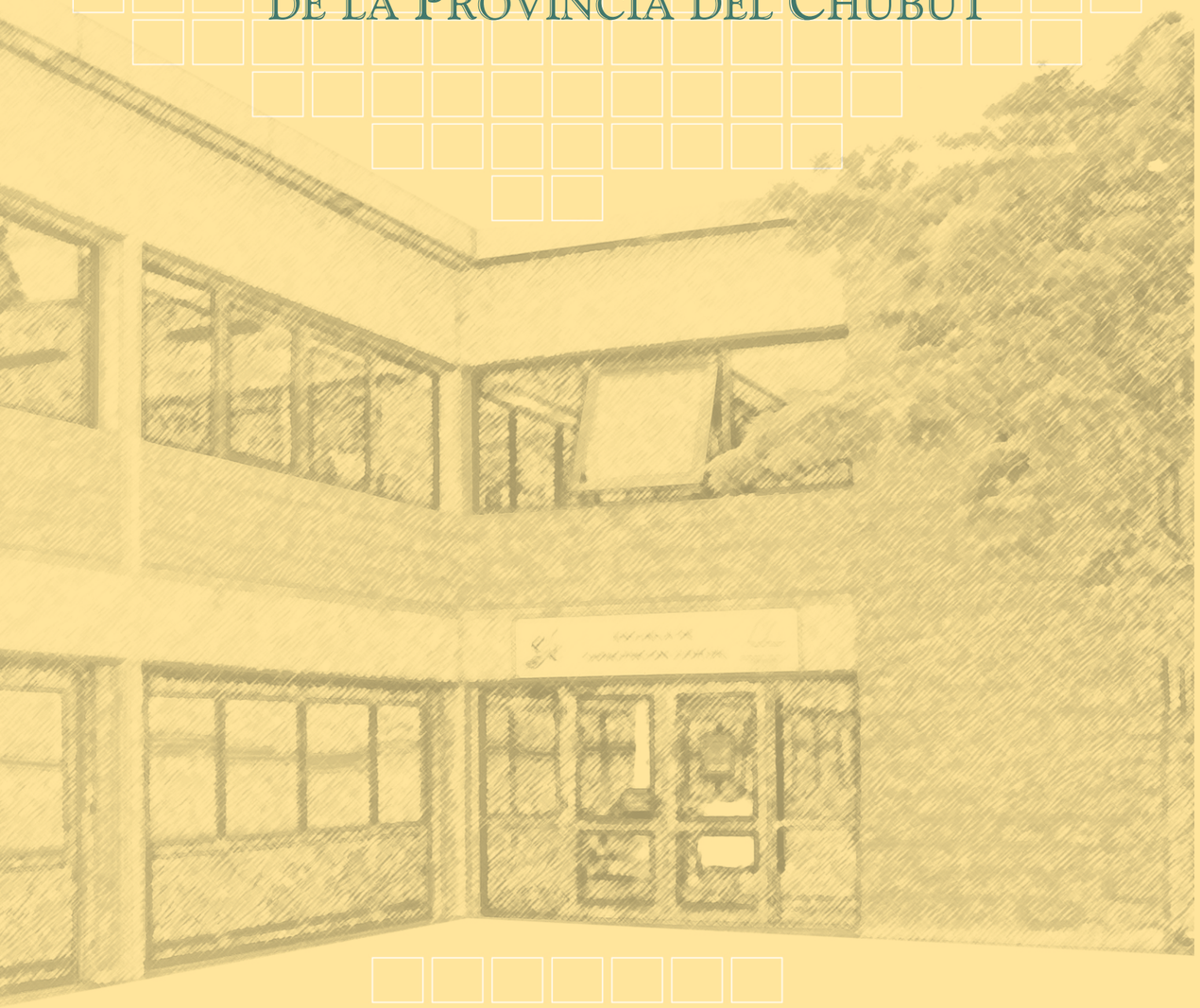
Escuela de Capacitación Judicial de la Provincia del Chubut



Rivadavia y Jones | Tel./Fax: (0280) 4484723 | E-mail: escuela@juschubut.gov.ar | 9103 - Rawson - Chubut - Argentina
http://www.juschubut.gov.ar/escuela.htm

Año 6 - N° 27 - Septiembre de 2012

El Reporte Judicial

Año 6 - N° 27 - Septiembre de 2012

Director: Alejandro Panizzi

Roberto Berizonce — Abogados y jueces frente a los conflictos de interés público

Alfredo Pérez Galimberti — Apuntes sobre la genealogía del recurso

Kevin Lemhann — Niñez y delito en los medios de comunicación

Escuela de Capacitación Judicial de la Provincia del Chubut

El Reporte Judicial

ESCUELA DE
CAPACITACION
JUDICIAL

Director:
Dr. Fernando S.L. Royer

Secretaria Académica:
Nadine Isabel Laporte

Coordinadora de Gestión Pedagógica:
Laura Lezcano

Representantes de la Asociación Magistrados y Funcionarios de la Provincia:
Daniel Pintos

Representante de la Defensoría General:
Arnaldo Hugo Barone
Patricia Funes

Representante de la Procuración General:
Marcos Fink
Griselda García Alonso

Integrantes del Consejo Consultivo
(elegidos por el voto de sus pares, mandato 2012 - 2014)

