

XXXV JORNADAS ACADÉMICAS DE LA COMISIÓN DE
ABOGACÍA JOVEN DEL COLPROBA AÑO 2024

- **COMISIÓN:** Derecho Penal y Procesal Penal

- **TEMA:** EL HOMBRE COMUNICACIONAL COMO LA BASE DEL SISTEMA Y MEDIOS DE PRUEBA QUE LO DEMUESTRAN
-

- **PONENTE:** COSIMATTI MARIA EMILIA (DNI 40.864.834)
- **INSCRIPCIÓN PROFESIONAL:** COLEGIO DE ABOGADOS DE MAR DEL PLATA T° XVIII F°384

- **DOMICILIO:** TERMAS DE RÍO HONDO 1584, MAR DEL PLATA, PROVINCIA DE BUENOS AIRES

- **TELÉFONOS:** 223-5032592

- **CORREOS ELECTRÓNICOS:** abogadacosimatti@gmail.com



EL HOMBRE COMUNICACIONAL COMO LA BASE DEL SISTEMA Y MEDIOS DE PRUEBA QUE LO DEMUESTRAN

ABSTRACT.

Ver al hombre susceptible de ser sistematizado es un error conceptual: no hay ser mas equívoco, más imperfecto, mas condicionante e influenciado que él mismo. Es por eso que sería importante rever su rol ante la delincuencia, su predisposición a ésta, y sobre todo el intento de poder prevenirla dentro de la sociedad, insertando nuevos medios probatorios que logren abrir el panorama de análisis del delito.

DESARROLLO

En la teoría del funcionalismo, se estudia la realidad social tal y como la encuentra, concentrándose en el “cumplimiento de una función social”; intenta comprender como cada elemento de la sociedad se articula con los demás, formando un todo y ejerciendo una función dentro de esa sociedad.

En la misma línea se comprende que un sistema social está compuesto por subsistemas tales como el biológico, el cultural, el social y la personalidad. Cada subsistema es independiente, pero interactúan constantemente entre si en equilibrio para conformar el sistema que lo abarca. Según Parsons, la acción social surge del actor interactuando en el escenario de otros actores, cumpliendo un rol dependiendo de dónde se encuentre; lo cual depende de la edad, el sexo, el rol y los caminos que optemos en la vida. Sin perjuicio de que el actor como titular de la acción pueda ser individual como una sola persona o colectivo, que depende de los otros actores del escenario.

En este pensamiento, el actor es considerado un subsistema, el cual actúa dentro de determinados márgenes impuestos por la sociedad; condicionado por los objetos que la component (sociologicos, fisicos, culturales y sociales) y y el funcionamiento que posee (catético, cognitive y evaluativo).

Fue Luhmann posteriormente quién pudo determinar un componente definitivo de la sociedad: las comunicaciones, y no los seres humanos en si. Todo se transmite mediante la

comunicación, y a través de ella es que la sociedad es posible y funciona por intermedio de los individuos, quienes son partícipes y ejecutores de una comunicación que los trasciende, sus actos son expresiones de un sentido social.¹

Para comprender la idea, se llega al termino de “acoplamiento estructural”, cuando se habla que la sociedad se compone por un sistema psíquico, que serían los individuos, y social, que es la comunicación por la cual se relacionan.

En definitiva y lo que nos compete es en dónde se encasilla el Derecho. Según este autor sería un subsistema en el que “es comunicación y nada más que comunicación”², ya que es quien procesa autónomamente información, crea sus mundos de sentido, se fija objetivos y fines, construye su realidad define expectativas. Es autopoietico (es decir que se reproduce en si mismo) y que no depende de la ética, de la moral de la política, no produce obras de arte, ni cura enfermedades ni distribuye noticias, pero no podría existir si todas estas cosas no se dieran; depende en gran medida de su entorno.

