

El Reporte

Director: Jorge Pflieger



SUMARIO

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| EL CINE, LA CULPA, EL MIEDO, por Jorge Pflieger | 2 |
| UNA TARDE EN EL SALÓN LITERARIO, por Alberto Ricardo Dalla Via | 3 |
| ESCUELA JUDICIAL DEL CHUBUT, EL MODELO DOGMATICO Y SU INSUFICIENCIA. LA ACTUALIDAD INTERPRETATIVA, por Jorge Luis Früchtenicht | 4 |
| EL ROL DEL DEFENSOR EN EL NUEVO MODELO DE PROCESO PENAL, por Mónica Rodríguez | 5 |
| AMPARO AMBIENTAL. EJECUCIÓN Y MODALIZACIÓN DE LA SENTENCIA, por Jorge Luis Früchtenicht y Claudio Alejandro Petris | 9 |
| EL PROCESO CONTENCIOSO EN EL MARCO DE LA LEY DE PARTIDOS POLÍTICOS DEL CHUBUT, por Juan Gerber | 10 |
| DEJAR QUE SUCEDA, por María Carolina Arrigone | 11 |
| FUNCIÓN SOCIAL Y ÉTICA DE LOS ABOGADOS Y MAGISTRADOS JUDICIALES RESPECTO DEL ORDEN JURÍDICO-INSTITUCIONAL, por Adela Lucía Juárez Aldazábal | 14 |
| CURSO DE INTRODUCCION CRIMINALÍSTICA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS UNPSJB | 16 |
| EL PROBLEMA DE LA GESTIÓN JUDICIAL. ALGUNAS IDEAS, por Jorge Pflieger | 17 |
| BALADA DE LA CÁRCEL DE READING, por Oscar Wilde | 20 |

EL CINE, LA CULPA, EL MIEDO

POR JORGE PFLEGER:

Ministro del Superior Tribunal de Justicia del Chubut.
Director de la Escuela de Capacitación Judicial.

El cine, el buen cine y aún el malo, constituye una estupenda manera de aprendizaje. Enseña, por aceptación o repugnancia. La imagen y el sonido perseveran en la memoria más que la letra impresa del periódico o del libro, mal que nos pese. Esa es la razón de su importancia y de su peligro. Constituye, porqué no decirlo, una impresionante herramienta política; una insustituible máquina de penetración ideológica. Bien lo sabían los nazis que hicieron un culto del audiovisual de la mano de aquella excelsa y repudiable creadora que fue Leni Riefenstahl, autora de la apologética "El triunfo de la voluntad" de 1935, una exaltación del totalitarismo racista alemán. Lo saben quienes, con la cámara, exacerbaban el heroísmo estadounidense en la guerra de Vietnam (con la honrosa excepción de "Apocalipsis ahora") o en las del oriente más cercano. Para digerir la derrota en un caso; para ocultar la vergüenza y la perspectiva del fracaso, en el otro. Lo sabemos quienes disfrutamos de Buñuel, Goddard, Peckinpah o Almodóvar, trasgresores impenitentes y maravillosos.

Pero esto no es un homenaje al cine; para nada. Lo dicho es sólo una excusa para traer un monólogo de antología que el actor David Strathairn, en el papel de Edward R. Murrow, despliega en la película "Buenas noches, buena suerte" del director George Clooney.

Edward Murrow fue un famoso periodista norteamericano del medio radial y televisivo que afrontó y se enfrentó en la década de los '50 al infame senador Joseph Mc Carthy, un chauvinista alcohólico, infame e ignorante, mentor del tenebroso "Comité de actividades anti-norteamericanas", que llevó hasta el paroxismo una batalla imaginaria contra la penetración comunista en EEUU, sublime excusa para la persecución política del mundo liberal

y progresista, que condujo -entre otras cosas- al exilio del gran Charles Chaplin, una de sus tantas víctimas, y dio color a la frase "caza de brujas".

En la película, que es un documento histórico, Murrow espeta a su verdugo moral, más o menos lo siguiente: "...no vamos a ser impulsados por el miedo en la era de la sinrazón, si queremos profundizar en nuestra historia y nuestra doctrina y recordar que no somos descendientes de hombres temerosos... De los hombres que no temían a escribir, a asociarse, de hablar, y de defender las causas que eran, por el momento, impopulares... Las acciones del Senador de Wisconsin y sus acólitos han causado alarma y consternación entre nuestros aliados en el extranjero, y llevado tranquilidad a nuestros enemigos... Y de quién es la culpa. Pues no ha sido realmente suya, él no ha creado esa situación de temor, simplemente la ha explotado, y con éxito... Casio tenía razón: 'La culpa, querido Bruto, no está en nuestras estrellas, sino en nosotros mismos...'"

Así había hablado Casio a Bruto en el drama de Shakespeare, "Julio César".

Los argentinos estamos acostumbrados a temer. Muchas y buenas razones nos han infundido y nos infunden temor. Sencillamente estamos acompañados del miedo, es parte de nuestra vida. Los métodos brutales de la represión política de los '70, la memoria de la Semana Trágica, la evocación de las policías bravas de los gobiernos variopintos, la sempiterna violencia física o moral usada como mecanismo del poder político, las crisis económicas, la oscuridad de una cultura atada, todavía, al medioevo; la prohibición como regla; el pecado y la expiación, han calado hondo. Por eso, en nuestro interior, hay esa cosa que nos hace pensar que si hacemos o decimos libremente,



ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL

Director

Jorge Pflieger

Secretaria Académica

Nadine Isabel Laporte

Integrantes del Consejo Consultivo

(elegidos por el voto de sus pares,
mandato junio 2006-junio 2008)

Puerto Madryn

Carlos Bellorini
Lucio Brondes

Trelew/Rawson

Rodrigo Freire Méndez
Juan Gerber

Esquel

Claudio Petris
Anabel Rodríguez

Comodoro Rivadavia

Silvia Alonso
Laura Nogués

Sarmiento

Tomás Malerba
Andrea Vázquez

Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales

Daniel Pintos
María Marta Onaindia

Procuración General

María Tolomei

Defensoría General

Arnaldo Hugo Barone
Luis Paoloni

Editor

Sergio Pravaz

Ejemplar Ley 11.723. Registro
de la Propiedad Intelectual N°
241116

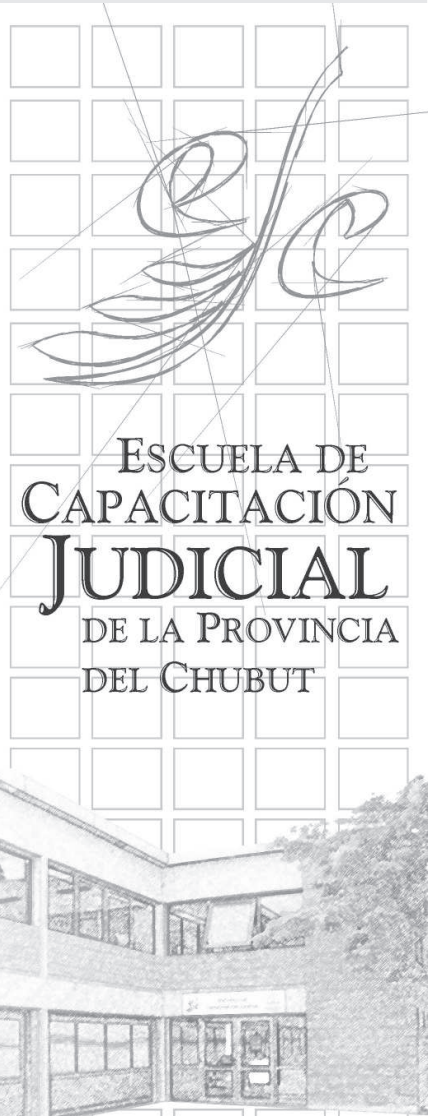
Esta publicación es propiedad
de la Escuela de Capacitación
Judicial Chubut - Argentina.



Imagen de tapa:

José Ingenieros

1877 - 1925.
Médico, filósofo
y escritor argentino.



ESCUELA DE
CAPACITACIÓN
JUDICIAL
DE LA PROVINCIA
DEL CHUBUT

Rivadavia y Jones

Tel./Fax: (02965) 484723

E-mail: escuela@juschubut.gov.ar

9103 - Rawson - Chubut - Argentina

http://www.juschubut.gov.ar/escuela.htm

nuestro mundo se derrumbará de manera indefectible.

Se encarnó en nosotros el temor y su contracara, la renuncia. Negamos, como San Pedro; claudicamos; reprimimos. Nos arreglamos para vivir sin libertad. Tuvimos y tenemos miedo a la libertad, eso que tanto desveló a Erich Frömm. El miedo es causa de muchas de nuestras acciones, de nuestros desaciertos y de nuestra debilidad.

Cuando algún bravucón de esquina nos mira fijo o nos apostrofa desde una posición de poder, tendemos a bajar la vista, a callar, a quedarnos quietos, a tornarnos fantasmas invisibles, o al menos a intentarlo. Preferimos la comodidad de un mundo ovinamente feliz al riesgo, de dar el combate pacífico de la palabra, con la vista alzada y la voz firme, aún trémulos de pavor, como decía Almafuerte.

Cualquier intento totalizante se apunta, básicamente, en el miedo. Allí radica su fuerza y su pretendida condición de inexpugnable.

A veces, desangelados, nos preguntamos, ¿quién ha escrito nuestro destino? ¿en qué rincón está escondido el secreto? de quién es la culpa...

Y desde Morrow, el cine o desde Shakespeare la respuesta es obvia: la culpa no es más de otros que de nosotros.

Traicionamos el legado idealista del hombre de la tapa, aquél que apostrofó al mediocre, inclemente, e irguió las fuerzas morales como motor de la humanidad.

El miedo y el mal queridos amigos del Poder Judicial, no está en las estrellas sino en nosotros mismos. Meditemos sobre ello.

Y como Murrow terminaba sus programas: Buenas noches, buena suerte.

UNA TARDE EN EL SALÓN LITERARIO

por Alberto Ricardo Dalla Via:

Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Director de la Maestría en Magistratura de la UBA.

Es difícil imaginar a Buenos Aires sin humedad, inclusive en otoño. Pero en la primera mitad del siglo XIX el barro en las calles era también un protagonista que debía tenerse en cuenta, con el cuidado de no enterrar las botas, en medio de los grandes huellones que dejaban marcados las ruedas de las carretas.

Tales cuidados requerían de mayor atención aún a la hora del crepúsculo, cuando las sombras de las casas cruzaban de vereda y todavía era demasiado temprano para que las cuadrillas encendieran las velas del alumbrado público. Algo tan habitual y cotidiano no afectaba el paso alegre y veloz de los jóvenes amigos, Juan María Gutiérrez y Juan Bautista Alberdi, quienes venían de una tertulia en una quinta de la Recoleta.

Después de alegrar a las damas con los deleites de la poesía y la música del clavicordio, apuraban el paso por el camino de la alameda, acercándose a una imperdible velada en la librería de Marcos Sastre, lugar que, a la manera de la moda parisina, se había convertido en el punto de reunión de los intelectuales porteños.

En 1837 las disertaciones de Pedro de Angelis eran las más renombradas. Aquél napolitano de modales duros y refinados al mismo tiempo, apelaba a la prosa y a la historia para exponer también su pensamiento político, defendiendo a Juan Manuel de Rosas, a quien visualizaba como el líder íntegro, capaz de encabezar un movimiento para sacar al país del atraso.

En su rápido andar saltando charcos, el joven Alberdi le explicaba a su ex compañero del Colegio Nacional, que había dedicado su *Fragmento preliminar sobre el estudio del Derecho*, reflejo de su temprana y brillante vocación jurídica, al estanciero bonaerense en quien depositaba también la esperanza de unir la tradición federal con el pensamiento ilustrado.

El futuro lo decepcionaría: el "restaurador" no confiaría en las leyes sino en la fuerza. El dilema de hierro se plantearía -como tantas veces en nuestra historia- entre anarquía o

despotismo. Muchos hombres de su generación lo sufrirían desde el exilio de Chile o de Montevideo. Recién después de Caseros, Urquiza lograría romper esa ley de la antinomia argentina.

Pero en esa tarde juvenil la cita era especial: disertaba Esteban Echeverría, a quien ellos veneraban y tomaban como ejemplo, admirando la influencia del romanticismo literario, adquirida durante su prolongada estadía en Francia. Cuando finalmente llegaron al local, bajaron la escalera de madera enmarcada por las blancas paredes de cal que brindaban un fresco reparo en aquéllas jornadas aún muy cálidas.

El interior, rodeado de estanterías repletas de libros ofrecía una atmósfera encantada por las irregulares sombras que proyectaban las velas que ardían sobre los candelabros. Se ubicaron en un banco con respaldo, justo bajo una edición ilustrada de la Enciclopedia, al lado de otros dos habitués, Valentín Alsina y Florencio Varela.

Sobre la mesa de nogal se apilaban varios mapas americanos, junto a pergaminos y también algunos libros entre los que sobresalía un ejemplar del *Contrato Social* encuadernado con tapas marrones. En el centro había un gran tintero de cristal opaco con tapa de bronce, del que asomaba una larga pluma blanca con vivos de color verde, azul y bordeaux. Por encima, justo de frente, sobresalía la figura de Echeverría, sobriamente vestido.

Con voz pausada, serena y algo aflautada, proponía agrupar las voluntades de la sociedad patriótica, fundando la Asociación de Mayo para la Joven Argentina. Desde Buenos Aires se tenderían los puentes hacia el progreso y la ilustración. Los unitarios y federales no debían ser bandos o facciones irreconciliables sino dos visiones del país, cuyos defectos había que superar y cuyas virtudes debían sintetizarse.

Realizando una "ojeada retrospectiva" exponía el eterno drama nacional: cómo superar los antagonismos sin buscar destruir al

adversario y manteniendo los ojos bien atentos en nuestra realidad social y política, presentaba su *Dogma Socialista* que invitaba a la inclusión, enfatizando el valor de la fraternidad, junto a la libertad y la igualdad.

Todos seguían el discurso con fascinación e indisimulado idealismo, como lo demostraban los rostros de Félix Frías y del propio dueño de casa, apoltronado en un sillón de terciopelo. Un poco más reflexivos se los veía a José Hernández, cerca de José Rivera Indarte y del señero autor de nuestro himno nacional, Vicente López y Planes. Los que habían llegado un poco más tarde, Benjamín Gorostiaga, Delfín Huergo y Miguel Cané se ubicaban de pie, cerca de la puerta.

El más escéptico parecía Sarmiento, quien miraba muy serio y atento desde un rincón. Todos lo sabían un poco huraño, pero su firme convicción era que nada sería posible sin superar la barbarie. Nunca dejaría de discutir con los presentes y afirmar que sólo la educación nos salvaría de los mediocres; una verdad que nos ha seguido persiguiendo.

En aquellos largos y entrañables debates que seguían a las intervenciones, las fantasmagóricas penumbras envolvían a los patriotas que se iluminaban y resplandecían con la fuerza de sus ideas. Eran momentos mágicos en los que por encima de las diferencias de opinión primaba siempre el ideal de la Patria, la voluntad de construir el proyecto en común y la creencia en el gobierno de la ley por encima del gobierno de los hombres.

Algunos asistentes a aquéllas reuniones eran todavía muy jóvenes y se ubicaban en un segundo plano más apartado; no por timidez o falta de valor ya que de eso no carecían, sino por prudencia y respeto a los mayores. Pero en muchas memorias, como la de Bartolomé Mitre y la de Leandro Alem quedó el recuerdo imborrable de aquéllas jornadas del salón literario; esperando poder reunir aquellas ideas y llevarlas a cabo, para poner de pie y hacer andar la gran Nación Argentina.

ESCUELA JUDICIAL DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT

“El modelo dogmático y su insuficiencia. La actualidad interpretativa”

POR JORGE LUIS FRÜCHTENICHT
Juez de la Cámara de Apelaciones de Esquel

Síntesis de la propuesta: El presente artículo propone plantearse los problemas del modelo dogmático de interpretación jurídica y su pérdida de vigencia frente a los nuevos modelos que plantean la validez de las normas, más los principios y valores a partir de autores como Hart, Dworkin o Luigi Ferrajoli. Entiendo que el modelo dogmático decimonónico aparece actualmente alejado de la realidad jurídica, y ha dejado de responder a la cuestión de qué es el derecho. Así tampoco responde actualmente a los propósitos y expectativas que procura satisfacer.

El modelo dogmático

El paradigma del modelo dogmático, responde a las siguientes notas distintivas:

Ontología jurídica: su mirada acerca del derecho es estrictamente positivista, normativista-legalista y juridicista. El derecho era igual a la norma o simplemente, a la ley, siendo solo el Poder Legislativo quien contaba con capacidad jurígena para crear derecho. A los juristas se les exigía una actitud dogmática frente al derecho legislado (vale recordar el Código Civil Napoleónico).

Univocidad cognoscitiva: Se sostenía que el conocimiento, en sentido estricto, era sólo el científico. Se orientaba a establecer el camino que de manera *inexorable* debía recorrerse para lograr el ansiado objetivo de la ciencia jurídica. Así, el campo de la creación o del obrar jurídico quedaba vedado para el conocimiento, y consecuentemente para el juez, constituyéndose así en verdadero autómatas, según este modelo, en la aplicación del derecho. La interpretación era un terreno inaccesible para el juzgador, pues predominaba la voluntad y el relativismo axiológico.