Representantes de la Circunscripción Puerto Madryn:
Lucio Brondes
María Inés de Villafañe

Representantes de la Circunscripción Trelew:
Guillermo Cosentino
Gladis Cuniolo

Representantes de la Circunscripción Esquel:
Nelly García
Enrique Günther Flass

Representantes de la Circunscripción Comodoro Rivadavia:
Iris Moreira
María Marta Nieto

Representantes de la Circunscripción Sarmiento:
Gustavo Antoun
Miguel Ángel Moyano

Personal Administrativo:
Lidia Sánchez
Miriam Roberts

EL REPORTE

Director
Alejandro Panizzi

Editor
Sergio Pravaz

EjemplarLey 11.723
Registro de la Propiedad
Intelectual N° 241116

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

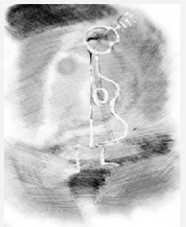


Imagen de tapa
Obra de Carmen Larraburu
Título: Mundo Blanco
Técnica: Tinta de color
Año: 2000

ESCUELA DE
CAPACITACIÓN
JUDICIAL
DE LA PROVINCIA
DEL CHUBUT

Rivadavia y Jones
Tel./Fax: (0280) 4484723
E-mail: escuela@juschubut.gov.ar
9103 - Rawson - Chubut - Argentina
http://www.juschubut.gov.ar/escuela.htm

El contenido de los artículos publicados en esta edición es responsabilidad exclusiva de sus autores.

SUMARIO

La inquietud por las palabras 1
Por Alejandro Javier Panizzi

Abogados y Jueces frente a los conflictos de interés público 4
Por Roberto Omar Berizonce

Apuntes sobre la genealogía del recurso 11
Por Alfredo Pérez Galimberti

Procedimiento Contencioso Administrativo provincial y municipal 28
Por Marta B. Zanco

Los abogados y la niñez. Claroscuros en clave de derechos 45
Por Mariela González Vicel

Niñez y Delito en los medios de comunicación 62
Por Kevin Lehmann

Qué es ser un escritor competente en el ámbito profesional 67
Por Sandra Brun

El Procedimiento Penal Juvenil 71
Por Nelly García

Salidas Alternativas como forma de resolución de conflicto. ¿Una nueva función del Derecho Penal? 77
Por Roberto Adrián Barrios

Violencia de Género en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Acercamiento y debates teóricos 87
Por Claudia Hasanbegovic

Reflexiones acerca de la prueba testimonial. El proceso psicológico del recuerdo. Algunas luces y sombras de la prueba testimonial. 101
Por Luis Raúl Rossi Baethgen

Juicio Abreviado: Introducción 107
Por María Alejandra Hernández

Una correcta interpretación elimina errores y defectos 127
Por Cecilia Avellaneda

Concluyó con éxito la Jornada de "Cobertura Periodística de Temas Judiciales" 130

Autores chubutenses premiados en el "Certamen Académico: Justicia de la Patagonia de cara al siglo XXI", organizado por el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia, durante el año 2011

El Ministerio Público Fiscal en un proceso acusatorio adversarial: La Gestión y cinco pasos posibles para lograr un rol eficiente. 133
Por Martín Eduardo Zacchino

Fallas en el Uso de Correo Electrónico en Notificaciones Digitales 141
Por Alejandro Javier Biaggio

"La constitucionalidad del Juicio por jurados en la Provincia de Chubut. Perspectivas y proyecciones en torno a su implementación" 146
Por Julián E. Jalil

A mi ciudad nativa 154
Por Luis Carlos López

La inquietud por las palabras

Por Alejandro Javier Panizzi: Director de El Reporte.
Vicepresidente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.

(a la memoria de Octavio Pérez Galimberti)

Cuando era chico había en mi casa, dentro de un aparador, una lata de té marca Mazawattee. En el momento en el que mi curiosidad de niño me obligó a abrirla por primera vez, descubrí que dentro del envase había carreteles de hilo, dedales, agujas y otros útiles de costura. Creo que ese fue el primer indicio que me hizo sospechar que el mundo no era tan razonable, que era algo de lo cual debía desconfiar. Pocos años después, como hago ahora, borrajeé en algunas líneas –por mero entretenimiento o por ejercitar la pluma– ciertos enunciados que expresaban inviabilidades de orden racional.

El proceso de globalización de la economía, la política y la cultura, con todas sus enormes implicaciones sociales (que a priori no me atrevería a calificar de positivas), está provocando sacudones en la vida común de las personas.

Cuatro décadas después de que Marshall McLuhan acuñara el concepto de aldea global para figurar la interconexión humana mundial, engendrada por las nuevas formas de comunicación, Francis Fukuyama proclamaba el ocaso de los tiempos. Para ello, el astuto Fukuyama logró que se editara su libro "El fin de la Historia y el último hombre" en el que expuso una descocada tesis: la historia, como lucha de ideologías ha terminado, luego de la imposición del sistema de ideas que sobrevino a la Guerra Fría.

Varios años después de haberlo leído sigo pensando que Fukuyama escribía porque no tenía otros pasatiempos, porque propagaba las virtudes del capitalismo o por mera insolencia. Más allá de los inconvenientes de la falacia, este autor no es el único que fomenta la estupidez.