Es una forma de reducir el “caos” en la comunicación entre seres humanos, estabilizando unos mínimos y excluyendo ciertas posibilidades de comportamiento. De alguna manera, el derecho es el conjunto de expectativas – que se reúnen mediante la comunicación- que la sociedad tiene sobre el comportamiento de los individuos. La confianza es el mecanismo de reducción de la complejidad social, que mediante la comunicación posibilita alcanzar un nivel de seguridad creando expectativas, es decir, qué es lo que cada sujeto con su comportamiento quiere transmitir. No solo se espera algo del otro, sino que también se valora lo que la propia conducta significa para el esperar ajeno; con lo cual el derecho trae seguridad a lo que se espera del comportamiento propio y el ajeno, bajo pautas comunes.

Las expectativas normativas serian aquellas que no se modifican en caso de no coincidir con la realidad, como si pasa con las expectativas cognitivas. Entonces solo podemos hablar de sociedades cuando el derecho garantiza al sujeto un cierto horizonte conforme al que orientarse, como la garantía jurídica de este tipo de expectativa; si bien ésta no garantiza el éxito de los contactos sociales, disminuyen las posibilidades del fracaso, lo que hace que la defraudación no provoque que la sociedad abandone la expectativa.

¹ El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs. Por Estuardo L. Montero Cruz

² El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs. Por Estuardo L. Montero Cruz

La norma, que sería la expectativa según Luhmann, no promete una conducta conforme a derecho, pero protege a quien la espera. En conclusión, entonces puede pensarse que la pena es un mecanismo que, si no se impone, se destruye la confianza de los ciudadanos en las normas.

Para concretar con la idea de que la comunicación es el subsistema principal de la sociedad, cabe mencionar a Jakobs,³ el cual define el delito como comunicación defectuosa y/o defraudación de expectativas, y no como lesión de bienes, sino la lesión de la vigencia de la norma; la pena entonces como la manera de mantener dichas expectativas.

En otras palabras, la pena es la forma en la que el sistema social trata a las defraudaciones a costa del infractor, cumpliendo una función de estabilización normativa. Ésta expresa que los sujetos puedan confiar en un registro establecido y común y que cuando una de las expectativas de comportamiento ajeno se frustra, no es porque estén en un error o porque las reglas comunes no sean tales, sino porque alguien se sitúa al margen de ellas de manera deliberada.

El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro.

En esta línea de inteligencia entonces el derecho penal vela fundamentalmente por la parte esencial y básica de las normas y solventa así la subsistencia de las normas que estructuran la base de lo social, como una tarjeta de presentación de una sociedad altamente expresiva.

El desafío de la presente ponencia es abrir un abanico de posibles formas de prevenir el comportamiento delincuencia dentro de la sociedad, que no sea la “seguridad” secuencial de la pena, sino más bien un sentido más profundo.

Si la comunicación es el subsistema principal, ¿Cuál es el error comunicativo que desvía el comportamiento? ¿Qué información comunicacional puede ser relevante a la hora de determinar la autoría y la explicación de la misma?

Con la evolución social, humana y digital, las actividades ilícitas se fueron modificando y expandiendo, abarcando así casi cualquier ámbito del mundo moderno. Es aquí donde surge la necesidad de nuevos medios de prueba. Si bien dan paso a distintas discusiones sobre su valoración, permiten que otros factores incidan a la hora de determinar estas cuestiones.

Taruffo cuando habla de la relevancia, refiere en que son relevantes todas aquellas evidencias que ofrecen una base cognitiva para establecer la verdad de un hecho en litigio, es decir una información sobre un hecho que sea superior a cero. Los jueces, entonces, tendrán que evaluar si

³ Libro homenaje al profesor Günther Jakobs – El funcionalismo en derecho penal. Eduardo Montealegre Lynett Pag. 27

los medios ofrecidos logran el resultado que se espera de ellos, definiendo así si cumple con el objetivo de demostrar el hecho.

