del tribunal.

La democracia se expresa y degrada en demagogia al compás de los aplausos de algunos, por un veredicto de fuerte contenido simbólico, pero cuyas aristas jurídicas le son tan desconocidas e indiferentes a la gran mayoría.

El poder punitivo, o la función organizada de violencia por la que el estado pena determinadas acciones y a

determinadas personas sin un fin manifiesto y/o latente capaz de precisarse del todo, se extiende en una sociedad en crisis, cada vez más compleja y conflictiva, complejidad que la tecnología y la globalización profundizaron cada vez más a lo largo de las últimas décadas.

Frente a este impulso punitivo, se erige el Derecho Penal, manifestación del estado de derecho de antiguas raíces, pero que emerge con energía política y filosófica a fines del siglo XVIII, y por la cual se pretende evitar el desborde total de ese poder punitivo, canalizándolo de modo más o menos racional, evitando que se ejerza de modo caprichoso, tiránico y sin límites.

Ambas fuerzas, poder y derecho, se hayan en constante tensión, la una en franca misión de eliminar el crimen y la inmoralidad y, de ser posible, a los criminales y a los inmorales. La otra, por evitar que, con aquel pretexto, se persiga, se tiranice, se esclavice, o se elimine a cualquier persona de manera arbitraria, selectiva, sin freno alguno.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial, se aceleró la evolución de un nuevo paradigma jurídico de carácter globalizado: Los derechos humanos. Si el derecho penal “legal” tradicional carecía de herramientas para enfrentarse adecuadamente a los impulsos tiránicos del Estado en su lucha con el crimen, la comunidad universal acudió entonces en auxilio de los derechos más elementales del individuo, evitando en la mayor medida posible, que estos derechos sean atropellados por el Estado, y la manera de garantizarlos sería mediante compromisos jurídicos, voluntariamente asumidos por los Estados de manera paulatina, ante la comunidad universal, por los que se obligaría a no atropellar, y a responder en

<sup>1</sup> Abogado y Licenciado en Ciencia Política. Especialista en derecho Penal.

caso de violación. Este paradigma se encuentra en desarrollo, y claramente no es ajeno a tensiones ante cada evidencia de que sus fines solo muy parcialmente han sido alcanzados.

### **Paradigmas punitivos**

Desde el fin de la gran guerra, asistimos a sucesivos paradigmas de la criminalidad, ante la creciente preocupación por las formas organizadas y complejas del crimen.

El primero fueron los procesos por los cuales se abordaron penalmente los crímenes de guerra de los países del eje. Dichos procesos de carácter universal no fueron ajenos a graves contradicciones jurídicas, puesto que aún con la finalidad de canalizarlos por medio de juicios justos, no pudo evadirse la necesidad de juzgarlos mediante figuras penales novedosas (para entonces), creadas ad-hoc, derivadas de un derecho universal aún no manifiesto, y mediante tribunales especiales de guerra, sin mencionar que quedaban excluidas las masacres de los vencedores, todas ellas contradicciones jurídicas, al punto que el muy venerado penalista hispano americano Jiménez de Asúa, sugiriera que ante tal nivel de atrocidad de los crímenes, mejor era reconocer la inevitabilidad de la venganza, que aparentar soluciones jurídicas.

Posteriormente, desde el norte, se impone el paradigma de la lucha contra las drogas, y frente a tal emergencia y flagelo moderno, el poder punitivo no se puede permitir determinadas garantías, lo que redundó en leyes antidrogas que admiten la violación “legal” de casi cualquiera derechos y garantías, so pretexto de combatir el mal. Por vía diplomática, se impusieron réplicas locales de estas leyes en los países del sur, al punto, que la rebeldía de unos pocos importó su llana y directa invasión militar, bajo pretexto de punición del narco, y sus

supuestos cómplices políticos. Este paradigma anti-droga, se extiende hasta el día de hoy, mediante la permanencia de leyes autoritarias, por las que se criminalizan individuos por conductas que en los países que las impusieron, van siendo poco a poco legalizadas. Pero también mediante teatralizaciones que rayan el ridículo, como carteles recompensando la captura de presidentes extranjeros indisciplinados, a las que nunca les falta eco local.

La siguiente de esta sucesión de paradigmas punitivos, fue la lucha contra el terrorismo, donde la emergencia justificada en hechos violentos de enorme impacto mundial, ha permitido el avance del ejercicio punitivo, de modo ya manifiestamente belicista, intervencionista, y con avasallamiento de toda garantía individual que pudiera interponerse en la mesiánica lucha contra un enemigo invisible y pobremente definido. Con este paradigma el poder punitivo perfecciona su armamento “legal”, como la denuncia anónima, la vigilancia de individuos, la provocación, la prueba indiciaria, las escuchas, o la del imputado colaborador o “arrepentido”, que es en rigor una reedición de la confesión bajo amenaza de tortura, que como en lo peor de la inquisición, (o de nuestra última dictadura), se le extrae información útil bajo amenaza de aplicar, o de continuar aplicando una medida insoportable.

