

# El Reporte

Director: Jorge Pflieger



## SUMARIO

LA VERDAD Y LA LIBERTAD, por Jorge Pflieger .....	2
LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL. UN BIEN SUPREMO CONSTITUCIONAL, por Fernando S. L. Royer .....	3
LAS BATALLAS DEL FUERO PENAL, por Alejandro J. Panizzi .....	4
APUNTES SOBRE DERECHO, LENGUAJE Y LITERATURA, por Daniel L. M. Pintos .....	6
DERECHO AMBIENTAL . PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. ENCUADRE LEGAL., por Claudio A. Petris y Jorge L. Frúchtenict .....	8
FERNANDO NAHUELANCA - JUEZ (REPORTAJE), por Adrián Duprett .....	10
ALGUNOS ATRAVESAMIENTOS EN LA FUNCIÓN PERICIAL PSICOLÓGICA ANTE EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA, por Gabriel A. Letaif .....	12
EL INDICIO DE PERSONALIDAD COMO FACTOR DE CULPABILIDAD, por María Carolina Arrigone .....	14
PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO PROCESAL (REPORTAJE A ROBERTO BERIZONCE) .....	16
PERFIL DE ROBERTO BERIZONCE, por José Luis Pasutti .....	18
NUEVO PARADIGMA EN EL RITO PENAL DEL CHUBUT, por Lucio brondes .....	18
UN CRIMINAL, por Antonio Machado (Poema) .....	20

## La verdad y la libertad

POR JORGE PFLEGER:

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

Ocurre a veces que somos incapaces de reproducir adecuadamente nuestro pensamiento. Que aunque la melodía gire voluptuosa enderredor, no podemos encontrar la clave de inicio; ese mágico comienzo de toque que alumbrará a la obra.

Hemos imaginado una y otra vez que el problema de la verdad y de la libertad deben ser expuestos porque son capitales, ahora y siempre; que hay entre ellas una inescindible unión; una relación dialéctica insobornable; pero algo, casi azaroso, parece perturbar cualquier comienzo. Ensayemos.

Es posible que la turbulencia de los tiempos que corren impidan que el pensamiento fluya grácil, liviano. Demasiado grito, demasiada violencia, demasiada humillación, demasiado desdoro, son lastres muy pesados para el andar reflexivo. La irracionalidad es la antítesis del pensamiento. Cuando la acción es un fin en sí mismo, se deteriora la calidad de nuestra condición humana.

Enseña Avishai Margalit, un pensador hebreo, que las sociedades son civilizadas cuando las personas no se humillan unas a otras y decentes cuando las instituciones no humillan a las personas. En palabras propias, nos humillamos unos a otros cuando no nos permitimos pensar, unos y otros, unos con otros.

Y la reflexión es la única manera de construir la verdad; y la libertad la única garantía para la tarea.

Verdad y libertad son parte de nuestra cotidianeidad, pero no estoy seguro que comprendamos su cabal sentido. O al menos los tratamos como conceptos enrejados en la dimensión de los procesos judiciales y no en lo que verdaderamente importan: los pilares de una filosofía moral.

Porque resulta imposible la realización del derecho sin el imperio de una filosofía moral que presida la conducta de los actores y eso, en ocasiones, queda en el desván de los olvidos, aunque la vida pública exija lo contrario.

Una concepción republicana y democrática tiene como premisa el considerar el derecho a la verdad, primordial para la dignidad del hombre.

Peter Häberle, constitucionalista alemán, lo coloca como una expresión más del reconocimiento de la dignidad, como un derecho fundamental, un valor esencial del derecho contemporáneo que funciona integrando las relaciones sociales en todas las escalas, imprescindible al desarrollo de la cultura.

Mas la verdad no se impone; se descubre en el espacio de libertad que se brinda al pensamiento y se funda en la libertad de juicio de quienes dialogan. El monólogo es dogma, antónimo de la verdad y de la libertad; es autoritarismo. En cambio, la búsqueda de la verdad es un acto de cooperación entre personas dignas, por esencia.

Seamos libres y busquemos la verdad. Construyamos entre todos el espacio para que fluya y orientemos nuestras conductas públicas en ese sentido, cualquiera fuese el lugar en que estemos situados.

No tengamos miedo a la verdad ni a la libertad; con ellas podremos convertir este mundo, y nuestro pequeño mundo, en un lugar digno de ser vivido y no en un drama cotidiano, escenario de la lucha encarnizada de unos contra otros; de quienes se intentan imponer a toda costa, blandiendo un escudo cincelado en el fraude y la mentira.

El hombre de nuestra portada padeció de la humillación y de la indecencia; él, que era el portestandarte de un ideario moral incorruptible. La fuerza se impuso y signó su suerte. El veneno apago aquel fuego libertario en un viaje sin retorno, deformado y ensombrecido por la mentira.

No nos embarquemos en un viaje sin retorno; no emponzoñemos, vilmente, a nuestro prójimo.

Epiluguemos estas líneas como lo hacía Séneca en sus cartas morales: "consérvate bueno".



### ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL

#### Director

Jorge Pfleger

#### 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

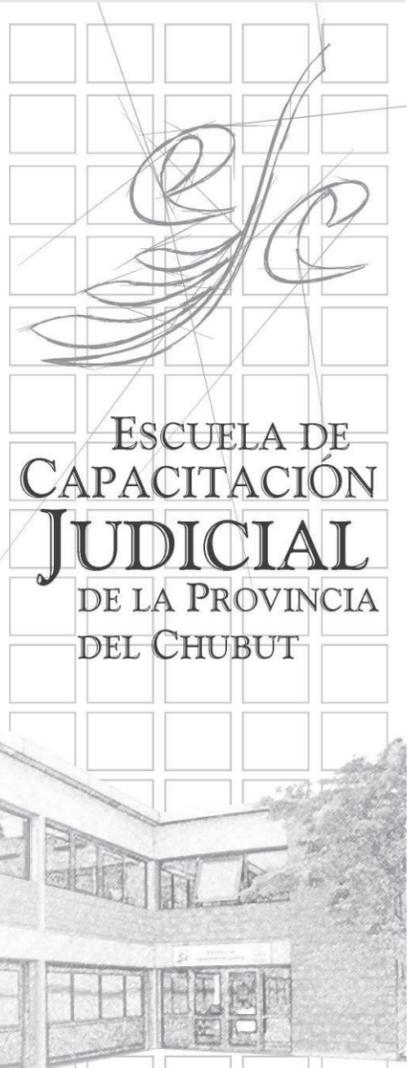
Esta publicación es propiedad  
de la Escuela de Capacitación  
Judicial Chubut - Argentina.



Imagen de tapa:

**Mariano Moreno.**

Ilustración extraída del Libro  
"Nuestra Historia Argentina" -  
Tomo 1, Guillermo Gutierrez, Ed.  
Oriente. Año 1981.



Rivadavia y Jones

Tel./Fax: (02965) 484723

E-mail: escuela@juschubut.gov.ar

9103 - Rawson - Chubut - Argentina

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

## LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL. UN BIEN SUPREMO CONSTITUCIONAL

POR FERNANDO S.L. ROYER

Ministro del Superior Tribunal de Justicia de Chubut.

“El Poder Judicial, por sus funciones específicas debe ser preservado orgánica y funcionalmente asegurando su independencia. Integrado por Magistrados dignos, alejados de las internas de círculos o partidos, sin codicias, dotados de inteligencia, talento, vocación, carácter, capacidad de trabajo y conducta moral; sus cualidades morales e intelectuales aseguran la vigencia de las garantías y preservan la independencia y el prestigio de la Justicia”. (“Supremacía Constitucional e Independencia de los Jueces. El Self-moving-Garantía de Independencia del Poder Judicial. La inamovilidad de los Jueces Federales, Nacionales y Provinciales”. Carlos Fayt).

Me pareció muy apropiado comenzar citando a un maestro del Derecho y la Ética como Carlos Fayt, quien, 15 años atrás, ubicado en una época poco feliz para la independencia judicial, bregaba desde los claustros, la cátedra, la escritura, los fallos y desde donde fuera menester, por la inamovilidad de los jueces y la irreductibilidad de sus remuneraciones como los mayores garantes de la independencia del Poder Judicial.

Estas dos garantías deben ser consideradas, sin lugar a dudas como fundamentales y por lo tanto ser preservadas. Los jueces tienen que velar celosamente por su indemnidad y jamás considerar la posibilidad de que sean entregadas a otro Poder del Estado; en el peor de los supuestos, sólo podrán ser reglamentadas en su ejercicio. Su carácter de realidad significativa surge del texto mismo de nuestra Carta Magna.

Mucho es lo que se ha discutido y se ha escrito sobre la independencia del Poder Judicial. R. Gargarella sostiene que esa independencia es “...el elemento fundamental en un sistema político constitucional, como forma de garantizar los derechos de los ciudadanos frente a los poderes políticos, económicos y sociales, y

para garantizar la misma adecuación a los mandatos constitucionales”. (“La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial”, Ed. Ariel, Barcelona, 1996).

Si los otros poderes de la tríada constitucional no confían en la eficacia y necesidad del control por parte del Poder Judicial, una realidad temeraria tendría por escenario que los ciudadanos queden sometidos al ejercicio autoritario del poder, lesionando caros valores como la seguridad jurídica y la paz social. Esto, necesariamente conlleva implícita la obligación del mantenimiento de la independencia bajo toda circunstancia, aún ante la presencia de tensiones con otros organismos del Estado, Provincial o Nacional, que pretendan interferir en el ejercicio de las funciones que son propias de la judicatura. Se trata de mantener la equidistancia con el resto de los Poderes del Estado en el marco de la cooperación y coordinación funcional, salvaguardando el ámbito específico de actuación del Poder Judicial en relación al respeto de los canales institucionales formales, las facultades presupuestarias, la política salarial y el régimen interno de la Administración Judicial.

Siguiendo a P. Lucas Murillo De La Cueva, podríamos asegurar -sin temor a equivocarnos- que “...el núcleo básico del Gobierno del Poder Judicial está reducido al conjunto de decisiones relativas a la selección, ascensos, traslados, licencias y situaciones administrativas de los jueces, así como las concernientes a su régimen disciplinario”. (“El Gobierno del Poder Judicial, los modelos y el caso español”. Revista de las Cortes Generales de Madrid, Madrid, 1995).

El rango constitucional de la limitación, tanto provincial como nacional, deviene del hecho que ciertas facultades le fueron otorgadas a los Consejos de la Magistratura, verbigracia la selección de los jueces

(Nación, Río Negro, Chubut, Tucumán, entre otras) y la sanción disciplinaria (Nación, Río Negro) y la investigación sin facultades sancionatorias (Chubut).

Ahora bien, lo sostenido hasta aquí trae como correlato la exigencia democrática de un estricto control, por parte de los ciudadanos, de las políticas judiciales y de quienes la ejercen; son ellos los únicos titulares del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Esto nos conduce indefectiblemente a la plena justificación de la amplia potestad de los Superiores Tribunales de Justicia para implementar todas las medidas conducentes para incrementar la celeridad judicial y evitar cualquier demora, ya sea en la tramitación como en la resolución de los conflictos; todo ello trasunta el ejercicio de la Superintendencia, aplicando todas las medidas de contralor y directivas internas a fin de que la eficacia y la eficiencia sean señeras en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Los ciudadanos tienen derecho a una Justicia transparente, comprensible, ágil, tecnológicamente avanzada; una Justicia responsable ante la comunidad; una Justicia que proteja a las víctimas de delitos, a los menores, a los integrantes de las comunidades originarias; una Justicia integradora, en donde los inmigrantes extranjeros sientan la contención y comprensión de sus reclamos.

Continuando esa línea de pensamiento, es necesario puntualizar que el ejercicio de este derecho ciudadano no puede ser ejercido con desmesura. Cuando se pretende velar por el buen funcionamiento de las instituciones, es preciso poner en acto la prevención necesaria de no caer en el extremo de denunciar porque una resolución judicial no fue de nuestro agrado, o porque las expectativas de quien ha peticionado no han sido cubiertas; si así se actuara, indudablemente se ingresaría en la

“malversación” de las instituciones y comenzaríamos por descreer de los Juicios Políticos, los Tribunales de Enjuiciamiento, la intervención del Consejo de la Magistratura. En síntesis, nuestra Constitución sería un enunciado vacío de contenido.

Sin dudas que la independencia jurisdiccional es la más preciada para los jueces; “...ejercitando la jurisdicción no hay superior ni inferior, no hay jerarquía; cada Juez o Tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejerce su potestad solo vinculado a la Ley”. (“J. Montero Aroca, Independencia y Responsabilidad del Juez”, Ed. Civitas, Madrid, 1990).

Es un deber aquilatar la Independencia del Juez en el marco de la organización judicial y para ello es necesario precisar que “...la independencia queda circunscripta en la enaltecida función de dirimir una controversia entre partes con autoridad de verdad legal, con la garantía suficiente para que pueda pronunciar sus fallos con absoluta libertad, con prescindencia de los órganos superiores del PODER JUDICIAL y de las otras ramas del Gobierno y sin temor a represalias por parte de los mismos. Sólo en esas condiciones podría afirmarse que la sentencia es la expresión de la Justicia”. (“Alsina, Tratado de Derecho Procesal”, T. II, pág. 23).

Es en ese sentido que los jueces debemos actuar sin presiones de ningún tipo; sólo sujetos a los mandatos constitucionales y legales. Es el PODER JUDICIAL el que garantiza el respeto por las reglas pacíficas de resolución de conflictos, la subsistencia y el equilibrio de los Poderes del Estado, el Estado de Derecho, el Sistema Republicano y Democrático de Gobierno, las Libertades Individuales y el cumplimiento de los Pactos Internacionales. En síntesis, somos los garantes del respeto a los Derechos y Libertades Fundamentales.

## LAS BATALLAS DEL FUERO PENAL

POR ALEJANDRO JAVIER PANIZZI

Ministro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.

### Un remedio infalible a un problema insoluble

Es fama que hace muchos años, hubo en Sarmiento un potro indomable. Quienes vivimos allí mostramos su sepultura con orgullo, en el predio de jineteada, a los viajeros y amigos. Fue bautizado Connigonó, nombre que me obliga a omitir comentarios acerca de sus cualidades.

Cierta crónica también da cuenta de un domador invencible de Cushamen, Leocadio Calfuquir.

Ambos fueron reunidos en un certamen particular, cuyo resultado conozco con minuciosidad y tengo razones para conservar en secreto.

Hay en la mitología griega, un cazador infalible y una presa inalcanzable. Cuando los dos personajes se enfrentaron, la salida fue salomónica: ambos quedaron petrificados.

Una paradoja semejante ocurre con un código que garantizaría, a ciencia segura, el remedio a un sistema incorregible.

Las falencias y defectos del Código Procesal Penal derogado que regulaba el procedimiento mixto eran imposibles de solucionar. Como respuesta normativa se ofreció el régimen acusatorio con el que se disolverían las dificultades del viejo rito.

### Entrégate y tendrás un juicio justo

Sabemos hasta el hartazgo los problemas del reglamento procesal pasado (que rigió desde 1989), de impunidades, de procesos infinitos — en los que la prescripción de la acción era una presencia pertinaz—, de juicios sin condena y de que la emisión de una sentencia justa fuera un hecho destacable.

Este viejo código sustentaba el éxito de la pesquisa en lo que buenamente (en el mejor de los casos, claro) el imputado quisiera admitir, con lealtad, con respecto a su autoría en el hecho atribuido en el proceso. Es decir, se basaba menos en la investigación científica que en la declaración del acusado.

Los hombres y mujeres del Poder Judicial hemos dado muestras claras de ineficacia para la persecución de delitos. Conocemos causas de homicidios y de corrupción notorias, de las que su perpetua irresolución produce acostumbramiento. Hay

trámites que están más allá de los límites de cualquier entendimiento posible. Los funcionarios públicos han adquirido la habilidad de eludir el banquillo de acusados con destreza, para lo cual el código anterior era una herramienta formidable. Criminales impunes y las víctimas... Las víctimas, bien gracias.

La identidad del órgano de juicio y el de investigación dotaba ineludiblemente al juez de un interés institucional en su éxito. Es decir, que el magistrado instructor era el mismo que debía probar la autoría del imputado y, al mismo tiempo, poner en efecto sus garantías constitucionales para defenderse de él.

Un sinnúmero de causas sin sentencia yacen en los archivos de los tribunales que no fueron capaces de dictarlas, de reparar el perjuicio del delito, ni de solucionar el conflicto penal. Fuerzas desconocidas y el encadenamiento fatal de los sucesos les impidieron acatar su cometido de hacer justicia, la obligación moral de todo proceso.

Los expedientes no lo ignoran. Se hacían habitados, ociosos y cubiertas sus carátulas de polvo, en depósitos judiciales, junto a pistolas, sangre seca, objetos robados y puñales.

### El código nuevo

La ley N° 4566 consagró el código en el que Julio Maier plasmó los más actuales principios de la doctrina procesal penal y que fue aprobado sin reformas y a libro cerrado por la Legislatura, hace más de siete años.

Las vacilaciones y la resistencia al cambio no hicieron justicia a la hora de tomar resoluciones substanciales. El mero transcurso del tiempo y la ineficacia de su ejecución consagraron el fracaso de su vigencia, hasta que con la aprobación de la comunidad jurídica, el asunto se disipó.

Pero como el problema del anquilosado juicio penal persistía debió ofrecerse otra respuesta legal y, por encomienda legislativa, una comisión de juristas, encabezada por el doctor José Raúl Heredia, compuso el documento que sirvió de base para la ley N° 5478, que puso en vigor un sistema acusatorio, orientado por una instrucción fiscal con control judicial.

Este nuevo procedimiento, como el de Maier, se caracteriza por poner

el acento en el juicio propiamente dicho, que es —digámoslo— el corazón del proceso. Libra a la investigación de las normas que puedan trabarla, de obsoletas reglas de acumulación de papeles. En definitiva, es un proceso ágil, transparente, eficaz y democrático.

Su esencia radica en que todas las funciones de investigación las cumple el Ministerio Fiscal y sus órganos auxiliares, reservándose a los jueces la tarea de juzgar y controlar la investigación, con lo que se pretende modernizar la justicia penal de la provincia.

Nadie ignora las ventajas que ofrece: el cumplimiento de las garantías del imputado, del derecho al recurso, de los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplificación, celeridad e identidad física de los integrantes del tribunal.

Además, se asigna a la víctima un rol preponderante, a quien el Estado debe proveer de un abogado.

También el querellante adquiere un protagonismo más acentuado que el de mero adhesivo; ahora es prácticamente un acusador paralelo.

Lo que se propone el código es romper con aquella estructura tradicional del expediente, donde un juez de instrucción atesora papeles y se acumulan los volúmenes con doscientas hojas, uno tras otro.