En los tiempos que corren, el enfoque sociológico se ha esparcido a mansalva. Ya la realidad no es únicamente lo que a simple vista se ve o se interpreta, sino que comienza a estudiar al humano desde su vínculos sociales- actuales y ancestrales- hasta su individualización. Esta perspectiva, fenomenológica, ayuda a llegar al trasfondo del sujeto, y por ende a la actividad delictiva que haya cometido. Comprenderá así no solo los elementos facticos del hecho, sino aquello que lo impulsó al hacerlo, de dónde proviene su predisposición; básicamente cómo se formó en su materia gris la voluntad y el pensamiento desarrollado que dio como resultado el delito en sí.

Diversos medios de prueba encuentran su razón de ser en la psicología social, y en su interacción con el factor comunicacional que según Luhmann integran al sistema:

La Grafología penal: Tendencias delictivas y patológicas: su incumbencia en la criminalística permite conocer, junto con otras ciencias, distintos factores determinantes del individuo, como acceder a su subconsciente y descubrir el origen de sus manifestaciones, determinación del temperamento, carácter, personalidad, reconocer la presencia de hechos traumáticos y en que lo afectó, inferir sobre su estado de salud, física, psíquica y social. A su vez, permite conocer su iniciativa, constancia y voluntad, y hasta reconocer el estilo de pensamiento e inteligencia que dispone⁴. Tanto a través de la realización de la prueba como de su omisión podemos observar la actitud que el sujeto tenga sobre sí mismo y su entorno. Se considera que la reticencia de practicar la prueba por el sujeto en cuestión, muestra una falta de confianza aguda en sí mismo o hacia el examinador; en cambio la predisposición positiva a realizarla, que responder normalmente y comienzan la tarea sin ningún tipo de bloqueo, la prueba no pone en manifiesto ningún complejo en forma demasiado evidente.

La pericia en cuestión evalúa, a través del trazo al escribir, la tendencia delictiva que tiene quien la realiza, tanto en su continuidad, su dirección, la forma, la presión ejercida, la velocidad, la dimensión, entre otros.

A modo de ejemplo, la ciencia explicaría que el factor de dirección del trazo, reflejaría los estados de ánimos del escribiente, su humor y tolerancia a la frustración. La dimensión se referiría a la magnitud de las tendencias del ser que escribe, mostrando hacia donde se expande, primeramente, si hacia lo ideal, afectivo o instintivo; también podrá demostrar el grado de solidaridad y autoconfianza que posee.

4 Grafología penal, tendencias delictivas y patológicas – Elena B. Gewer; pags. 32,33.

La práctica de este medio de prueba puede comprender desde la escritura de palabras, así como de símbolos y dibujos, que según sus características se expondrá las cualidades incluso más ocultas. Cualquier trazo sería plausible de evaluación, ya que encontraríamos respuestas hasta en líneas – que podrán ser seguidas sin interrupción o vacilantes en caso de que el sujeto pase del pensamiento a la acción sin vacilar o que sea vulnerable a acontecimientos de la vida y busque apoyo aun perdiendo su independencia-. Las líneas entrecortadas indicarían problemas respiratorios, fatiga, estrés, necesidad de analizar y revisar lo hecho; o líneas circulares que considerarían tendencias narcisistas.

Desde el punto de vista factico, la grafología forense por ejemplo puede analizar la personalidad de quien comete un delito abarcando el tiempo comprendido desde antes de llevar a cabo su acción delictiva, hasta el momento posterior al hecho, y luego ayudarlo a insertarse nuevamente en la sociedad.

La grafopatología sería complementaria con el resto de las ramas, ya que permite observar tendencias patológicas que pueden dejar sus improntas en los trazos de la misma escritura; aunque no llegando a diagnosticarlas.

No debemos mantener la postura escéptica ante la eficacia de este medio probatorio, ya que encontramos dentro de él ventajas tales como prescindir de la presencia física del sujeto en análisis a la hora de evaluar. Tampoco hay que perder de vista en que en su esencia es un método científico sistematizado, pudiendo aportar conocimiento objetivo.