Hasta el Papa se planteó los interrogantes éticos que suscita el fenómeno globalizador desde el colapso del sistema colectivista en Europa Central y Oriental, y se quejó de que la humanidad ha entrado en una nueva fase en la que la economía de mercado parece haber conquistado virtualmente al mundo entero.

El Reporte
RAWSON - CHUBUT
PATAGONIA ARGENTINA
Año 6 - N° 27 - Septiembre de 2012

No dudo de que la vocación que mueve a los escritores de El Reporte Judicial es de muy diferente clase que la de Fukuyama. Nuestros

colaboradores son movidos por una pasión del ánimo hacia la escritura, en especial en el campo del derecho o de la estética.

El asunto de escribir, de asumir la hoja de papel, enfrentarse a lo racional y lo irracional mediante la composición de frases con las que se expresa el discurso, seleccionando una a una las palabras, es lo que nos proponemos respaldar con nuestra publicación.

Ejercer el derecho a la vanidad de crear argumentos, de determinar el curso de los acontecimientos y las ideas del texto, es lo que nos lleva a difundir esas ideas, lo que nos hace crecer edición tras edición.

Difundimos pensamientos de autores de la más variada procedencia; personas que "asumen el papel" para colaborar con nuestra revista con esfuerzo y generosidad. Esto nos permite afrontar con mejores herramientas los problemas que adolece el Poder Judicial. La difusión de ideas, al igual que la capacitación, permite mejorar conocimientos, habilidades, actitudes y conductas de quienes ocupamos puestos de trabajo en los tribunales.

El dominio de la información globalizada adquiere una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras de las naciones y nos permite saber que los poderes judiciales de otros países padecen cuitas mayores o peores que los argentinos, pero de características similares.

Escuchamos con frecuencia que la sociedad reclama por una mejor administración de justicia, que proporcione respuestas rápidas y eficaces, lo cual no sería posible sin la implementación de cambios estructurales en las organizaciones judiciales.

Es verdad que el Poder Judicial enfrenta problemas de funcionamiento, de presupuesto, de gestión, de eficiencia y eficacia. Para su solución es preciso contar con el concurso de todos los actores del sistema: magistrados, funcionarios, empleados y abogados de la matrícula.

Una democracia moderna no se contenta con jueces dignos, honorables y sabios, sino que reclama una magistratura que no dé la espalda a la modernización de los procesos y a la capacitación de sus cuadros.

La brecha entre la cruda realidad y los modelos teóricos de gestión que se proponen es ostensible, por ello cumplen una función orientadora, un punto de referencia para ser imitado o reproducido para lograr una justicia eficaz y eficiente para el ciudadano.

Es preciso dar cuenta de esos modelos consejeros; pero, además de contar con instrumentos que permitan que la investigación de los asuntos que se ventilan en los estrados sea mucho más rápida y eficientemente, es preciso que la difusión de ideas, teorías y programas sea fluida y accesible.

Eso es precisamente lo que se propone esta revista. En este número de "El Reporte Judicial" nos largamos en lo hondo. Publicamos entre otros artículos, la conferencia que dio el maestro Roberto O. Berizonce en el "Encuentro con Maestros de Derecho Procesal", en homenaje tributado a él, en la ciudad de Sarmiento, en el mes de marzo de este año, y que gentilmente nos ofreció para incluir en las páginas de nuestra revista.

Publicaciones como la nuestra –que se proponen ser simple, imaginativa y con poca tolerancia a la estupidez– permiten dar vocación de perpetuidad a las ideas de autores que formulan mejoras para la administración de justicia.

Creo que eso es imprescindible porque el Poder Judicial necesita esas herramientas.

Y porque el olvido acecha.

El Reporte
RAWSON - CHUBUT
PATAGONIA ARGENTINA
Año 6 - N° 27 - Septiembre de 2012

Abogados y Jueces frente a los conflictos de interés público(*)

Por Roberto Omar Berizonce: Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata, profesor titular ordinario de Derecho Procesal II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Autor de numerosas obras en temas de la especialidad.

El propósito que nos convoca es llamar la atención sobre un tipo novedoso de litigación que se viene desarrollando paulatinamente entre nosotros en los últimos años, pero que integra una tendencia de algún modo instalada en varios países de Iberoamérica-Brasil, Colombia, especialmente- y a la que la Corte Suprema Nacional está brindando un espacio singular, a partir del cual los jueces inferiores -y los abogados que los impulsan- comienzan a transitar novedosos senderos.

Los conflictos de interés público o estratégicos son aquellos que involucran derechos fundamentales colectivos, canalizados a través de los denominados *litigios de derecho público*, desarrollados a partir de la década de los 50´ en el derecho norteamericano. Es ampliamente conocido el emblemático caso *"Brown vs. Board of Education of Topeka"* piloteado por la Corte Warren, junto con otros precedentes que permitieron ulteriormente a la doctrina autoral afirmar la existencia de una importante categoría de *litigios de derecho público*, que debía ser diferenciado de los conflictos tradicionales que vinculan tan solo a partes privadas. Tales litigios, en cambio, involucran a grupos o clases de integrantes dispersos y a menudo indeterminados o indeterminables, cuyos reclamos implican poner en debate el funcionamiento de grandes instituciones o servicios públicos –sistemas escolares, establecimientos carcelarios, instituciones de salud mental, de seguridad o asistencia públicos, etc.-, que requieren remedios que deben arbitrarse generalmente a largo plazo. Las cortes, tribunales superiores y aún de grado, pasaron a asumir entonces nuevas y más complejas misiones con la particularidad de que, con su ejercicio, se contribuye a enriquecer el repertorio institucional de la democracia. Precisamente, son sus atributos esenciales de independencia judicial, transparencia, versatilidad y accesibilidad los que brindan soporte, fundamento y motivo de legitimación para asumir la tarea de controlar y responsabilizar a las demás instituciones del gobierno toda vez que padecen de una crónica insuficiencia de rendimiento, ajustándolas a las normas jurídicas superiores. Legitimación, la de los tribunales, que asienta en su condición típica, de ser menos propensos a ser capturados o influenciados por intereses de grupo, egoístas y, por ello, estar en las mejores condiciones para arbitrar induciendo el diálogo fructífero entre las partes.