Objeto de la interpretación jurídica: Savigny definirá que la

interpretación jurídica es “*la reconstrucción del pensamiento insito en la ley*”. A su vez, Ihering, la denominará “*jurisprudencia inferior*”, aclarando que ella “*no crea nada nuevo, ni puede hacer más que poner en claro los elementos jurídicos sustanciales ya existentes en la norma*”. A su turno, Montesquieu definía al juez como “*un ser inanimado que repite las palabras de la ley*”. Laurent enseñaba que “*Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos*”. Intérprete “*auténtico*” se llamó al legislador, calificándose en consecuencia de “*no auténtica*” la interpretación cumplida por otros. Así, la costumbre jurídica sólo tendría valor interpretativo cuando la ley lo dispusiera, es decir, *sólo por delegación del legislador*.

Estructura de la interpretación en la dogmática jurídica: El modo en que debía proceder quien aplicaba la ley se identificaba con la estructura de un silogismo lógico-deductivo, donde la premisa mayor era la ley, la menor el hecho, y la conclusión eran las consecuencias dispuestas en la propia ley. Dicho silogismo alcanzaba la objetividad, rigurosidad y simpleza propias del saber teórico; por ello, la consecuencia o resultado interpretativo surgía de manera aséptica, fácil y hasta mecánicamente.

La Constitución: En el modelo en análisis, era sólo un programa político dirigido al legislador, quien debía asumir la responsabilidad de traducirla jurídicamente conforme a los criterios incontrolables de oportunidad y conveniencia. Incluso, la propia Constitución no representaba una fuente de derecho en sí misma.

El sistema jurídico: Para la dogmática jurídica, la misión moderna de la ciencia del derecho será partir del derecho positivo y proporcionarle

a través de procedimientos formales la unidad sistémica que el sistema requiere. El mencionado Código Civil francés estimaba innecesario incluir mecanismos de integración. De allí que no dudara en prohibir que –bajo el pretexto de oscuridad o silencio del legislador– el juez se abstuviera de decidir. Savigny confió en la analogía para dar satisfacción y respuesta jurídica a cualquier problema. Se sostenía que el derecho positivo se encontraba dotado, sea por el legislador o el científico, de las características formales propias a un sistema: unidad, completitud y coherencia. No se admitía la existencia de vacíos legales.

Ontologismo verbal: Era consustancial al modelo suponer que las palabras tenían un único, claro, verdadero y preciso significado. De allí que la sabiduría y dominio lingüístico del legislador y de los juristas preservaban el lenguaje jurídico de imperfecciones semánticas, sintácticas o pragmáticas. A tal extremo llegaba dicha afirmación que el propio Ihering sostuvo la idea de un “*alfabético jurídico universal*”, señalando que “*veinticuatro signos aseguran el dominio del tesoro inagotable, siendo su ordenación tan simple y poco complicada, que el reproducir la palabra por medio de signos y la clave de éstos, o sea, la escritura y la lectura, pueden hacerse inteligibles a un niño, quien llega a apropiárselos con toda exactitud*.”

Confianza en los métodos de interpretación: Savigny completa el cuadro metodológico al que debe recurrir el intérprete, agregando al sistema *gramatical* y al *lógico*, el elemento *histórico* y el *semántico*. Al intérprete no le cabe elegir arbitrariamente entre esos elementos, sino que debe recurrir a los cuatro, dado que así “*agotará el contenido de la ley*”. En su consecuencia, *el resultado interpretativo quedará asegurado a través del camino rigurosamente prefijado*.

Modelo paleopositivista:

Al fracaso de este modelo, sobrevino el paradigma del *paleopositivismo*, que relacionó la validez de las normas en relación a su positividad. Es decir que, una norma sería válida, en tanto y cuanto hubiese sido dictada de conformidad con las reglas que el sistema prevé para que adquiera tal carácter. Este método de ponderación de la validez de una norma mantuvo vigencia hasta la primera mitad del siglo XX.

Modelo y Paradigma del Constitucionalismo:

La actualidad en materia de interpretación, y ya desde los años que sucedieron a la 2da. Guerra Mundial y en particular, luego del juicio de Nüremberg, nos encuentra con la teoría que reconoce en los principios jurídicos un modo específico de regular y juridizar conductas humanas, atribuyéndoles a éstas un determinado “*status deóntico*” (sea como prohibidas, obligatorias o permitidas).

Reconoce Perelman que una de las notas más distintivas que nos permite hablar de una nueva etapa en la interpretación, después de la Segunda Guerra, lo constituye el recurso a los principios generales del derecho.

Pero el gran pensador actual de los principios es el profesor de la Universidad de Oxford, Ronald Dworkin, quien frente al modelo de Hart, que reducía el sistema jurídico a un sistema de normas, opone su visión en la cual el sistema jurídico aparece básicamente como un sistema de *principios*.

No debemos tampoco olvidar a aquellos autores que amplían el ámbito regulatorio de las conductas con los *valores*, de modo que para establecer si una determinada conducta está prohibida, permitida u obligada según el derecho, no sólo corresponde recurrir a las *normas* y a los *principios*, sino que cabe la remisión

a los valores.

En orden a los sujetos, en el modelo dogmático la tarea interpretativa era desplegada por el juez en tanto cumplía una tarea meramente teórica o cognoscitiva, declarando el sentido otorgado por el legislador a la ley, cuya importancia residía en ser el paso inicial o introductorio de la ciencia jurídica (Ihering). La interpretación quedaba diferenciada de manera tajante de la tarea de creación jurídica, y asumida por un juez preocupado por ser fiel al legislador, identificando su pensamiento, habilitando con ello el camino para que la ciencia reconstruya sistemáticamente al derecho.

La teoría contemporánea, en cambio, se ha preocupado en poner de relieve que la tarea de todos los operadores del derecho, se reduce a determinar o a individualizar la solución que reclama un caso concreto; de allí que no se verifique una diferencia sustancial entre el legislador y el juez, sino más bien diferencias cuantitativas; aquél habla imperativamente para personas y casos indeterminados, mientras que el juez habla imperativamente para personas y casos determinados.

Al afirmarse el saber jurídico como saber práctico, se marginan las pretensiones juricistas que intentan explicar el derecho, sólo desde el puro derecho, evitando contaminaciones de distinto orden.

Así también un saber práctico tiene como finalidad en si mismo, dirigir las conductas humanas, prefiriendo unas

y desestimando a otras; es decir, que en la actualidad la mirada del jurista deja de ser la de un mero espectador y de dirigirse hacia el pasado o hacia algo concluido, para convertirse en una mirada de protagonista y orientada a introducir en la realidad una conducta o una regla jurídica inédita, con base no sólo en las normas, sino también en los principios y los valores.

El modelo constitucional y el garantismo tienen su máximo exponente contemporáneo en Luigi Ferrajoli.

En sus obras, puede distinguirse el concepto antiguo de Constitución, como sistema de reglas sustanciales y formales que tiene por destinatarios a los titulares del poder (*Constitución como proyecto político*), de aquél criterio de Constitución entendido como *proyecto de convivencia para el futuro*, donde los derechos fundamentales reconocidos y sancionados deben ser garantizados y concretamente satisfechos.

Así, el garantismo de Ferrajoli se nos aparece como la otra cara del constitucionalismo tradicional. Afirmar que el paradigma de la democracia constitucional es aún un paradigma embrionario y deberá ser extendido en una triple dirección: en primer término, en garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales (a los que el suscripto agregaría los Derechos Humanos); en segundo lugar, en confrontación con todos los poderes, no sólo los

poderes públicos sino también los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo del derecho estatal sino también del derecho internacional.

Se trata de tres expansiones, todas igualmente indispensables del paradigma garantista y constitucional heredados de la tradición. Este paradigma que nació como tutela de los derechos de libertad, ha sido ordenado como sistema de límites sólo a los poderes públicos y no así a los poderes económicos y privados, que la tradición liberal ha confundido con los derechos de libertad y ha permanecido anclado en los confines del estado-nación.

Para el mismo autor, el futuro del constitucionalismo jurídico, y con él, el de la democracia, está -por el contrario- confiado a ésta, su triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, añadido a aquél liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado, que se adiciona a aquél de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional que se suma al constitucionalismo estatal.

Ya previno Tácito: "*Nec unquam satifida potentia, ubi nimia est*" (no esté nunca seguro de mantenerse el poder que toque en los extremos).

Problemas que plantea la antinomia normas vs. principios y valores. Conclusiones.

La colisión entre normas, produce el efecto de excluir una, porque el

resultado de aplicar las dos es incompatible. El conflicto entre normas o reglas tiene como escenario el plano de la validez, y la solución surge por la aplicación de la norma anterior (*principio de temporalidad*), o la de rango superior (*principio de superioridad*) o la prevalencia de la especial sobre la general (*principio de especialidad*), lo que conduce hacia lo que se ha denominado como una "*elección trágica*".

Ahora bien, cuando el conflicto se plantea entre principios (entendiendo éstos como mandatos de optimización o derecho concentrado), la solución no resulta ser ya la elección, sino la *ponderación*. Así, el principio presenta razones que pueden ser desplazadas o atenuadas por otras razones emanadas de otro principio.

Lo dicho implica sostener que no existen principios absolutos, aunque algunos den la impresión de serlo (p.e. el de la dignidad de la persona).

La reglas o normas, en cambio, exigen que se haga exactamente lo que se les ordena, ya que contienen una determinación.

Por ello, el constitucionalismo garantista representa un verdadero desafío para los magistrados llamados a resolver conflictos, pues la *ponderación* que exige la ciencia jurídica actual, supone un sensible cambio de paradigma y de actitud frente al conflicto, en orden a las normas, principios y valores que deben necesariamente tenerse en cuenta a la hora de dictar un pronunciamiento.



EL ROL DEL DEFENSOR EN EL NUEVO MODELO DE PROCESO PENAL

POR MÓNICA RODRÍGUEZ
Defensora Pública Penal de Trelew (Chubut)

"...Nunca hubo tanta igualdad jurídica con tanta desigualdad real..."
-Luigi Ferrajoli-

INTRODUCCIÓN

Las reflexiones que siguen son fruto de la experiencia vivida como defensora pública penal en Trelew, a partir de la implementación del nuevo

procedimiento penal para la Provincia del Chubut (Ley 5478), a poco más de un año de su entrada en vigencia.

La idea de escribir estas líneas tuvo como propósito inicial propiciar una interpretación sistemática de

algunas de sus normas, en particular aquellas que regulan las *facultades autónomas de investigación de la defensa* y proponer algunos cursos de acción tendientes a rectificar el rumbo que, erróneamente a mi juicio,

ha ido tomando el devenir de algunas prácticas procesales que, en este aspecto, no dudo en calificar cuando menos de arbitrarias.

No resulta difícil de entender el rol del fiscal en este nuevo proceso. El

núcleo duro de la reforma se direcciona en tal sentido, habiéndose puesto el acento desde hace tiempo en su figura, capacitándose a la vez a los futuros operadores. No ocurre lo mismo, sin embargo, con el nuevo rol del defensor penal, que sigue en sus prácticas la inercia del procedimiento anterior.

Este nuevo rol, que implica también uno de los cambios sustanciales del nuevo modelo de enjuiciamiento penal, no ha sido acompañado -al menos hasta ahora- de adecuadas modificaciones en la organización de la defensa pública penal, con el fin de posicionar a los operadores -en particular los defensores penales- en situación de operar eficazmente en esta nueva realidad.

Se advierte un avance del ministerio público fiscal sin frenos suficientes, sin límites efectivos, y esto ha permitido la instauración en la práctica, de un poder requirente sin contrapesos eficaces, que actúa frente a la mirada de jueces que, en muchos casos, confunden imparcialidad con inactividad y que, con frecuencia, se limitan a convalidar todos sus requerimientos.

Mientras bosquejaba estas ideas se produjo un acontecimiento que revela, precisamente, la necesidad de explicitar o aclarar el rol de los defensores penales: se ha denunciado formalmente, desde el poder político, a un defensor público por imputársele, justamente, haber pretendido ejercer facultades investigativas autónomas en el marco de un proceso penal.

Más que antes, pues, considero necesario profundizar el análisis de esta cuestión puntual y definir, con respeto de la normativa legal y constitucional vigente, el nuevo rol del defensor técnico en un proceso penal acusatorio. Ello permitirá, además, disipar las dudas o recelos que pudo haber generado en algunos sectores de la comunidad, la denuncia pública mencionada.

La importancia de las prácticas. El modo en que desde un comienzo se implemente la reforma, tanto en lo organizacional como, fundamentalmente, en las prácticas que se consagren desde las distintas agencias que intervienen, resulta decisivo pues la experiencia demuestra que una vez que se consolida una estructura es muy difícil modificarla.

LA DEFENSA PENAL DE ESCRITORIO

Urge poner en claro pues, el contenido y alcance de las facultades investigativas y probatorias de la

defensa en el nuevo proceso y, a partir de allí, indagar acerca de si la estructura de funcionamiento actual de la Defensa Pública Penal resulta adecuada para asumirlas.

El primer desafío que plantea un proceso adversarial es la necesidad de abandonar las prácticas a las que estábamos acostumbrados: el ejercicio de la *defensa penal de escritorio*, histórico modelo que relegaba la función del defensor penal público a un mero controlador de la legalidad del proceso y, en el mejor de los casos, a un buen argumentador que desplegaba teorizaciones dogmáticas a favor de su cliente. El nuevo proceso, en cambio, exige repensar las nuevas necesidades que requiere *un proceso de partes*, tanto en materia de organización como de capacitación y, fundamentalmente, de recursos humanos y materiales que sostengan adecuadamente esta nueva función.

Ese rol ya no puede ser *reactivo* como antes, sino decididamente *proactivo*, no sólo en resguardo de los derechos fundamentales y del respeto irrestricto a los principios constitucionales, sino, particularmente, en la *construcción de la teoría del caso y en la recolección de evidencia que la sostenga*.

SELECTIVIDAD Y PROCESO PENAL

Sabemos que el diseño del proceso penal -como instrumento de control social- no es ajeno a la cosmovisión que, impregnada de ideología, se hace cargo de la administración estatal del castigo. Sus concretos efectos operan hoy, al menos en nuestro medio, en una sociedad marcada por profundas desigualdades sociales, dentro de un contexto de creciente consumismo insatisfecho. Se promueve el consumo y, al mismo tiempo, se criminaliza casi exclusivamente a quienes han quedado afuera del reparto. La criminología crítica explicó, hace décadas, como funciona en verdad el sistema: seleccionando, justamente, a los miembros de los sectores socialmente más desaventajados de la sociedad.

La historia de la humanidad está plagada de injusticias, lo sabemos. Pero una de las más graves que nuestro oficio nos arroja a la cara diariamente y de forma directa, es justamente el modo en que opera *realmente* el sistema penal, criminalizando a los individuos que pertenecen a los sectores más pobres -o marginales- del grupo social, como

otra de las tantas caras del evidente desajuste entre postulados jurídicos y realidad empírica, señalado por Ferrajoli.

Comparto la inquietud de quienes se interrogan acerca de cómo puede el derecho, en su *real aplicación*, convertirse en algo tan completamente ajeno e incluso contrario a los intereses de la mayoría de los ciudadanos. Esta paradoja muestra su rostro más inhumano en la criminalización de la protesta social: no sólo el derecho no auspicia el reclamo, la protesta ciudadana, sino que legitima su represión y condena.

Los defensores públicos deben tender a revertir la posición de acompañantes resignados del sometido a proceso, transformándose en agentes activos de la efectiva aplicación de las normas de protección de las garantías ciudadanas.

En ese marco se deben fortalecer, más que nunca, todos los mecanismos posibles para neutralizar los efectos deletéreos que provoca el sistema en los más vulnerables. Y los defensores penales son los garantes de la efectiva aplicación y resguardo de los derechos fundamentales. Este activismo que se propone y que implica una verdadera *contra-selectividad* en el proceso, depende, en gran medida, de la defensa pública, en tanto representa a más de las tres cuartas partes de las personas seleccionadas por el sistema penal.

El modelo procesal anterior. Durante más de un siglo el proceso penal fue escrito, secreto y de neto corte inquisitivo. Hace casi dos décadas nuestra provincia instauró un procedimiento mixto, en el que se mantuvo prácticamente intacta la etapa investigativa o de instrucción penal, a cargo de un juez de instrucción con facultades investigativas y de iniciativa probatoria, y un ministerio fiscal débil, relegado a una difusa tarea de "control de legalidad".

Si bien en ese modelo tanto la parte acusadora como la defensa contaban con facultades probatorias, su desarrollo real en el proceso era mínimo, siendo el juez -con el indispensable apoyo de la policía- quien "preparaba" el caso que luego era llevado a juicio. En este punto el viejo sistema adosaba al proceso una etapa de "juicio oral" que, con pretensiones de cambio radical, significó sólo un maquillaje que agregaba una parodia de juicio, aunque el "verdadero" juicio ya se había desarrollado casi en su totalidad.

El nuevo modelo. Esa realidad

se ha visto sacudida por la reforma del proceso penal que, más allá de las críticas y reparos que ha merecido, en poco tiempo ha mostrado claras ventajas en relación al procedimiento anterior. No es ésta la oportunidad de detallar esos avances, pero valga mencionar como ejemplos, el control judicial de detención dentro de las 24 horas, la introducción de mecanismos alternativos de solución de conflictos y la instauración de un proceso por audiencias.