Se acortan notablemente los procesos penales seguidos contra quienes sean sorprendidos cometiendo delitos.

Otro aspecto saliente es la desformalización (con perdón por el empleo de este vocablo) de los procesos, para acabar de una vez con los expedientes escritos y reemplazarlos por la oralidad de las instancias.

Todo suena muy bien, pero temo que no nos persuada por completo.

Me recuerda a lo que Borges observó en 1932: “Hume notó para siempre que los argumentos de Berkeley no admiten la menor réplica y no producen la menor convicción”.

### Tiempo de cambio

La transición implica el paso, más o menos rápido, de un modelo de enjuiciamiento penal a otro distinto, que debió ser organizado con los recursos materiales y la gente con la que se contaba, hasta que se completan los elencos de los cinco

distritos judiciales.

Al principio, el cambio de régimen contó con el consenso de todos los sectores políticos y jurídicos, pero una vez iniciado el proceso legislativo aparecieron las primeras objeciones que, en todos los casos, se basaron menos en cuestiones jurídicas que en el temor al nada desdeñable cambio cultural que implicaba el nuevo método de juicio penal.

Los tres jueces de la Sala Penal han recorrido en reiteradas ocasiones cada una de las cinco circunscripciones; se llevaron a cabo numerosas reuniones con magistrados y funcionarios del fuero penal y se pusieron en marcha las oficinas judiciales, respondiendo así al mandato contenido en la ley formal.

Se reasignaron competencias en todo el territorio provincial, con la finalidad de allanar del mejor modo posible el camino de la implementación del nuevo procedimiento penal contemplando el cúmulo de causas existentes en cada caso. Con el deber adicional de evitar que los procesos regidos por el modo de enjuiciamiento anterior culminarán sin interferir en la correcta implementación del nuevo.

No fue fácil lograr que los operadores penales de toda la provincia aceptaran el cambio cultural que implica la ideología en la que se basa un sistema acusatorio, la lógica del juicio oral.

### Horizontalidad

El nuevo Código Procesal Penal estableció la necesidad de ordenar roles y competencias de los organismos judiciales con el propósito de poner en vigencia el nuevo procedimiento.

Como se sabe, estatuyó el reglamento de juicio penal por un lado, y sentó los órganos jurisdiccionales que conocerán en él, por el otro.

El artículo 167, tercer párrafo de la Constitución de la Provincia del Chubut establece que las leyes orgánicas pueden disponer que determinados órganos judiciales actúen con carácter itinerante, aun en jurisdicciones diversas y crear distritos judiciales en el ámbito de éstas. La movilidad constitucional significa que el juez puede ir de un lugar a otro sin tener asiento fijo e, incluso, de una función a otra.

A mitad de año, el Superior Tribunal de Justicia remitió a la

Legislatura un anteproyecto para reformar la ley N° 5478, para distribuir las competencias de los jueces y así lograr procesos más dinámicos. Ello obedece a un doble propósito: el primero, posibilitar que actúen todos los magistrados que requieren las diversas etapas del proceso; el segundo, dinamizar el trámite.

Esto traería un beneficio adicional, cual es el de que en la provincia contamos con jueces muy capacitados y se aprovecharán a esos mismos magistrados para dictar sentencias y controlar las impugnaciones a éstas. Es decir, no quedan ceñidos a la etapa preliminar, vigilancia de la investigación, de la detención y de las garantías, allanamientos y todas las decisiones de naturaleza jurisdiccional.

Es la primera reforma que propone la horizontalidad de los órganos jurisdiccionales, plasmada en el colegio de jueces que dictará su propio reglamento y designará sus autoridades de conformidad con la Ley Orgánica y Reglamentos y Acordadas del Superior Tribunal de Justicia y la Sala Penal.

Así, todos los jueces intervendrán en todas las fases del juicio, con excepción de los actuales jueces de Cámara, que no conocerán en la primera, la etapa preliminar. Pero ello obedece más a razones ideológicas que funcionales, ya que se procuró respetar la jerarquía, de modo que su función no será substancialmente diversa de la que ejercen ahora.

Ésta es una nueva concepción para el funcionamiento del sistema penal que a partir de la horizontalidad en la organización y el reparto de competencia de los jueces, propicia la celeridad, un mayor dinamismo y un mejor trámite a partir de la constitución de tribunales de juzgamiento móviles cuyos integrantes serán elegidos por sorteo.

Los órganos unipersonales juzgarán los delitos de acción privada, los que no estén reprimidos con pena privativa de libertad y los casos donde haya pena de cárcel cuando el fiscal pida una condena que no supere los seis años de prisión.

La superintendencia sobre los Colegios de Jueces será ejercida por la Sala Penal y será su alzada en materia administrativa. También le asignará los roles a cada uno de los magistrados y la integración de los tribunales colegiados encargados del juicio y de la impugnación ordinaria.

La Ley N° 5519, que sienta las bases de la implementación, reglamentó las competencias durante la *etapa de transición* y confirió atribuciones a la Sala Penal, para organizar y poner en marcha estos organismos netamente administrativos.

Así, la Sala instrumentó un organismo vigoroso, que es el corazón

del nuevo sistema acusatorio, con funciones que van más allá de las atribuidas por el artículo 75 del código. Los jueces conservan su jurisdicción, pero están desprovistos de toda función administrativa y de gestión.

La Oficina Judicial determina en cada caso el juez que haya de entender en el control de las garantías, en la audiencia preliminar y en el juicio unipersonal. En tal discernimiento deberán regirse por un principio de proporcionalidad teniendo en cuenta la carga de trabajo de cada juez.

#### Aplicación de la ley procesal en el tiempo (artículo 146)

En la causa "Romero - Corrales s/abigeato" de enero de 2007, la Sala Penal se expidió acerca del principio constitucional de ley procesal más benigna, por un planteo de la defensa, que solicitó la aplicación del artículo 146 del nuevo código.

Este artículo fija un plazo máximo de duración de los procesos, vencido el cual, el tribunal se encuentra obligado a dictar el sobreseimiento del imputado, archivando definitivamente las actuaciones.

Es decir ya no hay "plazo razonable", sino plazo legal máximo de duración.

Desde el inicio de la investigación hasta su final, indefectiblemente, culminará a los tres o cinco años, según la complejidad del caso.

La ley N° 5478 no es una mera modificación al procedimiento penal, sino que instaura un nuevo reglamento, el cual no puede durar más que los plazos señalados.

El proceso acusatorio, particularmente expeditivo, tiene necesariamente como consecuencia la fijación de tiempos que acoten la potestad punitiva estatal. Las causas en trámite, por imperio legal se rigen por el código anterior, siempre que al entrar en vigor el nuevo haya prestado declaración el imputado (artículo 421).

La aplicación del artículo 146, implicaría deportar la norma que pone coto a un proceso, hacia otro regido por un conjunto de normas formales sustancialmente diversas.

La benignidad consiste en aplicar una norma de un marco formal a otro, siempre y cuando entre ambos — reglamentados por distintas leyes—, exista la suficiente compatibilidad como para receptorlos y adaptarlos sin provocar una lesión al modo en que regularmente se viene actuando, con el objeto de cumplir con un principio esencial, como lo es el de afianzar la justicia.

El nuevo procedimiento no elimina, por caso, el instituto de la prisión preventiva, como giro en la concepción de una política criminal. Lo cual sí sería trasladable de un proceso a otro. Sólo estatuye, ni más ni menos, un nuevo sistema procesal

integral, con disposiciones tan propias e interdependientes, que las blindas y las vuelve intransferibles.

Lo que es razonable en la Ley N° 5478 no necesariamente lo será en la Ley N° 3155, con lo cual la búsqueda de la razonabilidad podría conducirnos, por este camino, a su desvirtuación.

La Sala falló que la razonabilidad está relacionada íntimamente con la tramitación en legal forma de un juicio, y no se advirtió en este caso trasgresión particular alguna a las formas legales impuestas por el procedimiento.

#### La revisión denominada "consulta"

Con relación a la cantidad de miembros del Superior Tribunal de Justicia que deben conocer en la revisión especial, por tratarse de la pena impuesta superior a diez años, sus jueces sentenciaron que debía conocer la Sala Penal y no la totalidad de los ministros del cuerpo.

La Constitución de la Provincia del Chubut, en su artículo 179, inc. 2°, determina que la corte provincial "Conoce y resuelve en pleno, sin sustanciación, de las causas criminales en que se prive de la libertad por más de diez años...".

Ese modo fue instituido por los artículos 24, inc. 1° y 391 del Código Procesal Penal, que fijan la competencia de ese tribunal en punto a la revisión denominada "consulta". Allí se puede leer que aun cuando mediare impugnación de parte, el Superior Tribunal de Justicia conocerá en el proceso sin las limitaciones del artículo 404 del mismo catálogo legal, es decir, no sólo la revisión de los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio.

Esta avocación obliga a un examen exhaustivo de la sentencia, al amplio conocimiento de la causa, sin limitación, salvo lo que surja directa y exclusivamente de la intermediación, de cuyos pormenores no hubiera constancia adecuada.

Al momento de reformarse la Constitución Provincial no existían la doctrina "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa— causa N° 1681—" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ni la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia.

O sea que la Carta Magna del Chubut exigía el estricto cumplimiento del doble conforme aun antes del precedente de la Corte citado, que sigue el criterio adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" del 2 de julio de 2004.

La garantía del debido proceso, que tradicionalmente se aseguraban con "acusación, defensa, prueba y sentencia", ahora se ha extendido a "acusación, defensa, prueba,

sentencia y recurso". Esos son los patrones sentados en el país por el precedente "Casal..." y ya lo eran en la Provincia del Chubut por el artículo 179, inc. 2°, desde 1994.

La creación de la Sala Penal (como se sabe, posterior a la reforma constitucional en el Chubut) y sentada la doctrina legal de la Corte Federal con respecto a la revisión cabal, debe interpretarse, como se ha hecho, en punto a que la consulta pierde su razón de ser cuando haya quedado vacante el recurso de la defensa, limitándose el conocimiento de la integración plena del Superior Tribunal de Justicia, únicamente a los casos en que haya exclusivamente recurso del fiscal, para afianzar el derecho de defensa del imputado.

De lo contrario, bastará el conocimiento de la sala del fuero. Esto es, en ausencia de recurso de la defensa, el artículo 179, inc. 2° debe aplicarse *in bonam partem* y la especialidad de la Sala Penal desplaza la plenitud de la integración, manteniendo el deber de revisión integral de la sentencia de mérito.

En definitiva, el aseguramiento del doble conforme se satisface con el examen exhaustivo de la Sala especializada.

#### Los pies sobre la Tierra

El nuevo reglamento puede emplearse bien o mal. Dota a los actores del proceso de instrumentos aptos para hacerlo eficiente y dinámico, pero si se dejara contaminar por los vicios propios del régimen derogado, pronto confirmará su fracaso. Acaso la dificultad radique en que no todos somos capaces de admitir que el nuevo Código Procesal Penal es sólo lo que es.

Hace poco, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se llevó a cabo el último encuentro de fiscales, en el marco del Consejo Federal de Política Criminal del Ministerio Público (la presidencia es de la doctora "Pochi" Falbo y la vicepresidencia es ejercida por el doctor Eduardo Samamé). Allí, los jefes de los acusadores públicos de las provincias argentinas han expresado que el sistema procesal penal "acusatorio", que rige en las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Chubut, debe ser reproducido en el resto de los distritos en los que aún no lo hace con plenitud.

En la mayoría de esas jurisdicciones todavía gobierna el viejo sistema de la Inquisición, en el que sólo los jueces son amos y señores de la prueba y deciden en un marco de expedientes escritos y secretos.

Como ha señalado la prensa provincial, a pesar de todas las críticas y demandas que padece el nuevo Código Procesal Penal, con él, desde su puesta en marcha, las causas judiciales fueron resueltas con mucha mayor eficacia y fluidez que antes.

No obstante el paisaje que se describe, no cede cierta propensión a ver y juzgar las cosas en su aspecto más desfavorable. Es la tendencia de quienes atribuyen al universo la mayor imperfección imaginable.

Pese a las irrefutables objeciones que pueden hacerse, hay en esa teoría, algo de razonable. Su éxito confirma que este mundo es absurdo.

Aquello que comúnmente designamos como “cultura de la impunidad” es un conjunto de prácticas, de formas, de coartadas, que más allá de su particular diversidad tienen un denominador común: La idea de que el problema penal no tiene remedio ni nunca lo tendrá.

Hay opiniones contrarias, aunque sospecho que nuestro nivel de debate doméstico es pobre. Pero... ¿Podrá el coyote atrapar al correccaminos?

Seamos optimistas.

El nuevo código es sólo eso: un código.

Antes de que la Tierra se canse de soportar el peso de nuestros pies tendremos que, como decía Dante, encorvar el lomo y atraer hacia nosotros la resolución de tan delicado asunto, imposible de hallar en el sistema derogado. El remedio estará en la gente del fuero penal, en su esfuerzo, su imaginación; en los recursos con los que cuenten y en el modo en que los administren.

Es un buen momento para desterrar las graves dificultades que arrastra desde hace décadas el sistema de enjuiciamiento penal. Para poner en acto las condiciones que satisfagan un problema que parece perpetuo en ambas direcciones.

Temo que no tengamos otra oportunidad.

los casos de delitos configurados con los llamados “elementos normativos del tipo” (cheque, documento, cosa ajena, etc.), supuestos en los que se patentizan las dificultades para distinguir meros “hechos”, de su “valoración”, siendo necesario en definitiva echar mano a una convención, en orden al grado de abstracción del que parta el observador, para decir que un relato “describe” un hecho o más bien lo “valora”; el problema de la determinación del hecho en la acusación dentro del proceso penal, en tanto y en cuanto es presupuesto para su validez, que sea posible ejercer un control sobre el proceso de subsunción que se ha realizado en la misma, dejando en claro “cuál es la situación de hecho concreta que la acusación considera subsumible en el tipo legal” (Sancinetti); los alcances del principio de congruencia, también en el proceso penal, y su vinculación con el *iura novit curia*, tomando como base la óptica de un tercero observador o sujeto razonable, que pueda reconocer con facilidad cuáles son las características del hecho en cuestión, y también su encuadramiento típico.

Más ampliamente sostiene el autor citado en último término respecto al tema de la congruencia, que en el mismo se debe partir de un criterio flexible, ya que no toda variación de una circunstancia fáctica hace perder la identidad del hecho; proponiendo como pauta rectora para la solución de los casos problemáticos, que ante una variación se analice si, aun con la misma, “**todos** pueden seguir reconociendo el suceso como el *mismo* acontecimiento histórico que sirvió de base a la acusación concreta, por la que el acusado se sintió penalmente perseguido: en tal caso, la variación no modifica el hecho, si en caso contrario” (el destacado ha sido agregado al original). Y añade, en cuanto a qué debe entenderse por “todos”, que se trata de: “Los sujetos del proceso y también toda persona que quisiera comprender el juicio desarrollado en su presencia, presuponiendo en cada uno de los intervinientes la configuración de un ‘**sujeto razonable**’, es decir, aceptada que sea la ‘racionalidad de las partes’, en el sentido de Rawls (“Teoría de la justicia”) ... Pero especialmente es decisiva a este respecto la posición del acusado, interpretado también como sujeto ideal razonable; no según sus caprichos personales, sea el sujeto el acusado, el fiscal o uno de los jueces” (el destacado no pertenece al original).

II.- Con la mira puesta en una exposición más abarcativa todavía, vemos que en el ámbito de la filosofía del derecho, además de celebrarse que los estudios jurídicos se hayan visto enriquecidos en las últimas

décadas, por los aportes de otras disciplinas, como por ejemplo la lingüística; también se destaca que la tendencia más moderna, es que la ciencia jurídica no sólo dirija su atención al problema de las palabras, sino también al de los textos, entendidos como “unidades de sentido más complejas, estudiadas igualmente desde distintos enfoques: semiológicos, hermenéuticos, literarios” (Cárcova).

Son muchos los autores contemporáneos que insisten, desde esta perspectiva, en subrayar los vínculos existentes entre el discurso jurídico y el discurso literario, en el sentido de demostrar “los posibles enlaces entre el derecho y la literatura”. Algunos de ellos son: Ronald Dworkin, Stanley Fish, Neil Mac Cormick, Jacques Lenoble, Richard Posner, Max Frisch, Martha Nussbaum, y en Argentina, Enrique Eduardo Marí y Carlos María Cárcova.

El autor citado en último término señala, al respecto, que de lo que se trata, es de mostrar -como decíamos- “los posibles enlaces entre el derecho y la literatura”, entendida ésta en su sentido más amplio, es decir, como “relato, novela, crónica o narración”; mientras que, en palabras de Marí, el desafío consiste en “construir un puente” (y no sólo una pasarela) entre la literatura y el derecho, concebidos como los dos polos de una conexión presunta, procurando de este modo afianzar la influencia recíproca entre ambos.

Cárcova agrega que lo importante es analizar la articulación interna, que permita descubrir analogías en el proceso de producción discursiva del derecho, por una parte y de la literatura, en sentido amplio, por la otra. Algunos ejemplos sobre el punto, pueden ser los siguientes:

1) una sentencia judicial es un acto de *imperium*, sin embargo se organiza como discurso, del mismo modo que el relato, la crónica o la narración; y una vez pasada en autoridad de cosa juzgada, “constituye la realidad jurídica”, de un modo muy semejante al que el novelista constituye la “realidad” de sus ficciones, o el cronista la de su crónica, al privilegiar algún dato, descartar algún otro, etc.;

2) el problema de la interpretación: los textos en muchas oportunidades nos dicen varias cosas distintas, encierran diversos significados, todos plausibles, de allí que la tarea del intérprete sea, en la mayor parte de los casos, no solo imprescindible sino, al mismo tiempo constitutiva. Es decir que el texto adquiere su sentido adecuado, a través del acto hermenéutico del intérprete, lo cual explica -entre otras razones- por qué casos muy similares, son resueltos por distintos jueces de manera diversa y, a pesar de ello, sus



## APUNTES SOBRE DERECHO, LENGUAJE Y LITERATURA

POR DANIEL LUIS MARÍA PINTOS

Juez de la Cámara Primera en lo Criminal de Comodoro Rivadavia. Miembro del Consejo Consultivo de la Escuela de Capacitación Judicial

I.- Tanto en materia de derecho penal y procesal penal, como en general en todas las ramas de la ciencia jurídica, ha existido a partir del siglo XX un gran interés por estudiar el tema de su relación con el lenguaje, sobre todo la vinculación entre la ley escrita, el derecho judicial -que incluye toda la problemática relativa a las reglas de interpretación de la norma- y la dogmática entendida como ciencia sujeta a la ley vigente; especialmente en aquellos sistemas que han elegido la codificación como forma de organización de las reglas jurídicas fundamentales, toda vez que, en ese caso, la ley adquiere una función de “parámetro central para el juzgamiento de la juridicidad” (Hassemer).