Sin embargo, sus premisas, que descansan en un señalado reforzamiento de los poderes judiciales, han sido y siguen siendo fuertemente cuestionadas, principalmente con argumentos como el avance sobre el principio de separación de poderes y el menoscabo de las atribuciones propias de los segmentos políticos del gobierno. La experiencia norteamericana indica que a pesar de esas críticas y aún con la aparición de doctrinas

jurisprudenciales restrictivas, los tribunales inferiores continúan desempeñando un papel crucial en un creciente movimiento de reforma institucional en áreas medulares de los regímenes de derecho público. Claro que, según se ha subrayado, ha operado una evolución de los remedios estructurales, que puede ser representada como un abandono, en las decisiones judiciales, de la regulación prescriptiva de *ordenar –y- controlar* y el tránsito hacia lo que se denomina una *intervención experimentalista*. En lugar de un régimen de imposición por el juez de reglas rígidas y verticales, contenidas en prohibiciones amplias y genéricas, la aproximación experimentalista acentúa la negociación progresiva de las partes involucradas, que son las que acuerdan y fijan discrecionalmente las reglas de conducta apropiadas para resolver la situación, que a su vez por ser consideradas provisionales, son sometidas a revisión continua en un marco de transparencia por la publicidad de los procedimientos judiciales.

En definitiva, en su proyección actual, los conflictos de interés público presentan ciertas notas singulares que los caracterizan, sea en cuanto al *manejo formal* de las causas, ya por el *método "dialogal"* utilizado y la *función remedial* que asume la jurisdicción.

En ese órden y primer lugar, se destaca un fuerte *activismo procedimental y la ampliación de los poderes del juez* en la ordenación e instrucción de las causas; en particular por la posibilidad del dictado de medidas de urgencia, en consonancia con la tutela procesal diferenciada que corresponde a los derechos fundamentales en juego. Mientras por otro lado, se replantea la estructura de las *partes* y de la *legitimación* en los procesos colectivos, asentada principalmente en los grupos sociales; por otro, el principal instrumento de que se valen los jueces son los *mandamus* o *injuntions*.

En segundo lugar, *el método típico es el dialogal* impulsado por el tribunal en un marco de mayor publicidad y transparencia del procedimiento en general, que "expone" a las partes y las compromete en la búsqueda de soluciones consensuadas al diferendo y reserva a aquel la función arbitradora entre los intereses en conflicto. El *diálogo público* entre las partes, se alienta con la esperanza que sea fructífero, especialmente por la participación habitual de organismos administrativos o grandes corporaciones públicas o privadas; y se enriquece con la intervención de terceros, *amicus curiae*, que expresan sus aportes con mira a la salvaguarda del interés general de la comunidad. Se trata, en definitiva, de un modelo normativo basado en la institucionalización de procedimientos democráticos, un verdadero *paradigma cooperativo de administración de justicia*.

A su vez, la decisión judicial no se agota en un "*trancher"* que dirima el conflicto hacia el pasado, sino que de común se proyecta hacia el futuro y habitualmente tiende a incidir en las políticas públicas del sector responsable. Sea para proponer nuevas o diferentes prácticas institucionales, o modificaciones en las estructuras burocráticas, que van mucho más allá del caso sometido a decisión. En ese sentido *la jurisdicción asume una función remedial*, porque la decisión está encaminada más hacia la búsqueda de "remedios" para la situación compleja que involucra fuertes intereses encontrados, de cara al futuro, que a dirimir el conflicto de base con criterios tradicionales: más que a la subsunción apunta a la ponderación de los principios y valores en disputa.

Finalmente, *el "diálogo", al cabo de la sentencia*, pervive y se profundiza para facilitar el cumplimiento o la *ejecución* de lo decidido, mientras el tribunal escalona sus pronunciamientos con ese objetivo. En el litigio estructural la etapa de los "remedios" prácticamente no finaliza hasta que el objetivo final sea alcanzado, lo cual implica una larga y continua relación entre el juez y las partes durante la que se van creando y diseñando

los medios para remover las condiciones que amenazan los valores constitucionales. El diseño del remedio determina que el tribunal resulte involucrado en la reorganización de la institución o servicio en funcionamiento, a través de un vínculo de supervisión a largo plazo. El juez participa, de ese modo, en un "diálogo" con los otros poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político de la Constitución. Una de las técnicas más adecuadas es el diseño, por el tribunal, de una "microinstitucionalidad" a partir de la fijación de objetivos, la descripción de etapas de ejecución y los plazos correspondientes, siquiera tentativos, y especialmente la designación de un encargado institucional de llevar adelante la ejecución del plan, radicado en la propia administración, aunque con autonomía. El esquema se integra con el nombramiento de encargados del control de cumplimiento a cargo de organizaciones no gubernamentales que hubieran, en su caso, participado en el proceso judicial; y, todavía, de un control de transparencia de la gestión económico-financiera, a cargo de un ente público de auditoría. De ese modo, a través de la interacción de los diversos centros de interés que quedan involucrados, se incrementa la información disponible, se mejoran los procesos de toma de decisiones y se aumenta el control social sobre el ritmo y sentido de la ejecución.