Ciertos reparos pudo suscitar (de hecho algunos se exteriorizaron públicamente), la circunstancia de que las reformas procesales persigan un claro y declamado objetivo: **resultados rápidos y fácilmente medibles en los procesos penales, así como el fortalecimiento de juzgados y tribunales con miras a una mayor eficiencia y rapidez en la resolución de caso, poniendo el acento en la necesidad de aumentar el "número de condenas"**.

Este dato, aún preocupante si lo vinculamos con el nivel de selectividad que exhibe el sistema y con la cada vez más acentuada simplificación y abreviación de los trámites, no impide advertir que el nuevo proceso ha implicado un enorme avance normativo, en aras de adecuar el enjuiciamiento penal al programa constitucional. Por ello, he de formular al final una reflexión acerca de las anunciadas reformas al mismo.

Y pese a no ser motivo del presente, viene al caso advertir que los jueces deberían asumir, sobre todo en la etapa de investigación, un rol más activo en el resguardo del derecho de defensa. En esa etapa la *proactividad es imparcialidad*, por ello deben velar por que se introduzcan al proceso todos los datos informativos relevantes acerca de la posición socio-económica y cultural que ocupa el imputado y su nivel de vulnerabilidad, a fin de priorizar, más allá de las formas, la más pacífica y justa solución del conflicto.

LA IGUALDAD DE ARMAS

El nuevo código, sin adoptar un modelo acusatorio puro, ha establecido un proceso de partes que litigan el "caso", en paridad de armas, frente a un juez imparcial. La llamada *igualdad de armas* no se vincula tanto con el principio de igualdad, tributario de la Ilustración, sino con el *derecho a una defensa eficaz y al debido proceso*. No podemos caer en el error de afirmar una igualdad sustancial, pues el proceso en sí

mismo es una garantía para el imputado, regido por el principio *favor rei*, sin perjuicio del avance que ha significado el cambio para el resguardo de los derechos de las víctimas.

Lo dicho implica, para el imputado, que haya tenido suficiente oportunidad de defensa, esto es, que haya tenido la posibilidad real de una intervención útil y eficaz en el proceso, tanto personal -defensa material- como de su abogado -defensa técnica- y no sólo en el debate de las cuestiones jurídicas, sino también en la fijación de los hechos que constituyen la imputación.

El código establece, además de las normas concretas que consagran el *derecho de defensa*, en su art. 1° la *aplicación directa de las garantías y derechos consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales incorporados a su mismo nivel*; en el art. 2° el *debido proceso legal*, en virtud del cual nadie puede ser condenado sin habersele concedido *adecuada oportunidad de ser oído, en condiciones de estricta igualdad con el acusador*; por su parte, el art. 3° consagra, entre otros, el principio de *contradicción*, fundado en la duplicidad de partes propia del procedimiento adversarial, sin limitarlo a la etapa de juicio.

Pero la concreta aplicación de estas normas no se agota, para el imputado, en ejercer la facultad de ofrecer prueba y controlar la ofrecida por la Fiscalía. **Es preciso, además, concretar una investigación autónoma desde la defensa que, en paridad de armas con su contendiente, pueda neutralizar o disminuir el riesgo de punición que sobre aquél pesa.**

La Ley Orgánica de la Defensa Pública de Chubut N° 4920, contempla el mencionado principio al reglamentar, en su Título VIII, el Régimen Económico y Financiero de ese Ministerio; el art. 60 señala: *"Presupuesto. El Defensor General remite anualmente el requerimiento presupuestario del Ministerio... al Superior Tribunal de Justicia para la elaboración del presupuesto general del Poder Judicial, que propenderá a la equiparación proporcional de recursos humanos y materiales con el Ministerio Público Fiscal que garantice la igualdad de armas en el proceso..."*.

Un paréntesis. Es preciso estar advertido de que toda igualdad jurídica que se declame, en cualquiera de sus sentidos, es un faro orientador

en la interpretación de las normas, aunque con frecuencia aquel principio ha funcionado como encubridor de graves desigualdades reales, como un mero *tranquilizador de conciencias, ocultando la realidad, invisibilizándola*. Anatole France señaló con aguda ironía, que *"...la ley, en su majestuosa igualdad, prohíbe al rico tanto como al pobre dormir bajo los puentes de París"* (cit. Lawrence H. Tribe: *American Constitutional Law*, Mineola, New York, The Foundation Press inc., 1978, p. 993).

Por eso no se puede prescindir en este análisis de la cuestión de la selectividad del sistema penal, como uno más de los tantos modos que agravan las desigualdades económicas, sociales y culturales. Esa iniquidad propia del sistema debe ser neutralizada al máximo pues, se advierte, en la enorme mayoría de los casos el imputado sufre una doble debilidad: primero por enfrentar al enorme aparato de represión estatal; pero, además, porque la mayoría de los "seleccionados" ocupan una posición socio-económica de vulnerabilidad tal que resulta inversamente proporcional a las posibilidades de controvertir eficazmente la persecución penal. Una tercera debilidad se ha señalado cuando, en tiempos como el presente, las garantías procesales se devalúan frente al ansia vindicativa que, interesadamente, propicia el poder político a través de los medios masivos de comunicación.

Es obligación del defensor penal activar todos los mecanismos que posibiliten el debate de estas cuestiones dentro del proceso, instando a jueces y fiscales a tomar decisiones que disminuyan esas limitaciones, en lugar de agravarlas con medidas de represión y castigo.

Volviendo a la cuestión central sostengo que las facultades investigativas de la defensa en un proceso adversarial **son idénticas a las que tiene el Ministerio Público Fiscal**, pese a ser éste, a diferencia del imputado, quien carga con la obligación legal de probar los hechos base de su acusación (*onus probandi*). El ejercicio de estas atribuciones no reconoce otro límite que no sea el estricto apego a los principios de lealtad, buena fe y respeto a la ley; límites que rigen, por otra parte, en toda actividad dirigida a producir evidencia útil en el proceso, sea cual fuere la parte que la despliegue.

En la práctica, sin embargo, las cosas no parecen tan claras -al menos

para algunos-

Se ha llegado a cuestionar la facultad de los defensores de interrogar de modo autónomo a un testigo y más aún si se trata de la víctima.

No debe olvidarse que quien ha sido víctima, testigo o perito, respecto de un hecho penalmente relevante, *lo es en sí*, independientemente de quien lo entreviste o interroge. Es preciso tener en claro que el concepto de *testigo o perito "de parte"*, está reservado para el juicio, y con la única finalidad de regular el modo de abordaje de los respectivos testimonios. En la etapa de investigación, tanto víctimas como testigos, *no pertenecen a ninguna de las partes*.

Personalmente he merecido un cuestionamiento, tildado como "falta ética", por establecer contacto con una víctima para procurar una salida alternativa en el marco de un proceso. Se olvida que el defensor tiene, por ley, la facultad de *citar personas a su despacho cuando así lo aconseje su desempeño - cuya comparecencia es carga pública- y pedir el auxilio de la policía para cumplir sus fines*. Se olvida, también, *el deber de colaboración* que establece la Ley 4920 *"...de todo funcionario público o autoridad del Estado, de sus entes descentralizados y de los organismos de contralor de la función pública, quienes están obligados a prestarla sin demora y a proporcionar los documentos e informes que les sean requeridos, dentro de los límites legales y en el término establecido en el requerimiento..."* (art. 4).

Normas de auxilio judicial. Esta distorsión se basa, entiendo, en un grave error de interpretación respecto de las normas llamadas de **"auxilio judicial"**, que son aquellas que contemplan la situación de una persona que no tenga medios suficientes para un adecuado acceso a la justicia. En el ámbito de un proceso penal contemplan al litigante, sea el imputado o la querrela, que no pueda por sí mismo procurar la prueba que hace a su derecho. Constituyen, por así decirlo, un "plus" o garantía para el ejercicio de los derechos.

Sin embargo en la práctica estas normas (como la contenida en el art. 278, sexto párrafo, del C.P.P., que he de analizar), han dejado de ser un verdadero **"plus"**, para convertirse en una **"restricción"**. Según explica Binder, esta mutación implica una interpretación arbitraria y violatoria de la garantía de la defensa en juicio y

agrega, con agudo sentido crítico: la norma que indica *"cuando necesites algo, pídemelo"* pasaría a ser *"siempre que necesites algo, debes pedírmelo"*.

Sabemos que la regla en el proceso penal es la *libertad probatoria*, esto es, que todo puede probarse y por cualquier medio de prueba, salvo prohibición expresa de la ley. (art. 165 C.P.P.)

A su vez el art. 256, establece que *la etapa preparatoria tendrá por objeto determinar si hay base para el juicio, mediante la recolección de los elementos que permitan fundar la acusación y la defensa del imputado*.

Las referidas normas deben leerse en clave de un proceso de partes. Ya no existe la figura del juez de instrucción que, si bien siempre más cerca de la posición fiscal, tenía la obligación legal de *evacuar las citas del imputado*, e introducir al proceso, aún de oficio, todos aquellos datos útiles al esclarecimiento del hecho. Hoy los fiscales, convertidos en *abogados de las víctimas*, olvidan con frecuencia que sobre ellos pesa el deber de objetividad e inclinan su tarea sólo hacia la persecución.

La norma contenida en el art. 278, sexto párrafo, del C.P.P., dispone que *"...Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideren pertinentes útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducente."* *"Si el fiscal rechazare la solicitud, se podrá reclamar ante el juez penal con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia"*.

Esta es una típica norma que la doctrina ha denominado de *auxilio judicial*. Y así debe interpretarse, esto es, se consagra esta facultad como **uno de los caminos investigativos opcionales que tiene la defensa**, más no el único. Ello surge evidente si se piensa, por ejemplo, qué ocurre cuando el defensor no sabe de antemano cuál será el resultado de determinada medida de investigación, esto es, si favorecerá o no a su cliente. No podría el código consagrar el absurdo de que toda medida debe ser solicitada al fiscal, pues ello implicaría establecer un *filtro investigativo* que colocara al defensor técnico en riesgo de perjudicar los intereses de su cliente ante cada solicitud probatoria cuyo resultado ignore a ciencia cierta.

Y es absurdo pues sabemos que

el dato obtenido de ese modo -favorable o adverso a los intereses procesales del imputado-, ya estaría "adquirido" para el proceso.

Es obvio, pues, que la única interpretación que salva la constitucionalidad de la norma de mención, es considerarla como lo que es, una norma de auxilio judicial, es decir, una *opción* para la defensa, más nunca el único modo de desplegar su función investigativa, pues ello implicaría derogar la parcialidad y reserva que la Constitución y la ley le aseguran al defensor y supondría una clara vulneración del derecho a no autoincriminarse que asiste al imputado.

Es evidente pues, la necesidad de postular la atribución de los defensores de practicar medidas investigativas autónomas, que no dependan del caso de la fiscalía. En un procedimiento adversarial es irrazonable suponer que la investigación del caso de la defensa dependa del desarrollo de la pesquisa que decida llevar el fiscal, cuyo despliegue de actividades tiende al esclarecimiento del hecho. Él es quien tiene la *carga de probar* la acusación, en todos y cada uno de sus extremos.

El objetivo de la defensa, en cambio, es procurar neutralizar o disminuir la reacción punitiva emprendida por el Estado contra su representado.

Por ello la relación de ambas partes con la verdad procesal, es absolutamente diferente. Habrá ocasiones en las que coincidan ambas en el interés por obtener determinado dato informativo, aunque favorezca al imputado. Así, por ejemplo, ambas partes pueden tener el común interés en que se practique un examen toxicológico para determinar si el agente pudo, al momento del hecho, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, en los términos del art. 34 inc. 1º del C.Penal.

Pero en otros momentos, tal interés puede no coincidir. Tal cosa ocurre cuando, por ejemplo, la defensa precisa escudriñar datos de los que desconoce si pueden o no ser útiles para la formulación de su caso. Al resultar incierto el resultado de determinada indagación para la posición procesal de su defendido, la pesquisa debe ser *autónoma*, pues lo contrario implicaría, como se dijo, para el defensor un mal desempeño independientemente del resultado de

la aquélla-, y para el imputado la violación de la garantía contra la autoincriminación.

No está demás aclarar que hago referencia a medidas investigativas y no a diligencias probatorias. Las medidas investigativas son todas aquellas tendientes a la obtención de datos probatorios en la etapa preparatoria, realizadas por cualquiera de las partes y con apego a los principios de probidad, lealtad y buena fe. En el caso de la defensa, sus resultados pueden o no ser incorporados al proceso, según convenga a los intereses que representa. Las "medidas de prueba", en cambio, son aquellos mecanismos que permiten la introducción de datos o evidencias al proceso y que cumplen con un doble requisito: *objetivo y subjetivo*: el primero es que se obtengan con *respeto al principio de contradicción*; el segundo, *en presencia de un juez* (salvo excepcionales supuestos en que medie acuerdo entre acusador y defensa). Sólo estas últimas pueden dar base a una sentencia condenatoria.

Debe la defensa, por otra parte, según la Ley 4920 en su art. 9.9-, tomar la iniciativa de gestionar salidas alternativas al juicio, llevando adelante todas las medidas que sean necesarias, por sí o a través de organismos auxiliares, para lograr la aplicación de un criterio de oportunidad, de los institutos de la conciliación y la reparación, un avenimiento o una suspensión del proceso a prueba.

Por último, entiendo relevante recordar lo dispuesto por el art. 2 de la Ley 4920, que consagra la **Autonomía funcional del Ministerio**, del que los defensores penales formamos parte. Expresamente establece "*Autonomía funcional. Equiparación en el trato. En el ejercicio de sus funciones, el Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces no puede ser impedido ni coartado por ninguna autoridad. Cada uno de sus funcionarios desempeña su cargo con independencia, autonomía y responsabilidad, con sujeción a las normas constitucionales y en el marco de la presente ley. Los funcionarios... gozan en cuanto a trato y respeto de los mismos derechos que los jueces ante los que actúa*".

Esta norma no parece haber sido tenida en cuenta al requerirse actuaciones disciplinarias en contra de un defensor penal, por haber procurado la comparecencia a su despacho de un testigo, a fin de entrevistarla. Este "exceso de celo" de la fiscalía, pese al rechazo que mereció por parte del magistrado que intervino, culminó en la denuncia ante el Consejo de la Magistratura aludida al comienzo.

CONCLUSIONES

Las consideraciones formuladas no significan más que una aproximación al tema que, entiendo, resulta necesario profundizar cuanto antes. Para ello, me he permitido extraer algunas breves conclusiones acerca de las facultades investigativas de la defensa en el marco del nuevo procedimiento penal.

La defensa penal:

- Cuenta con idénticas facultades investigativas y probatorias que el ministerio público fiscal y la parte querellante.

- Puede ofrecer toda la prueba que considere pertinente y útil, debiendo contar con los medios materiales necesarios a tal fin.

- Tiene derecho a controlar todas las diligencias investigativas que lleven a cabo el fiscal y la querrela.

- Puede citar personas a su oficina o entrevistarse con ellas, sean víctimas, testigos o peritos. Estos tienen *obligación* de comparecer (la carga pública de esta condición no es sólo para el fiscal), pudiendo requerir la colaboración de la Policía para lograr su cometido (art. 20.8 y 20.11 de la Ley 4920), observando los principios procesales de respeto, trato digno, lealtad y buena fe en su accionar- reglas que rigen también para los fiscales-.

- Tiene la facultad de *requerir* todo tipo de medidas investigativas y/ o probatorias al ministerio público fiscal, cuando decida no llevarlas a cabo de modo autónomo. Si el fiscal deniega su producción puede solicitar al juez penal que las disponga.

- En relación a la Policía, puede requerir informes, citaciones, pericias, entrevistar a los funcionarios policiales que intervinieron en las diligencias investigativas y toda otra medida de colaboración pertinente.

- Puede requerir a entes

públicos o privados informes, documentación, peritajes, opiniones técnico-científicas, etc, quienes tienen el deber de colaborar con las solicitudes que formule la defensa.

- Se encuentra facultado para acordar o solicitar al juez anticipos jurisdiccionales de prueba y designar consultores técnicos.

- Debe tomar la iniciativa en la gestión de salidas alternativas al juicio penal, tales como la aplicación de criterios de oportunidad, de conciliación o reparación, de avenimientos o de suspensión del proceso a prueba. Para ello puede desplegar la totalidad de atribuciones que, legal y reglamentariamente, le han sido conferidas.

Urge, pues, que la defensa pública tome cursos de acción tendientes a adecuar su organización, recursos humanos y materiales para afrontar el cambio. Es preciso contar con *oficiales de prueba, agentes notificadores y expertos en mediación*, para mencionar solo algunas modificaciones posibles. Es necesario, también, que realice las *gestiones de enlace* que resulten conducentes, tanto con el Ministerio Público Fiscal, como con la Policía y todo otro ente, público o privado, que pueda auxiliar a los defensores penales en la tarea de investigación que deben asumir, hasta tanto pueda contarse con gabinetes o departamentos propios y exclusivos de la defensa (relaciones con la Policía de Investigación, Gabinetes Criminalísticos, Equipos interdisciplinarios, etc.).