Enseña este autor que con la ley “también el lenguaje adquiere importancia”, porque la Justicia, el Poder Ejecutivo, las asociaciones particulares o instituciones, es decir todos aquellos que tienen que preguntarse acerca de ¿cuál es el derecho que aquí rige?, “son remitidos a la ley, y de este modo, a un objeto que no es solamente lenguaje ... sino, al mismo tiempo, el resultado de esfuerzos específicos en pos de la corrección idiomática, y objeto de

múltiples esfuerzos en cuanto a la precisión y la seguridad del significado del lenguaje: la ley es, por un lado, el punto de cristalización de la teoría del derecho y de la teoría del método, y de la dogmática, por el otro; está flanqueada por reglas incluso acerca del manejo de las leyes, y enriquecida con paráfrasis de su contenido respectivo; está rodeada por el derecho judicial y por las aclaraciones y complementaciones practicadas científicamente por la dogmática; es, en síntesis, el centro de una empresa gigantesca relativa a la significación de los símbolos del lenguaje”.

Dentro de los muchos ejemplos que podemos encontrar, acerca de temas donde esta cuestión adquiere una gran trascendencia práctica, podemos enumerar en materia penal: todo lo relativo a la prohibición de analogía, que se vincula con el principio de *lex stricta*, derivación del principio de legalidad, y que tiene como finalidad la prohibición de la aplicación analógica de una norma *in malam partem*, tendiente a evitar que los ciudadanos se vean sorprendidos por el derecho penal con injerencias que ningún hombre razonable podía haber previsto; el tema de la subsunción del hecho en la norma, en

sentencias resultan igualmente válidas.

Específicamente, acerca del tema de la interpretación -de textos jurídicos y literarios- se destaca que, en opinión de Marí, el mismo constituye el punto central (o “núcleo decisivo”, o “problema enlace”) de la cuestión teórica del referido “puente” entre derecho y literatura; sobre todo, en la forma como aquél ha sido desarrollado por quien el filósofo argentino considera “el más fiel cultor de la interpretación en la filosofía contemporánea” Hans-Georg Gadamer, en su obra: “Verdad y Método”.

3) La intertextualidad, referida a las relaciones entre “lenguaje y metalenguaje” y “derecho y doctrina”, en tanto unos textos aparecen como objeto de reflexión de otros textos, los cuales se refieren a los primeros para ordenarlos, explicarlos, desentrañarlos, comprenderlos, estimarlos. Así, por ejemplo, en el caso del jurista o doctrinario, éste introduce interpretaciones novedosas acerca de normas generales o individuales resignificándolas, y a su vez estas normas ya resignificadas pasan a constituir otro objeto de reflexión -distinto del que constituían antes- para las sucesivas lecturas. Dicha circularidad es “virtuosa” para el derecho, según Cárcova, ya que permite la actualización del mismo, y su adecuación a nuevas situaciones fácticas.

En definitiva, enseña este autor que todas las disciplinas que se ocupan del lenguaje, de la comunicación, de los signos, del sentido, del discurso, pueden proveer a los juristas insumos de considerable valor, no sólo para actualizar y profundizar sus estudios, sino también como para problematizar de manera muy saludable las matrices teóricas que emplean, a las que califica decididamente como obsoletas (criticismo).

En lo concerniente a las distintas modalidades que se han propuesto respecto al referido “enlace” entre derecho y literatura, nos ilustra Marí que no existe una línea común, sino más bien un pensamiento cruzado, transversal y heterogéneo, ya que mientras unos extienden y amplían los tópicos de la relación, otros prefieren escoger temas parciales de acercamiento común; pero en todo caso, recomienda a jueces y juristas, que siempre depositen una profunda atención en la selección de las palabras en que se expresan, como en el uso de las metáforas y las similitudes que emplean en sus prácticas, concluyendo que no puede ponerse en duda que una profunda versación literaria, aplicada a sus respectivas labores, les permitirá tomar la delantera, en un momento en que la teoría de la argumentación y la retórica ocupan un lugar significativo en la teoría y la crítica jurídicas.

A partir del pensamiento de Gadamer, Marí aconseja a los juristas estudiar el problema de la interpretación como una actividad general -principio de unidad de la hermenéutica (Gadamer)-, y como un modo de conocimiento -comprender es siempre interpretar- (Gadamer); además de atender a otros contextos de esta actividad: los juristas harían muy bien en estudiar literatura y otras formas de la interpretación artística. Ahora bien, ello no significa dejar de marcar las particularidades propias del derecho, en tanto y en cuanto se trata de una empresa política -no estética- que radica fundamentalmente en la coordinación de los esfuerzos sociales e individuales, o en la resolución de los conflictos sociales o individuales, o en asegurar la justicia entre los ciudadanos, o entre ellos y el gobierno -decisiones todas que involucran cuestiones de teoría política-.

III.- A modo de ejemplo de una posible aplicación concreta de las propuestas desarrolladas hasta aquí, Nussbaum considera -entre otros varios- el caso de la instrucción a un jurado emitida por el estado de California, en la que se advertía al mismo que “no se debe guiar por el mero sentimiento, la conjetura, la compasión, la pasión, el prejuicio, la opinión pública ni el sentimiento público”, y que fuera evaluada por la Corte Suprema estadounidense, en “California v. Brown” de 1986. La mayoría del tribunal sostuvo que la instrucción era constitucional, porque cualquier jurado razonable comprendería que sólo se excluía la compasión excesiva o inadecuada; y todos los jueces concordaron en que ciertas emociones son guías legítimas para llegar a una decisión racional sobre la sentencia. El juez Brennan, en disidencia, argumentó elocuentemente, con gran cantidad de ejemplos, que no ha sido así, ya que tanto los fiscales como los jurados suelen entender que dicha exhortación insta al jurado a desechar por completo los factores emocionales al tomar un decisión; de este modo, se excluyen mediante este proceso de eliminación, los factores de evaluación compasiva de la historia personal y el carácter del acusado, que en realidad -arguye Brennan- son indispensables para llegar a un juicio racional sobre una sentencia, y parte central de lo que tradicionalmente suponen dichos juicios.

Nussbaum, en relación a este caso, entiende que los disidentes tienen razón, ya que se trata de un tema donde existe gran confusión, y de allí la necesidad de aclarar bien cuáles son los límites de la compasión. La emoción empática “que está vinculada con las pruebas, institucionalmente acotada y libre de referencias a nuestra situación personal, parece no sólo aceptable sino

esencial en el juicio público”; dado que se trata -trazando un paralelo con el lector de una obra literaria- de “la emoción del **espectador juicioso**, la emoción que las obras literarias forjan en sus lectores, que aprenden lo que es sentir emoción no por ‘una masa anónima e indiferenciada’ sino por el ‘ser humano individual y singular’” - la Corte Suprema en “Woodson contra Carolina del Norte” (1976) exhortó a los tribunales a no tratar a los acusados “como miembros de una masa anónima e indiferenciada”, sino como “seres humanos singulares e individuales”, y todos los dictámenes de *California contra Brown* reconocen este precedente. Ello significa que las obras literarias son, según Nussbaum, lo que Smith (Adam) creía que eran: “elaboraciones artificiales de ciertos elementos cruciales para una norma de racionalidad pública, y valiosas guías para una respuesta acertada”; de allí que este autor encontrara en la experiencia de la lectura un modelo de las actitudes y emociones del “espectador juicioso” (el destacado me pertenece).

En otra parte de su obra, Nussbaum añade en relación con el género literario “novela”, que el mismo “dados los rasgos generales de su estructura, alienta una empatía y una compasión que son sumamente relevantes para la ciudadanía, aunque advierte que no por ello toda obra resultará igualmente valiosa para aquélla, ya que muchas obras populares suscitan en el lector sentimientos toscos y fantasías que pueden suponer la deshumanización de otros; concluyendo que es pues necesaria una “evaluación ética de las novelas”, realizada en conversación con otros lectores y con los argumentos de la “teoría moral y política”, para que el aporte de las novelas sea “políticamente fructífero”.

La lectura del “prefacio” de uno de los libros de esta filósofa (Nussbaum) nos ayudará a comprender, un poco mejor, el propósito de su obra: “...la imaginación literaria es parte de la racionalidad pública, pero no el todo. Y creo que sería extremadamente peligroso sugerir que el razonamiento moral regido por reglas sea reemplazado por la imaginación empática. De ninguna manera hago esa sugerencia. Defiendo la imaginación literaria precisamente porque me parece un ingrediente esencial de una postura ética que nos insta a interesarnos en el bienestar de personas cuyas vidas están tan distantes de la nuestra. Esta postura ética deja amplio margen para las reglas y los procedimientos formales, incluidos los procedimientos inspirados por la economía.

Algunos teóricos de la ética, muy preocupados por la imparcialidad, han defendido las emociones del lector o

del espectador como esenciales para un buen juicio ético; tal vez el más notorio sea Adam Smith, cuya “*Teoría del sentimiento moral*” es una inspiración central para el proyecto de este libro”.

Y ya como cierre del presente trabajo, vale la pena extender la cita de la autora del siguiente modo: “Aunque estas emociones tienen limitaciones y peligros, ... y aunque su función en el razonamiento ético se debe circunscribir cuidadosamente, también contienen una vigorosa aunque parcial visión de la justicia social y brindan poderosos motivos para la conducta justa ... La imaginación literaria tiene que luchar contra los profundos prejuicios de muchos seres humanos e instituciones, y no siempre prevalece... Nuestra sociedad está plagada de rechazos que atentan contra la imaginación empática y compasiva, ... rechazos de los que nadie está exento. Muchas de las historias que nos contaron alientan el rechazo de la compasión, de modo que ni siquiera la imaginación literaria está libre de culpa. Aunque hallemos una buena historia para contar, no debemos esperar que cambiaremos años de odio y discriminación institucionalizados mediante la sola apelación a la ‘fantasía’, pues aun la fantasía mas lograda es una fuerza frágil en un mundo lleno de diversas formas de crueldad ... la práctica política ... con frecuencia parece impermeable a la argumentación y la compasión y rechaza los reclamos implícitos en la historia de otra persona. Por otra parte, lo que vemos en esos rechazos humanos no es un defecto en el tipo de ‘fantasía’ que defenderé aquí, sino un defecto de los seres humanos que no practican bien ese tipo de fantasía, que cultivan su simpatía humana en forma estrecha y parcial. El remedio para ese defecto no consiste en repudiar la fantasía, sino en cultivarla de manera más coherente y humanitaria, ni en reemplazar estructuras institucionales impersonales por la imaginación, sino en construir instituciones y actores institucionales que encarnen más perfectamente las intuiciones de la imaginación compasiva. No es preciso ni aconsejable confiar únicamente en la fantasía de los individuos. La ‘fantasía’ también debería informar las instituciones mismas ... Si no cultivamos la imaginación de esta manera, a mi juicio perderemos un puente esencial hacia la justicia social. Si renunciamos a la ‘fantasía’, renunciamos a nosotros mismos”.

#### Obras consultadas:

- 1.- Carlos María Cárcova: “Derecho, literatura y conocimiento”, La Ley 2000-E, 1229.
- 2.- Hans-Georg Gadamer: “Verdad y Método”, tomo I, séptima edición, “Ediciones Sígueme”, Salamanca, 1997.

3.- Winfried Hassemer: "Crítica al Derecho Penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento...", traducción de Patricia S. Ziffer, segunda edición, "Edit. Ad-Hoc", Buenos Aires, febrero 1998, capítulo I: "¿Un derecho correcto mediante un lenguaje correcto?"

4.- Enrique Eduardo Marí: "Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja" (Ponencia, 1998, material cedido por el autor).

5.- Martha Nussbaum: "Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública", traducción de Carlos Gardini, "Edit. Andrés Bello", Santiago de Chile, marzo 1997.

6.- Marcelo A. Sancinetti: "La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación. Diálogos de seminario, a propósito del caso 'Cabezas'", "Edit. Ad-Hoc", Buenos Aires 2001.



## DERECHO AMBIENTAL

### Protección del medio ambiente. Encuadre legal. Amparo ambiental: modalización en la ejecución de la sentencia.

POR CLAUDIO ALEJANDRO PETRIS<sup>1</sup>  
Y JORGE LUIS FRÜCHTENICHT<sup>2</sup>

1 Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut.

2 Juez de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut

*"No es lo que existe,  
sino lo que podría y debería existir,  
lo que tiene necesidad de nosotros"*  
Cornelius Castoriadis

#### Introducción

Sabido es que el derecho ambiental es una disciplina jurídica, que se halla en pleno desarrollo y evolución y se constituye con el conjunto de normas reguladoras de relaciones de derecho público o privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la prevención de daños y a un aprovechamiento sustentable, todo ello encaminado a lograr el mantenimiento del equilibrio natural que redundará en una optimización de la calidad de vida de las comunidades<sup>3</sup>.

Esta disciplina ha sido caracterizada como un derecho totalmente nuevo, dinámico, cambiante, biccónico, abundante y escaso a la vez que —sobre todo en los países no desarrollados— padece de raquitismo de eficiencia, de incursión novedosa en el campo de las ciencias y que resulta integrado e interdisciplinario y requiere cada vez

más de expertos en especialidades no jurídicas para su concreción<sup>4</sup>.

Con las reformas constitucionales producidas en el año 1994 (arts. 41 y 43 Constitución Nacional y 57, 109 y 111 Constitución de la Provincia del Chubut), se ha conferido a los intereses emanados de derechos de incidencia colectiva o de pertenencia difusa una explícita protección, debiéndose advertir que el constituyente —al tutelar aquéllos— hace referencia a intereses típicamente sociales o grupales, como los vinculados con el medio ambiente, la salud pública o el derecho de los consumidores. El interés difuso, colectivo o de pertenencia difusa —también llamado fragmentario o supraindividual— ha sido caracterizado como aquél que no pertenece a una persona determinada o a un grupo unido por un vínculo o nexo común previo, sino que corresponde a un sector de personas que conviven en una ambiente o situación común. Es decir, se trata de un bien que

pertenece a todos y al grupo, pero que es indivisible, por lo que la satisfacción del interés respectivo de uno de ellos, importa la satisfacción de todos.

En ese sentido el nuevo art. 41 de la Constitución Nacional dispuso que *"Todos los habitantes gozan del derecho a una ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley"*. A su turno el art. 109 de la Constitución de la Provincia del Chubut manda que *"Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano que asegure la dignidad de su vida y su bienestar y el deber de su conservación en defensa del interés común"*. El derecho de todo habitante a que no se modifique su "hábitat", constituye un derecho subjetivo. La destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo, con independencia que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensa.

Así, y como derivación de la disposición constitucional que se aloja en el nuevo art. 41, la Ley General del Ambiente N° 25.675 fija los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente y promueve la participación social en el proceso de la toma de decisiones y la organización, integración y libre acceso de la población a la información ambiental, entre otras normas que van conformando el aún joven ordenamiento jurídico ambiental<sup>5,6</sup>. Estas normas o leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental son mandas legales de base, de piso o umbral, comunes, sobre las cuales se va a cimentar el plexo normativo de la cuestión ambiental en la Argentina, pero respetándose siempre las competencias provinciales en la materia (ver al respecto el fallo "Estado Nacional c/ Provincia del Chubut s/ inconstitucionalidad ley 3251" citado por Bidart Campos en "Manuel de la Constitución Reformada", pág. 442).

#### Las Herramientas Preventivas

Los principios de prevención y de precaución adquieren en este terreno una enorme importancia —superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos— en virtud que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan, por su mera consumación, un deterioro cierto e irreversible, de tal modo que permitir su avance y prosecución importa tanto como una degradación perceptible para la calidad de vida de las personas por lo que su cesación se revela como una medida impostergable, sin perjuicio de la reparación integral del daño irrogado, de acuerdo al principio de que quien perjudica el medio ambiente debe —en primer lugar— recomponer y luego resarcir, pero quien resarce, no por ello puede continuar produciendo el perjuicio.

En el ámbito de la Provincia del Chubut, la legislación puede calificarse como de avanzada, al establecer el art. 3° de la ley 4563 que "En virtud del marco de derechos y garantías establecidos por la Nación y la Provincia del Chubut en sus respectivas constituciones y los principios generales contenidos en la Declaración de Río de Janeiro en 1992, la política ambiental se rige por los siguientes criterios: I) *Prevención*: atendiendo prioritariamente a la causas de los problemas que afecten o pudieran afectar al ambiente, la diversidad biológica y la salud de las personas y luego a las consecuencias. II) *Precaución*: ya que la falta de certeza científica no puede ser razón para posponer medidas precautorias ante la amenaza de daños graves al ambiente". La propia carta fundamental de la Nación establece que le cabe a la Nación "dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección", reconociendo expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (art. 41 tercer párrafo Constitución Nacional), dado el respeto de las autonomías provinciales (art. 109 Constitución Provincial del Chubut). Sucede que en materia ambiental la competencia ha de ser local, circunstancia que apareja que sean las autoridades administrativas y judiciales provinciales las encargadas de valorar si la obra proyectada o la actividad desarrollada afecta aspectos tan propios del derecho provincial como

3 LALEY, 1993-E, 935.

4 OJEDA MESTRE, "El Nuevo Derecho Ambiental", Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental", México, octubre de 2000.

5 Ley de Política Ambiental Nacional. Presupuestos Mínimos para la Gestión Sustentable, B.O. 28/11/02.

6 Como antecedente, cabe mencionar el

principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, suscrita por más de 100 jefes de estado y de gobierno de todo el mundo, en Río de Janeiro en 1992, que establece que: "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano

nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar

y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniéndole información a disposición de todos. Deberán proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes"

lo es todo lo concerniente a la protección del medio ambiente (arts. 121, 122 y concs. Const. Nac.).

### El Amparo Ambiental

En materia de derecho ambiental no interesa solamente restaurar lo dañado, sino que se aspira fundamentalmente a la prevención, y esto es así puesto que se ha elevado la calidad del entorno a la categoría de valor colectivo, lo cual significa considerarlo parte integrante del bien común<sup>7</sup>. Así, la nota distintiva del amparo ambiental es la prevención del daño al medio ambiente; en consecuencia no puede restringirse la actividad jurisdiccional a una “mera tutela nominal” por cuanto las previsiones normativas resultan inequívocamente operativas y consagran una tutela especialmente privilegiada en orden a las protección ambiental (art. 43 apart. segundo Constitución Nacional y 111 Constitución Provincial).