Pasemos ahora a la experiencia argentina en el tratamiento de los conflictos de interés público. La CSN ha venido diseñando un conjunto de técnicas y procedimientos de aplicación a los conflictos de interés público. Lo ha hecho en ejercicio de potestades reglamentarias, por medio de acordadas generales –así, el régimen de audiencias públicas (acordada 30/2007) y la intervención de los "amigos del tribunal", en los conflictos en que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general, ampliar el debate judicial habilitando nuevos espacios de participación social, lo que contribuye a legitimar la actuación de los jueces-. También, en los casos singulares, por medio de creación pretoriana, particularmente en ejercicio de las potestades de conducción y ordenación de las causas, tanto como de su instrucción probatoria, poniendo énfasis en la búsqueda de soluciones concertadas.

Con esa plataforma la Corte ha modelado por su propia creación diversas técnicas y procedimientos adecuados a la naturaleza y características de los conflictos, con la finalidad última de posibilitar el ejercicio de su poder supremo. Claro que lo propio cabe, por regla aunque con las salvedades del caso, a los jueces comunes, por el ejercicio del control difuso de constitucionalidad cuando semejantes conflictos se radican bajo su competencia. En tal sentido, puede afirmarse que viene operando una suerte de saludable efecto de "derrame". Nos detendremos en la consideración de algunos litigios emblemáticos.

1. Uno de ellos es el caso "Beatriz Mendoza". En 2005 comparecieron como demandantes ante la CSN grupos de sujetos individuales afectados, varias asociaciones ambientalistas, grupos de asociaciones que representaban los intereses de los vecinos de la cuenca, aprox. 3.000.000 y el Defensor del Pueblo de la Nación. Los demandados eran el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y un grupo de cuarenta y cuatro empresas que supuestamente vertían sustancias contaminantes en el curso de agua y que afectaban a una extendida población ubicada a la vera. El tribunal utilizó libremente sus potestades ordenatorias e instructorias, flexibilizando el principio preclusivo; requirió a los Estados involucrados la presentación en plazos perentorios de un plan integrado y completo basado en el principio de progresividad, para el logro de objetivos en forma gradual a través de metas proyectadas en un cronograma. Todo lo cual fue expuesto y recibido en audiencias públicas. Mediante la decisión

del 8 de julio de 2008 resolvió de modo definitivo la pretensión de recomposición y prevención del daño ambiental, destacando que el objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fijó los criterios generales para que se cumpla efectivamente con las finalidades perseguidas, pero respetando el modo en que se concreta, lo que –aclaró- corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración.

En cuanto a la ejecución, ha previsto la participación ciudadana en el control del cumplimiento del plan de saneamiento y del programa fijado, encomendando al Defensor del Pueblo de la Nación coordinar tal participación, mediante la conformación de un cuerpo colegiado integrado por las organizaciones no gubernamentales intervinientes en la causa. Se abrió de ese modo un espacio para la revisión y reconstrucción de las políticas públicas cuestionadas con la debida participación de los afectados y de los sectores responsables, tanto estatales como privados.

2. En otro caso paradigmático, el alto tribunal asumió su intervención en un amparo colectivo deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales (organización no gubernamental de DDHH) para que se brinde solución de acuerdo a los convenios internacionales a la situación de las personas detenidas en los establecimiento penitenciarios y policiales de la Provincia de Buenos Aires, en situación de superpoblación carcelaria atentatoria de derechos humanos fundamentales, así como para el diseño de políticas públicas necesarias para impedir la reproducción de tales situaciones en el futuro. En la sentencia del 3 de mayo de 2005 la Corte dispuso una serie de medidas tendientes a impulsar el diálogo entre las propias partes a fin de la búsqueda de soluciones efectivas, incluyendo la adecuación de la legislación procesal y de ejecución penal y, por ende, la modificación de las políticas de seguridad en los establecimientos penitenciarios. La Corte sostuvo que "las políticas públicas eficaces requieres discusión y consenso" y encomendó al gobierno provincial la organización de una mesa de diálogo con el CELS y otras organizaciones nacionales e internacionales, que se habían presentado en al causa como a*micus curiae;* al mismo tiempo exhortó a los poderes legislativo y ejecutivo para que adecuen la legislación en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales.