Por último deseo expresar mi preocupación por los anuncios públicos acerca de una inminente reforma al código. No olvidemos que los países más desarrollados del mundo monitorean el funcionamiento de sus reglas, sin reformarlas, por espacios de tiempo mucho más prolongados. Ello es así porque un código es una unidad sistemática de normas y cualquier retoque, aún mínimo, debe ser fruto de una prudente y reflexiva labor y no de reacciones espasmódicas que, presentadas como panacea contra la inseguridad, solo rompen un equilibrio normativo y no inciden para nada en la situación que sufre la seguridad ciudadana.

AMPARO AMBIENTAL EJECUCIÓN Y MODALIZACIÓN DE LA SENTENCIA

POR JORGE LUIS FRÜCHTENICHT *

Y DR. CLAUDIO ALEJANDRO PETRIS **

(*) Juez de la Cámara de Apelaciones de Esquel.

(**) Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Esquel.

“En la vida hay algo peor que el fracaso:
el no haber intentado nada.”

Franklin D. Roosevelt

Con motivo de la importante cantidad de procesos judiciales continentes de amparos ambientales que tramitaran por ante la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut con asiento en la ciudad de Esquel, hemos advertido -en varios de los casos sometidos a conocimiento de esta sede- que por imposición de las particulares características de cada caso y en varios de ellos, se presentaban diversas modalidades al momento de la ejecución de la sentencia.

En ese sentido, es sabido que la “*actio iudicati*” es una de las facultades que integran la acción consistente en pedir al órgano judicial que se cumpla y subsidiariamente se ejecute forzosamente lo juzgado¹. Dentro de lo que se han considerado momentos de la jurisdicción se distingue como uno de los principales el de la “*coertio*” o “*executio*”, debiendo advertir que ambos momentos responden a la misma finalidad: la efectiva realización del derecho sustancial de los justiciables. Es decir, la posibilidad que el órgano judicial -a través de la facultad coercitiva que posee- haga cumplir sus propias decisiones. La posterior actividad jurisdiccional que sigue a la condena y que procura que la decisión individualizada en la sentencia sea exteriorizada y efectivizada en el mundo de la realidad es la ejecución forzada, que produce efectos en la esfera jurídica del individuo, haciendo abstracción de su voluntad -y aún en contra de ella- todo encaminado a que no se torne ilusoria la finalidad de la función jurisdiccional².

Bajo este contexto las leyes procesales invisten e imponen a los jueces de verdaderos poderes-deberes, los que deben ser efectivamente ejercidos desde el momento mismo de radicación de la litis y en las sucesivas etapas del

proceso, hasta el dictado de la sentencia y su ejecución. El juez ha de estar dotado de poderes suficientes para encauzar la controversia, asegurando la “igualdad de formas” y el contradictorio (debido proceso legal). Así, el magistrado debe velar por la concurrencia de los presupuestos procesales, ordenar adecuadamente los actos procesales, “*desmalezar*” el trámite, impedir y subsanar nulidades, prevenir y sancionar conductas maliciosas y temerarias y procurar -en definitiva- la mayor economía procesal³.

El efectivo cumplimiento de la sentencia de condena presenta como relevante -entre otras- la cuestión de las herramientas o instrumentos legales disponibles para que aquélla se efectivice y no sea desobedecida, para que se llegue hasta hacer uso de las astreintes o condenas conminatorias para entonces sí y por esta vía, doblegar la voluntad del reuente, si es necesario⁴.

En los amparos ambientales -justamente por la problemática que encierran- es donde el juez debe ponderar y bastantear intereses de la comunidad por un lado y los intereses del amparista por el otro -pues aunque refieren bienes privados, su afectación o incidencia resulta colectiva en nuestro caso-, la ejecución de lo resuelto en la sentencia en ocasiones debe trasladarse en el tiempo. Es que en la etapa de ejecución se requiere la realización de actos o procesos ambientales como podría ser la realización de una planta de tratamiento de residuos urbanos para cuyo fin se deben seguir y cumplimentar todos los pasos administrativos necesarios que determinen las normas aplicables (prevención presupuestaria, aprobación, afectación de partidas, proceso licitatorio, presentación de

ofertas, impugnaciones, adjudicación y ejecución de la obra -entre otros-) pasos estos que insumen plazos por lo general extensos y que en muchos casos no se compatibilizan con los tiempos judiciales ni con la urgencia del amparo.

Se nos presenta entonces el interrogante de cómo o de qué manera se debe hacer cumplir la manda judicial, teniendo en consideración para ello que el juez no puede ni debe desentenderse de la problemática hasta tanto la sentencia no haya sido cumplida en su totalidad (art. 166 inciso 7° del C.P.C.C.).

En función de ello, no es ajeno al Estado -en cualquiera de sus manifestaciones, sea nacional provincial o municipal- verse compelido por la aplicación de las sanciones conminatorias autorizadas por los arts. 37 del C.P.C.C. y 666 bis del Código Civil, como constitutivas de un modo compulsivo otorgado a los jueces para que sus mandatos sean acatados, doblegando con ellas la voluntad reuente del constreñido a su cumplimiento, pues así como el Estado se encuentra en paridad con cualquier otro litigante en un juicio, en su consecuencia puede legítimamente serle impuesta una sanción conminatoria sin que la presunción de solvencia del mismo lo impida o condicione⁵. Mas la aplicación de las astreintes requiere de manera inexorable que la conducta del condenado dé cuenta de un ánimo doloso o de una actitud negligente que en cada caso puntual el juez deberá ponderar de acuerdo con los comportamientos asumidos. Su aplicación no es procedente frente a cualquier hipótesis de incumplimiento demorado, sino que es menester se configure -conforme lo llevamos dicho- una conducta del deudor que dé suficiente cuenta de un ánimo doloso o de una actitud gravemente

negligente teniendo en cuenta -además- que en ningún caso la finalidad de las astreintes es resarcitoria de los perjuicios ocasionados por la demora, cuya reparación se debe perseguir por otras vías (ver autos “*Pintos, Marcos Javier y otros c/ Municipalidad de Esquel s/ Amparo*” (Expte. N°: 614-f° 97-Año:2003) sentencia del 29/12/2005, confirmada por la Alzada).

Asimismo resulta aplicable también a las ejecuciones de sentencias de los amparos ambientales la modalización de la sentencia como herramienta procesal que surge de la facultad que tienen los jueces para fijar el plazo de cumplimiento de la sentencia con arreglo a un plexo normativo que tiene por eje lo dispuesto expresamente por el art. 163 inciso 7° del C.P.C.C. y 16 de la ley 4572, para arbitrar por vía del plazo un mecanismo de cumplimiento de la sentencia que conduzca a evitar perjuicios innecesarios al vencido y a la comunidad que integra el propio amparista.

Dicho instituto es una figura novedosa incorporada por vía de la doctrina al derecho de forma que procura compatibilizar los intereses de ambas partes del proceso y que encuentra su fundamento en razones de justicia y equidad, dejando trascender la preocupación de los jueces por las consecuencias derivadas del fallo y su proyección sobre la sociedad toda, presentándose como un instrumento de suma utilidad en comunidades relativamente pequeñas como lo es la ciudad de Esquel, donde los jueces poseen un conocimiento directo de la realidad contextual en que se halla inserto el conflicto⁶.

Modalizar la sentencia implica una concepción dinámica del derecho que supone que el magistrado no puede ni debe desentenderse de lo que

¹ Conf.: Podetti, “Tratado de las ejecuciones”, pág. 410.

² Conf.: Couture, “Fundamentos...”, pág. 444, ED. 68-817.

³ “El Activismo de los Jueces”, Roberto O. Berizzone, L. L., T. 1990, “e”, Sec. Doctrina, pág. 920 -exposición de motivos del C.p.c.c. de La Nación, 1967-68.

⁴ Conf.: Mosset Iturraspe, T. Hutchinson y E. A. Donna, en « Daño Ambiental », T. 1., Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 135 y 149.

⁵ Conf.: Brebbia, L.L., 1996-B-1154.

⁶ Conf.: STJRN, 31 de agosto de 2005, SAIJ, Sumario 0033145.

ocurra con posterioridad al dictado de su sentencia y otorga al juez un instrumento operativo para disponer la forma o manera particular en que se cumplirá la sentencia. Así lo ha entendido la doctrina moderna al sostener que “después de dictada la sentencia - en función de analizar las relaciones entre la “modalización” del cumplimiento de la sentencia y la cosa juzgada- nos parece factible que el juez modalice el cumplimiento de una sentencia firme. A la luz de lo normado en el art. 166 del CPCN, sobre la actuación del juez posterior a la sentencia puede válidamente interpretarse que la competencia del juez respecto del objeto del juicio que resulta alcanzada por los efectos de la cosa juzgada, comprende su función jurisdiccional; mientras que un pedido de modalización del cumplimiento de la sentencia debiera ser considerado de naturaleza no jurisdiccional porque no afectaría el objeto del juicio, puesto que no alteraría el fondo de la cuestión ya resuelto en la sentencia - salvo el caso de un grosero exceso en la fijación de las condiciones de cumplimiento de la sentencia que desnaturalizara lo resuelto y constituyera una virtual denegación de justicia-, sino tan sólo estaría referido al plazo de cumplimiento de lo resuelto, al ejercicio de funciones no jurisdiccionales sino administrativas del juez, es decir, complementarias o instrumentales con relación a lo resuelto”⁷.

Y lo dicho asume particular trascendencia, pues creemos que el magistrado que decide un conflicto sometido a su jurisdicción tiene una mirada breve pero profunda de aquél, se conmueve por lo que sucede en el momento⁸. Históricamente, se ha desentendido de los efectos en el mediano plazo. Así, la modalización de la ejecución de la sentencia como parte del diseño de la solución del conflicto, se nos presenta como un instrumento procesal que surge de la facultad que tienen los jueces para fijar el plazo de cumplimiento de lo decidido en la sentencia, que procura compatibilizar los intereses de ambas partes del litigio, y que se inspira en evidentes razones de equidad y justicia, y que—en la visión actual de la doctrina moderna— permite al magistrado instrumentar la manera de hacer efectivo el cumplimiento de aquélla, reivindicando el compromiso asumido con la judicatura y el reclamado activismo de los jueces en el siglo XXI.

⁷ Conf.: Evans, Guillermo Federico, “Reparación modalizada del daño”, Ed. Rubinzal-Culzoni 2001, pág. 118 y ss.).

⁸ Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, “Teoría de la decisión judicial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2206, p. 327.

EL PROCESO CONTENCIOSO EN EL MARCO DE LA LEY DE PARTIDOS POLÍTICOS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT

POR JUAN GERBER

Secretario de Recursos Ordinarios y Electoral del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.

PRESENTACION

Se trata de un problema que expondré en su dimensión exacta; me refiero a la ausencia de normas reguladoras del proceso contencioso en la ley que rige la actividad de los partidos políticos en el ámbito provincial y municipal de Chubut.

DESARROLLO

Ausencia de regulación de un proceso contencioso electoral

Al final de este trabajo propondré alguna alternativa viable sobre el particular; mientras tanto diré que a diferencia de lo que sucede en el marco de la ley orgánica de los partidos políticos de Río Negro, provincia que desde los arts. 108 y 109 de su Ley N° 2.431, legisla sobre el procedimiento contencioso al igual que Santa Fe (Ley 6.008, art. 49 a 54) o Santiago del Estero (Ley 5.562 (art. 52 a 57)). En Chubut, nuestra ley autóctona (N° 2.126) similar en cuanto a los contenidos generales a otros ordenamientos, resulta anómica en este sentido. Sólo encontramos en el art., 8 un marco referencial respecto de la competencia, otorgada ésta a un Tribunal Electoral de composición heterogénea y que se adecua al modelo que muy bien describe el Dr. Domingo Juan Sesín cuando lo caracteriza como un órgano con independencia funcional “auxiliar del Poder Judicial, integrado por magistrados judiciales y miembros de otros poderes”, coautor junto al Dr. José María Pérez Corti del libro “Organismos Electorales”.

En este orden de ideas, conviene aclarar que dicho tribunal, en Chubut es un órgano de la Constitución, al igual que lo es el Tribunal de Cuentas y el Consejo de la Magistratura; su integración y funciones esta normada en los arts. 259 y 260 de nuestra Carta Magna provincial, goza de independencia funcional, mas no de autonomía presupuestaria.

Luego, el art. 8, siguiendo con su vaguedad refiere “... al conocimiento en instancia única de los conflictos y cualquier circunstancia que se produzca como consecuencia de la aplicación de las presentes normas”. Ni siquiera existe una remisión a la aplicación supletoria del Código Procesal, Civil y Comercial vigente. Vaya incertidumbre la que plantea los términos “... cualquier circunstancia...”. Al menos en otras legislaciones, entre ellas Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Misiones y Salta, se le ofrece al operador del derecho la alternativa procesal de un proceso sumario o sumarísimo.

Esta inopia normativa y sus consecuencias prácticas en los hechos, no fue obstáculo para que se haga “camino al andar” en modo notorio a partir de que el Tribunal Electoral Provincial debiera asumir una plena competencia en el proceso electoral correspondiente a las elecciones a nivel provincial y municipal, celebradas el 16 de septiembre del año próximo pasado, por fuera de la simultaneidad, y asumiendo la competencia de los tribunales electorales municipales, por expresa delegación de éstos.

Cierto es que gran parte de la actividad a que a diario nuestra ley nos obliga, se compone de actos y procedimientos -a no dudarlo- pueden calificarse de burocráticos, de neto corte administrativo, de registro y contralor; basta citar entre otros, el trámite de inscripción por ante la Secretaría Electoral, de las noveles agrupaciones políticas; el registro de afiliados; oficialización de listas de candidatos y el tan controvertido control patrimonial, cuestión que aún figura en la columna del “debe” en el cotidiano quehacer de nuestro tribunal.

El Dr. Sesín, en el capítulo III de la obra precitada, al referirse a la naturaleza jurídica de los órganos de justicia electoral, expresa que “... estos actos comportan una función que en apariencia es administrativa,

pero que generalmente tienen un régimen jurídico análogo a la función judicial, y asimilable a la jurisdicción voluntaria”.

Con el mayor de los respetos me permito introducir, en términos propios del ámbito de la música, una “levísima variación sobre la partitura”.

Sucede que en las aulas de Trelew, donde tengo la responsabilidad y el placer de enseñar Derecho Procesal, sigo sin pausa pero con prisa, las lecciones del maestro Arazi. Él mismo nos indica que la tradicional denominación, jurisdicción voluntaria, es confusa, en primer lugar porque no se trata de una actividad jurisdiccional, ya que la misma supone la existencia de un conflicto actual o eventual y en los trámites mencionados no hay conflicto que resolver sino simples peticiones; y en segundo lugar, el término voluntaria puede hacer pensar, por oposición, que existe una jurisdicción obligada, lo cual no es exacto desde que en términos generales, ninguna persona está obligada a reclamar sus derechos, por lo que Arazi mismo propone la denominación “procedimientos o actos no contenciosos” o “no jurisdiccionales” o bien “peticiones judiciales no jurisdiccionales”. En el caso que nos ocupa “peticiones en materia electoral no jurisdiccionales”.

Tras esa “fuga” retomo el problema de la carencia de un procedimiento reglado de actuación. Ahora sí, frente al conflicto de intereses, de cara a la acción y a la pretensión en la faz netamente jurisdiccional, y si bien insisto, éste no fue impedimento alguno a la hora de resolver la multiplicidad de cuestiones de tan diversa índole que el TEP debió hacer frente en las últimas elecciones, el vacío legal, como corresponde, fue colmado por el mérito de sus integrantes, quienes con la experiencia técnica en su calidad de jueces, tuvieron siempre en mira la salvaguarda del debido proceso, y la plena vigencia de los principios pilares del Derecho Procesal, sobretodo el

de igualdad, contradicción y el no menos importante de celeridad, ello por las urgencias que impone un cronograma electoral y la fatalidad de sus plazos.

Mas la creación pretoriana no alcanza. Tampoco -creo yo- es alternativa suficiente la remisión a nuestro Código Procesal Civil y Comercial, a las previsiones normativas del juicio sumario o sumarísimo; la legislación supletoria y la analogía tiene un indudable rol integrador, pero no deja de postergar y anunciar para el futuro nuevos problemas. Prueba de ello es que hasta aquí la actuación jurisdiccional del TEP se ha limitado a ser una instancia de revisión, de impugnación de las decisiones de los organismos partidarios electorales, con una suerte de recurso de apelación que plantea serios interrogantes como lo entre otros, el lugar, modo y tiempo de interposición.

Porqué no idear entonces un prototipo de proceso contencioso. Si entendemos que el Derecho Procesal es una herramienta, pongámosla concreta y específicamente al servicio del Derecho Electoral; no creo que se atente contra la unidad de esa rama del derecho si nos ponemos a pensar en el tratamiento de derechos procesales vinculados con los correspondientes derechos sustanciales en juego; al final de cuentas, se tratara de la aplicación de los principios generales del Derecho Procesal, atendiendo a las características particulares de los conflictos que se deben resolver. Razonar de ese modo no nos hará caer en el pecado de la soberbia, pues de

ninguna manera implica pregonar la autonomía del Proceso Contencioso Electoral.

Debe alentarnos en el intento, por supuesto el ejemplo de las provincias de Santiago del Estero, Río Negro y Santa Fe -perdón si olvido de mencionar alguna- pero también otras voces, venidas de las ciencias jurídicas, tal la de Juan Carlos González, catedrático español, autor de la obra "Derecho Electoral Español: normas y procedimiento" quien sostiene que "... el proceso electoral no permite actuar mediante procedimientos de cualquier tipo". "En efecto" -continúa- "... la índole material de las normas electorales que ejecutan el cumplimiento de los valores superiores de la Constitución por una parte, y por otra, los requisitos formales que exige en cuanto a celeridad y preferencia en la tramitación judicial, por cuanto se actúa en supuestos improrrogables, determinan que el Proceso Electoral posea", o en nuestro caso, deba poseer, "una cierta identidad procedimental, no siendo valida cualquier norma general".