El amparo ambiental se caracteriza entonces como un proceso constitucional urgente, que aspira al cese inmediato de cualquier actividad susceptible de empobrecer sustancialmente la calidad de vida de cualquier persona o comunidad.

Lo preventivo de la protección y lo efectivo de la tutela que debe dispensar la jurisdicción judicial son circunstancias que en la década actual profundizan la evolución de los principios y nuevas fronteras, impulsadas por las señeras lecciones de Couture y Calamandrei primero, y más tarde intensificadas por el pensamiento de Cappellletti y Trocker. De ahí que la tutela del medio ambiente -patrimonio de todos- justifique soluciones expeditivas y rápidas, usualmente extrañas a los tiempos que suele tomarse la justicia ordinaria y la solución pueda alcanzarse a través de una acción de amparo y una medida cautelar, en virtud que en derecho nunca existe un único camino par ir en búsqueda de una respuesta jurisdiccional.

Dentro de la jurisdicción del Noroeste de la Provincia del Chubut con sede en Esquel y, dado el potencial natural y conciencia de protección del medio ambiente de la población de la zona, no sorprende que haya sido frecuente el planteo de acciones de amparo en defensa del medio ambiente (art. 111 de la Constitución Provincial y 20 de la Ley Provincial Nro. 4572). Esta ha sido la vía escogida por una habitante en los autos caratulados “Villivar,

*Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros s/ Amparo*” (Expte. N°: 1365-F° 390-Año:2002) que tramitaran por ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Esquel a cargo del Dr. Claudio Alejandro Petris; la amparista solicitó —en carácter de medida cautelar y dentro del proceso de amparo ambiental— se dispusiera el cese inmediato de las actividades del emprendimiento minero a cielo abierto “El Desquite-Cordón Esquel” además de la recomposición del medio ambiente alterado y la aplicación de la multa contemplada por el art. 9° de la ley 4032. El magistrado, al resolver, consideró la existencia de legitimación activa suficiente y ante la demostración “*prima facie*” de contaminación ambiental—ello a través del juicio de peritos— dispuso la paralización o suspensión preventiva de las actividades hasta tanto se diera cumplimiento con la realización del estudio de impacto ambiental y la audiencia pública respectiva. Dicho fallo fue recientemente confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

De idéntica manera, en autos caratulados “*Alvez, Francisco Javier y otros c/ Municipalidad de Esquel y/u otros s/ Amparo*” (Expte. N°: 281-F° 14-Año:2005) que tramitara también por ante el mismo juzgado y magistrado, y planteado ante la existencia de contaminación arrojada hacia las aguas del Arroyo Esquel, se ordenó por vía judicial la complementación del actual sistema de tratamientos de líquidos cloacales por módulos fitoterrestres por cuanto el sistema cuestionado en la acción resultaba insuficiente para los niveles de población en la localidad. Pese a que los amparistas solicitaban el traslado de la ampliación a otro lugar eso no fue posible, advirtiéndose de esta manera una jurisprudencia que—si bien incipiente— aspira a la comprensión de las necesidades que alberga el conflicto de intereses por parte del Juez Civil del siglo XXI, con el grado de compromiso que el cuidado del medio ambiente impone.

También en el expediente “*Pintos, Marcos Javier y otros c/ Municipalidad de Esquel s/ Amparo*” (Expte. N°: 614-F° 97-Año:2003) en trámite también por ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Esquel, se dispuso el cierre del basurero municipal por existencia de contaminación y su posterior traslado a la Planta de Tratamientos de Residuos

Sólidos, con medidas de mitigación hasta la concreción del cierre y traslado ordenados, advirtiéndose de esta manera la existencia de una verdadera conciencia colectiva en la protección de intereses difusos.

### A modo de conclusión

En concordancia con ello y con el perfil deseado que la justicia va adoptando en la actualidad, vemos como los jueces no agotan la solución con el dictado de los pronunciamientos sino que continúan verificando el cumplimiento del mandato judicial en concordancia con el derecho subjetivo y social reconocido. A raíz de ello resulta novedoso en la materia la modalización del plazo para su cumplimiento. En esa inteligencia y al poseer los jueces con competencia en amparos ambientales un conocimiento directo de la realidad contextual en que se halla resuelto el conflicto, se encuentran facultados—en ciertos casos puntuales— a adoptar medidas modalizadoras en el cumplimiento del pronunciamiento. Esta novedosa figura procesal ha sido incorporada por vía pretoriana y desarrollada por calificada doctrina en procura de compatibilizar los intereses de ambas partes del litigio y fundada en evidentes razones de justicia y equidad.

Es una herramienta procesal que permite a los jueces fijar el plazo de cumplimiento de la sentencia con arreglo al plexo normativo y que tiene por eje lo dispuesto por el art. 163 inc. 7 e integran los arts. 511 y ssgts del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chubut (ambos ídem del CPCCN) y el propio art. 1069 del Código Civil, que se nos aparece ante la necesidad de diseñar soluciones justas, equitativas y posibles al amparo de un desarrollo jurisdiccional impulsado por jueces que asumieron su rol de verdaderos arquitectos de la solución del conflicto.

En efecto, *modalizar* la sentencia implica una concepción dinámica del derecho que impone al magistrado que no pueda ni deba desentenderse de lo que ocurra con posterioridad en su dictado, otorgando el juez un instrumento operativo para disponer la forma o manera particular en que se cumplirá tal o cual 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 C.P.C.N., sobre la actuación del juez posterior a la sentencia, puede validamente interpretarse que la competencia del magistrado 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 considerada de naturaleza no jurisdiccional porque no afectaría el objeto del juicio, puesto que no alteraría el fondo de la cuestión ya resuelta 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 solo estaría referido al plazo de cumplimiento de lo resuelto, al ejercicio de funciones no jurisdiccionales si no administrativas del juez, es decir, complementarias o instrumentales con relación a lo resuelto”<sup>8</sup>.

Debemos también concluir que la aplicación de este novedoso instituto requiere del juez el ejercicio de una especial prudencia y dedicación para encontrar el modo de reparar el incumplimiento evitando producir un daño innecesario al ejecutado.

Y ello así, por cuanto no debe perderse de vista que el derecho procesal—y el proceso constitucional en particular— tienen por objetivo y fin último, la efectiva realización de los derechos sustanciales de los justiciables<sup>9</sup>. Tampoco que quienes ejercemos una función jurisdiccional, debemos reeditar cada día el principio de equidad que surge del art. 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano<sup>10</sup> que nos sugiere tener presente el trasfondo humano de los conflictos cuya solución debemos diseñar, procurando “*atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables*”, ejerciendo nuestro cargo con *competencia y diligencia* (Valor 6 del Código de Bangalore sobre conducta Judicial)<sup>11</sup>.

Tales principios y valores son esperables de los tribunales ambientales o “*tribunales verdes*” cuya creación surgió como conclusión del “*II° Encuentro Internacional de Derecho Ambiental*” realizado recientemente<sup>12</sup>.

7 Fallo del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, S.24/05/2000, I, pág. 379.

8 conf.: Evans, Guillermo Federico, “Reparación moralizada del daño”, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 118 y ss.

9 doctr. Art. 14 Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.

10 Aprobado en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de

Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001.

11 Elaborado por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial y revisado por la Reunión de Presidentes de Tribunales Superiores realizada en La Haya

(Países Bajos) el 25 y 26 de noviembre de 2002, con el refrendo de ochenta países.

12 Realizado en Villa la Angostura, provincia de Río Negro, los días 22 y 23 de marzo de 2007.

## FERNANDO NAHUELANCA (JUEZ)

POR ADRIÁN EDUARDO DUPLATT

Licenciado en Comunicación Social. Magíster en Periodismo y Sociedades Complejas. Docente e investigador universitario. Escritor. Empleado judicial.

Ingresó como empleado judicial en 1967 y es Juez de Cámara desde 1989. En tiempos de crisis social y de críticas al Poder Judicial rescata para los magistrados los clásicos valores de rectitud de conducta, prudencia e ilustración. *Además, cree profundamente en la justicia, que no es poco.*

### Prudencia

Al entrar por primera vez a su despacho de juez, Fernando Nahuelanca culminaba una etapa en su paso por la justicia del Chubut. Atrás quedaban casi diez años de aprendizaje como empleado y funcionario judicial. De ahí en adelante, la responsabilidad mayor caería sobre sus hombros. Miró la soledad de su oficina y pensó en esa carga. No era liviana. Si bien la administración de justicia era una tarea colectiva, las decisiones en la magistratura pertenecían a un solo hombre. Varios golpes en la puerta lo apartaron de sus cavilaciones. Era José Ferreira Reynafé que entraba para saludarlo. Nahuelanca se alegró. La persona que estaba ante él, canosa y no muy alta, era un viejo conocido que no dejaba de conmovirlo con su aureola de respetabilidad y bonhomía. Ferreira había sido juez en lo civil y su mentor en las tareas judiciales. Lo escuchó pronunciar unas palabras que lo marcaron para toda la vida: "Desde hoy -le dijo con gravedad- usted es el más prudente de los prudentes". Nahuelanca lo escuchó con atención y luego guardó la frase en su memoria.

### El trabajo hormiga

Así como existe el contrabando hormiga, también existe el trabajo hormiga. El primero impacta por insistencia, como las olas que erosionan las costas patagónicas. El segundo, sin estridencias, apuntala cotidianamente el sino de los hombres. Quienes lo practican esquivan la exposición pública y las declaraciones altisonantes. Para ser conocidos les basta con ejecutar eficazmente su trabajo. Nada más.

Nahuelanca cumple con este perfil. Batalla día a día en un tribunal, como tenaz epigono de Reynafé que anhela no defraudar a su maestro. Cuarenta años en el Poder Judicial atestiguan que no lo hizo. Es, quizás, un imprescindible brechtiano.

### El camino recorrido

Fernando Nahuelanca ingresó en 1967 al Poder Judicial del Chubut. Era estudiante en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y le faltaban pocas materias para recibirse de abogado cuando decidió volver a Comodoro.

En Buenos Aires había vivido en una pensión mientras, en un principio, su familia lo ayudaba económicamente. Luego consiguió empleo como administrativo porque "ansiaba trabajar para ser independiente". Antes de terminar el último año de la carrera volvió a esta ciudad con el título de procurador bajo un brazo y una flamante esposa bajo el otro.

pasó su juventud hasta que marchó a estudiar abogacía. Al volver, se radicó en Km 8; y allí vive hasta el presente.

En Km 5 fue cadete ferroviario. Trabajó con el padre de Elena Morini -mejor conocida en el ambiente judicial como "Elenita"-, quien después se desempeñara bajo su jefatura en la Fiscalía de Cámara. Elenita, con cuarenta y tres años en la justicia dice: "lamenté muchísimo que mi padre, que murió joven, no se haya enterado

de que su hija trabajaba con el doctor... mi padre me dijo una vez que había conocido a un muchacho muy



Las expectativas de futuro y el arraigo familiar lo devolvieron a los vientos patagónicos. Es así que a finales de los sesenta comenzó a trabajar como Prosecretario Administrativo en el Juzgado Criminal y Correccional de Comodoro Rivadavia.

Nahuelanca nació en 1939 en Sarmiento (Chubut). A los nueve años su familia se trasladó a Comodoro. Su padre, José Nahuelanca, trabajaba en el ferrocarril y la familia se afincó en la zona de Km 5, donde

gauchito, muy agradable... era Nahuelanca que empezaba a trabajar para el ferrocarril... después, cuando fui a la fiscalía de cámara me sentí halagada... para mí, como empleada judicial, era un premio trabajar con Nahuelanca... el doctor siempre recordaba a mi padre y le decía a todo el mundo que había sido su cadete... lo decía con humildad y con orgullo...".

En 1970 Ferreira Reynafé lo lleva, también como Prosecretario, al

Juzgado Civil y Comercial N° 2. Su maestro, como gusta mencionarlo, es quien le enseñó el verdadero sentido de la magistratura. Una función augusta que no reconocía descanso. La idea de solemnidad institucional estaba enmarcada por el edificio donde se desempeñaban. Los tribunales de calle Yrigoyen invitaban a recrear un espíritu firme y altivo. Altas y gruesas columnas, paredes grises y sólidas como murallas sin ataujías, oficinas y despachos con grandes cortinados de terciopelo verde... En esas dependencias amplias y austeras, Nahuelanca desarrolló una etapa rica en enseñanzas, tanto en lo civil como en lo penal. El silencio del primer piso -donde estaba la Fiscalía de Cámara- era proverbial. Jorge Novarino, secretario de un juzgado penal ubicado en el subsuelo del edificio, solía bromear con Elenita: "¡Pero qué barbaridad! ¡Desde abajo se sienten los gritos de Nahuelanca... y vos que no te quedás callada tampoco...!".

Nahuelanca continuó rindiendo las materias que le faltaban para obtener el título de abogado y, al alcanzarlo, fue designado secretario del juzgado

### DECÁLOGO

Don Angel Osorio y Gallardo fue un español maestro del Derecho, que vivió en la Argentina en la década del cuarenta. Fue autor de máximas y reflexiones que Nahuelanca respeta con admiración. Éste decálogo para abogados de Osorio y Gallardo bien puede extrapolarse para jueces y funcionarios judiciales

- I No pases por encima de un estado de tu conciencia.
- II No aceptes una convicción que no tengas.
- III No te rindas ante la popularidad ni adules la tiranía.
- IV Piensa siempre que tú eres para el cliente y no el cliente para ti.
- V No procures nunca en los tribunales ser más que los magistrados pero no consentas ser menos.
- VI Ten fe en la razón que es lo que en general prevalece.
- VII Pon la moral por encima de las leyes.
- VIII Aprecia como el mejor de los textos el sentido común.
- IX Procura la paz como el mayor de los triunfos.
- X Busca siempre la justicia por el camino de la sinceridad y sin otras armas que las de tu saber.

## PALABRAS DE JUEZ

“En estos tiempos de crisis de la sociedad, y de críticas al Poder Judicial, resulta necesario recordar y rescatar los claros apotegmas que son vara segura de conducta en el quehacer judicial, como los que enseñaba el jurista español Angel Osorio y Gallardo, que viniera en los últimos años de la década del cuarenta: la rectitud de conducta es más importante que el tesoro de los conocimientos, primero es ser bueno, luego ser firme, después ser prudente y, en cuarto lugar, ser ilustrado...”

“Bienvenidos sean las reformas y los cambios en el Poder Judicial. Es de esperar que la nueva etapa de cambios, sobre todo en el fuero penal, lleven a buen puerto las esperanzas de la sociedad. Pero si las nuevas estructuras orgánicas y los códigos recientes no se acompañan de un presupuesto acorde que contemple su debida aplicación, será difícil que aquellos propósitos se concreten...”

de Reynafé en agosto de 1973. Tres años más tarde, él mismo era nombrado Juez en lo Civil y Comercial N° 1. En 1981 ejerció como Fiscal de Cámara y, en 1989, la justicia penal se reconvirtió a un sistema mixto -escrito y oral- y los jueces de cámara y el fiscal pudieron optar por el fuero en que deseaban seguir. Nahuelanca prefirió ser Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil -aunque en realidad, también fue de Apelación Instructoria en lo Penal-. “A pesar de que mi vinculación inicial con la justicia fue en lo penal, lo civil me era más afin -explica su decisión-, además yo había sido juez en ese fuero. Era un paso auspicioso para mí. Por otra parte, los jueces que me esperaban en la cámara eran conocidos míos. Las vinculaciones con ellos venía de años anteriores”. Quienes lo esperaban eran los jueces Daniel Luis Caneo y Julio Antonio Alexandre.

Alexandre había sido también Juez Civil en Primera Instancia, pero se conocían de mucho antes. Hicieron juntos la secundaria en el colegio nacional Perito Moreno de Comodoro, donde ingresaron en 1957. Al recibirse de bachilleres nacionales, Alexandre se dirigió a Córdoba para estudiar abogacía y Nahuelanca a Buenos Aires. En 1989, entonces, elegir la cámara de apelaciones significaba reencontrarse con un viejo amigo con el que corrían en los recreos de la escuela. Al recordar esa época, a Nahuelanca se le escapa entre suspiros un “éramos tan inocentes”.

Por otro lado, Nahuelanca fue quien designó a Caneo como secretario del Juzgado en lo Civil y Comercial y, a partir de entonces, los unió un vínculo especial. “Fue una elección acertadísima -recuerda Nahuelanca-, por sus capacidades intelectuales y condiciones para el cargo”. Después Caneo fue Juez y

Juez de Cámara -y hoy ministro del Superior Tribunal de Justicia-. En 1989, recibió a Nahuelanca en el edificio de calle Ducós. “Es decir, con los dos compartíamos la vida y muchos antecedentes, por lo que ir a la cámara me generaba expectativas más allá de lo laboral”, sintetiza Nahuelanca.

## Mirando atrás

En 2005 recibió la medalla por los más de treinta años de trayectoria en la justicia del Chubut. A sus espaldas quedaron cimentadas una reputación intachable y una familia entrañable.

Esta se compone de su esposa y cuatro hijos. Tres mujeres y un varón que le dan “la satisfacción de ser personas útiles a la sociedad”; destino en el que tuvo mucho que ver su esposa María. “Ella permitió un desarrollo armónico de nuestros hijos, les brindó la asistencia y la formación que necesitaban”, explica agradecido. María es española, de Almería; vino al país de adolescente, en 1950. “Ni bien la vi, no le di tiempo a reaccionar, andaba todo el tiempo rondándola”, reconoce Nahuelanca entre sonrisas.

Su hija mayor María Fernanda se recibió en la universidad local de licenciada en Ciencias de la Educación, la del medio, María Marta, siguió diseño gráfico y la menor, Ana María, relaciones públicas en Buenos Aires. Mientras tanto, Fernand(it)o -el menor de todos- se dedicó a la computación. Ninguno continuó su pasión por el Derecho, rompiendo con la regla no escrita de que alguno de los hijos sigue los pasos del padre. Sin embargo, esto es una verdad a medias. No perpetuaron su derrotero forense, pero sí el artístico.

En casa de los Nahuelanca nunca faltaron una guitarra o un dibujo. Fernand(it)o le hace a las cuerdas y a los dibujos. El diseño gráfico que estudió su hija tiene mucho de artístico. “Yo les hacía dibujitos cuando eran chicos, y algo les quedó”, dice Nahuelanca al pasar. Lo que no quedó como al pasar es la guitarra. “Ella siempre estuvo y está”, afirma. Y vaya si estuvo.

En los inicios de los setenta, Nahuelanca formó parte de “Los Boyeros”, que fue el primer conjunto folklórico comodorense que ganó un certamen nacional. Entre sus compañeros de escenarios estuvieron Félix Fernández, Raúl Aguilar, el Tono Terraza, entre otros. Precisamente, Fernández recuerda al Nano Nahuelanca como una de las personas que colaboró para que el barrio Km 5 fuera el “Centro Cultural Musical” de la ciudad de Comodoro Rivadavia”.