3. En un caso similar vinculado con el grave estado de los establecimientos carcelarios en la Provincia de Mendoza, en relación a los cuales la CIDH atendiendo una denuncia efectuada en 2003 por varios reclusos, había conminado al Estado argentino (noviembre 2004) para la adopción en forma inmediata de medidas necesarias para proteger eficazmente la vida e integridad personal de los reclusos, ante un reclamo por vía de amparo colectivo por el incumplimiento de tales decisiones, la CSN intervino a través de sucesivos pronunciamientos, 6 set. 2006 y 2007 ("caso Lavado"). Comenzó por advertir sobre la gravedad del incumplimiento del mandato de la CIDH, requiriendo a la provincia involucrada información sobre las medidas adoptadas y la separación entre presos jóvenes y adultos, y al cabo de ello, en febrero 2007 intimó al Estado nacional a dar estricto cumplimiento a las medidas provisionales que había dispuesto la CIDH, instruyendo a todos los tribunales provinciales para que hagan cesar con la urgencia del caso, toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante.

4. Importa también resaltar que un activismo semejante vienen desplegando algunos tribunales de grado que asumen, aunque excepcionalmente, el manejo de conflictos de interés público adoptando en buena medida los lineamientos señalados por la CSN. En especial, en el marco de acciones colectivas que persiguen la tutela del derecho a la salud.

Buen ejemplo de ello lo ofrecen las sentencias de las Cám.Nac.Cont.Adm. y Trib., CABA, Sala I, del 25-6-2007 y del 23-12-2008. Esta última declaró procedente una acción de amparo colectivo incoada contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de que se ordene la inmediata ejecución de diversas obras y actos necesarios para generar condiciones de seguridad y habitabilidad mínima en un hospital neuropsiquiátrico. El tribunal, al cabo de realizar sucesivas audiencias públicas con la participación más amplia de las partes, como también de la Defensoría del Pueblo, la Procuración General y el representante del Ministerio Público Tutelar, en las que se debatieron en profundidad las políticas públicas de salud mental y la situación del nosocomio, tanto como la alegada imposibilidad presupuestaria invocada por el Estado, concluyó acogiendo el amparo colectivo. Resolvió que debía procederse por la Municipalidad a diseñar un plan tendiente a dotar al hospital público de condiciones de habitabilidad, llevando a cabo las obras necesarias, de forma tal que se respete la dignidad de los pacientes y garantice su atención adecuada; a tal efecto debía presentar, en plazo perentorio, un cronograma de las distintas etapas y tareas que insumirá la ejecución de dicho plan.

Bien, a esta altura de nuestro discurso conviene introducirse desde una perspectiva amplia y abarcadora de las experiencias que muestra el derecho comparado, en clave sociológica, al multifacético fenómeno de la judicialización y su correlato de la intervención, en grados siempre diversos, de los jueces en la configuración de las políticas públicas.

En realidad –como se ha sostenido- existe un estrecho vínculo entre el rol y los espacios de poder atribuidos a los jueces en un sistema determinado, en puja con los que son propios de los otros poderes políticos, y la propia concepción del Estado contemporáneo en su evolución para adecuarse a las exigencias de la sociedad.

El creciente protagonismo que los propios jueces vienen asumiendo y el activismo que desarrollan, son síntoma y al mismo tiempo producto de una doble falencia del Estado que se deriva de la crisis del Estado de bienestar y, por otro lado, de la declinación del sistema democrático y representativo. Así, el mayor involucramiento de los jueces se verifica para asegurar la efectividad de los derechos a la salud, a la seguridad social, y en general, de los derechos económicos, sociales y culturales, la protección de los consumidores y del medio ambiente, ante la inercia del Estado y su impotencia para actuar positivamente en la aplicación de las políticas correspondientes.

Esa doble defección del Estado, para algunos, ha inducido un hecho excepcional, una suerte de desplazamiento del núcleo de legitimidad del Estado, del Poder Legislativo y del Ejecutivo hacia el Poder Judicial, ahora dotado de legitimación democrática, lo que enfatiza más que nunca la necesidad de su independencia funcional, como condición necesaria para el desempeño cabal de sus roles. Este fenómeno –sostiene el prestigio sociólogo lusitano Boaventura DE SOUSA SANTOS si bien puede ser transitorio, apunta de todos modos a una nueva forma de Estado, superadora del Estado de bienestar. Se trataría de una tendencia prácticamente universal, que se viene experimentado, claro que con distintas dimensiones y bajo sistemas diferentes en los países centrales al igual que en los que se encuentran en desarrollo –como los latinoamericanos- y aún en los periféricos. Se alerta, sin embargo, que la *judicialización de la política* puede derivar en una verdadera trampa para la justicia, atrapada en el dilema de tener toda la potencialidad para actuar, pero un muy menguado poder para imponer a los poderes políticos que se cumplan sus decisiones, de modo que las expectativas del activismo judicial pueden prontamente

erosionarse, por exceder en mucho aquello que los tribunales pueden conseguir realmente.

Por último, ¿cuáles son las ventajas y desafíos que plantea el creciente activismo judicial en los conflictos de interés público?

Las ventajas que ofrece superan largamente los defectos y dificultades que pueda traer consigo. Como actitud de los jueces, está inescindiblemente ligado a un sentido progresista, evolutivo y transformador que insuflan a las decisiones, siempre enderezadas a la obtención de una finalidad trascendente a tono con los valores esenciales compartidos en la comunidad.