Posibilidad-propuesta de regulación

Rapidez, agilidad y flexibilización de las formas son claves en esta ingeniería. Pues bien, opino que la vía de revisión debiera tramitar como una acción que abra la instancia electoral y que necesariamente, dados los acotados plazos que nos son impuestos por un calendario electoral preestablecido, deberá contar también, por lógica consecuencia, con

plazos muy abreviados de caducidad de su ejercicio; así estimo suficiente el plazo genérico de 5 días hábiles para cuestionar el acto de que se trate. En cuanto a la legitimación, ha de ser admitida sin mayores retaceos, los únicos recaudos posibles: ser afiliado, candidato, o el mismo partido político a través de su apoderado legal; luego, la existencia de un interés directo de la parte, la que se apreciará en función de la pretensión deducida, y si en ello el actor puede lograr un beneficio real.

El proceso justificara su existencia en el marco de los principios de contradicción, igualdad y congruencia, indefectiblemente acotadísimo los plazos de sustanciación, eventual prueba y decisión; para cada uno de ellos no deberán exceder los 3 días hábiles, aunque ameritada la urgencia, podrán ser días corridos. La decisión bien puede adoptar la forma de sentencia interlocutoria redactada en forma impersonal, salvado claro está el derecho a expresar la disidencia.

La misma podrá ser recurrida por vía de un recurso de apelación por ante el Superior Tribunal de justicia; el procedimiento de impugnación debiera ser con presentación en un término no superior a los 3 días, contados a partir de la notificación de la decisión; luego y superado un previo examen de las mínimas condiciones de admisibilidad de formalidades prefijadas, sustanciarse en igual plazo. Seguirá la elevación dentro de las 24 hrs. siguientes a la Alzada para que resuelva sin más dentro de los 5 días siguientes. Las notificaciones podrán efectuarse

mediante cualquier medio de los previstos en los códigos de rito, y se sumarán los medios informáticos en la medida que aseguren fehacientemente el acto transmitido. En ambas instancias todas las actuaciones serán gratuitas.

En definitiva, estoy proponiendo en gruesos trazos, un proceso con netos tintes característicos del proceso sumarísimo, con una dinámica procesal apropiada para responder a las urgencias de la vida partidaria en tiempos electorales, cuando por así decirlo, se despiertan de su letargo. Es sabido por todos que la noria comienza a girar a partir de la convocatoria a elecciones; recién a partir de allí comienza la litigiosidad mas variopinta.

La letra fina vendrá por añadidura, pues en la Secretaría Electoral del TEP ya estamos trabajando en un proyecto de reforma de la Ley N° 2.126 a partir de la cual el Proceso Contencioso Electoral ocupará su obligatorio lugar; reforma que, entre otras cosas, plantea la supresión de los denominados "acuerdos programáticos", y la incorporación de normas atinentes al financiamiento de los partidos políticos de actuación local.

Estas líneas tienen la pretensión de generar inquietudes y abrir el espacio de la polémica constructiva. El Proceso Contencioso Electoral debe formar parte de las próximas agendas en la vida de los partidos políticos de nuestra provincia, como así también en las áreas respectivas de los Poderes tanto Ejecutivo como Legislativo.



DEJAR QUE SUCEDA

POR MARÍA CAROLINA ARRIGONE

Abogada. Relatora Letrada de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.

Inmersa en una interesante polémica, la Legislatura de la Provincia de Río Negro sancionó por unanimidad, la primera ley en el país que reconoce y garantiza el derecho a una "muerte digna".

El proyecto, impulsado por la diputada Marta Milesi, contó con el

público rechazo del obispado católico de Río Negro, expresado en una misiva donde señaló que "... no se debe adelantar la muerte, sino cuidar los últimos momentos de la vida con total respeto...", pero mantuvo el ferviente apoyo de sectores sociales que hacía mucho tiempo promovían,

en espacios académicos y políticos, la legalización del derecho de toda persona en estado terminal a decidir las condiciones en las cuales seguir viviendo.

Un aspecto jurídico revelante para analizar esta nueva ley provincial, es la posible colisión de sus preceptos

con dos normas de derecho sustantivo. Una es el artículo 79 del Código Penal que sanciona con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro; la otra, el artículo 83 del mismo cuerpo legal que reprime con prisión de uno a cuatro años, al que instigare

a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo.

Otra cuestión susceptible de ser debatida conjuga principios éticos y filosóficos, pues consiste en la crítica a los fundamentos utilizados en la ley para reconocerles a las personas un derecho a disponer de su vida, bien jurídico de suprema protección en la jerarquía constitucional.

¿Qué razones son suficientemente válidas, y en qué circunstancias se puede justificar que el ordenamiento jurídico le permita a un ciudadano terminar con su propia existencia?

¿Hasta dónde el Estado tiene derecho de mantener a una persona con vida, con el único propósito de prolongar su sufrimiento?

Sabemos que no somos inmortales, pero es difícil aceptarlo. El temor a la muerte nos inquieta, y respaldados por los numerosos avances tecnológicos que hoy permiten extender la vida por tiempos cada vez mayores, muchos contradicen con vehemencia a quienes pensamos que la mera existencia biológica no es vida.

Conceptos redefinidos

Desde una noción biológica, la vida es un estado de difusión o dispersión de la energía interna de los seres humanos, que los impulsa a obrar y les permite moverse por sí mismos. Vivir es, entonces, la acción de encaminar o dirigir esa energía hacia el cumplimiento de objetivos o fines propios y personalísimos.

Para el derecho argentino, la vida comienza con la concepción, dentro o fuera del vientre materno, y culmina con la muerte. El embrión es otro ser con relación a la madre y al resto de las personas, vive desde el primer momento de su existencia y se desarrolla biológicamente, hasta extinguirse con la muerte.

Por eso, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño – mediante la Ley N° 23.849–, la República Argentina hizo reserva del artículo 1° del Tratado, dejando en claro esa alteridad, ya que en el orden nacional se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción y hasta alcanzar los dieciocho años de edad.

El objetivo de la ley rionegrina, señalado en su artículo 1°, es el respeto a la calidad de vida y a la dignidad de los enfermos terminales; con lo que reconoce que ciertos padecimientos irreversibles y fatalmente mortales, condicionan la

vida de los hombres y minan, en ocasiones, su dignidad.

Cuando el bienestar o la integridad física ha sido jaqueada por una enfermedad o un accidente que aproxima la muerte de manera irreversible, e impide el ejercicio íntegro de la autonomía o la racionalidad, la calidad de vida se ubica muy por debajo del nivel que requiere para ser considerada digna.

En tales casos, mantener la existencia biológica, prolongar el dolor y el desconsuelo, mediante el sometimiento a infructuosos tratamientos médicos que socavan la estima, cuando ya se perdieron las esperanzas de recuperación, es un modo de negar la finitud de nuestro ser y atentar contra la dignidad humana.

La vida queda así redefinida como la fracción de tiempo que comienza con la concepción del ser humano y culmina cuando las condiciones para su existencia hacen que no merezca ser prorrogada.

Es esa una decisión personal tan importante y personalísima, que la ley la considera un derecho, afirmado en la posibilidad de manifestar la voluntad de rechazar procedimientos médicos extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría, que produzcan o prolonguen inútilmente el dolor y el sufrimiento desmesurado, como también el retiro de las medidas de soporte vital.

La muerte, en ese caso, se produce por conmiseración y en propio beneficio del paciente, puesto que es él quien fehacientemente informado de su padecimiento, valora subjetivamente las expectativas de vida con las que cuenta y expresa su voluntad de ponerle fin.

La competencia de la víctima como condición esencial

Es innegable que la ley sancionada por la legislatura de Río Negro es de avanzada, por cuanto regula una materia sobre la que –amén de los numerosos proyectos en danza– el Poder Legislativo Nacional aún no se ha expedido.

Esa misma circunstancia es la que permitiría cuestionar la constitucionalidad de esta iniciativa provincial, porque regula una cuestión –como quedó dicho– de derecho sustantivo que por imperio del artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional es atribución exclusiva del Congreso.

Además, los preceptos contenidos en la norma se enfrentan con los artículos 79 y 83 del Código Penal, pues permiten acabar con la vida de otra persona y autorizan la colaboración profesional al enfermo incurable o a un herido letalmente que solicita le sea abreviada la existencia para librarse de su sufrimiento.

Las conductas penalmente relevantes para el ordenamiento jurídico, se hallan individualizadas en los tipos penales, que son la descripción de las acciones a cuya realización se les impone una sanción penal. La acción típica es la definición detallada que hace la ley de la conducta prohibida a la que le asigna una pena.

El orden jurídico se compone de normas prohibitivas y de preceptos permisivos que autorizan, en circunstancias específicas, la realización de una conducta típica. Esas autorizaciones, pueden provenir de cualquiera de los sectores del derecho, de manera que una acción penal típica puede no ser antijurídica al estar amparada por un permiso que, por ejemplo, puede provenir del derecho privado¹.

Los preceptos permisivos refieren, en forma circunstanciada, las causas que justifican la realización de conductas penalmente relevantes, es decir que dejan a las conductas típicas desprovistas de antijuridicidad.

La decisión de un paciente de quitarse la vida mediante la supresión de los mecanismos que la conservan, es un suicidio. De manera tal que, la colaboración que los profesionales de la salud le brindan para lograr su propósito no es más que la asistencia para el logro de aquel fin.

Al mismo tiempo, los galenos se encuentran en posición de garante con relación a sus pacientes, es decir, tienen un concreto deber jurídico de impedir con su actuación profesional un evento lesivo evitable.

Esta situación jurídica implica que la colaboración referida equivalga a una conducta diversa de aquella que se comprometieron a asumir en el momento de efectuar el juramento hipocrático. Con lo cual, su comportamiento también se puede considerar un homicidio cometido por inobservancia de los deberes a su cargo en función de la posición legal en que se encuentran. O por acción, en el caso de que le ayudare a cometerlo.

Tanto el comportamiento del médico, como el de la persona que conciente el procedimiento sobre un

enfermo terminal que se encuentra bajo su responsabilidad y no puede manifestar su voluntad (artículo 4° y 5° de la ley), son conductas típicas en el marco del derecho penal, que fuera del contexto de la norma bajo análisis pueden considerarse delitos.

Porque lo que justamente, la ley provincial crea es una causa de justificación para esas conductas que aun cuando siempre serán típicas, nunca podrán considerarse antijurídicas.

El derecho a una vida digna está garantizado por la Constitución y el Estado no puede mantener a una persona en condiciones agónicas, con la única consecuencia de prolongar su padecimiento.

Bajo la forma de una extrema protección a la vida, se estaría encubriendo un homicidio cometido con ensañamiento (incremento inhumano y deliberado del sufrimiento de la víctima, causándole padecimientos innecesarios para la comisión de ese delito) legal del Estado, en tanto la muerte del enfermo se produciría en forma lenta y luego de una alargada agonía.

No hay duda de que el acto de dar muerte a una persona es un homicidio, pero si el fallecimiento se produce cuando las condiciones de vida perdieron el nivel de dignidad necesario para ejercerla, la colaboración con ese suceso es un homicidio justificado. La muerte se considera como un mal para evitar otro mayor y, por lo tanto, encuentra su permiso legal en el inciso 3°, del artículo 34 del Código Penal, y, ahora, en la ley rionegrina.

Es el paciente quien, a sabiendas en forma auténtica de sus nulas posibilidades de recuperación, participa del acto con la expresa solicitud de poner fin a su vida y acepta que un tercero –el médico– lo coloque en una situación riesgosa para su existencia. Es el enfermo quien se ubica en una posición que lo aproxima a la muerte, por ello asume la responsabilidad de las consecuencias letales derivadas de su pretensión².

El consentimiento que da para hacer cumplir su voluntad está precedido de una clara información sobre sus perspectivas de vida e entraña un verdadero acto de autodeterminación; ese consentimiento informado es la aquiescencia del paciente –o de sus

¹ Eugenio Raúl Zaffaroni. Alejandro Alagia. Alejandro Slokar. Manual de Derecho Penal. Parte General. Pág. 455. Ed. Ediar

representantes legales— de someterse a una cirugía u otro procedimiento médico, prestado expresamente luego de haber recibido toda la información que le permita decidir con libertad.

El saber fundamenta su requerimiento, convirtiendo a la petición en el impulso determinante de su propia muerte³. El enfermo mantiene en sus manos el curso del suceso, el dominio del hecho, ejerciendo la protección de sus propios bienes jurídicos, interviene con su decisión en la producción del resultado lesivo y es competente para asumir la responsabilidad por las consecuencias que su voluntad manifiesta acarrea. Es esa competencia la que exime de responsabilidad por la decisión que asumió el enfermo, al profesional de la salud que participa en el acto fatal.

En el caso del paciente inconsciente o incapaz, la ley otorga la competencia para adoptar la decisión al representante legal, o al cónyuge, descendiente, ascendiente, o los parientes consanguíneos hasta el segundo grado incluido, de manera que con su decisión justifican el comportamiento de los médicos.

La compasión por el mal que padece el enfermo es lo que justifica un tratamiento médico, una intervención quirúrgica y aun su muerte, y las atenciones médica suprimidas no la provocan sino sólo dejan que ocurra, por el estado biológico del sujeto. ¿Si está justificada una lesión grave, como la amputación de un miembro, porqué se eluden esas mismas razones para justificar el homicidio por piedad?

La voluntad manifiesta se complementa con el conocimiento científico, y se compone la figura de la ley en un “homicidio misericordioso con competencia de la víctima”.

Cuidados paliativos

El concepto expresado antes, se complementa con la condición esencial que la ley establece para que la muerte acontezca, la aplicación de

cuidados paliativos inclinados a proporcionarle desahogo al paciente, como también a controlar los síntomas que manifieste.

Estas prestaciones terapéuticas son las que vedan cualquier práctica semejante a la eutanasia, pues la muerte se produce con todos los alivios médicos adecuados y los consuelos humanos posibles, con el propósito de que los pacientes desahuciados regresen a su hogar, a su ámbito familiar donde pueden obtener el apoyo emocional y la contención espiritual de sus seres queridos.

La ortotanasia, como también se denomina a la figura que avala la norma rionegrina, ocurre a petición del paciente y cuando la vida ya no puede ofrecer una mínima condición que permita un funcionamiento aceptable de su actividad somática y psíquica.

A diferencia de la eutanasia, que también es una ejecución piadosa, en la muerte digna el fin de la vida es contingente. Podría ocurrir, por ejemplo, que se quitara el respirador artificial a un paciente y éste continúe con vida. En tales casos, la ley provincial, de ninguna manera autoriza la práctica de la eutanasia

La debilidad del enfermo y su agonía es lo que justifica que el Estado le permita poner fin a su existencia. Pero en el fin del sufrimiento y en el respeto a su voluntad se halla la dignidad de su muerte.

Tan amplio es el reconocimiento de este derecho que la norma sancionada también faculta a toda persona capaz a expresar su voluntad, mediante instrumento público y ante un escribano con registro, sobre las condiciones en las cuales desea seguir viviendo en el supuesto de encontrarse en fase terminal por enfermedad o accidente.

Esta declaración se conoce con el nombre de testamento vital, y permite superar las dificultades que se les presentan a quienes asumen la responsabilidad de los enfermos impedidos de expresarse, como también a los profesionales de la salud

en punto a las prácticas que pueden o no llevar a cabo en ese caso.

Antecedentes Normativos

Uno de los precedentes a la norma rionegrina que trató el tema, fue la Resolución 939/2000 del Ministerio de Salud de la Nación, que reformó el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) para los agentes del seguro de salud, y redefinió el conjunto de prestaciones a que tiene derecho todo beneficiario de la seguridad social⁴.

Entre las finalidades expresamente enunciadas en los *considerandos* de la resolución, se hallaba resolver el choque entre la ética y la conciencia del derecho universal a la salud por una parte y, por otra, la estrecha capacidad de respuesta del sistema, integrado por actores de diversos orígenes, opiniones e intereses en un marco de recursos finitos.

Y sobre esa base, renglones abajo, la disposición hacía una mención especial al tratamiento de los enfermos terminales, al imponer entre las modalidades asistenciales que deben brindar los agentes del seguro la promoción y el desarrollo de programas que contemplen el derecho a una muerte digna, considerando como prioridad el tratamiento del dolor y los síntomas angustiantes, buscando en lo posible la desinstitucionalización de esos pacientes o su atención en centros que privilegien el cuidado, el confort y la contención del enfermo y su familia.

Más tarde, el Ministerio de Salud de la Nación dictó la Resolución 609/2004, en la que determinó las normas de organización y funcionamiento de los Servicios de Pediatría y las incorporó al Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica⁵.

Su texto contiene una enumeración de los derechos del niño y de la niña hospitalizados, que en segundo lugar establece el “Derecho a una muerte digna, en compañía de sus familiares o en su hogar, cuando se hayan agotado los recursos terapéuticos disponibles”.