Aún hoy, en algunas reuniones de camaradería del Tribunal de Apelaciones, los asistentes pueden escuchar -no tan seguido como quisieran- la voz armoniosa de Nahuelanca, acompañada por el

rasgido de una guitarra que parece añorar aquellos tiempos de peñas y festivales. Las ocasiones son pocas. Nahuelanca no es de concurrir con asiduidad a reuniones públicas. Alejandra, una vecina de Km 8 dice que lo ve muy poco por el barrio, que llega y se queda en su casa; recalca: “siempre fueron buenos vecinos, tanto él como su familia”. En la Cámara es raro verlo por los pasillos. Atisbando por la puerta entreabierta de su despacho puede vérselo frente a la computadora, rodeado de expedientes, papeles y libros, estudiando el caso que le tocó en suerte.

Nahuelanca tiene muy presentes los valores que aprendió de otro maestro del Derecho: don Angel Osorio y Gallardo.

## Alma de juez

“Ahora que el Poder Judicial se agranda y nuevos jóvenes integran los cuadros, me gustaría traer a colación la sabiduría de un gran maestro: el español Angel Osorio y Gallardo”, solicita Nahuelanca.

Osorio y Gallardo nació en Madrid en 1873 y murió en Buenos Aires en 1946. Fue ministro del rey Alfonso XIII, decano del “Ilustre Colegio de Abogados” de Madrid y embajador en Argentina de la República Española. Fue autor de “El alma de la Toga”, donde expone su visión sobre abogados y magistrados.

Nahuelanca rescata los valores que enumera Osorio y Gallardo y que deben estar presentes en un juez: 1) ser bueno (destaca que es la primera de las virtudes), 2) ser firme, 3) ser prudente y 4) ser ilustrado. Ellas resumen la función del juez en “una misión tan alta y delicada”. Es decir, muchas veces la solución de un conflicto depende más de la calidad humana del juzgador que de la biblioteca que se encuentra a sus espaldas.

El magistrado debe ser un “juez trabajador”: no se es juez sólo de 7 a 13, que es, quizás, el período en que menos se puede concentrar en su tarea específica por los avatares propios de un tribunal -explica Nahuelanca-, sino que las 24 horas del día ocupan esta honorable función”.

La visión que tenía Osorio y Gallardo de los trabajadores del Derecho era casi sacerdotal. Pensaba que la abogacía no es una carrera ni un oficio sino un ministerio fundado en la virtud de la prudencia, “condición de índole moral que

enmarca la función y la acción de la justicia”. Cuestión con la que Nahuelanca concuerda totalmente.

El cometido del juez no estriba -para ambos- en la aplicación de sus conocimientos jurídicos por un salario -por otra parte, merecido-, sino en la pugna sin descanso por el triunfo de la justicia en las relaciones de los hombres. Esta postura le resulta a Nahuelanca un tanto anacrónica o, por lo menos, ingenua. “A veces pienso si no estoy equivocado... hoy es todo tan rápido, con tanta exposición... parece que sólo vale lo que se muestra y no lo que se demuestra... es todo tan utilitario”, reflexiona apesadumbrado.

## Poco ruido y muchas nueces

“¿Entrevistarme? ¿A mí?... no, si yo no hice nada... no escribí ningún libro... ¿quién va a querer saber de mí?”, se excusa Fernando Nahuelanca cuando se le anuncia la intención de hacerle una nota. No cree que su actividad presente o pasada merezcan una atención especial. Es cierto que no tiene acontecimientos impactantes que lo lleven a mediatizarse, o que no realizó disertaciones magistrales en congresos internacionales, pero su desempeño como Juez y como hombre de palabra que respeta sus convicciones lo hacen digno de ser conocido. Sobre todo por aquellos “nuevos cuadros” de una Justicia que se agiganta en lo numérico.

Sus fallos son tan sólidos como su conducta. Alguna vez, alguien lo vio en una larga cola del Registro Civil. Tenía un trámite personal para realizar y no aceptó la invitación de la encargada para adelantar su lugar. En otra ocasión, se escuchó en mesa de entradas: “el sábado a la nohecita pasé frente a la Cámara y estaba el auto de Nahuelanca y había luz en su despacho”. Ese es su magisterio involuntario. El Derecho, sin un proceder recto, no hace a un Juez.

Nahuelanca duda sobre su modo de discurrir acerca de la judicatura. Cree que, tal vez, estos son otros tiempos que requieren de otros jueces. De todos modos, sigue fiel a sus principios. Como dijo el escritor Scot Fitzgerald “la verdadera prueba de una inteligencia superior es poder conservar simultáneamente en la cabeza dos ideas opuestas, y seguir funcionando. Admitir, por ejemplo, que las cosas no tienen remedio y mantenerse, sin embargo, decidido a cambiarlas”. En eso anda Nahuelanca, parapetado tras su escritorio.

## FICHA PERSONAL

Nombre: Fernando Nahuelanca	Fernando José (1981)
Fecha de nac.: 12/9/1939	
Lugar: Sarmiento (Chubut)	1967: Prosecretario Administrativo (Juzgado Crim. y Correc.)
Padre: José Nahuelanca	1973: Secretario (Juzgado Civil y Com. 2)
Madre: Magdalena Chabru	1976: Juez (Juzgado Civil y Com. 1)
Esposa: María Pérez Bascañana	1981: Fiscal de Cámara
Hijos: María Fernanda (1967), María Marta (1975), Ana María (1973) y	1989: Juez de Cámara (Cám. Apelac.)

# ALGUNOS ATRAVESAMIENTOS EN LA FUNCIÓN PERICIAL PSICOLÓGICA ANTE EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

POR GABRIEL ALBERTO LETAIF

Psicólogo Clínico. Funcionario del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito del Ministerio Público Fiscal de la Circunscripción Judicial del Noroeste – Pcia. del Chubut.

A partir de la presente producción pretendo convocar a la reflexión sobre las prácticas interdisciplinarias en los diagnósticos y tratamientos del Abuso Sexual Infante – Juvenil, y acerca de la problemática de la subjetivación en el psicoanálisis, lo que me lleva a determinar ineludiblemente una primera demarcación epistemológica de la propuesta de trabajo que en esta ocasión presento.

Así se trata de preguntarnos acerca de la *interpelación*<sup>1</sup> judicial a la práctica del psicoanálisis desde un Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito que depende funcionalmente del Ministerio Público Fiscal del Poder Judicial de la Pcia. del Chubut; enmarcando dicha dependencia tanto funcional como orgánica porque es lo que encausa el quehacer de un psicólogo clínico en formación psicoanalítica en uno de los dispositivos que por naturaleza procura la “objetivación” de las prácticas.

El Derecho reclama datos tangibles y comprobables, mientras que el Psicoanálisis responde desde un **saber conjetural**. El saber del que hace semblanzas el Psicoanálisis es enfrente a los libros que se acaban al otro social enfrente del sujeto -en nuestro caso frente al sujeto víctima- es así, que convocados como herederos del oráculo, se nos tienta con un lugar a condición de que develemos lo oculto, que demos pruebas positivas, que indagemos las verdades negadas, que nos ubiquemos en el lugar del decodificador, frente a aquello que aparece como

enigmático para el saber del Derecho.

Frente a esto el Psicoanálisis no ofrece una clave única para decodificar el jeroglífico del inconsciente, sino, que advierte que cada sujeto posee una clave única e irrepetible que sólo él podrá descifrar, y en todo caso, desde allí revisar cómo se articula ésta con el hecho que se “investiga” en lo particular del cada uno.

El saber jurídico sostiene al Derecho como una técnica y una ciencia orientada hacia la claridad, hacia la eliminación de las ambigüedades, la omisión de la barra subjetivante, es decir, hacia el establecimiento de un saber positivo y totalizador; mientras que le Psicoanálisis apunta a hacer aparecer lo oscuro e irracional, en otras palabras, lo verdaderamente subjetivante.

Así la historia del Derecho se organiza en torno al ideal (ético) de la justicia y la justicia requiere de la igualdad ante la ley. La historia del Psicoanálisis aparece subtendida por la aspiración a definir los modos particulares en que el deseo y el goce determinan al sujeto del inconsciente.

Por cierto que otra tentación es la de hacer propias las particularidades del derecho y así forzar a que las disciplinas Psi se conviertan en técnicas auxiliares y positivas, que colaboren en la indagatoria judicial como una herramienta policíaca que apunte, en todo caso, a develar una verdad diferente, la del **expediente**, y no ya la del **inconsciente**; la jurídica y no la subjetiva.

## De la Psicología del Testimonio y el sujeto

Con demasiada frecuencia escuchamos las permanentes alusiones que se hacen respecto de la Psicología del Testimonio, a la que por razones de naturaleza epistemológica y práctica no se puede definir como una ciencia ó como una disciplina, por lo que en coincidencia con Mario Andrés Paez<sup>2</sup> la podríamos definir como una **aplicación científica que utiliza parte de la fundamentación teórica, metodológica y técnica propias de la Psicología, en función de generar posibles soluciones a los diversos asuntos que problematizan de tantas maneras el testimonio, asumido este como prueba ó elemento en un proceso de acción judicial.**

Siguiendo los desarrollos teóricos de Arce y Prieto<sup>3</sup> se puede sostener que:

**La función preestablecida para esta aplicación científica le sugiere al profesional psi, abarca no sólo las problemáticas que surgen del testimonio como tal, sino también aquellas que surgen del trato con el sujeto que ha sido “víctima” de la violencia de un delito, y por ende, se ve obligado a tomar el lugar de testigo en un proceso de investigación judicial.**

**Son trabajos centrados en la problemática de la veracidad del testimonio, la honestidad y deshonestidad del testigo, y la técnica de entrevista para la obtención del testimonio.**

Hasta aquí la cita.

Desde el psicoanálisis podríamos preguntarnos ¿quién es el sujeto de la palabra involucrado allí?, desde el lugar de quién escucha ¿qué es lo que escucha? ¿desde qué práctica ética lo hace?; si hablamos de Psicología del Testimonio hacemos referencia directa a la prueba, justificación y comprobación de la certeza ó verdad de alguna cosa.

El analista no puede garantizar desde su lugar ningún tipo de testimonio que provenga del Otro en su condición de certeza ó verdad, sino que todo lo contrario, lo que el analista puede asegurar desde su lugar es el no -todo, no- todo cierto y diferentes versiones acerca de una situación.

De tal manera que se pueda establecer la relación entre el acto y el sujeto, trazando las coordenadas que ligan ese acto con la enunciación que representa a su autor.

Sinuoso es el camino por el que los hombres son (a) sujetados en este tramado de derechos y obligaciones. (a) sujetamiento que estará a cargo de las instituciones que se engarzan alrededor de la órbita del Estado. Constituidas en Otro social, acogen a la criatura humana en sus entrañas, otorgándole un lugar en el universo simbólico. Se funda así la institución del sujeto ó el sujeto institucionalizado<sup>4</sup>, sostenido por la institución jurídica.

Resultando que si se omite el camino de la palabra, naufraga toda posibilidad que el sujeto se haga presente allí.

Recorrer el camino por el cual una

<sup>1</sup> **Interpelación:** El requerimiento que se hace a uno para que responda **la verdad** sobre lo que se le pregunta – Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales – Ed. Ruy Díaz Bs. As. 2.005

<sup>2</sup> **Paez, Mario Andrés** “La responsabilidad del psicólogo como perito del testimonio de la víctima usado este elemento de prueba en el sistema penal acusatorio” – En Congreso de Psicología Jurídica y

Forense, Marzo de 2.007.

<sup>3</sup> **Arce, R; Prieto, A.** “Manual de Psicología Jurídica” Editorial Paidós . España 1994.

<sup>4</sup> **Abad, Gabriela** “ La subjetividad en el

proceso judicial” en Culpa, Responsabilidad y Castigo en el Discurso Jurídico y Psicoanalítico Vol. II . Ed. Letra Viva. Bs. As. 2.004

sociedad acoge ó expulsa a sus miembros, puede servirnos para dimensionar el proceso judicial como un modo que tiene el sistema para otorgarle un lugar al sujeto.

Es el Otro social el que nombra a las personas, las inscribe en libros donde consigna sus filiaciones, desde aquí comienza a escribir su historia.

Néstor Braunstein dirá “carne mortificada por el lenguaje”; sujeto que quedará por siempre dividido contra sí mismo, porque la cultura supone un freno a la impulsiones. La cultura se presenta como un velo, como una ficción que tiene el propósito de dejar en la sombra esa profunda falla, ese malestar inconciliable, sobre el que se erige.

### La función pericial

En el Sistema Penal Acusatorio hay que evidenciar la ocurrencia de un delito, sustentar que hay una persona afectada en sus bienes jurídicos, justificar que hay una víctima a través de alguno de los medios probatorios previstos por el estatuto procesal penal entre los que se encuentra el peritaje. El peritaje debe ser practicado de manera imparcial.

El peritaje psicológico es un procedimiento matizado con responsabilidad social para auxiliar a las víctimas (según Beristain 2001) y uno auxiliar de la justicia.

Adscribir lo pericial a una función, y no simplemente a un actuar profesional, es intentar develar cuáles pueden ser las lógicas posibles que sostienen, en un dispositivo determinado, el encuentro discursivo entre campos semánticos que son de órdenes diferentes, como lo es el “psi” y el “jurídico”.

En el título de este trabajo hago alusión a algunos de los atravesamientos en la función pericial, pero no intento continuar en la línea del análisis parcial de lo que suele ser la tarea habitual del perito de las profesiones “psi” en las convocatorias judiciales, es decir, indagar las estructuras de las entrevistas periciales, las distintas técnicas evaluativas, el formalismo y /ó el

contenido exigible a los informes, la connotación del testigo experto del perito, el secreto profesional, etc.

Aquí, en oposición a ellas voy a esbozar otras lógicas, que puedan caracterizar –posiblemente– a lo que denominamos función pericial, buscando los nexos permitidos entre algunos de los elementos del Derecho y del campo Psi.

Interrogarnos por la demanda que nos proviene de un Magistrado, Fiscal, y/u otro funcionario judicial; nos lleva a un re-posicionamiento en nuestra función pericial, ya que de acuerdo a cómo entendamos la formulación, el pedido que el campo jurídico hace al psi, nuestra acción tendrá un sentido u otro.

Se ha establecido que el perito es el “sabio, experto, hábil, diestro, práctico en una materia; de la cual el jurista ó el juzgador no tienen por qué ser dominantes<sup>5</sup>. Es la persona competente en determinado orden de conocimientos, llamada a emitir dictamen sobre algún punto que debe dilucidarse.

En nuestro caso no puede sino implicar de un modo u otro a la subjetividad humana.

Para comprender la propuesta de análisis de la función pericial que sugiero, me valgo de dos consideraciones que plantea Luis Camargo en su libro “Encrucijadas del Campo Psi-Jurídico”<sup>6</sup>:

1 ° *El acto pericial* puede consistir en responder a la demanda del juez por la vía de la *interpretación*; y

2 ° nuestras posibilidades de operatoria no pueden quedar por fuera del marco de un dispositivo: el revelado por Freud con el nombre de *transferencia*.

Interpretar para el psicoanálisis no es sino un acto que apunta a develar al sujeto las enunciaciones que subyacen a un enunciado suyo. Lo que habilita este acto no es sino una *falta previa*, una *falta en el saber*. En el caso del juez es esa falta en el saber la que convoca a la intervención pericial, por la cual recurre al Otro.

Pensándonos desde el psicoanálisis, sostengo que frente al

requerimiento pericial no podremos quedarnos en una sola descripción con profusión de referencias al DSM IV, ni con acabados análisis de las pruebas proyectivas administradas, de los mecanismos defensivos evaluados y por lo general a las múltiples alusiones a lo disfuncional del ó los peritados, que decantan un perfil psicológico delimitado, que por estructura, aunque diga de “*lo psicológico*” nada dice de lo *subjetivo* en juego.

### Derecho y Psicoanálisis: Intersecciones discursivas

El acto pericial, en un parangón con el acto analítico en relación al foro, es aquel que puede conducir al juez a su vez, a las puertas de su propio Acto respecto de lo que juzga, pero a un Acto distinto, que va más allá de ubicarlo a él como trascendido en su decir, por lo que él llama la Ley, un Acto que no se sostiene solamente en una moral, sino que implica al sujeto al cual se refiere, y no necesariamente al saber que la ciencia pericial aporte sobre él.

Como psicólogo en el ámbito judicial, pretendo acompañar un encuentro inesperado, donde el Otro (que ubicaremos para el juez, en el Dogma del Texto Jurídico, como diría Legendre) no ofrece garantías. Un encuentro en fin, del sujeto que ocupa la función de Juez, con la castración, lo único que permite en su *fallar*, *falle*, es decir, soporte y asuma la humanidad implícita en su acto. Lo único que permite que cada caso sea para ese Juez, particular.

Pudiendo traducir sus sentencias de dos modos como mínimo: **a)** *singularizando cada caso*, no sin los Códigos, pero más allá de ellos, para integrar en su resolución la dimensión subjetiva y las verdades parciales de aquellos sobre los cuales recae la acción jurídica, lo que permitirá que, **b)** los judiciales ó enjuiciados puedan restituir en su acto (como a quien esgrime un acto violento, como así también al que resulta víctima de él) a su propia

historia subjetiva, lo que es una ocasión de generar un **asentimiento subjetivo**, dimensión que *trasciende la de la culpa, ó la de la queja en uno y otro caso*.

Ahora, con respecto a nuestra operatoria desde el dispositivo de la *transferencia*, sostendremos que naturalmente se establece en el par perito / Poder Judicial y no Perito / peritado.

Esto trae sus consecuencias.

La primera es la cuestión del *diagnóstico*, este diagnóstico no es sin transferencia; por lo tanto, ¿cómo hacer un diagnóstico, allí donde esa dimensión, la transferencial, no existe?

Camargo, nos acerca una propuesta, la de establecer una relación transferencial entre perito y juez, en la que el acento pueda desplazarse desde una visión positivista del caso a una crítica, donde el diagnóstico en cualquiera de sus tipos (psicopatológico, familiar, vincular, etc) ceda su lugar a lo que él denomina *transferencia de trabajo*, es decir poner en trabajo los enunciados y enunciaciones que atraviesan cada situación jurídica particular, con la implicación en el caso de todos los operadores actuantes y con la premisa de no obturar con saberes totalizantes (jurídicos, psicológicos, médicos) las verdades parciales que allí se juegan. Porque cuando verdad y saber se fusionan, sin ninguna distancia entre ellos, lo que se sacrifica es la instancia de la subjetividad, y el sujeto abolido es pasible, en última instancia de la tortura, pues en su objetualización es sólo un cuerpo que padece la violencia.