Por último, permitiría a la Justicia otorgar penas más justas y organizar un sistema penitenciario más adecuado de acuerdo al estudio de los comportamientos, y por sobre todas las cosas, podría ser empleada para ayudar al habitante carcelario a adecuar su conducta, potenciando sus aspectos positivos para retornar a la sociedad⁵

La pericia antropológica:

Volviendo a ver al hombre como parte de una sociedad e influenciado por ésta, es que se desarrolla científicamente éste medio de prueba; con intenciones de informar al juez – que naturalmente desconoce sobre la mayoría de los ámbitos especiales en que se pericia- conocimientos sobre la cultura de un grupo, su manera de pensar y comunicar, describiendo así la relación intergrupal y el respeto y consideración que tiene por las normas y reglas de vida.

Particularmente, se preocupa por decodificar ciertos significados de una conducta o comportamiento que se encuentra encriptado en una cultura diferente a la que “comúnmente” se conoce.

5 Grafología Forense aplicada a la Criminalística. Roberto Jesús García.

Su importancia radicaría a la hora de determinar la culpabilidad o la individualización judicial de la pena, ya que, la demostración de pertenecer a un grupo étnico o culturalmente “diferente” podrían actuar como causas de justificación que permitan explicar el comportamiento delictivo del sujeto. ; sumado a la necesidad de acreditar la pertenencia a éste grupo y poderla utilizar como tal. Es decir que, probada la pertenencia se evaluará, en su caso, si una diferencia cultural pudo propiciar o condicionar una conducta tipificada como delito en la sociedad codificadora, aunque desde la perspectiva cultural del autor del injusto, no lo haya sido.⁶

No está demás aclarar que, para considerar que se actúa bajo las premisas de una determinada cultura, se debe estar condicionada de poder demostrar que la motivación cultural tenga una dimensión objetiva; es decir que la razón cultural no provenga de la ética individual del autor, sino que sea expresión del sustrato cultural consolidado del grupo de pertenencia.

La pericia antropológica permitirá también determinar el nivel de comprensión del autor a la hora de cometer el ilícito; determinar cuál es su estado cognitivo con respecto a esa actividad y de qué depende. No podría acusarse de la misma manera a quien acaba de emigrar a una sociedad completamente diferente a la suya, con alguien que, a pesar de haber pertenecido al mismo grupo étnico o cultural, se haya escolarizado o convivido en sociedad por un tiempo prolongado y razonable para adecuarse a las normas de convivencia.

¿Cómo es el medio probatorio de esta prueba?

Las herramientas con las que se lleva a cabo son tres: la observación participante (recolectando datos mediante la participación del sujeto en el mundo social de las personas a que se estudia, visualizando sus acciones e interacciones con los demás integrantes; con el objetivo de poder adaptar los conceptos teóricos que se tienen a una realidad en concreto); La entrevista antropológica, que intenta hablar con la gente sobre lo que sabe , piensa y cree, anclado en información biográfica, al sentido de los hechos, opiniones, emociones, como también normas y estándares o valores que sostienen como ideales. Por último, la historia de vida, donde se analizará las experiencias de una persona a lo largo del tiempo, incursionando en sus recuerdos conscientes e inconscientes de sucesos o situaciones en las que pudo haber participado, la interpretación que sostiene por esas experiencias, pudiendo evaluar genérica y particularmente, la singularidad del individuo y su comunidad.