Las razones que inspiraron estas resoluciones sin duda nutren los argumentos en los que se sustenta la ley rionegrina, y coinciden en defender el derecho de todos a disponer de nuestra vida y nuestro propio cuerpo, asegurándonos la culminación de nuestros días sin dolor y sin agonía, cuando la llegada del fin es definitiva,

Conclusión.

La verdadera dignidad está en la vida, cuando las condiciones para que transcurra permitan ejercerla con plenitud. Por eso, la polémica que esta ley ha generado no debe dejarse contaminar por los argumentos que se dan contra el aborto, que es la defensa de la vida de la persona por nacer. Esto es una situación inversa, puede considerarse como “aborto al revés” no sólo porque ocurre en el otro extremo de la existencia sino porque es la defensa de la vida digna.

La diferencia entre la discusión que genera la norma rionegrina y la del aborto, es que en este caso las personas por nacer tienen toda la vida por delante, en cambio en el supuesto de esta ley se trata de pacientes que carecen de toda posibilidad a seguir viviendo, la vida pasada, la ya vivida, la caduca.

Aun cuando se sepa que la medicina no puede vencer una grave patología o herida letal, los profesionales de la salud deberán esforzarse por aliviar los sufrimientos para ayudar al paciente en las condiciones extremas del estadio terminal, permitiendo cumplir con su voluntad y aproximarlos a su muerte sin dolor y con serenidad.

La autora del proyecto, la diputada Milesi, expresó que “es una apuesta a la muerte digna, como una opción ante la encarnización terapéutica, que así se llama en la medicina la utilización de métodos artificiales para alargar procesos de vida que se saben que son irreversibles”.

Esperemos que el Congreso de la Nación tome el ejemplo.

² Enrique Gimbernat Ordeig “Conducta de la víctima e imputación objetiva”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://criminnet.ugr.es>.

³ Günter Jakobs. Estudios de Derecho Penal. Pag 396. Editorial Civitas S.A.

⁴ RESOLUCIÓN 939/2000 - Ministerio de Salud. Seguro de Salud. Prestaciones. Beneficiarios. Programa Médico

Obligatorio (P.M.O.) para los agentes del seguro de Salud. Aprobación del 24/10/2000; Publicada el 07/11/2000.

⁵ RESOLUCIÓN 609/2004 - Ministerio de Salud. Salud Pública. Normas de

Organización y Funcionamiento de Servicios de Pediatría. Incorporación al Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica. Aprobada del 30/06/2004; Publicada el 06/07/2004.

FUNCIÓN SOCIAL Y ÉTICA DE LOS ABOGADOS Y MAGISTRADOS JUDICIALES RESPECTO DEL ORDEN JURÍDICO- INSTITUCIONAL¹

POR ADELA LUCÍA JUÁREZ ALDAZÁBAL

Docente Universitaria. Profesional de la Secretaría Letrada del Superior Tribunal de Justicia (Chubut). Mención Especial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Premio Accésit "Asociación Argentina de Derecho Procesal".

I. Normas involucradas

1. Código de Ética de los Colegios Públicos de Abogados de la Provincia del Chubut (Anexo I integrante de la ley 4.558 – Publicada en el Boletín Oficial de fecha 28/12/1999 – Año XLII – N° 8407):

“CAPITULO 2 DEBERES FUNDAMENTALES DEL ABOGADO RESPECTO DEL ORDEN JURÍDICO-INSTITUCIONAL”

Artículo 5°: AFIANZAR LA JUSTICIA: Es misión esencial de la abogacía el afianzar la justicia y la intervención profesional del abogado, función indispensable para la realización del Derecho.

Artículo 6°: DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO: Es deber del abogado preservar y profundizar el Estado de Derecho fundado en la soberanía del pueblo y su derecho de autodeterminación.

Artículo 7°: ABOGACIA Y DERECHOS HUMANOS: Es consustancial al ejercicio de la abogacía, la defensa de los Derechos Humanos, entendidos como unidad inescindible de derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, conforme los contenidos de la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia del Chubut y de las declaraciones, cartas, pactos y tratados internacionales ratificados por la República Argentina.

Artículo 8°: ABOGACIA Y USURPACION DEL PODER POLITICO: Es contrario y violatorio de los deberes fundamentales del

ejercicio de la abogacía, el prestar servicio a la usurpación del poder político, aceptando ingresar a cargos que impliquen funciones políticas, o a la magistratura judicial, en situaciones de ruptura del orden constitucional como las descritas en el artículo 36 de la Constitución Nacional y en el artículo 17 de la Constitución de la Provincia del Chubut”.

2. Ley de Ética de la Función Pública (N° 4.816 – Sancionada el 09/01/2002; promulgada el 18/01/2002; publicada en: Boletín Oficial 28/01/2002 – ADLA 2002-B, 2425):

“CAPÍTULO I - PROPÓSITOS. OBJETO Y ALCANCE”

Art. 3° - CONCEPTO DE ÉTICA Y TRANSPARENCIA. La Ética y Transparencia Públicas son valores que hacen a la esencia del sistema y al orden democrático y republicano de gobierno. Transgredirlos es atentar contra el sistema y su defensa compete a la comunidad toda, en tanto integran el orden jurídico constitucional.

Art. 4°- PRINCIPIOS ÉTICOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DEL SERVICIO PÚBLICO. De conformidad con lo establecido por los Artículos 1°, 2° y 3° esta Ley determina: a)... b) ... c) ... d) El ejercicio de la función pública debe orientarse a la satisfacción del bien común, que es su fin último y esencial. Para ello la función pública propenderá a la realización de los valores de seguridad, justicia, solidaridad, paz, libertad y democracia. e) La lealtad, la

eficiencia, la probidad, rectitud, buena fe, austeridad y la responsabilidad son valores fundamentales que deberán tenerse presentes en el ejercicio de la función pública. También se tendrán presentes los principios del servicio público. Los deberes y prohibiciones que deben acatar los funcionarios públicos se fundamentan en esos valores y principios. f)... g) ... h)...”.

II. Ámbito de aplicación

Las disposiciones del Código de Ética son de aplicación a todo matriculado en los Colegios Públicos de la Provincia del Chubut en el ejercicio de la profesión de abogado en el ámbito provincial².

Mientras que la Ley de Ética Pública, es de aplicación “con carácter imperativo a los funcionarios de los tres Poderes del Estado Provincial”³. El texto de la Ley de Ética de la Función Pública que define el ámbito de su aplicación subjetiva o personal, no deja margen para discutir su aplicabilidad a los jueces cuando incluye expresamente a los magistrados judiciales dentro del régimen de incompatibilidades con el ejercicio de la función pública⁴.

III. Argumentos éticos

1. El Estado nacional debe ser entendido como una unidad institucional, teleológica y ética⁵, más allá de las formas organizativas que adopte. En efecto, el Estado constituye una persona ética por excelencia, premisa que no solamente surge del contenido preceptivo de algunos viejos fallos de la Corte

Suprema, sino que es inherente a su personalidad⁶.

Hauriou sostenía que “el Estado debe entenderse como un cuerpo constituido, que no sólo representa una individualidad de hecho, como sistema de órganos representativos de todos, sino que tiene la pretensión de realizar – en el sentido aristotélico del término – una individualidad espiritual, definida por los estatutos, definición que – entre otras bondades – permite limitar la competencia o el poder de los órganos y hacer posible el juego de las responsabilidades en su interior, instrumento que permitirá conferirle el carácter moral necesario para convertirlo en una sociedad perfecta”⁷.

Estado de Derecho es el Estado Constitucional, basado en la democracia y el pluralismo. Se trata de una declaración en cuanto autovinculación del poder del Estado frente a la Constitución y a la ley. Es un derecho que se otorga a los ciudadanos. Y es una garantía en cuanto expresión de límite del poder estatal y su sometimiento a un medio objetivo e imparcial de establecer la verdad y juridicidad. Declaración, derecho y garantía implícitamente reconocidos en la Constitución por ser la manifestación más pura de toda la economía de nuestra Ley Suprema que se ilumina desde el afianzar la justicia de su Preámbulo⁸.

En este contexto, compete al Estado la carga de construir un servicio de justicia eficaz para todas las relaciones jurídicas. Al “Estado de legalidad formal” (entendido como autolimitación del Estado mediante regulaciones generales y abstractas,

¹ Como lo señala el título, el objeto de este trabajo es presentar un breve análisis de la función social y ética de los abogados y magistrados judiciales respecto del orden jurídico institucional. Para ello, hemos partido del estudio del Capítulo 2 (arts. 5 a 8) del Código de Ética de los Colegios Públicos de Abogados de la Provincia del Chubut, y del Capítulo I (arts. 3 y 4) de la

Ley de Ética de la Función Pública; comentando brevemente las normas referidas con un grupo de argumentos que intentan describir el cuadro de situación, pero que no agotan en ellos su temática. En efecto se tratan de disparadores que serán objeto de estudio, más profundo o particular, en artículos posteriores.

² Conf. art. 1°.

³ Conf. art. 2°, inc. a.

⁴ Conf. art. 16.

⁵ Expte. N° 8341/01. Ministerio de Educación; 12 de octubre de 2001 (Dictámenes 239:62) en <http://www.ptn.gov.ar>.

⁶ Fernando R. GARCÍA PULLÉS, *Tratado*

de lo contencioso administrativo, t. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 76.

⁷ Hauriou, “*Precise du droit administratif*”, p. 86 y sus notas al pie, cit. por Fernando R. GARCÍA PULLÉS, ob. cit., nota N° 95, p. 77.

⁸ Fernando R. GARCÍA PULLÉS, ob. cit., p. 61.

sancionadas mediante procedimientos determinados y dadas a publicidad) sigue el “Estado de Derecho material”, que supone el sometimiento del legislador a principios infranqueables de libertad, proporcionalidad, igualdad, reserva, confianza y seguridad jurídica, entre otros; y a ellos suceden el “Estado de Derecho procesal” y el “Estado constitucional con división de poderes”. El primero implica el control judicial de la juridicidad formal y material a través de un procedimiento justo e imparcial para la determinación de la verdad; el segundo autoriza a concebir la independencia e imparcialidad de los jueces como presupuesto general del sistema⁹.

2. Efectuadas las necesarias aclaraciones precedentes, de una lectura comparativa de los textos señalados en el punto I, nos surge preferible el Código de Ética de los Colegios Públicos de Abogados del Chubut.

El Código de Ética se nos presenta como una pieza armoniosamente articulada, completa y exhaustiva, toda vez que al referirse a los deberes fundamentales del abogado respecto del orden jurídico institucional, establece como misión esencial de la abogacía la defensa del Estado de Derecho, al afianzar la justicia, la defensa de los derechos humanos y la prohibición de prestar servicio a la usurpación del poder político.

Por lo tanto, el Código desautoriza el ejercicio de esta profesión cuando no tenga como fines u objetivos los señalados, por supuesto, previo juicio disciplinario.

No puede perderse de vista que el quehacer perteneciente a los abogados se reconoce necesariamente como un ingrediente esencial del servicio de justicia, al cual coadyuva, de modo que sus finalidades y objetivos no pueden serle ajenos.

La misión del abogado, no ha de agotarse exclusivamente en la defensa a ultranza del interés particular confiado, sino que, aún por encima de este último, su actuar deberá orientarse hacia la consecución del fin trascendente que insufla al servicio de justicia todo, que no es sino un fin

público: dispensar la justicia, confiriendo la razón a quien la tiene y haciéndolo con prontitud y eficiencia.

Diligencia, asunción de cargas y deberes, verdad objetiva, son postulados propios del servicio todo; de modo que en su consecución están comprometidos no sólo los jueces sino también los abogados.

El abogado debe tener siempre presente que es un servidor de la justicia y que su intervención es indispensable para su eficaz administración. Debe adquirir conciencia que desempeña una función social y que a él esencialmente incumbe la tarea de procurar el perfeccionamiento del derecho y sus instituciones, conforme a los ideales de justicia, libertad, seguridad jurídica y paz social.

Es deber primordial del abogado, respetar y hacer respetar las leyes y las autoridades legítimas. Debe negar su cooperación a cualquier autoridad en la medida que ella viole el imperio de la ley. Ha de ser defensor de los derechos humanos respetando la dignidad humana y el bienestar general. En este marco la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “BCRA c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”¹⁰, expresó: “El abogado no es simplemente un profesional habilitado por su diploma universitario para exponer el derecho, enseñarlo y hacerlo valer en las causas de justicia, sino que es, además, un auxiliar de la justicia a quien las leyes que organizan la justicia pueden -conforme al enunciado del preámbulo y el art. 5, Constitución nacional - exigir cierta organización y disciplina que garantice el ejercicio responsable y ético de la profesión legal jurídica” (del voto de los doctores Fayt y López).

Más allá de lo que establezcan las normas jurídicas y éticas, e independientemente de las normas técnicas y científicas el tema tiene sustento expreso e implícito en la esencia misma de la profesión: no se concibe el ejercicio de esta noble profesión sin un conjunto de normas morales que constituyen lo que se ha dado en llamar la ética de la abogacía.

3. Por su parte, la Ley de Ética de la Función Pública luego de dar un

concepto sobre ética y transparencia como valores que hacen a la esencia del orden democrático y republicano de gobierno, señala dentro de los principios éticos de la función pública la satisfacción del bien común como “fin último y esencial”; indicando a continuación, valores y principios que fundamentan los deberes y prohibiciones que deben acatar los funcionarios públicos. Destacamos que una rápida lectura de las normas referidas a tales deberes y prohibiciones, permiten observar que la Ley de Ética se concentra sobre el fenómeno de las múltiples formas de corrupción persiguiendo fundamentalmente la corrupción económica.

La Ley de Ética inserta *el problema de la ética judicial en el campo de la ética de la función pública*.

Tratar la cuestión de la ética de la función pública es tratar una cuestión tan antigua como contemporánea. Antigua porque la relación entre el poder y las disfunciones producidas por el alejamiento de las normas puede ser pensada como coetánea a la aparición de toda organización social; y contemporánea, porque esta cuestión adquiere una gran relevancia bajo las formas de organización del poder que alcanzan primacía a partir de la Edad Moderna, en particular el denominado Estado de Derecho.

La ética que analizamos no es simplemente la ética positiva o la moral dada como hábito, sino que es fundamentalmente aquella que surge desde la perspectiva crítica o de lo que Carlos S. Nino¹¹ y otros denominan “el discurso moral ideal”, discurso bajo cuyos presupuestos estamos dispuestos a considerar que las normas resultantes guardan una fuerte pretensión de verdad moral. Desde ella entonces se puede proponer reglas de ética judicial que impacten suficientemente sobre el funcionamiento de dicho sistema como parte del sistema político democrático republicano.

Afirma Nino que una norma jurídica positiva no es suficiente para justificarse a sí misma por el sólo hecho de estar positivizada, sino que explorados los fundamentos epistémicos de los sistemas políticos

llegamos a la conclusión que sólo el democrático cumple con los requisitos que permiten suponer a una norma como moralmente obligatoria, y lo cumple porque si coincidimos en el rechazo por toda pretensión dogmática en materia de los criterios de adopción de decisiones, debemos acordar también que el método de adopción de decisiones que mejor se compadece con ese supuesto es el de la democracia¹², por ser un método basado en la consideración pública, en el debate público de todos los hechos relevantes, en la intervención libre de la coacción, de buena fe e imparcial de los participantes. Es este procedimiento el que le confiere a su resultado una decisión pública normativa con pretensión de verdad moral.

Aceptar este punto de partida es capital para entender la relación que existe entre los principios de ética normativa judicial y la forma democrática de gobierno, desde que aceptamos, como dice Nino -que la democracia es un sucedáneo del discurso moral ideal.

Uno de los componentes esenciales del Estado Constitucional de Derecho en una democracia constitucional es la neutralidad. Es que la compleja estructura de los pesos y contrapesos en la que se funda el Estado de Derecho se apoya de manera indisoluble sobre la independencia del poder judicial, de ella dependen los derechos individuales y colectivos.

Así la independencia judicial y las normas de ética judicial están íntimamente ligadas, por lo que es imposible hablar de una sin hacerlo de la otra. Debiendo entenderse por independencia judicial el respeto de una zona de reserva constitucional, dentro del cual el juez debe dirimir las controversias con imparcialidad, objetividad, calidad, sin interferencias o intromisiones no solamente del resto de los poderes del Estado, sino también de las variadas formas de influencia a las que puede verse sometido, v. gr. los prejuicios culturales que inevitablemente cada persona lleva consigo¹³.

Por otra parte, la autoridad de un juez descansa en la idoneidad ética

⁹ KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado*, p. 140, cit. por Fernando R. GARCÍA PULLÉS, ob. cit., nota N° 82, p. 72.

¹⁰ Diario La Ley del 18/09/2000, suplemento, p. 38.

¹¹ Se recomienda la lectura de *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2007.

¹² Desde mediados del siglo XIX, el

concepto de democracia republicana ha venido dando un vuelco valorativo radical. “Democracia” es una palabra que designa distintas concepciones relativas a la vida política de una comunidad social. El referente actual de este vocablo, puede sintetizarse en la participación de ciudadanos que se presuponen autónomos y que se autodeterminan, en la vida política de la comunidad. Asimismo, la democracia

no se define como el poder omnímodo de la mayoría, sino como el compromiso constitucional con la garantía de los derechos intangibles de las minorías, lo cual implica un conjunto de limitaciones institucionales y sociales a la soberanía mayoritaria, que han dado cabida al concepto de “democracia constitucional”.