Quizás la puesta en forma de esa transferencia de trabajo, en el contexto de la intersección del discurso analítico y del jurídico, sea el modo privilegiado de sostener esa hiancia necesaria entre el saber y la verdad para que el poder no avasalle al sujeto; no lo reduzca a una condición de expediente.

<sup>5</sup> **La Pericia Psicológica** indaga en busca de la verdad articulada en los requerimientos procesales procurando compatibilizar la verdad psíquica con la jurídica. Es un proceso de debate de

argumentos que permiten elaborar, en una compleja trama de relaciones, un razonamiento que opere como productor de la verdad jurídica, base del fallo. Es

reclamada por los jueces para apoyar con argumentos científicos sus fallos. **Tkaczuk, Josefa** “Peritación en Psicología Forense” – Depalma, 1994.

<sup>6</sup> **Camargo, Luis** “Encrucijadas del campo Psi-jurídico” Diálogos entre el Derecho y el Psicoanálisis. Ed. Letra Viva – Bs. As. 2.005.

## EL INDICIO DE PERSONALIDAD COMO FACTOR DE CULPABILIDAD

POR MARÍA CAROLINA ARRIGONE

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

El proceso penal es una concatenación inagotable de actos cuyo propósito esencial es reconstruir un hecho del pasado, jurídicamente relevante, para hallar —con certeza jurídica— al autor responsable de su comisión y, eventualmente, asignarle una pena por haberse motivado en la norma cuyo cumplimiento le era impuesta por el ordenamiento jurídico.

Para rescatar del pasado la información que permite establecer lo que sucedió, el juzgador cuenta con numerosos medios de prueba, de los que —mediante un razonamiento lógico y utilizando los principios de la experiencia y la psicología—, debe seleccionar los datos para poner al descubierto aquella realidad.

En ocasiones, la información con la que se cuenta no revela particularidades del hecho, sino que brinda al investigador la cualidad de inminente, especialmente tratándose de una prueba. Es decir, de otros acontecimientos accesorios, complementarios o no determinantes, pero conectados con lo ocurrido, que conducen al sentenciante a inferir aspectos de la existencia de otro no percibido directamente en el contexto que juzga. Esos elementos de prueba son los indicios.

La presencia del acusado en el lugar de los hechos con anterioridad o posterioridad inmediata al evento delictivo (indicio de oportunidad), un alegato ampliamente contrastante con el resto del material probatorio (indicio de mala justificación) o impresiones digitales del acusado halladas en el lugar de los hechos (indicio de participación), son algunas de las circunstancias que el derecho adjetivo permite considerar para conjeturar lo sucedido.

Para establecer la autoría de un delito, cuyo contenido siempre es una conducta humana, también puede generar convicción la personalidad del sujeto en tanto permita establecer su capacidad para cometer esa clase de injustos. Esto es lo que se conoce como indicio de personalidad o de capacidad moral para delinquir<sup>1</sup>.

Sin embargo, la investigación penal no puede inmiscuirse en la vida privada de una persona<sup>2</sup>, para culminar en una condena basada en

sus costumbres o en su moralidad como factor determinante en la comisión del ilícito.

Así, puede entrar en conflicto una circunstancia que el derecho de forma permite valorar, y un límite que el ordenamiento sustantivo impone para el juzgamiento de una persona, discordancia que en ciertas ocasiones podría neutralizar la finalidad del proceso penal.

### La personalidad del acusado como elemento de cargo

En la averiguación de la verdad jurídica objetiva, no sólo se revelan las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el evento, sino también los aspectos de la personalidad de su presunto autor, para establecer si la hipótesis fiscal puede probarse y si el imputado, efectivamente, fue el responsable.

Los hábitos del acusado, sus vínculos familiares, sus relaciones personales, sus enemistades, sus características físicas, sus destrezas especiales, sus habilidades, su oficio u ocupación, su carácter, sus antecedentes penales, su historia de vida suele quedar plasmada en el expediente a partir de la información que se colecta de las diferentes maneras que el ordenamiento formal establece.

Es el mismo imputado el que brinda estos detalles al dar su versión de los hechos, o un testigo al reafirmar la hipótesis acusatoria, declarando al encartado autor de un hecho de similares características, o quizá un informe psicológico que detalla el carácter iracundo de quien le fuera atribuido un suceso violento.

La defensa técnica puede aportar al proceso datos sobre la incapacidad de su pupilo para llevar a cabo conductas como la enrostrada, o para demostrar su ineptitud para esa clase de actos o su inexperiencia.

Pero la investigación no se limita a la acción desplegada en el evento, sino que va más allá y, eventualmente, esa información puede ser la base desde la cual parte el sentenciante para tener por acreditados ciertos extremos de la imputación fiscal.

La personalidad del autor se

convierte, pues, en prueba indiciaria dirigida a proporcionar certeza sobre hechos que no son los constitutivos del delito, pero a partir de los cuales el juzgador puede inferir aquél y la participación del acusado, aplicando un razonamiento lógico entre lo que surge probado y lo que se intenta probar.

Los indicios son acontecimientos ubicados alrededor de algún otro evento que vinculados adquieren fuerza probatoria, puesto que el hecho existe lo que el proceso tiende a probar son las afirmaciones que respecto de ese hecho realizaron las partes<sup>3</sup>.

Determinar la capacidad del acusado para delinquir, en cada caso concreto, es un dato relevante, muestra clara son los delitos para los que se requieren capacidades especiales. Por ejemplo, los robos cometidos en edificios de propiedad horizontal por autores desde un piso superior, que deben alcanzar cierta altura desde un inmueble vecino (modalidad, que los investigadores han bautizado, no sin ingenio, “hombre araña”).

A la inversa, quien acredite su impotencia sexual nunca podrá ser condenado como autor del tipo prescripto por el tercer párrafo del artículo 119 del Código Penal.

Pero el indicio de personalidad apunta a cuestiones más específicas, que se relacionan con aquellas cualidades personales de un sujeto que puedan predisponerlo a cometer cierta clase de delitos, o la reiteración de hechos similares que hagan presumir su propensión a la delincuencia.

Hay condenados que repetidamente comente la misma clase de delitos.

Al momento de encontrarse el magistrado frente a todos los elementos de convicción que existen en la causa, no está habilitado para valorar la personalidad del acusado como un indicio de su capacidad delictiva pero sí, su habilidad física para la puesta en acto de cierto modo de comisión. Más, si ésta requiere de un talento especial como en el caso citado.

### ¿Flexibilización de los principios del derecho penal o prueba ilegal?

Las máximas que emanan de la Constitución Nacional obligaron al Estado Argentino a enlazar el sistema punitivo en las filas del derecho penal de acto, en tanto sólo permite perseguir y castigar los comportamientos que alteren el orden social y, consecuentemente, impone a los legisladores fijar con precisión, en las leyes penales, las conductas reprochables, sin interferir en los modos de vida que eligen los ciudadanos o en la moralidad de tal elección.

Lo contrario daría lugar a la deplorable idea que formula el Derecho Penal de Autor, propio de los sistemas totalitarios, que establece la responsabilidad penal de los sujetos cuyo comportamiento social no se ajuste a los parámetros morales que impone el propio Estado. El “ser” de las personas se convierte en lo prohibido y, por ende, lo que debe normativizarse.

Si por mandato constitucional, el ordenamiento sustantivo no puede punir la personalidad de un individuo ¿por qué razón el derecho adjetivo habilita a los operadores del sistema a valorar esas mismas circunstancias, para probar que una persona puede ser autor de un injusto penal?

¿Qué diferencia habría entre punir las condiciones subjetivas de un hombre y sancionarlo porque su personalidad es uno de los factores que incidieron para la comisión de un delito?

Juzgar calidades como elementos de cargo no es lícito; tener en cuenta capacidades especiales, sí.

Luego de un examen de los hechos y de apreciar en forma crítica los elementos de prueba colectados en la causa, el Juez debe consignar en el fallo las razones por las cuales se convenció de la culpabilidad (o la inocencia) del acusado. Es decir, en el fundamento de la resolución debe detallar cada una de las probanzas que le permitieron arribar a la certeza de lo sucedido, ya que con su decisión involucra siempre la libertad de una persona.

<sup>1</sup> La prueba y su apreciación en el nuevo proceso penal. Luis María Desimoni – Ed.

Abaco de Rodolfo Depalma (1994). Pag. 210/211

<sup>2</sup> Artículo 19 de la Constitución Nacional.

<sup>3</sup> La prueba. Falcone Roberto A. – Tapia,

Juan F. J. A. 2001-III-1002

Si descubriera, en ese proceso de selección, que uno de los indicios demostrativos de la comisión del delito fuera la personalidad del acusado, el Juez estaría habilitado a considerarlo pero en forma conjunta con el resto del material probatorio, y siempre que se ensamble de manera lógica en el razonamiento que proceda de esa valoración integral. Es decir, sólo si lo enlaza complementariamente con el resto de la prueba.

No debe perderse de vista que las condiciones subjetivas del acusado se vinculan en forma indirecta con el injusto penal, por lo que el ordenamiento adjetivo permite su consideración cuando forme parte del sustento probatorio que reafirme la imputación, y no como único elemento de prueba.

En cambio, otro valor adquiere el indicio cuando, por el contrario, sirve para desvincular al acusado del hecho y su introducción al proceso tiene como finalidad demostrar la inocencia o incapacidad del sujeto para la comisión del tipo penal. En este caso su validez es mayor puesto que, primando el principio de inocencia, todo medio que confirme ese estado llevará indudablemente a la absolución del imputado.

Si el pasado del acusado es capaz de hacer compatible la conducta que se ventila en el proceso penal, su estimación a los fines probatorios sólo será válida dentro de un contexto global que compongan los elementos de cargo y de descargo obrantes en la causa. Esa circunstancia, vista con el cristal del sentido común, no podría considerarse un ejercicio abominable del derecho penal de autor.

Las peculiaridades personales del autor no son un tabú. Si el ordenamiento formal admite racionalmente su apreciación, no es para condenar aquéllas, sino para procurar establecer, con probabilidad, si el sujeto fue autor del evento criminal pretérito enjuiciado.

No hay una perversión a las reglas sustantivas, impuestas por la política criminal del Estado, si se sanciona un acto para cuya comprobación se analizaron aspectos del carácter o los hábitos de vida del acusado, que contribuyeron (con el plexo probatorio) a corroborar la acusación. Es incuestionable que la culpabilidad del autor del hecho radicarán en haber llevado a cabo una conducta prohibida —y sólo esa— por el ordenamiento jurídico que, en tales casos, pudo haber estado motivada por condiciones exclusivas.

La Constitución Nacional garantiza a todos los ciudadanos un ámbito de autodeterminación en el que el Estado no puede inmiscuirse,

pero cuando es el propio sujeto quien exterioriza mediante hechos concretos su *modus operandi* o sus costumbres, no hay interferencia en su vida privada ni puede considerarse un reproche específico de tales acciones, valorar la vinculación de éstas con el injusto que se le imputa, para comprobar la comisión del delito (v.g. ciertas desviaciones del instinto, adicciones, etc.).

El presupuesto para la aplicación de la condena será la medida de la culpabilidad por el ilícito, pues las características personales de su autor siempre serán consideradas en forma secundaria y a los fines estrictamente probatorios<sup>4</sup>.

### Una explicación práctica

Un caso interesante sobre el tema, fue resuelto a fines de octubre del año 2006 por la Cámara Criminal de la ciudad de Esquel, donde el titular de la acción penal le imputó a R.R.A.<sup>5</sup> haber accedido carnalmente a una adolescente que desarrollaba tareas domésticas en su vivienda, dónde además convivía con la familia del acusado, utilizando clorpromazina para adormecerla y evitar que la joven se resistiera al abuso.

El embarazo de la víctima a consecuencia de esta relación —tal como probaron los exámenes de ADN realizados en la causa— fue para la joven la revelación de lo que le sucedió y la razón de poner a conocimiento de la Justicia el hecho.

En su declaración la damnificada narró que una tarde, cuando la esposa del acusado se encontraba fuera del hogar, le manifestó a éste padecer un dolor de cabeza lo que motivó una rápida respuesta de aquél, en la que le ofreció un GENIOL que extrajo de un frasco de medicamentos ubicado en la alacena de la cocina. Luego de ingerirlo, la muchacha contó que comenzó a sentirse cansada por lo que decidió recostarse y despertó mareada, transpirada y descompuesta al mediodía siguiente, circunstancia que por el horario y el estado físico destacó inusual en ella.

Abierta la investigación del hecho, se reveló que sobre R.R.A. pesaban dos condenas anteriores por hechos cuyo *modus operandi* coincidía con el de la causa, circunstancia que el a quo valoró junto con el secuestro de la clorpromazina en el lugar de los hechos y su pericia química, la paternidad del encartado sobre el hijo de la víctima, y un informe psicológico sobre la menor, para condenarlo a la pena de veintidós años de prisión.

La sentencia fue recurrida en casación por el defensor oficial del acusado, remedio en el que esgrimió como uno de los motivos de agravio

la consideración por la Cámara de las condenas pasadas que sufrió R.R.A., para establecer -a falta de prueba concreta dijo- la modalidad en que desarrolló el hecho, pues lo estimó como la aplicación de un derecho penal de autor.

El voto que lideró la mayoría del pronunciamiento dictado por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, explicó que esas circunstancias fueron un claro indicio de personalidad que demostró la aptitud del acusado para desplegar conductas como las que se le atribuyó en la causa, y su consideración por la Cámara era válida toda vez que sirvió para establecer la especial manera de actuar del imputado para alcanzar el fin propuesto.

Agregó que para establecer la correspondencia, la relación entre particularidades de distintos delitos o una serie de éstos, y reflexionar si en cada uno existen iguales aspectos, no hay otra posibilidad que examinar hechos anteriores. No para fundar la peligrosidad del autor (hecho del futuro), sino para determinar un singular rasgo de comisión (hecho del pasado). Es decir, para desentrañar si la característica de un hecho, se corresponde inequívocamente con otros ya probados.

Señaló que los hechos del pasado son parte de la realidad, y los jueces no están obligados a darles la espalda, si éstos son relevantes para contrastar el peculiar modo de ejecución de un hecho ya juzgado con otro del presente. El límite, claro, será la medida de culpabilidad del hecho bajo examen, pero no los aspectos concernientes a la autoría de ese mismo hecho.

Conceptuó que no se incurre en el ejercicio de derecho penal de autor si para establecer, a modo de indicio, un aspecto del hecho, fuera del orden o común modo de obrar, el tribunal lo compara con el de otros hechos ya juzgados. El suministro de un sedante es un hecho desacomunado, excesivamente peculiar u original, que válidamente puede ser cotejado con sucesos similares.

El otro precedente fue dictado por la Cámara Criminal de la ciudad de Trelew, en un caso<sup>6</sup> donde al acusado se le imputaron dos hechos de índole sexual cometidos en perjuicio de dos de sus hijas, en el que finalmente se lo absolvió por uno de ellos -a falta de pruebas- pero se lo condenó por el otro.

La denuncia inicial la llevó a cabo la hija mayor de M.R.M. y madre de una pequeña que había nacido como fruto de las relaciones que con su padre había mantenido. La víctima relató haber sido sometida sexualmente desde niña y hasta el momento

en quedó embarazada, oportunidad en la que advirtió que su hermana menor había pasado a ser el blanco de los abusos de su padre. Narró, con poca precisión, la manera en que el acusado llevaba a cabo su cometido, pero en todo momento destacó su carácter violento, con el que amedrentaba a todo el grupo familiar.

La joven no declaró durante el debate, por miedo, según declaraciones de una testigo en la causa, y como el resto del material allí colectado resultaba insuficiente para acreditar el hecho denunciado, el a quo debió absolver al acusado.

El segundo evento fue revelado por la otra hija del enjuiciado, que al dar su versión sobre lo sucedido pormenorizó aspectos centrales del hecho, como la prolongación de los abusos por el período de cinco años y hasta el día en que la menor se fue de su casa para vivir con su novio. Coincidió con su hermana en el carácter agresivo de M.R.M., que desplegaba en cada oportunidad que pretendía accederla y refirió que, en ciertas ocasiones, utilizaba chantajes como “*dejate y vas tener todo lo que querés*”, a los que ella también se resistía, momento en que el acusado le imponía su voluntad mediante fuerza física.

Al ser condenado por lo sucedido con esta menor, el defensor oficial recurrió la sentencia en casación por hallarla carente de motivación. Planteó que —a su criterio— en la causa no se probó la existencia material de las relaciones sexuales ocurridas entre la víctima y el condenado, como tampoco se demostró la violencia o intimidación que describió la acusación fiscal.

La revisión del fallo estuvo a cargo de nuestro máximo tribunal provincial, en un pronunciamiento en el que el Ministro Panizzi, luego de analizar la prueba utilizada por el a quo para fundar la condena, destacó cierta cualidad especial del acusado, como un indicio para la comisión del delito por el que fue inculcado.

Destacó que, aun cuando en la causa se absolvió a M.R.M. por el hecho que denunció la mayor de sus hijas, lo declarado por ella y la paternidad del acusado sobre la pequeña que naciera de una relación sexual mantenida entre ambos, han sido fuertes indicios en contra del encartado para tener por acreditado el abuso sufrido por la otra víctima. Y agregó “*No se trata de hacer derecho penal de autor. La condición de abusador de su hija mayor, no es causa ni es prueba de este delito, pero si indicio de una capacidad —de acuerdo a una experiencia general— del incesto*”.

<sup>4</sup> Enrique Bacigalupo, Derecho Penal. Parte General. Pág. 214. Editorial Hammurabi.

<sup>5</sup> STJCh. “R.R.A. s/ Abuso Sexual con penetración carnal de menor de 18 años, agravada por la situación de convivencia”

(Sentencia N° 73/07. Expte 20.728-R-2006)

<sup>6</sup> STJCh. Fallo “M.R.M. p.s.a. de Abuso

Sexual Calificado - Trelew” (Sentencia N° 87/07. Expte. 20.072-153-2005)

Los precedentes ilustrados abonan la idea de que el indicio de personalidad no puede considerarse una prueba que contradiga los principios y garantías que el sistema penal argentino -y por sobre él la Constitución Nacional-, le otorgan al acusado pues su consideración encuentra como límite a su validez, la apreciación conjunta con el resto de material probatorio existente en la causa, la vinculación estrecha con el injusto que se pretende esclarecer y el descubrimiento indudable de la verdad jurídica objetiva.

En tal caso, el castigo estatal que sobre el acusado recaiga tendrá como fundamento la trasgresión a una norma que le prohibía llevar a cabo la conducta por la cual fue enjuiciado, en la medida de su culpabilidad, y nunca aquel aspecto de su personalidad que le dio probabilidad cierta a su autoría.