Claro que el mayor protagonismo que se reclama de los jueces, que presupone las correlativas responsabilidades políticas y sociales, conduce a generar un nuevo equilibrio en las funciones públicas, en la participación del poder "compartido" como nunca antes con los estamentos políticos de origen representativo. Sin embargo, esa más pronunciada ingerencia judicial no solo responde a las exigencias derivadas del aseguramiento de los derechos fundamentales, sino también, y no menos principalmente, a la cada vez mayor y más pronunciada *participación social* de base. Lo no menos novedoso es la potencialidad institucional del Poder Judicial que, una vez impelido, se torna un espacio privilegiado para el discurso democrático, un *"motor de democracia"* participativa.

Una de las *ventajas* más notorias que ha de atribuirse al activismo pretoriano es su contribución a la legitimación democrática de las decisiones y, con ello, a la del propio Poder Judicial. En los procesos de interés público, el diálogo interinstitucional, la democracia deliberativa en el espacio público judicial, la participación comunitaria en el debate transparente y bajo reglas de paridad, su contribución a la construcción de las políticas públicas, con avances experimentales y métodos de control de la ejecución de las decisiones, no implican, tan sólo novedosas técnicas e instituciones, sino que constituyen los soportes de base que permiten desempeñar en plenitud la misión esencial que corresponde a los tribunales. Se trata, nada menos, de arbitrar entre intereses contrapuestos en conflictos de alto voltaje económico, social e institucional, donde los poderes políticos del Estado son confrontados por importantes sectores de la sociedad que pujan por el reconocimiento, y sobre todo, por la efectividad en concreto, de sus derechos fundamentales. Semejante activismo aporta "visibilidad" a los conflictos colectivos, los expone colocándolos en un lugar destacado de la agenda política, lo que implica un aporte fundamental a la democracia deliberativa. Esa exposición pública, con su puesta en escena, obliga a su vez a todos los partícipes a tratar con mayor seriedad los derechos fundamentales, en especial cuando se trata de los más sensibles, por su natural vulnerabilidad y la cuota de sufrimiento que su desconocimiento siempre apareja. La superioridad que supone el tratamiento judicial de los conflictos de interés público se manifiesta, por otra parte, en punto al avance en el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, implícito habitualmente en la agenda que diseñan los tribunales superiores. El compromiso de los jueces en tales conflictos, en definitiva, constituye una actitud altamente valerosa y que los honra, pero presupone la asunción de ingentes riesgos que pueden engendrar en los hechos motivos graves de desprestigio del propio Poder Judicial, atrapado entre la inutilidad del esfuerzo y los flacos resultados obtenidos. No se trata, sin embargo, de rehuír el desafío por complejo que sea, porque se defraudaría a la sociedad que ve en la jurisdicción al último baluarte de la tutela efectiva de los derechos. Es que la función judicial tiene un contenido esencialmente público, más (o además) que resolver conflictos consiste en dar significado y expresión concretos a los valores

públicos contenidos en el derecho, es decir los que definen una sociedad y le confieren su identidad y coherencia.

En esa misión superior, la virtud de la prudencia debe guiar a los jueces para evitar inmiscuirse indebidamente en la confrontación de las políticas públicas, invadiendo esferas de poder por principio reservadas y propias de los poderes políticos. El Poder Judicial no tiene la tarea de imponer políticas públicas, sino de confrontar el diseño de políticas asumidas por los poderes del gobierno con los estándares jurídicos de la Constitución y –en caso de hallar divergencias- reenviar la cuestión a los poderes competentes. Aún en los conflictos de interés público, la proyección de las decisiones para influir de algún modo en la construcción de las políticas públicas deben ser cuidadosamente sopesadas y confrontadas de cara a sus consecuencias previsibles. En ese delicado equilibrio, el rol judicial se inserta de modo articulado y no confrontativo, en términos de un virtuoso "diálogo" interinstitucional con los demás poderes. De la racionalidad como lo hagan depende el juicio y la valoración última e inapelable, que siempre corresponde a la comunidad.

---

*NOTA DE LA DIRECCIÓN: (*) Versión de la disertación pronunciada el 8 de marzo de 2012 en el Encuentro de Maestros del Derecho Procesal, en Sarmiento, Prov. del Chubut. El texto completo está publicado en RDP 2011-2, pp. 13-14. Las jornadas "Encuentro con maestros del Derecho Procesal" se realizaron entre el 8 y el 10 de marzo en Sarmiento, en homenaje al maestro Dr. Roberto Omar Berizonce, y fueron organizadas por el Colegio de Abogados de Sarmiento y el Centro Patagónico de Estudios e Investigaciones de Derecho Procesal "Dr. Augusto Mario Morello", de la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco.

Apuntes sobre la genealogía del recurso

Por Alfredo Pérez Galimberti: Profesor de Derecho Procesal Penal, Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco".

Viendo Yahveh que la maldad del hombre cundía en la tierra, y que todos los pensamientos que ideaba en su corazón eran puro mal de continuo, le pesó a Yahveh de haber hecho el hombre sobre la tierra, y se indignó en su corazón. Y dijo Yahveh: "Voy a exterminar de sobre el haz del suelo al hombre que he creado, -desde el hombre hasta los ganados, las sierpes, y hasta las aves del cielo- porque me pesa haberlos hecho".

Génesis, 6.2.

Al aspirar Yahveh el calmante aroma (el holocausto), dijo en su corazón: Nunca más volveré a maldecir el suelo por causa del hombre, porque las trazas del corazón humano son malas desde su niñez, ni volveré a herir a todo ser viviente como lo he hecho.