¹³ El art. 15 de la Ley de Ética de la Función Pública, bajo el título “Deber de

objetividad” dispone que “El funcionario público debe siempre actuar con objetividad, sin influencias de criterios personales o de terceros no autorizados por la autoridad administrativa y se abstendrá de participar en cualquier decisión cuando exista violencia moral sobre él, que pueda hacerle incumplir su deber de objetividad”.

que la sociedad le reconoce y exige. Se espera de los jueces: una buena reputación por su integridad, compromiso con la justicia y la dignidad de las personas, que carezca de tendencias autoritarias, que conozca las normas jurídicas y las normas éticas implícitas en la misión de juzgar, que tenga convicción ética de su rol y vocación de servicio; que sea: honesto, estudioso, imparcial, independiente, responsable, ecuánime, íntegro, perseverante, valiente¹⁴.

En el plano ético destaquemos su vinculación con la virtud de la fortaleza, pues ésta tiene una faz pasiva de firmeza en la decisión, soportando las dificultades que ella genera y además, una faz activa de emprender valientemente una conducta a pesar de los inconvenientes; el juez debe aplicar el derecho estudiando, reflexionando, comprometiéndose con una concepción de justicia.

Asimismo, debe ejecutar un comportamiento acorde a su dignidad: el juez es un funcionario público, por ello cuenta con un poder que se refiere al bien común. Su preocupación es dar en el caso lo suyo a cada uno, atendiendo también a las exigencias del interés comunitario que representa.

No obstante, creemos que se hace necesario a nivel provincial la sanción de un Código específico de Ética judicial, toda vez que con un criterio pedagógico, éste podrá aportar a la dilucidación de dudas en torno al comportamiento judicial, avalar comportamientos que no se mostrarían como arbitrarios o disponibles, y permitiría distinguir entre buenos y malos jueces según ajusten o no su conducta a los parámetros que se indiquen¹⁵.

Debemos recuperar la credibilidad en nuestras instituciones, que es la fe en el Estado Constitucional de Derecho.

Afianzar la justicia es un fundamento que debe ser reavivado y reafirmado permanentemente en estos tiempos de profunda crisis moral, del desarrollo impactante de la ciencia y la técnica, de creencia en el éxito social, económico o político por encima o en desmedro de los valores morales y éticos que posibilitan mejorar la calidad de vida en sociedad.

El valor básico justicia, implica la realización de los valores: orden, seguridad, poder, paz, cooperación y solidaridad. Julio César Cueto Rúa nos recuerda que "a cada uno de estos valores positivos corresponden disvalores o valores negativos... la ausencia de un valor positivo implica la presencia de un valor negativo por defecto o carencia... la falta de orden implica el desorden; la falta de seguridad, la inseguridad; la falta de poder, la anarquía; la falta de paz, la discordia; la falta de cooperación, el aislamiento; la falta de solidaridad, la extranjería; y la falta de justicia, la injusticia"¹⁶.

Se requiere un comportamiento que responda a los principios éticos portadores de los valores universales mencionados. Sin este soporte ético, es muy fácil protagonizar conductas erráticas. Debemos volver a los principios éticos y defenderlos por todos los medios lícitos a nuestro alcance.

Y en este orden de ideas, la ética judicial fortalece y esclarece las propias convicciones del juez en determinados espacios conductuales y por lo tanto, deja a salvo la independencia esperada y deseada por la sociedad. Independencia que es la piedra angular sobre la cual la judicatura ejerce su real y efectivo poder político institucional en la vida de la República. Sólo a partir de una independencia constitucional y ética, es posible generar un desenvolvimiento judicial que consolide, en el Estado Constitucional de Derecho, la realización política democrática.

Suprema de Justicia de Santa Fe, publicado en *El Reporte*, Año 2- Nº 6 – Agosto de 2002 – Rev. de la Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia del Chubut.

¹⁶ *Una visión realista del Derecho – Los jueces y los abogados*, Abeledo Perrot, Buenos Aires., 2000, p. 47.

¹⁴ En suma de eso se trata la ética, un campo de reflexión sobre las decisiones humanas que impactan directa o indirectamente sobre conductas humanas.

¹⁵ Al respecto, compartimos los argumentos dados por el Dr. Rodolfo Luis Vigo a favor de la sanción de un Código específico de Ética Judicial, en *Prólogo al Código de Ética Judicial de la Corte*

NOTICIAS UNIVERSITARIAS

CURSO DE INTRODUCCION CRIMINALÍSTICA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS (COMODORO RIVADAVIA - REGIONAL DE BOMBEROS VOLUNTARIOS N°3)

Duración: 6 meses

Objetivo: Educar para que el cursante reciba el conocimiento teórico – práctico básico, en todo lo relacionado con la introducción al mundo de las ciencias criminalísticas. Instruir para que el alumno cursante reciba conceptos generales y preparatorios que determinaran su potencial futuro vocacional, relacionado con la Licenciatura en Criminalística.

Perfil Profesional: El egresado del curso de introducción a las ciencias criminalísticas, adquirirá una elevada instrucción de todo lo concerniente a la investigación científica, metodológica y criminalística de los delitos, desde el aspecto legal de la investigación criminal hasta la metodología investigativa de cada especialidad.

Perfil del cursante: El curso de introducción a las ciencias criminalísticas, se encuentra diagramado conceptualmente y dirigido a toda persona interesada en cursar la futura Licenciatura en Criminalística. Que si bien, dicho curso, no resulta obligatorio, si consideramos su cursado, servirá como base de apoyo pedagógico y académico para los alumnos; también apunta hacia personas con intenciones de conocer y acrecentar conocimientos sobre aspectos criminales y su implicancia social y para los profesionales involucrados directa o indirectamente con la temática criminalística.

Metodología del curso: El dictado del curso se desarrollará en aulas de la U.N.P.S.J.B., las clases serán semanales, todos los días de lunes a viernes, en el horario de 20,00 a 22,00 horas. Próximamente se desarrollará el acto inaugural de lanzamiento del curso.

Los módulos comprenderán las siguientes temáticas criminalísticas: 1) Introducción a la criminalística; 2) Accidentología Vial; 3) La identidad humana; 4) Técnica investigativa sobre incendios; 5) Fotografía Pericial; 6) El delito en su doble aspecto: jurídico – investigativo; 7) Medicina Legal y 8) Investigación criminal.-Algunos módulos se dictarán en forma teórica y otros en forma teórica y práctica (ver cronograma con carga horaria que se adjunta); con trabajo de area y examen final por cada módulo para la aprobación del curso; además cada alumno participante deberá presentar una monografía acerca de cualquier tema del programa a elección.

La especialización del cursante: Con la aprobación del curso de introducción a las ciencias criminalística todo alumno participante recibe su correspondiente certificación en investigación criminalística.

Plan de Estudio:

1.-Accidentología Vial:

Accidentología Vial: concepto. Breve introducción. El accidente de tránsito: concepto normativo. Clasificación. La prevención. El tráfico. **Evolución del accidente:** el espacio y el tiempo en el accidente vial. Fases. Elementos del accidente: La vía. El vehículo. El hombre. Circunstancias significativas. Gráfica de BLUMENTHAL (El sistema). Causalidad siniestral: Causas mediatas e inmediatas. Etiología de los accidentes. Posibles soluciones. La Investigación accidentológica: Investigación de indicios y daños: justificación. Restos. Daños a objetos fijos. Marcas sobre pavimento. Recogida. Fotografiado. Grabado. Transplante y medición de los indicios de la vía. Daños y estado del vehículo. Reconocimiento. Deducción de los

daños. Registro de información. Mediciones y diagramas en la investigación de accidentes: Importancia de las mediciones. ¿Que es lo que hay que medir? ¿Como se hace en el lugar del accidente?. Registro. Material. Mediciones de distancias. Mediciones urgentes. Mediciones adicionales. Pendientes e inclinaciones. Peralte o declive. Alturas o profundidades. Confección del Croquis.

Lic. Julio Bertero. Duración 16 hs = teóricas 10 hs. prácticas 8 hs.

2.- Investigacion Criminalistica

Se trabaja sobre los indicios y la prueba directa, indirecta y critica. Técnica Policial investigativa. Los métodos; testimonial, confesional, indiciario. Las manchas de sangre. La policía Científica. Revenidos. Pericias automotores. Identi-Kit y Foto-Kit. La fotografía pericial. La sección scopometría pericial. La balística. El Laboratorio Biológico. La identidad humana. La Dactiloscopia. El sistema antropométrico. El retrato hablado. El prontuario. El siglo del detective.

Lic. Silvina Sanabria. Duración 16 hs. teóricas.

3.- La identidad humana:

La Dactiloscopia. La identidad jurídica. Principios en que se basa. Diseños dactiloscópicos. Clasificación de los dibujos. La individual dactiloscópica. Puntos característicos. Las combinaciones. Formas de Clasificar y de archivar. La toma de impresiones digitales. Anormales congénitas y adquiridas. La pericia dactiloscópica. El hombre. La

fotografía como medio de identificación. La antropometría. La dactiloscopia sus orígenes. La piel. Características de los dactilogramas. La dactiloscopia; su fundamento. Inmutabilidad. Inalterabilidad. Diversidad. los cuatro tipos fundamentales; clasificación y subtipos.

Lic. Bertero-Lic. Sanabria Duración 8 hs. c/u teóricas.

4.- Técnica investigativa sobre incendios:

Materia semestral con los siguientes contenidos; Estudio de las reacciones químicas. El fuego. La combustión. El incendio. Explosiones. Combustibles sólidos, líquidos y/o gaseosos. Productos de la combustión. Formas de propagación del calor. Extinción de incendios. Clase de fuego. Mecanismo de extinción. Técnica investigativa de incendios. Normas para la clasificación de los incendios. Peritaje de incendios. La investigación pericial. El informe técnico pericial. Ignición. De sólidos, de líquidos o de gaseosos. Carga de fuego. Productos de la combustión. Oxidación.

Regional de Bomberos Voluntarios N° 3. 16 hs teóricas c/práctica

5.- Fotografía pericial:

Las cámaras. Cámaras de visión directa. Cámaras de revelado instantáneo. Cámaras subacuáticas. Cámaras reflex. Penta prisma.

Obturador y disparador. Accesorios. Objetivos, lentes y filtros. La luminosidad. Objetivos clases. Objetivos Macro. Las películas.

Tipos de películas. Tipo de películas. Fotografía infrarroja. Como componer una buena fotografía. Encuadro. Las líneas. La exposición y el enfoque. Distancia focal. El retrato. La luz y el calor. Los filtros. El flash.

Fotógrafo Suboficial Mayor Raúl Villares. Disertación 8 hs. = 6 hs. teóricas y 2 hs. prácticas

6.- El delito en su doble aspecto jurídico-investigativo:

El derecho penal con otras disciplinas. La criminología. Las ciencias penales. Biología Criminal. Psicología Criminal y la sociología Criminal. Clasificación de las ciencias penales. Principios generales del derecho. El derecho penal como control social. La analogía. Introducción al derecho criminal. El derecho criminal. Clasificación de los delitos. Introducción a la criminología. La política criminal. Precursores e investigadores. Autoría y participación. Causas de Justificación. Imputabilidad y legítima defensa. Unidad y pluralidad de acciones y delitos. Curso real y concurso ideal. Acciones derivadas del delito. Reparación de perjuicios. El homicidio simple. Homicidios calificados. Homicidio Emocional.

Dr. Juan Carlos Smith Disertación 16 hs. teóricas

7.- Medicina Legal

Definiciones y especificaciones. La Tanatología. El levantamiento del cadáver. Los fenómenos cadavéricos. Los fenómenos abióticos. El enfriamiento. La rigidez. El espasmo

cadavérico. Las livideces. La putrefacción. Periodo cromático. Gasificación. Licuefacción. La fauna cadavérica. La autopsia medico-legal. Las lesiones. Distintos tipos de lesiones leves. Derrame profundo. Heridas contusa. Funciones del Médico Legista. Homicidios. Circunstancias agravantes graves. Lesiones Graves. Lesiones gravísimas. Quemaduras. Clasificación de las quemaduras. El alcoholismo. La Muerte. Ahorcaduras. Estrangulación. Sumergimiento. Sofocación. Confinamiento. Sepultamiento. Muerte por monóxido de carbono. Atropello y caídas.

Dr. Iser Wegortz Disertación 24 hs. teóricas

8.- Investigación Criminal

La investigación relacionada con la criminalística. El iter-criminis. El ejercicio de las acciones. Noticias del suceso. Contenido de la denuncia. Interrogatorios. Concepto de presunción. Método deductivo. Método silogista. La prueba. El objeto de la prueba. Iter criminis. Fase interna y fase externa. Principio de la indisponibilidad de la acción penal. Alegar daño en el fuero civil, y la inocencia de denuncia. Actividades básicas a realizar en un hecho delictivo. Herramientas básicas del investigador. los patrones delictivos. La observación, preguntas del interrogatorio. la testimonial. la ciencia y la tecnología. El investigador y los peritos. Indiciones y presunciones. Fuerza probatoria. Los métodos. La prueba; su objeto. Inadmisibilidad.

Dr. Emilio Porras Hernández Disertación 10 hs. teóricas



EL PROBLEMA DE LA GESTIÓN JUDICIAL. ALGUNAS IDEAS*

POR JORGE PFLEGER:

Ministro del Superior Tribunal de Justicia del Chubut.
Director de la Escuela de Capacitación Judicial.

Si al menos intuyera que el sistema judicial funciona correctamente en nuestro país, acaso no me hubiera planteado seriamente este acto de

atrevimiento que es estar frente a ustedes reflexionando sobre el problema de la gestión judicial.

Tampoco, si pensase en que sólo una reforma legislativa fuera la herramienta capaz de poner las cosas en orden.

Menos aún estaría aquí si creyese en que es connatural al sistema esa situación, o, para ser más piadosos, si lo que hace que el sistema judicial

sea indefectiblemente lo que es, conduce a que las personas tengan una opinión adversa.

Pero tengo opiniones fuertes y conservo ciertas esperanzas.

Se que no es una percepción sino una realidad que la judicatura funciona mal, o al menos no del todo bien; que una porción importante de los recursos públicos, siempre insuficientes claro, la nutren sin los resultados que se esperan.

Pienso, por lo demás, que la solución de los problemas excede la posibilidad que ofrece cualquier reforma legislativa, pues a pesar de que se han sucedido variadas modificaciones de las normas procesales, la situación no ha cambiado demasiado.

Decididamente no creo que la disfunción sea parte de la naturaleza misma del Poder Judicial, pues si así ocurriera, nada tendríamos que decirnos en este día.

Así entonces, conciente de la falsedad de aquellas tres hipótesis, creo que bien vale lanzar algunos temas al aire para que sean meditados, sin pretensión alguna de mi parte.

Quienes tenemos responsabilidades en el ejercicio de nuestra actividad desde hace años bien que podríamos recibir la admonición de Demóstenes en su "Cuarto Discurso contra Filipo" cuando decía: "...tal vez sea chocante lo que voy a decir, pero es cierto: lo peor de nuestro pasado es precisamente nuestra mejor reserva para el futuro. ¿Y qué es ello?. El hecho de que por no cumplir ninguno de vuestros deberes, ni pequeño ni grande, las cosas van mal; puesto que si estuvieran en la misma situación pese a realizar vosotros todo lo conveniente, ni siquiera habría esperanza de que mejoraran...".

Y nos cabe perfectamente el sayo pues no hemos abordado a tiempo y con profundidad estos temas, considerándolos parte de un género menor.

La Justicia es un problema de nuestro tiempo; como reclamo colectivo; como aspiración teórica; como objeto de la retórica oportunista y ramplona. Las personas demandan justicia y los pensadores nos hablan de que el Estado de Derecho ha de devenir en

Estado de Justicia. El orden político consagra el acceso a la justicia como un derecho humano básico, como un deber de prestación a cargo del Estado, mientras a nuestro alrededor observamos un edificio que, no obstante las obras de arquitectura, se nos presenta cada vez más ruinoso.

Algunos, canallas por esencia, aprovechan para erosionar los cimientos mismos de ese edificio, no obstante.

Es probable que la justicia refiera a un valor deseable, que muy pocas veces está en los Tribunales, o que no es posible de encontrar en los mismos; pero sea como fuere tenemos un asunto grave que considerar, que eludimos sistemáticamente en el campo teórico, en la academia y más aún en nuestro hacer cotidiano. Púdicamente se lo sustrae de los tratados de derecho procesal y relativamente se lo trata, a pesar de la fuerza de algunos arrojados que, para mal, son vistos como réprobos.

El problema del funcionamiento del sistema judicial se debate ahora con mayor intensidad en nuestro foro y se apunta a darle solución. Es muy actual la idea de que una mejor organización y administración de los recursos puede optimizar la actividad, más allá de cualquier pretensión de reforma legislativa o de aumento presupuestario.

Pareciera haberse tomado conciencia de que las palabras gestión, rapidez, eficiencia y confiabilidad, se aparean a los conceptos de celeridad y seguridad jurídica y que pueden ser admitidas sin complejo ninguno en los cenáculos de derecho procesal.

Y este es el camino correcto; el camino que podrá conducirnos a mejorar.

Verdad es que el problema de la justicia, entendido ahora como el del funcionamiento del Poder Judicial, no puede tratarse desde un solo enfoque o punto de vista. Implica dificultades complejas, plenas de aristas. Una de ellas es la de la gestión judicial, que intentaremos abordar aquí.