### Conclusión

Existe una vieja discusión doctrinaria sobre la posibilidad de definir los límites entre el derecho penal y el derecho procesal penal. Otros han focalizado el problema en la posibilidad de distinguir entre los presupuestos o impedimentos procesales, de las demás condiciones que fundamentan o excluyen la punibilidad por fuera del injusto culpable<sup>7</sup>.

Lo cierto es que, sin ingresar al meollo de esta cuestión, el ordenamiento adjetivo tiene como finalidad garantizar la averiguación de la verdad jurídica en el marco de los principios y garantías que nuestra Carta Magna otorga a todos los ciudadanos. Y en ese proceso es innegable la influencia recíproca entre ambas ramas del derecho.

La interacción de los órdenes sustantivo y procesal es profundamente estrecha y ambos se condicionan e influyen recíprocamente<sup>8</sup>, de manera que la biografía del acusado podrá ser empleada para probar su autoría sin ello pueda considerarse derecho penal de autor, en tanto su condena sea consecuencia de la conducta típica, antijurídica y culpable que haya sido probada en juicio, con las garantías de la Constitución.

<sup>7</sup> Fernando Díaz Cantón, "La motivación de la sentencia penal y otros estudios". Pag. 3. Editores del Puerto 2005

<sup>8</sup> Augusto M. Morello (Coord.), "La Legitimación" (Homenaje Al Profesor Lino Enrique Palacio. Abeledo Perrot. ). Lexis Nexos, Cita N° 1001/001032

REPORTAJE A ROBERTO BERIZONCE

## PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO PROCESAL

POR ANA CLARA PAULETTI

DR. ROBERTO BERIZONCE:

Profesor Titular de Derecho Procesal II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Director del Instituto de Derecho Procesal. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y miembro de la Asociación Internacional de la misma especialidad. Autor de numerosas obras y trabajos sobre la temática procesal.

### - ¿Cuál es su balance del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal que acaba de terminar?

El XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal deja un saldo francamente positivo que seguramente se aquilatará aún más en el futuro. La presencia de más de 1300 asistentes, la participación muy destacada de distinguidos expositores europeos y latinoamericanos junto con los no menos significativos aportes de los procesalistas argentinos, han confluído para acordar brillo a un encuentro que es tradicional en Argentina y que se renueva desde hace más de medio siglo.

### - ¿Cuál ha sido la trascendencia y logros obtenidos con los congresos pasados, y qué perspectiva tiene de los que vendrán?

En el largo historial de nuestros torneos, que arranca en 1939 se anotan memorables debates y concretas propuestas para la reforma de las legislaciones procesales y orgánicas nacional y provinciales. En paralelo con la doctrina más avanzada, en cada época se fueron delineando instituciones significativas, como el recurso extraordinario por arbitrariedad, el amparo, el proceso por audiencias que incluye la audiencia preliminar, el principio acusatorio en materia del proceso penal, los procesos colectivos, entre otros. Nutrieron a la jurisprudencia los debates sobre las medidas cautelares innovatorias, anticipatorias y satisfactorias, la carga dinámica de la prueba, el valor de la prueba científica, y otros tópicos vinculadas con la tutela efectiva de los derechos. Ocuparon la atención igualmente las siempre presentes discusiones en torno a los poderes del juez, la conducta de las partes, la responsabilidad de jueces, y abogados. Una publicación de la Asociación Argentina de Derecho Procesal que recoge las conclusiones de todos los Congresos hasta 2005,

permite evacuar los más significativos aportes. Para el porvenir se avizoran torneos que han de poner en foco otras novedosas perspectivas que hoy nos preocupan: como la tutela diferenciada y los distintos medios que tienden a su efectivización en los denominados procesos sociales, estructuración del régimen recursivo que es decisivo en la duración de los procesos, la gestión judicial del órgano y de los procesos y otros no menos convocantes.

### - En el Congreso se escuchó la exposición de procesalistas italianos (Baivati, Carpi, Taruffo). Podría comentarnos cómo ha incidido en nuestro derecho procesal la doctrina italiana (Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Cappelletti), y cuál es la incidencia actual, además de reseñarnos la relevancia de los conferencistas.

Cuando se piensa en la doctrina procesal italiana que tanta influencia tiene en nosotros, debe considerarse al menos dos etapas diferenciadas en su desarrollo. La doctrina clásica que inauguraran con sus monumentales obras de la primera mitad del siglo pasado Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Redenti, Satta, nos legó una concepción sistemática y científica del derecho procesal, subrayando su autonomía y colocándolo en una instancia superadora del procedimentalismo y del método de la exégesis. La grandiosidad del sistema de Carnelutti es, quizás, su logro teórico más trascendente. A la sistemática "constructivista" le sucede a partir de la última conflagración europea una nueva visión totalizadora de los fenómenos del proceso y del sistema de justicia, que enancada principalmente en las enseñanzas de Calamandrei se asienta en una significativa renovación metodológica, tiene en Cappelletti y Denti a sus principales mentores. Se trata de superar la dogmática tradicional, elevando la indagación a la "política del derecho", es decir a las

implicancias sociales, ideológicas y *lato sensu* políticas del derecho y de las normas. Los objetos de estudio se vuelcan hacia fenómenos antes inexplorados, como la eficacia en concreto de la "maquinaria" de la justicia y sus notorias defecciones, la excesiva duración y costo de los procesos, la calidad de las decisiones. El método de la indagación ya no es el abstracto-deductivo tradicional, sino otro realístico-inductivo alejado de la "doctrina de las geometrías", que no se focaliza tan solo en los textos normativos, sino que lo enriquece con otras "miradas": contextual-sociológica, histórica, comparativa. Así se ponen en descubierto las grandes líneas tendenciales del derecho y la justicia de nuestro tiempo: constitucional, social, transnacional. La extraordinaria influencia de estas ideas entre nosotros se trasunta paradigmáticamente en algunos de los principales valores que entroniza la reforma constitucional de 1994: tutela judicial efectiva, acceso a la justicia, jerarquía suprallegal del derecho de los tratados.

El Congreso marplatense convocó a tres ilustres exponentes de la actual escuela italiana, continuadores de esas ideas. Federico Carpi, Paolo Biavati, profesores de la histórica Universidad de Bologna, y Michele Taruffo, discípulo de Vittorio Denti, de la Universidad de Pavia. Ellos representan una nueva generación de procesalistas empeñada en recrear las tradicionales enseñanzas y ponerlas a tono con los difíciles desafíos de la época.

### - Uno de los paneles con invitados extranjeros, se refirió a las reformas procesales en Iberoamérica, también Biavati habló las tendencias en la justicia civil en Europa, y Carpi y Taruffo sobre la reciente reforma a la casación italiana. Cuál es su balance de la situación reseñada por aquellas exposiciones y qué de ello considera debe ser especialmente atendido para

### **mantener o reformar nuestros institutos procesales.-**

Conviene advertir que el funcionamiento de los sistemas europeos de justicia difiere de un país a otro, como no podría ser de otra manera, no obstante el dictado de numerosas directivas comunitarias de la Unión Europea que con miras a la armonización de los ordenamientos de forma fijan reglas generales de observancia para todos los países que la integran. Sin embargo, se ha señalado (Biavati) que es posible visualizar ciertas tendencias generales en el proceso civil que tienden a brindar respuestas a las demandas de la sociedad civil –*justicia rápida, transparencia, economía en la administración presupuestaria judicial, “fuga” hacia las soluciones alternativas*-. Así se mencionan entre los diversos medios para el logro de la *celeridad con justicia*: a) el crecimiento exponencial de la tutela cautelar urgente, anticipatoria y satisfactoria, con efectos similares a los que provienen de la cognición plena; b) la configuración de procesos sumarios, incluyendo los monitorios, diferentes de aquellos de conocimiento pleno, pero igualmente generadores de pronunciamientos dotados, bajo ciertas circunstancias de consentimiento del obligado, de fuerza ejecutoria; c) la limitación de los medios de impugnación y, entre ellos, las restricciones a la casación para acentuar su función tradicional nomofiláctica, con desmedro inevitable de la justicia del caso (Taruffo, Carpi); d) la inmediata ejecutoriedad de la sentencia de primer grado, como regla. A fin de responder a la demanda social de *transparencia* se propugna el perfeccionamiento del lenguaje legal y judicial para su mejor comprensión por el ciudadano y con el objeto de posibilitarle el ejercicio por sí de ciertos actos procesales, a partir de una vasta red judicial fuente de información y consejo. A ello también contribuye el acentuamiento de las reglas del *fair play* en el proceso y del principio de colaboración debida por las partes. La conciencia de la finitud de los recursos públicos y aún de la presumible merma futura de los asignados al sistema judicial, ha impulsado a la búsqueda afanosa de métodos para aliviar la carga de los asuntos que se deben asumir y, también, aligerar las tareas en el proceso. Se desarrollan técnicas de resolución preventiva, que incluyen principalmente la búsqueda de la solución del conflicto antes de la litis, antes de su inicio, aunque en fase contenciosa y en sede jurisdiccional, a través de la asunción anticipada de las pruebas (así, la consulta técnica preventiva con función conciliatoria de la reforma italiana de 2005); o la decisión anticipada de la litis, por la

inadmisibilidad manifiesta de la demanda. No menos novedosos son los contratos de procedimientos que se utilizan en Francia para posibilitar la fijación consensuada entre el juez y las partes del programa de actividades y plazos para el desarrollo de la causa, una suerte de adecuación de las formas y *case management* acordado. La simplificación de los procedimientos, como respuesta a la escasez de recursos, se manifiesta igualmente no solo en relación al proceso singular en sí mismo, sino con referencia a todas las causas en trámite ante el órgano, lo que pone en foco las diversas técnicas de gestión, uno de los aspectos claves de las reformas inglesas de 1998-1999. El fenómeno social de la “fuga del proceso”, finalmente, alude a la explosión de las denominadas medidas alternativas de solución de conflictos –conciliación, mediación, negociación, arbitraje, en sus diversas manifestaciones-, fenómeno similar al que se manifiesta entre nosotros y que tiene resonancias singulares en la tutela de los derechos colectivos de consumidores y usuarios.

Más aún, se ha sostenido que las líneas de respuesta a las demandas de la sociedad contemporánea ya reseñadas, suponen ciertas coordinadas culturales, comunes denominadores que han emergido implícitamente: a) la desaparición de los modelos técnicos, o al menos la paulatina difuminación de sus diferencias – así, proceso dispositivo e inquisitorio-, que capitulan frente a la búsqueda de soluciones prácticas y empíricas (agregamos, como el mismo fenómeno que se da con las ideologías). b) En paralelo con la metodología de las reformas, a las que se llega por aproximaciones sucesivas, no más códigos íntegros a nuevo (con la sola excepción de la LEC española N° 1/2000). c) El asentamiento del principio de instrumentalidad procesal y la reafirmación de la supremacía del derecho sustancial, sin perjuicio de la fuerte discrecionalidad judicial en la aplicación de las reglas de procedimiento, cada vez más elásticas y flexibles – poderes de ordenación e instrucción-, sin mengua del contradictorio de las partes. Bien que, en la síntesis final, no deje de observarse que el objetivo de una justicia eficiente no depende tanto de los modelos procesales cuanto de los otros factores concurrentes, de la organización judicial, de los hombres de la justicia, jueces y abogados; y sobremanera de la voluntad política para generar políticas públicas con la finalidad de afianzar la justicia.

**- ¿Qué incidencia ha tenido en el desarrollo del Derecho Procesal en Latinoamérica, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal?**

El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal nació en 1957 en ocasión de una conmemoración de Eduardo J. Couture, quien había fallecido el año anterior. Al cabo de los últimos cincuenta años ha desempeñado una labor creativa extraordinaria, al gestar en su seno cuatro ordenamientos procesales tipo, pergeñados como modelos para orientar las reformas en los países iberoamericanos. El Código Modelo Procesal Civil (1988) llevó más de una década de debates y fue adoptado por Uruguay (CGP de 1989), sirviendo de inspiración entre otros, al código de Perú (1993), las reformas brasileñas sancionadas a partir de los años '90, y entre nosotros a los CPC de Tierra del Fuego (1993), La Pampa (1999), Río Negro (2007). El Código Modelo de Proceso Penal (1990) en base al moderno sistema acusatorio, inspiró en todo el continente la sustitución de las arcaicas estructuras inquisitorias, incluyendo la reciente y tan exitosa reforma chilena. Más recientemente, el Código Modelo de Procesos Colectivos (2004) afronta con rigor conceptual un paradigma propio y diverso de las *class actions* norteamericanas para la regulación de la tutela de los derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos. Por fin, se encuentra concluido el proyecto de Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica, que estatuye complejos aspectos sobre cooperación entre tribunales y órganos administrativos de los diversos Estados. Además, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal celebra Jornadas bianuales con la participación de profesores y juristas de todos nuestros países, la próxima, la XX, se llevará a cabo en Lima, Perú, en octubre de 2008.

**- ¿Qué es la Asociación Argentina de Derecho Procesal, cómo trabaja, cuáles son sus proyectos y objetivos?**

La Asociación Argentina de Derecho Procesal se organizó a partir del Congreso Nacional celebrado en Corrientes en 1997, transitando en estos días por su primera década de vida institucional. En un marco pluralista y ampliamente participativo, sin exclusiones de ningún tipo, sus objetivos incluyen la organización académica de los congresos nacionales y jornadas de profesores de Derecho Procesal, que se celebran alternadamente cada dos años, el impulso a la investigación de los temas de la disciplina, en sus diversas vertientes (civil, penal, constitucional, administrativo, laboral, etc.) Cuenta actualmente con más de 500 asociados provenientes de todo el país que participan de sus diversas

actividades. Las tareas de investigación se llevan a cabo bajo la dirección de secretarías académicas en cada especialidad, siendo de destacar el apoyo que se brinda a los jóvenes estudiosos de la disciplina, especialmente mediante la institución de premios a la producción jurídica (Premio AADP, que se convoca bianualmente; Premio CSN-AADP, convocado recientemente; premios a las mejores ponencias en los Congresos). La organización de la Asociación es acentuadamente federal, distribuyéndose las labores entre un Comité Ejecutivo de nueve miembros con sede en Buenos Aires y los Consejeros Regionales (actualmente unos 30, que se asientan en toda la Nación), quienes tienen a su cargo, entre otras tareas, la organización de las Jornadas Preparatorias de los Congresos. La AADP se involucra crecientemente en tareas legislativas en los niveles nacional y provinciales. En 2006 se elaboró en su seno un proyecto de reformas procesales a la Ley General de Ambiente N° 25.675, actualmente a consideración del Senado Nacional, que recoge las conclusiones del Congreso de Mendoza (2005). Asimismo, mantiene una política de relación colaborativa con los poderes públicos y, especialmente, con los poderes judiciales de la Nación y de las Provincias. De la estrecha y fructífera relación engarzada con el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia surgieron los dos primeros Encuentros Patagónico e Derecho Procesal (Comodoro Rivadavia, 2006 y 2007). Todas esas actividades le han granjeado un considerable prestigio en el ámbito de su actuación, incluyendo el reconocimiento de las entidades internacionales de la disciplina. En su proyección futura se avizora una profundización de todas esas líneas.

**- ¿Cuáles es el estado actual del Derecho Procesal civil en nuestro país?, ¿cuáles han sido sus avances y qué incidencia ha tenido en ello la doctrina y la jurisprudencia?, ¿cómo enunciaría hoy, la hoja de ruta del derecho procesal, de la que habla el maestro Morello?.**

En el plano de los estudios teóricos dogmáticos nos parece evidente que el procesalismo argentino demuestra un grado de avance y profundidad significativos, que es apreciado por los estudiosos de otras latitudes; los congresos y encuentros internacionales lo testimonian. Sin embargo, el desarrollo incesante de esa masa de conocimientos, puede aseverarse poco ha aportado al mejoramiento en concreto del servicio de justicia. Es responsabilidad inesquivable de los procesalistas contribuir, desde su

perspectiva, al aseguramiento de la tutela de los derechos de los ciudadanos prometida en la Constitución. El perfeccionamiento de los modelos procesales constituye tan solo uno de los niveles incidentes en ese formidable desafío, pero no el menos significativo. Faltan políticas públicas con vocación de continuidad y permanencia que atiendan las exigencias del servicio de justicia en los diversos niveles: organización judicial independiente, infraestructura y medios materiales suficientes, organización del oficio judicial y técnicas de gestión, sistemas de asistencia jurídica a los carecientes, gestión de recursos humanos (capacitación y adiestramiento permanente de jueces y abogados), control y responsabilidad, y un largo

etcétera. En cuanto al modelo procesal, habrá que dar de una vez por todas el paso decisivo hacia el proceso por audiencias, con el aditamento de otras instituciones novedosas, entre ellas: tutela anticipatoria, procesos sumarios como los que se ensayan en la experiencia europea, monitorio, ejecutoriedad de la sentencia de primer grado. Parece demasiado en las actuales circunstancias. Seguramente ha de ser previo un "Pacto de Estado para la Justicia". Brasil nos está mostrando el camino con su "Pacto de Estado a favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano" del 15 de abril de 2004, al que siguió la Enmienda Constitucional N° 45/2004.



## PERFIL DE ROBERTO BERIZONCE

POR JOSÉ LUIS PASUTTI:

Ministro del Superior Tribunal de Justicia del Chubut. Miembro de la Mesa Ejecutiva de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.



Roberto Berizonce

El Dr. Roberto Berizonce, uno de nuestros más eminente procesalistas, ha dado un reportaje a la Dra. Ana Clara Pauletti para "Ope Legis" y con su autorización, deseo compartirlo con los lectores de "El Reporte", en atención a que sus comentarios son de gran interés para la comunidad jurídica en general y la Patagónica en particular.

En estos dos últimos años el Dr. Berizonce ha presidido el Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y por generosidad de los profesores que la conforman tengo el honor de haber sido elegido para integrarla -recientemente en el XXIV Congreso Argentino de Mar del Plata se le ha otorgado un nuevo mandato-. Esta circunstancia me ha colocado en el lugar de testigo calificado de su

fructífero trabajo, como la de todos los Miembros de esa Mesa de Conducción, por lo que estimo no sería irrespetuoso opinar sobre él, no de sus obras y antecedentes académicos en Argentina y otras partes del mundo -por todos conocidas- sino del perfil del hombre luchador y generoso.

Una de sus grandes preocupaciones es cimentar un país Federal para que la participación de las provincias y regiones en el desarrollo de esta rama del Derecho sea un hecho efectivo y no una mera declaración. La integración de la Patagonia a eventos trascendentes, en la recepción permanente de nuestras opiniones y en el acompañamiento de los procesos de transformación de los sistemas judiciales, son pruebas más que suficientes y así lo expresa en sus palabras.