Un ejemplo trascendental de cómo fue utilizado este medio fue en el ámbito del common law, precedente “People v. Chen”, por la Suprema Corte de Nueva York. El hombre, Chen, de origen chino, mató a su esposa después de que esta le comentara que había cometido adulterio. Una de

6 El valor de la Pericia Antropológica en el Proceso Penal en los casos de delitos culturalmente motivados- Cesano, José D. Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Tomo LIV. 2015/2016.-

las evidencias que presentaron fue un experto llamado Burton Pasternak, profesor de antropología, quien testifico que, en la cultura china, el adulterio era una mancha imborrable para el marido, sus antepasados y su progenie, aunque no conocía algún otro caso similar cuyo castigo de la mujer haya traspasado la muerte. Según esta cultura, sería inaceptable que una mujer traicione a su marido, el cual, si no reacciona es considerado un débil y un fracasado.

El contexto del homicidio rondaba en que se habían mudado a EE.UU hacía un año, y residían en un barrio chino, con lo cual pareciera que fuese la única “solución” posible para evitar el estigma de la comunidad de origen. En particular, a solicitud del tribunal para que comparase la reacción de Chen frente al adulterio de la mujer con la del ‘marido medio americano’, Pasternak no dudó en afirmar que *‘en términos generales [...] se puede esperar que un chino reaccione en estas circunstancias de un modo más voluble y violento que un sujeto perteneciente a nuestra sociedad’*. ‘Si este delito hubiese sido cometido por un sujeto nacido y criado en América o incluso nacido en otro sitio, pero criado principalmente en América, incluso en la comunidad china, el Tribunal no habría tenido dificultad en reconocer al imputado como culpable de homicidio en primer grado. Pero este Tribunal no puede ignorar [...] la gran influencia y la fuerte presión del testimonio del Dr. Pasternak, que es quizá el mayor experto en América en relaciones intrafamiliares de la cultura china’. Como afirma el juez Pinkus, ‘Dong Lu Chen es el producto de su cultura [...]. La cultura no excluye la responsabilidad, pero es algo que lo ha hecho sucumbir más fácilmente. Ha sido el factor desencadenante’”. Por esta razón el imputado fue declarado culpable de homicidio de segundo grado; lo que permitió su sentencia a una pena de libertad condicional durante cinco años.

CONCLUSIÓN

A modo de concluir la ponencia, considero que la comunicación es la base social por excelencia, que permitirá transmitir infinidad de aspectos relevantes en el asunto. Así mismo, el escepticismo ante los nuevos medios probatorios solo haría que nos quedemos detrás de la evolución, como se mencionó, social y digital. Esto importa ir un paso detrás, no solo de la investigación de los delitos, sino también de las medidas que se pueden tomar a modo de prevenir su comisión, es preferible prevenir que curar, y el mundo moderno lo está demostrando.

Cada uno de los medios probatorios injiere de distintas herramientas sorprendentemente útiles para la determinación de la culpabilidad, pero también para poder pensar más allá de ella, establecer nuevos factores que amplíen la mirada hacia el sujeto – delincuente o potencialmente delincuente- y cómo en él influyen muchos condimentos a la hora de comportarse como tal. No quedarnos tan solo como un acto de rebeldía o no sujeción a las normas ni a la sociedad; examinar por qué la marginalidad se convierte día a día en un sesgo completamente cotidiano, y qué

podemos hacer para achicar el espacio que, a veces mentalmente y otras veces fácticamente, nos “separa” o “distingue”.

PROPUESTA

Como diversos medios de prueba tales como allanamiento, requisas, o declaraciones y testimonios, considero oportuno que en la siguiente modificación del Código Procesal Penal se incluya el articulado que regule estos medios propuestos, con sus respectivas disposiciones y limitaciones prácticas, para que puedan ser utilizados de forma consciente y en pos de respetar las garantías constitucionales ya reconocidas; y porqué no, ampliar su perspectiva.

Propongo que la legislación se agiorne a ésta visión preventiva del delito, y no solo remediar su resultado. Así mismo que jurisprudencialmente se tenga más en cuenta, con el objetivo de impartir penas más justas y poder adoptar un sistema penitenciario acorde realmente a la resocialización del sujeto en sociedad, como uno de los fines del derecho penal.