En primer lugar, y a consecuencia de mis defectos profesionales, hemos de buscar sintonía en el lenguaje.

Cuando nos situamos frente al tema se presentan, para mí, dos obstáculos. El primero, el des-

conocimiento y la ignorancia. Quienes hemos cumplido el servicio público de juez durante mucho tiempo, o sencillamente andado los tribunales durante toda la vida, no nos hemos detenido a estudiar sistemáticamente el problema de la gestión judicial. El segundo: el temor y los prejuicios. El temor puede ser atribuible a desconocer de qué se trata. El prejuicio es más grave. Creemos que ésta no es materia propia de los jueces y la descalificamos o desmerecemos o, más expeditivamente, la esquivamos.

No obstante podemos intentar sobrellevar el brete acudiendo, respecto de lo primero, a la intuición y la experiencia, y acordar, como principio, que -aún jueces- no podemos desconocer que somos parte de un engranaje o de una organización que supera nuestra condición y -lo que es peor- la entorpece y minora.

Es más, ahondando sobre el tema es posible que nuestras intuiciones sean certeras y que el descubrimiento nos aliviane la carga.

Casi el azar me condujo a enfrentar el problema de la gestión. O al menos a pensar en él.

En tiempos en que se debatía la instalación del sistema acusatorio, el Código diseñado por Julio B. Maier, que fue sancionado por la Legislatura pero estuvo en vacancia hasta su derogación, se me asignó la tarea de verificar los pasos de un expediente; esto es: las distintas estaciones que recorría un expediente antes, durante y después de haberse realizado la decisión judicial, durante el desarrollo del proceso de investigación (un proceso simple).

Todavía recuerdo la perplejidad con la que advertí los cientos de escalones por los que caminaba, la cantidad de personas involucradas en el trámite, el costo que ello implicaba y cómo quedaba minimizada cualquier decisión que se tomara, buena o mala; pues a todo ese periplo poco importaban las reglas procesales o el derecho sustantivo en juego y menos aún el juzicable. El interés estaba centrado en un camino propio tendido informalmente a partir de los rituales que se cumplían en apariencia, pero que se desnaturalizaban por efecto de esa alteración.

Yo mismo, que me preciaba de la prolijidad de los trámites que

conducía por mi implacable propensión al orden, veía con sorpresa que se trataba de un orden vacío, en el que la burocracia, entendida sin ningún descrédito, imperaba más allá de las decisiones que el juez producía.

Claro está que se trataba del sistema procesal mixto, con instrucción escrita (que todavía posee algunos adeptos, aunque no parezca), felizmente superado desde la sanción de la Ley 5478.

Sin embargo, y recuérdese mis palabras iniciales, la reforma procesal no ha implicado sin más la solución del asunto, pues, más allá de ella, al menos así lo creo, la burocratización pudo haber encontrado otro huésped dentro del orden procesal penal ("huésped" en el segundo sentido de la acepción en la lengua castellana) y los sistemas en que tramitan cuestiones de índole patrimonial o de jurisdicción voluntaria padecen de defectos iguales, tendiéndose a abordar los problemas del modo tradicional, esto es repitiendo estructuras.

Sobre este punto, alguna vez hace ya tiempo, escuché de boca de Julio Maier, aquí en la ciudad de Trelew, que el defecto del sistema judicial argentino era la repetición simétrica de estructuras que se sucedían o superponían. Y no creo que esto haya cambiado con las reformas procesales, que han significado un avance, eso sí.

Cada vez que existe superpoblación de expedientes, saturación de causas, graves atrasos, quejas del foro, quejas de la población, acudimos al expediente rápido de generar nuevos organismos, simétricos que, una vez que presentan los mismos problemas, son fuente de creación de otros que, por cierto, padecerán en el futuro los mismos aprietos.

En una breve ponencia, que es parte de una compilación publicada bajo el sugestivo título "Justicia para todos" Germán Garavano, investigador independiente, decía que la unidad de producción judicial en sí, es el Juzgado que todos conocemos, con un juez, un secretario, un pro secretario, un oficial, un escribiente y dos auxiliares, y que se repite en todo el país, en todos los fueros, sin importar la densidad de la población, la cantidad de causas, los tipos de procesos. Pareciera, según afirmaba

que podía rastrearse esa manera de organización hasta las "Partidas de Alfonso X" y un investigador peruano hasta la casa de los Habsburgos.

Ese modelo puede ser abrogado, eso es claro, pero repito: se resguardará en otro sitio adonde encontrará caldo de cultivo para mantenerse con vida, reproducirse y expandirse.

Pero, si todos coincidimos con los diagnósticos e intuimos o conocemos la manera de conjurarlos ¿de qué modo una aproximación inteligente al tópico de la gestión puede ayudarnos?

Echaré al vuelo algunos de los pensamientos que pueden significar un atisbo de solución.

Es preciso ante todo un cambio cultural. Observar al Poder Judicial como lo que es: un poder público a cuyo través se efectúan prestaciones que son diferentes de aquellas que brindan otros poderes del Estado, pero que tienen sus mismos presupuestos: la satisfacción de necesidades y el cumplimiento de fines públicos. Y allí computo: la resolución equitativa y rápida de los conflictos que se suceden en la sociedad y que, en un caso el Estado y en otro las partes, someten a los jueces; y la creencia de las personas en el imperio de la ley, en la efectividad de la norma como elemento de paz social.

Traducido en otras palabras, la atención en el tiempo y costo de los procesos y en la confiabilidad de los fallos judiciales.

Es menester desenherrar la estructura jerárquico burocrática que es tradición en nuestra organización; el poder de los jueces no ha de computarse por la ubicación en un orden de jerarquías propio de la administración sino en la capacidad de dar solución a los conflictos que se le presentan; tampoco ha de asociarse al poder de los jueces con la dirección de una organización que implique "un coto privado". Más de las veces los jueces se encuentran preocupados por la cantidad de personas a su cargo (rasgo de jerarquía) o por el tamaño de sus dependencias (rasgo de poder) o por el sitio de estacionamiento (símbolo de poder) antes que por la rectitud de sus sentencias o por los plazos de sus

trámites (soslayo aquí la hipocresía muy corriente otrora de andar los procesos sin rumbo al sólo fin de justificar la realización de trámites en plazo).

Nada nuevo descubro, en todo caso recreo o redescubro: Joaquín V. González en su libro "Jurisprudencia y política" editado en 1914 nos legó una posta a la que no hemos hecho honor; nos decía: "...debe suprimirse más de la mitad del formulismo vigente por inútil, perjudicial, antijurídico, inconstitucional, inmoral, atentatorio y antidemocrático, con todo su cortejo de empleados y participantes que esquilman el patrimonio en busca de justicia, en provecho exclusivo de la población parasitaria que se acumula en los intersticios del vasto mecanismo (burocrático del sistema judicial)...". y "...exigir que se desmonte la maraña inextricable de las minucias curialescas, de los códigos de procedimientos, nidos de chicanas y de chantajes y asechanzas, de cohechos y complejidades de todo género, como todos los insectos en la selva tropical...".

Y prosigo. Es imperativo separar la función jurisdiccional, de la función administrativa, liberando a los jueces de esta tarea para procurar que ellos se dediquen, exclusivamente, al dictado de las sentencias o de resoluciones incidentales. Para ello es menester la existencia de oficinas judiciales encargadas de la distribución de la tarea y de la faz administrativa-judicial y administrativa propiamente dicha (obvio es que he cometido una liberalidad lingüística y científica, al sólo fin de esta exposición).

En los sistemas de procedimiento acusatorio todo se inclina en ese sentido, pero creo que falta recorrer un largo camino, que incluya otras instancias, por ejemplo: la administración general del Poder Judicial.

Humberto Quiroga Lavié ha esbozado algunas reglas que pueden ser aplicables aún en el procedimiento escriturario de naturaleza patrimonial. Por ejemplo: la supresión de la jurisdicción judicial voluntaria, dejándola en manos de notarios; la conveniencia de establecer una oficina administrativa en el ámbito judicial destinada a realizar los apremios y ejecuciones de sentencia, incluidos

los fiscales; establecer una suerte de competencia flotante para cubrir vacantes judiciales o para atender insuficiencias funcionales de los juzgados; utilizar la tecnología informática a medida que el avance de la ciencia lo vaya haciendo posible; la creación de un registro central de identidades electrónicas, donde se inscribieren los magistrados.

Es preciso pensar en el Poder Judicial con criterios de organización. No de organización empresaria sino como organización diferenciada, compleja.

Quienes cultivan la teoría de la organización nos dan ciertas pautas acerca de su especificidad y he tomado algunos que considero que pueden ser tenidos en cuenta, tal por caso: a. El Poder Judicial no escoge su ámbito de actuación, sino que éste viene definido estatutariamente b. Como institución gubernamental tiene algunos privilegios y facultades coercitivas que no son usuales en el sector privado. c. El entorno es mucho más complejo. d. Es una organización más vulnerable a las presiones políticas. e. La determinación de objetivos es mucho más confusa, ambigua y plural. f. Las presiones que conducen a adoptar criterios de eficiencia son generalmente internas. g. Resulta difícil medir su rendimiento por la ausencia de parámetros a tener en cuenta para establecer el cumplimiento de los objetivos. h. Dada la naturaleza de los órganos competentes para tomar decisiones y la entidad de las decisiones llamados a tomar (los jueces, los órganos requirientes, que dictan sentencia o demandan), existe una dificultad ingénita para descentralizar o delegar, que por el contrario es un atributo negativo. i. El grado de visibilidad o control es mucho mayor, estando sometido a mayor presión de transparencia. j. El Poder Judicial se encuentra obligado a actuar con principios de equidad. k. La gestión de los recursos humanos se encuentra mucho más condicionada tanto en la selección como en la exclusión. l. La gestión de recursos financieros es mucho menos flexible, dadas las formalidades presupuestarias y los controles de legalidad del gasto. ll. La existencia del predominio de lo perenne sobre lo coyuntural.

Es preciso pensar en la posibilidad

de aplicar, en el Poder Judicial, criterios de eficiencia y de eficacia, pero alejados de los conceptos que dominan el terreno de las empresas privadas. Como bien lo ha dicho Pedro J Frías: "...Ha habido siempre inercias burocráticas en los Tribunales. No se si son comunes a la abogacía toda. Por eso la gestión nos ha preocupado, pero la calidad total debe ser animada por los valores propios de la justicia, no de los negocios...".

Así, es necesario cambiar, radicalmente, las nociones de control administrativo (superintendencia) virando desde el tradicional conteo estadístico hacia otras maneras que se adecuen a los criterios sentados.

Es imperativo democratizar el Poder Judicial, a través de la colegiación de los jueces que determinen las decisiones político-administrativas y el plan estratégico de gestión, de consuno con las Cortes Superiores, que sólo ejercerán, en ese aspecto, su representación, acorde los preceptos constitucionales que deberán ser interpretados dinámicamente. Debe de separarse -y lo enfatizo- administración de jurisdicción, antónimos en estas latitudes.

En resumen de cuentas, sin con ello intentar dar idea terminante, es menester pensar en estas nuevas maneras de "pensar" en el Poder Judicial (quizás sea correcto hablar de un Derecho Procesal Organizacional o de Organización) sin olvidar que existe un nuevo lenguaje que hay que manejar cuidadosamente; que el lenguaje no siempre traduce auténticos propósitos; y que estamos tratando con una organización que influye decisivamente sobre la vida, la libertad y la hacienda de las personas.

Tampoco debemos eludir que ha de unirse al sistema con la persona que lo opera, el juez, pues debe discutirse abiertamente acerca de su perfil, pero eso es otro tema.

** Esta es una conferencia brindada por el autor durante el año de 2007.*

BALADA DE LA CÁRCEL DE READING

POR OSCAR WILDE

A la memoria de C. T. W.
antiguo soldado de la Guardia Real de Caballería.
Muerto en el Presidio de Reading, Berkshire, 7 julio de 1896.

I

No vistió su chaqueta escarlata
porque el vino y la sangre ya son rojos,
y sangre y vino había en sus manos
cuando lo hallaron con la muerta,
la pobre que él amó
y a quien en su lecho asesinara.

Caminó entre los jueces
vistiendo el gris raído
con gorra en la cabeza
y paso alegre y leve.
Pero jamás vi a nadie que mirara el día
con igual ansiedad.

Jamás vi a nadie que mirara
con ojos tan ansiosos
la pequeña tienda azul
que los presos llaman cielo,
y a cada nube fugitiva
que cruzaba con velamen de plata.
Confinado en otros patios con otras almas
en pena me preguntaba
si había hecho algo grande
o algo insignificante,
cuando una voz me susurró al oído
«ese hombre va a la horca».

¡Cristo! Los muros de la prisión
de pronto parecían tambalearse
y sobre mi cabeza era el cielo
un casco de quemante acero.
Y aunque era yo un alma en pena,
mi pena sentir no podía.

Supe qué pensamiento perseguido
su paso apresuraba; supe por qué
miraba el día brillante
con ojos tan ansiosos.
Había matado aquello que él amaba

y tenía que morir.

* * * * *

Y sin embargo, cada hombre mata lo que ama.
Que todos oigan esto:
unos lo hacen con mirada torva
otros con la palabra halagadora;
el cobarde lo hace con un beso,
con la espada el valiente.

Matan algunos el amor de joven
y otros cuando viejos;
estrangulan algunos con manos de lujuria,
otros con manos de oro:
el más amable usa el puñal
para que el frío llegue antes.
Aman algunos poco tiempo, largamente otros.
Hay quienes compran y también quienes venden.
El acto es cometido a veces en el llanto
y otras sin un suspiro.
Pues todos matan lo que aman;
pero no todos mueren.

No muere una muerte de vergüenza
un día de desgracia oscura;
ni nudo al cuello en la garganta lleva
ni paño sobre el rostro;
ni caen los pies primero por el piso
al espacio vacío.

* * * * *

No se sienta con hombres silenciosos
que lo vigilan noche y día,
que lo vigilan cuando busca el llanto
y también cuando busca la plegaria.
Que lo vigilan; no sea que él mismo robe
de la prisión la presa.

No se despierta al alba para ver

formas temibles en tropel por la celda:
el aterido Capellán en su túnica blanca,
el Alguacil adusto en su tristeza,
el Director en esplendente traje negro
y el amarillo rostro del Desastre.

No se apresura en prisa lamentable
a vestir el ropaje del convicto,
y un Doctor mordaz se regodea
notando el tic nervioso de cada pose nueva;
y en la mano un reloj cuyos tictacs
son como horribles golpes de martillo.
No conoce la sed brutal que lija la garganta
antes de que el verdugo
se deslice con guantes de jardín
por la puerta acolchada,
y lo ate con tres correas para apagar por /
siempre
la sed de la garganta.

No baja la cabeza para oír
la lectura del oficio mortuorio,
mientras el temor de su alma
le dice que no está muerto;
ni se cruza con su propio ataúd
al acercarse al cobertizo horrible.

Ni mira fijamente el aire
por un techo de vidrio;
ni reza con labios de arcilla
porque termine su agonía;
ni siente en su mejilla vacilante
el beso de Caifás.

II

Seis semanas nuestro soldado dio vueltas
por el patio, vistiendo el gris raído,
con gorra en la cabeza
y paso alegre y leve.
Pero jamás vi a nadie que mirara
el día con igual ansiedad.



Oscar Wilde

Narrador, poeta, crítico literario y autor teatral de origen irlandés, Oscar Fingal O'Flahertie Wills Wilde (Dublín, 1854 - París, 1900). Estudió en el Trinity College de Dublín, donde fue premiado por sus conocimientos del griego clásico. Continuó sus estudios en Oxford. En 1880 publica su primera obra de teatro "Vera o los nihilistas". Publica en periódicos como el Times y The World. En 1891 publicó una serie de ensayos "Intenciones" que lo ubicaron como uno de los máximos representantes del esteticismo, cuyos aspectos más deslumbrantes y exquisitos puso de manifiesto tanto en su obra como en su vida. Su repudio de las convenciones y su extravagante comportamiento le hicieron famoso en los ambientes mundanos de París, Londres y Estados Unidos (donde en 1882 realizó una brillante gira de conferencias). Se casó con Constance Lloyd, con quien tuvo dos hijos. Dirigió "The Woman's World", revista de marcada tendencia feminista, y dio a la imprenta un texto en abierta defensa del socialismo "The Soul of Man under Socialism". Publicó "Poemas" (1881) y sus célebres relatos "El príncipe feliz" (1888), "El fantasma de Canterville", (1888), "El crimen de Lord Arthur Saville y otras narraciones" (1891), y su única novela "El retrato de Dorian Grey", considerada una de sus obras maestras. También triunfó como dramaturgo con: "El abanico de lady Windermere" (1892), "Una mujer sin importancia" (1893) y "La importancia de llamarse Ernesto" (1895) donde se destaca la sutileza de sus irónicos diálogos.

Poco después de cumplir cuarenta años y en la cúspide del éxito, el marqués de Queensberry y padre de Lord Alfred Douglas, con quien mantenía una relación íntima, inició contra el escritor un proceso por ultraje a la moral. Fue condenado y tras cumplir dos años de condena en prisión, primero en Wandsworth y luego en Reading (donde escribió "La balada de la cárcel de Reading" y "De profundis"), marchó a París donde abrazó la fe católica. En 1900 murió de meningitis sumido en la ignominia y en la más absoluta pobreza.