Debo destacar que su presencia entre nosotros no es novedosa; por mucho tiempo estuvo presente con el gran maestro Augusto Morello, todas las veces que los necesitamos o los invitamos.

Para concluir, cabe señalar que se ha designado como sede del próximo Congreso Nacional a Bariloche en el 2009, en nuestra región; todo un orgullo, donde finalizará su mandato.

## NUEVO PARADIGMA EN EL RITO PENAL DEL CHUBUT.

"No hay nada mas poderoso en el mundo que una idea a la que le ha llegado su tiempo"  
Victor Hugo.

POR LUCIO HERNÁN BRONDES

Abogado Adjunto del Ministerio de la Defensa Pública. Miembro del Consejo Consultivo de la Escuela de Capacitación Judicial. Docente Universitario.

### Introito.

Desde la óptica del Derecho Penal actual, a nadie escapa que la conducta con matices de presunta ilegalidad no puede ser abordada como una mera ilicitud culpable y punible, sino que debe ser valorada, a su vez, y primordialmente, como la manifestación de un conflicto, para el cual debe intentarse alguna solución.

Ya no se puede negar que el encarcelamiento o encierro en una institución carcelaria no soluciona, ni mínimamente, los conflictos que subyacen detrás del delito, sino que mas bien contribuye a agravarlos.

De allí que nuestro novel Código de Procedimiento en materia penal, en plena consubstanciación con los principios y postulados de las Cartas Magnas del orden federal y provincial, haya reconocido el efecto perjudicial del encarcelamiento, manifestándose positivamente en pos de diversas alternativas que tienden a evitar la privación coactiva de la libertad personal.

### Principio de Oportunidad Procesal

Lo cierto es que la inclusión del derecho penal en el ámbito de la praxis supone la modificación de los paradigmas metodológicos tradicionales y consecuentemente una fuerte influencia en los criterios de interpretación y argumentación penal, tanto en los campos de creación del derecho como en los de su aplicación y análisis dogmático.

En verdad, la implementación de métodos de resolución de conflictos (diferentes a los mecanismos de cuño tradicional) es hoy una preocupación común en el ámbito jurídico. Es así como se postula la sustitución de las decisiones de personas extrañas al

conflicto -que cuentan con la coacción estatal como garantía de cumplimiento- por otros remedios que no impliquen el enfrentamiento de verdaderos adversarios, con miras a buscar una solución conjunta a las cuestiones que plantea la vida social.

Criterios de oportunidad, conciliación, reparación, mediación, suspensión del proceso penal a prueba, son el derivado de vías mucho mas idóneas para brindar soluciones a los problemas humanos, al menos en relación a una vasta y enorme variedad de supuestos.

Hoy se reclaman espacios para la solución de conflictos a través de canales en los que interviene la propia voluntad de sus protagonistas, en razón de que el poder punitivo, puesto en manos del Estado, no suele atender los intereses de las partes. Es más, si hay algo desprestigiado en nuestro ámbito es justamente la pena, fruto de su indiscriminada utilización.

Mas allá de los debates que puedan realizarse sobre los fines de la misma, las condiciones bajo las cuales se ejecuta carece de todo efecto resocializador que utópicamente pretende asignársele. Como alude Elías Neuman, "... no es serio y tiene bien ganado desprestigio eso de privar de libertad ¡para enseñar a vivir en ella!" (Mediación y Conciliación Penal, Ed. Depalma, 1997, Pág. 12).

Es por ello que Julio B. J. Maier, eximio jurista, en un intento directo por dismantelar un derecho penal autoritario, tal como el que nosotros conocemos culturalmente, propone desde tiempos lejanos la incorporación al derecho penal de soluciones conciliatorias o reparatorias, incluso terapéuticas, entre autor y víctima, y procedimientos

tendientes a que esas soluciones se realicen prácticamente en una medida considerable. (Maier, "La Víctima y el Sistema Penal", Págs. 183, 245, 246).

Así, en la creencia certera de que la afirmación ciega del Principio de Legalidad vuelve la espalda a la realidad, sin intentar dominarla ni encauzarla, irrumpe el denominado principio antagónico, llamado genéricamente de "Oportunidad Procesal". El primero evidencia su propia crisis, no solo por la provocación de graves disfunciones en el sistema, sino también por la conocida imposibilidad fáctica de hacer justicia en todos los casos, aun en los mas pequeños (sin perjuicio del conocido fenómeno de "priorización inversa").

Ahora bien, deviene imprescindible puntualizar, como es sabido, que existen en doctrina dos perspectivas diferentes respecto de las circunstancias que se admiten para justificar la aplicación del mentado principio o criterios de oportunidad: como una "herramienta de descongestión" de casos del sistema; y como una herramienta político- criminal que permite reprimir el delito con mayor éxito y eficacia (concepción utilitaria que ha merecido serios reparos desde la doctrina y jurisprudencia mas autorizadas).

Dentro de los mecanismos que tienden a la descongestión de casos, se encuentran diversas variantes, que van desde la descriminalización de conductas leves, la motorización del proceso penal en manos de los particulares, los procedimientos de simplificación procesal y las distintas formas de "diversión".

### **Derecho Penal Mínimo o "Última Ratio": Paz Social y Bien Común**

Sin perjuicio de las mencionadas finalidades prácticas en aval del principio aludido, que sin duda se hallan ínsitas en nuestro ordenamiento ritual, no puede ni debe soslayarse que nuestro Código Procesal Penal, aprobado mediante Ley 5.478, define a lo largo de todo su articulado un sistema procesal cuya respuesta represiva se presenta como "última ratio", ofreciendo herramientas que permiten la obtención de respuestas eficientes en términos de pacificación social, a la vez de prescindir o atenuar las respuestas estatales mas violentas (punitivas) a través de medidas

alternativas al encarcelamiento.

En este sentido, dentro de sus Principios Fundamentales, el Art. 32 permite apreciar claramente la orientación elegida, determinando como objetivo primordial del nuevo sistema "la solución del conflicto". La norma aludida reza que "Los **juces** procurarán la **solución del conflicto** surgido a consecuencia del hecho, **de conformidad con los principios contenidos en la leyes**, en pos de contribuir a restablecer la **armonía entre sus protagonistas y la paz social**". (La negrita y el subrayado me pertenecen).

Estimo que este precepto es de capital importancia en la hermenéutica del código, deviniendo en verdadera piedra miliar, sostén y fundamento sobre el que se asienta la necesidad de satisfacer los intereses humanos - afectados por la situación conflictiva originaria- por medios menos violentos que la persecución estatal y la eventual pena de encierro.

Es que la paz y la justicia constituyen de alguna manera, en su congruencia con el respeto a la individualidad del ciudadano, el mas alto desafío social del orden jurídico y político, pues exige conjugar los elementos del respeto a la legalidad con los de la eficacia.

Estos objetivos aparecen como un plexo de valores integrados, mediante un delicado ordenamiento -mas que equilibrio-, en las posibilidades de realización de los instrumentos de política criminal, concretados en la técnica legislativa del derecho de fondo y en los institutos de orden procesal. Por ello es que nuestro máximo Tribunal de Justicia ha expresado que "la ley no solo persigue orientar, educar y compeler la conducta social de los ciudadanos sino también solucionar conflictos de intereses ya producidos en aras del bien común y la paz social". (Fallos, 300: 1204).

Debe considerarse que la noción de "bien común", en la inteligencia de tratarse de un principio material rector en la esfera del derecho penal, constituye un valor que la doctrina constitucional califica como comprensivo de todos los demás valores, siendo reconocido desde antaño por nuestro Corte de Justicia Nacional. En este marco, el tribunal entiende que la tarea judicial debe

atender primordialmente a la vigencia de los principios amparados en la Constitución y que "surgen de la necesidad de proveer al bien común" (Fallos, 296: 65).

En este orden de ideas, no debe perderse de vista que la paz de la que trata el derecho penal es una paz social básica, de suyo imperfecta si se la compara con la paz entendida como el disfrute de la realización del bien común que implica la amplia satisfacción de los intereses sociales y la consecuente neutralización de los conflictos. En ese sentido, el derecho penal, por su carácter punitivo, no puede ser el instrumento idóneo de una paz perfecta, esto es, consecuencia de la realización plenaria de los requerimientos sociales. Para eso la comunidad posee caminos múltiples de orden ético, cultural, educativo, científico, económico, religioso, etc.

El derecho penal, por su natural estructura de fuerza y punición, resulta inadecuado para obtener algo que en realidad es fruto de la unión intensa y natural de las voluntades ciudadanas en objetivos comunes. Precisamente por ello es que un principio derivado del principio del bien común es el de la *ultima ratio*.

"El legislador debe atender en su tarea de política criminal a garantizar la subsidiariedad del derecho penal, esto es, el recurso del derecho penal como ultima ratio del orden jurídico, respetando la dignidad de sus destinatarios" (Fallos, 314: 442). De lo contrario, suele suceder que la instancia judicial no aplique efectivamente la norma penal, dando lugar en la práctica a un derecho penal meramente simbólico.

La realización de cierta paz y tranquilidad primaria dentro de la convivencia no puede estar separada de la justicia. Ciertamente, no se trata de una justicia de orden divino sino humano, regulada por criterios que van mas allá del reclamo moral. La tendencia contemporánea, que en aras de una pretendida necesidad de "secularización" busca negar el carácter retributivo del derecho penal -ocultándolo inútilmente en la noción de proporcionalidad-, en realidad lleva el germen de una racionalidad instrumental que construye la respuesta penal de cara al mero utilitarismo.

Desde esta perspectiva, el derecho penal no asume la posibilidad de llevar a cabo la justicia plena requerida por la sociedad, por la justa razón de que esa tarea no le es propia. Esto demuestra la necesidad de distinguir y a la vez vincular derecho penal y política criminal. Tanto el legislador como el juez están obligados a referir su actividad al principio del bien común como regla esencial de legitimación decisoria en materia penal y político-criminal; en el caso del primero, advirtiendo que el derecho penal es solo una parte de la política criminal y que no todo lo que es objetivo de esta última puede ser realizado por el instrumento sancionador. En buena medida, el principio de razonabilidad en materia penal se refiere a estas circunstancias. La política criminal va mucho mas lejos que la legislación punitiva y busca varias alternativas justamente en virtud de las exigencias que el principio de la dignidad humana impone al bien común cuando de respuestas penales se trata.

El actual Código de rito del Chubut representa un claro esfuerzo tendiente a que nuestra sociedad comience a mejorar sus capacidades para afrontar el problema del delito sobre bases mas racionales y socio-comprensivas, de modo que las decisiones político-criminales adoptadas estén cada vez mas lejos de la improvisación y de los intereses políticos o mediáticos a corto plazo, y fundadas en un conocimiento de la realidad social en la que se incide, de las necesidades colectivas existentes y de los efectos que las intervenciones jurídico- penales pueden originar. Pretender desdibujar este mensaje a través de los postulados que derivan de los discursos de emergencia es cubrir con el manto de la hipocresía un problema que se proyecta sobre toda la esfera social, como lo es el de los métodos y medios para enfrentar la criminalidad.

Digno es de destacar que la incorporación expresa de los valiosos instrumentos que nutren a nuestro ordenamiento adjetivo fue objeto de críticas, quizá en el olvido de las implicancias de un cambio de rumbo; de un sendero tendiente a la elaboración de una auténtica política criminal, concebida ésta como política de estado, a fin de limitar la discrecionalidad de los operadores (al sustituirla por criterios reglados claros) y procurar mayor

racionalización; esto último a fin de concentrar la persecución penal respecto de aquellas formas de criminalidad realmente graves.

Instalar el discurso de que se favorece la impunidad, o constituye mas bien un obstáculo para la lucha contra la criminalidad, encubre la ideología del resurgimiento del punitivismo, siendo asimismo una afirmación carente de respaldo científico, claramente contrapuesta al postulado del afianzamiento de la justicia esbozado en el preámbulo de la ley suprema.

En consecuencia, y tal como tiene dicho la Excma. Cámara de Apelaciones Instructoria con asiento en la ciudad de Trelew, a partir del caso "Comisario Williams", el primero llevado a su conocimiento en el marco del nuevo proceso, "... se impone una revisión minuciosa y crítica de todo criterio, pauta interpretativa y/o judicial nacida a la luz de todos los anteriores regímenes procesales. No se trata solo de un compromiso responsable de todos los operadores del sistema con la razón de ser y la finalidad perseguida por la reforma, en el nuevo marco ideológico al que deben circunscribirse las prácticas y decisivos judiciales en lo sucesivo, sino de expresas imposiciones del nuevo código en las que van incluidas las correspondientes amenazas de sanción para todo aquel operador que haga caso omiso de ellas".

En este contexto, "... la exigencia de motivación de una decisión que niega la posibilidad de una solución mas benigna y menos violenta para el caso se extiende, además, hasta alcanzar los fundamentos que justifiquen el apartamiento a las mandas generales del sistema procesal vigente en el caso en concreto. De otro lado, la exigencia de fundamentación desempeña un importante rol en punto a la seguridad jurídica, pues levanta empinada valla a la posibilidad de ejercicio arbitrario de la actividad fiscal en el marco de las amplias facultades de disposición de la acción que a tal Ministerio asisten; ... ello así, a fin de evitar inconvenientes o peligrosas formas de capricho o arbitrariedad, inadmisibles en el marco del Estado

*Democrático de Derecho*".

En similar sentido, el Código impone a los judicantes el deber de preservar la lealtad y la buena fe, a la par de exigir a las partes que en todo momento ajusten su conducta procesal a tales principios de actuación.

Por su parte, del juego armónico de los Art. 1, 31 y 35 del citado cuerpo legal surge no sólo la prevalencia y aplicación directa al procedimiento penal de toda la normativa internacional, nacional y provincial de rango constitucional, sino también la clara indicación de que las mismas "informan toda interpretación de las leyes y criterios para la validez de los actos del procedimiento penal" (Art. 1), pesando sobre los jueces la obligación de interpretar restrictivamente todas las normas que coarten libertades o limiten derechos del imputado (Art. 31), como asimismo, el deber de procurar "extender los principios y garantías a los casos y situaciones no previstos expresamente, conforme a una interpretación progresiva" (Art. 35). Esto encuentra refuerzo, asimismo, en el Art. 28 cuando prescribe la aplicación del principio *in dubio pro reo* en cualquier grado e instancia del proceso.

A modo de colofón, en la concepción de que el Derecho Penal representa una realidad práctica, la noción de fin adquiere la máxima relevancia en la explicación causal e integra el sentido normativo o axiológico a sus consideraciones. Esto es posible porque asume lo racional –y con ello, la dignidad de la existencia personal– como constituyente propio de todo lo humano, incluido obviamente lo referido a la vida convivida.

La pretensión de explicar el derecho penal abstrayendo el componente de racionalidad implica quitar la realidad de la persona humana del centro de las consideraciones penales. En definitiva, no solo se deshumaniza el campo penal, sino que además se torna imposible explicarlo adecuadamente. La ciencia desconectada del hombre, dice Zaffaroni, es una peligrosa ficción ingenua.

## UN CRIMINAL

El acusado es pálido y lampiño.  
Arde en sus ojos una fosca lumbre,  
que repugna a su máscara de niño  
y ademán de piadosa mansedumbre.  
Conserva del obscuro seminario  
el talante modesto y la costumbre  
de mirar a la tierra o al breviario.

Devoto de María,  
madre de pecadores,  
por Burgos bachiller en teología,  
presto a tomar las órdenes menores.  
Fue su crimen atroz. Hartóse un día  
de los textos profanos y divinos,  
sintió pesar del tiempo que perdía  
enderezando hipérbatos latinos.  
Enamoróse de una hermosa niña,  
subiósele el amor a la cabeza  
como el zumo dorado de la viña,  
y despertó su natural fiereza.  
En sueños vio a sus padres ?labradores  
de mediano caudal? iluminados  
del hogar por los rojos resplandores,  
los campesinos rostros atezados.  
Quiso heredar. ¡Oh guindos y nogales  
del huerto familiar, verde y sombrío,  
y doradas espigas candeales  
que colmarán las trojes del estío!  
Y se acordó del hacha que pendía  
en el muro, luciente y afilada,  
el hacha fuerte que la leña hacía  
de la rama de roble cercenada.

Frente al reo, los jueces con sus viejos  
ropones enlutados;  
y una hilera de oscuros entrecejos  
y de plebeyos rostros: los jurados.  
El abogado defensor perora,  
golpeando el pupitre con la mano;  
emborriona papel un escribano,  
mientras oye el fiscal, indiferente,  
el alegato enfático y sonoro,  
y repasa los autos judiciales  
o, entre sus dedos, de las gafas de oro  
acaricia los límpidos cristales.  
Dice un ujier: «Va sin remedio al palo».  
El joven cuervo la clemencia espera.  
Un pueblo, carne de horca, la severa  
justicia aguarda que castiga al malo.



ANTONIO MACHADO

Nació en Sevilla en 1875. Fue el segundo de cinco hermanos de una familia liberal. Completó su formación en la célebre "Institución Libre de Enseñanza". Fue traductor en la célebre editorial "Garnier" de París. Se dedicó a la enseñanza de la lengua francesa y entregó todo su tiempo a la poesía, la prosa y a la meditación. Fue miembro de la Real Academia Española en 1927 pero prontamente abandonó ese puesto. En la década del '70, algunos de sus mejores poemas fueron musicalizados por Joan Manuel Serrat lo que permitió una mayor demanda de su obra, tanto poética como en prosa. Entre sus mejores libros de poesía figuran: "Soledades" (1903), "Soledades, galerías y otros poemas" (1907), "Campos de Castilla" (1912) y "Nuevas canciones" (1924). En colaboración con su hermano Manuel, escribió obras de teatro como "Desdicha de la fortuna o Julianillo Balcarce" (1926) y "La Lola se va a los puertos" (1930). En vísperas de la Guerra Civil, publica "Juan de Mairena. Sentencias, donaires, apuntes y recuerdos de un profesor apócrifo", ensayos sobre la sociedad, la cultura, el arte, la literatura, la política, la filosofía (que fueron publicados en la prensa madrileña desde 1934) y muestran a uno de los más originales prosistas del siglo. Con el estallido de la Guerra Civil marcha a Valencia y se une al movimiento "Alianza de Escritores Antifascistas". En 1937 publica su última obra, "La guerra". En 1939 con la derrota del ejército republicano huye de España y se exilia en Collioure (Francia), donde poco después muere. En su bolsillo se encuentra un último verso: "Estos días azules y este sol de la infancia". A pesar de la brevedad de su obra poética sigue siendo considerado uno de los máximos poetas de las letras castellanas.