### **El paradigma anticorrupción**

Más recientemente, toma fuerza el paradigma de lucha global contra la corrupción. Se identifica, no sin razón, a la prevención y lucha contra la corrupción, como condición esencial de la consolidación y reforzamiento de la democracia. Se establecen y promueven herramientas institucionales de transparencia de gobierno y rendición de cuentas, promoviendo y

facilitándose, además, la participación ciudadana.

Pero, por otro lado, este paradigma tiene su réplica en el sistema punitivo, con la creación de numerosas figuras punibles, que se suman a las tradicionales, y cuya última expresión son las que han transformado en sujetos punibles a personas no humanas, es decir a sociedades comerciales, en la medida en que estas se hubieren beneficiado de cualquier modo, de un hecho de corrupción real o presunto.

Este paradigma se inserta en un ámbito determinado por intrincadas, complejas y constantes luchas por el poder. No puede negarse que un mayor o menor grado de corrupción de la persona, es inherente a toda posición de poder. El ideal de gobernante impoluto, que en todo se auto limita a la más mínima formalidad y moralidad, resulta fantasioso, en especial en un ámbito donde se cruzan y chocan los más ambiciosos intereses de todo tipo. Presuponerlo es atribuir o exigir al gobernante y/o funcionario una condición moral muy superior a la del ciudadano, lo cual no solo es falso sino peligroso, pues da ocasión al ascenso de salvadores mesiánicos. La lucha interesada por el poder y los recursos son una realidad que reconocieron tanto Hobbes en Inglaterra, al equiparar al hombre con el lobo, como los constitucionalistas de los Estados Unidos, al diseñar un sistema de gobierno, que pudiera contener y equilibrar las pasiones e intereses de los partidos.

No es de extrañar, en esa lucha encarnizada de intereses que, así como los otros paradigmas punitivos de lucha contra el mal, se han utilizado como pretexto para implosionar el estado de derecho, violar los derechos del individuo, vigilar a la población, e intentar imponer modelos de

conducta moral y control social, y en fin, para aumentar sin límite el poder de unos pocos sobre el resto, del mismo modo, esas mismas armas punitivas, sean empleadas bajo el paradigma de lucha contra la corrupción, como forma de aumentar poder por fuera de las reglas de la contienda democrática, criminalizando y proscribiendo a rivales políticos.

De este modo, aquel que cuente de su lado, con más cantidad de armas de criminalización (influencia en los poderes del estado, policías, servicios de inteligencia, operadores de la justicia, medios de comunicación, capacidad financiera), mayores posibilidades tendrá de formular e imponer un discurso que vincule al adversario con la corrupción y canalizar ese discurso en procesos de investigación y juzgamiento formales destinados a correrlos del camino.

### **El caso “vialidad”**

Ante el peso del discurso, y de toda la puesta en escena, los criminalizados no pueden defenderse argumentando que los hechos imputados, no pasa(rían) de la habitual distribución y asignación de recursos conforme a intereses partidarios y/o de grupo, comunes a todos los gobiernos habidos (democráticos o de facto), puesto que ello sería una confesión del pecado. Tampoco sirve de mucho, recordar que los actos pasados de corrupción de quienes patrocinan su criminalización son aún peores, más groseros y probablemente perjudiciales para la gran mayoría. Así, la discusión pública se fractura en una dialéctica falsa y simplificada de verdadero-falso, culpable o inocente, corrupto juzgado o víctima del poder real, entre parcialidades irreconciliables a las que poco les importa profundizar en la problemática.

A su vez, son pocos los magistrados del poder de justicia, que, de un modo u otro no se encuentran vinculados o esclavos de intereses privados y/o políticos. Estos vínculos que se cultivan en el secretismo de las oficinas y clubes privados, pero van saltando a la luz en tiempos recientes, por medio de evidencias groseras, para horror y asombro solo de algunos, pero indiferencia de otros. Los magistrados que intentan demostrar independencia, son rápidamente disciplinados, resultando al final pocos los que la conservan

Bajo ese contexto, la puesta en escena mediático-judicial, con la pretensión de criminalizar a todo un régimen de gobierno popularmente elegido, reduciéndolo discursivamente a una burda y llana Asociación Ilícita, y todo ello coronado de alegatos disfrazados de devoción patriótica, no puede menos que sembrar al proceso, y su resultado, de todo tipo de dudas de parcialidad e intencionalidad política.

A ello debe adicionarse dos cuestiones: 1) la falta o inadecuación de las herramientas del derecho penal “clásico” para abordar objetos a criminalizar de tamaño dimensión y complejidad, resultando en que sea forzado su sentido, y por el otro, 2) la fuerte incidencia del factor criminalizador mediático, el cual sin dudas opera de manera claramente metódica y racionalizada, en lo que respecta a procesos de criminalización de adversarios políticos, lo que cumple la doble función de influir en la opinión pública, y ejercer presión sobre operadores judiciales, cuando estos no son lisa y llanamente socios en la empresa criminalizadora de adversarios, todo lo que termina por fulminar cualquier confianza que se pudiere depositar en la justicia de las decisiones judiciales, aun cuando algún que otro magistrado, guardare íntimamente las mejores intenciones.

Se busca el juzgamiento y condena, de un numeroso círculo de personas que formaron parte como dirigentes, funcionarios y/empresarios vinculados, al gobierno democráticamente electo comprendido entre los años 2003 y 2015. La imputación resulta tan abismalmente abarcadora, como intencionada e imprecisa. Los extensos fundamentos de 1600 páginas de las condenas a todos o casi todas estas personas, constituye sin dudas un enorme esfuerzo argumentativo, destinado a fundar un veredicto de culpabilidad anunciado muy previamente.

Sin embargo, a poco que se avanza en su lectura, resulta que la enorme prueba documental, pericial y testimonial, producida durante el juicio, no sobrepasa, y así lo reconoce el tribunal, de la prueba indiciaria o probabilística, sobre la cual el juzgador, mediante informaciones estadísticas, insinuaciones, idas y vueltas conjeturales, ha alcanzado una supuesta convicción de culpabilidad, para una hipótesis delictiva sumamente compleja, que con dicha clase de elementos no suele alcanzarse ni siquiera en procesos penales más simples, mucho menos, en una figura con complejos presupuestos objetivos de tipicidad, como la defraudación. Para ello, no puede evitar caer en numerosas contradicciones, que denotan la dificultad de justificar suficientemente, sobre los hechos, un veredicto previamente decidido.

Incluso el juzgamiento de hechos simples suele presentar severos problemas de imputación, puesto que no suelen darse en la realidad los llamados “casos de laboratorio” y la realidad siempre desafía la tarea de subsunción legal, de las conductas. Ante la duda, los casos deben resolverse conforme al “*in dubio pro reo*”, lo que en realidad solo ocurre de manera excepcional, por el contrario, se alcanzan condenas con

vacíos probatorios, subsunciones forzadas, repetición de fórmulas dogmáticas, todo ello según la selectividad del criminalizado, la gravedad del hecho, o el riesgo de escándalo ante una eventual absolución, lo exijan.

El fallo vialidad es ejemplo de todo ello, aún con mayor intensidad dada la inmensa complejidad de las imputaciones pretendidas, y el trasfondo político que lo caracteriza.

Así, por citar un ejemplo, si al comienzo del fallo, se reconoce expresamente, el ámbito de exclusividad no judicializable, en cabeza del poder ejecutivo para orientar el sentido de gobierno y las políticas públicas, asignando recursos allí donde los considera necesarios o convenientes, más adelante cita el sentido de dichas políticas públicas numerosas veces, como indicio de culpabilidad, con pretensa justificación en estadísticas de las que alude repetidamente que *"no dan lugar a duda"*, pero que objetivamente no demuestran causalidad dolosa en absoluto.

Son numerosas también las contradicciones lógicas, como las conclusiones que se fundan en hechos que solo se presumen a partir de dichas conclusiones, como también numerosas argumentaciones circulares, los cúmulos de elementos destinados a inducir, y que perfectamente podrían justificar conclusiones opuestas, todos ellos vicios lamentablemente también frecuentes en otros muchos fallos de la justicia penal.

Lo señalado no implica emitir un juicio sobre la veracidad y/o exactitud de las imputaciones, ni sobre su significación penal ni sobre la magnitud del perjuicio si lo hubo.

De lo que no existe la menor duda, es que el paradigma anticorrupción, del mismo modo que los demás paradigmas criminales

fueron emplearon por diversas elites locales o foráneas, o ambas asociadas, para abusar del poder, este sin duda es empleado para proscribir adversarios políticos, al menos por los grupos que cuentan con redes complejas de poder en el complejo judicial-comunicacional, realidad de la que surgen a la vista numerosos ejemplos en la región.

De hecho, bajo el estándar de prueba indiciaria empleado en este proceso (con el que jamás se alcanza a condenar y ni siquiera a procesar, a poderosos grupos económicos), se ha alcanzado una condena por una vía y de tal modo, que si dicho estándar fuere empleado contra quienes patrocinan este proceso, en los numerosos y visibles casos denunciados de corrupción que los tiene por beneficiarios, estos ya estarían numerosas veces condenados.

Sin embargo, esas causas no avanzan puesto que, a dichos patrocinadores, los encubren sus socios mediáticos (discurso) y judiciales (proceso formal), a esta altura sin siquiera guardar las apariencias, demostrando que no se trata ni más ni menos, en el fondo, y tras la débil fachada de republicanismo, de una cruda lucha por el poder, en la que vence el que maneja más medios de comunicación, más dinero, más relaciones con el poder extranjero, y lamentablemente, más jueces.