"Mientras dure la tierra,
sementera y siega,
frío y calor,
verano e invierno,
día y noche,
no cesarán".

Génesis, 8.21.

1. Castigo y error

La propuesta de discusión para el panel, en el inicio de este Congreso, obliga a repensar las ideas tanto sobre el castigo en sí mismo como sobre las decisiones de imponer castigos tomadas por quien está en posición de hacerlos ejecutar; pero especialmente las razones sobre las que se fundan la estabilidad y las condiciones de modificación, revisión y eventualmente revocación de estas decisiones.

Señalo esta verdad de perogrullo que denuncia, al mismo tiempo, lo inconmensurable de la tarea, anticipando con las citas bíblicas que arriba consigno mi tesis: la posibilidad del *error en el juicio* es tan connatural a la condición humana, que ni los dioses de los hombres están libres de error. Por esta razón postulo que *la probabilidad de que un castigo sea aplicado erróneamente a un inocente, o a un culpable más allá de la medida de su culpa*, es el fundamento legítimo de la revisión de la sentencia penal. Aunque esto no haya sido siempre así, claro.

Mi contribución se limitará a trazar algunas líneas de sentido en la tradición jurídica occidental que abonan esta perspectiva, especialmente desde dos textos canónicos del sistema procesal, como Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, y, en menor medida, las reglas de procedimiento

El Reporte
RAWSON - CHUBUT
PATAGONIA ARGENTINA
Año 6 - N° 27 - Septiembre de 2012

inquisitorial. Finalmente, algunas reflexiones para enlazar el panorama desde la óptica del derecho constitucional argentino y sus fuentes, troquel reforzado por la todavía reciente incorporación del derecho internacional de los derechos humanos.

La invocación del Génesis hecha más arriba señala un episodio en el que el Dios del Antiguo Testamento revisa una decisión. El *arrepentimiento* –si cabe definirlo de este modo-, de Yahveh acerca de la decisión de eliminar la vida que había creado a través del Diluvio es primero morigerada haciendo excepción de la estirpe de Noé, que extiende a todas las especies que puede albergar el Arca; finalmente, Yahvé renueva la alianza con el género humano y promete que no habrá nunca más una condena de exterminio general.

No será la única vez que Yahveh admita la revisión de una condena. La interpelación de Abraham a Yahveh, instándolo al perdón cuando éste ya ha tomado la decisión de castigar a Sodoma y Gomorra es ilustrativa:

> **Abraham:** *¿Así que vas a borrar al justo con el malvado? Tal vez haya cincuenta justos en la ciudad. ¿Es que vas a borrarlos, y no perdonarás a aquel lugar por los cincuenta justos que hubiere dentro? Tu no puedes hacer tal cosa: dejar morir al justo con el malvado, y que corran parejas el uno con el otro. Tu no puedes. El Juez de toda la tierra, ¿va a fallar una injusticia?*
>
> **Yahveh:** *"Si encuentro en Sodoma a cincuenta justos en la ciudad perdonaré a todo el lugar por amor a aquellos.* (Génesis, 18.23)

El regateo de Abraham continuó: primero cuarenta y cinco, luego cuarenta, treinta, veinte, y finalmente diez. Pero no había diez justos en Sodoma, y la ciudad fue destruida. Solamente el sobrino de Abraham, Lot, y su familia, fueron excluidos del fuego.

Se puede objetar que, en términos de justicia, error y perdón son categorías diferentes. Y que cuando un dios revisa su decisión de castigar lo hace por compasión, y no por error. Seguramente esta distinción merece un análisis más profundo, pero anticipo mi desacuerdo. En la base del perdón siempre hay un nuevo examen de la decisión original. No tiene importancia cual sea el nuevo factor para que la compasión sea ahora preponderante sobre la justicia. Mucho menos para un dios, que es ajeno a la sucesión del tiempo.

2. Cosa Juzgada.

Entonces, la cosa juzgada. Borges, parafraseando a Valéry, recuerda: *"El concepto de obra definitiva sólo pertenece a la resignación, o al cansancio[1]"*. Tal vez pudiera predicarse lo mismo de una sentencia penal; al fin y al cabo no es otra cosa que un discurso, texto como tal siempre pasible de refinación y reformulación; y, también, de completa revisión. En el mundo de las ficciones del derecho, al que pertenece la cosa juzgada, podríamos reemplazar los factores *resignación* y *cansancio* por *utilidad*, expresada en la *seguridad* que proporciona la *estabilidad.*

Pero si la *estabilidad* de las decisiones judiciales es un valor de tan alto prestigio social, no es menor el valor social de la *verdad*; y esta es la razón

por la cual, en muchas ocasiones, se justifica la modificación de una declaración pues ésta se basa en un error. La tradición jurídica occidental ha ido estableciendo compromisos entre estos dos valores en pugna.

En términos generales los sistemas procesales europeos han conformado diferentes sistemas de revisión de las sentencias, para culminar en un cierre formal de ese proceso de elaboración del discurso de verdad formalizada al que llamamos juicio, y a este punto de inflexión le ha denominado *cosa juzgada*.

Ciertamente se trata de una ficción. Una decisión de un Juez, o de muchos jueces togados, o de un jurado, no podrá poner punto final a la historia. Pero la convención de la *cosa juzgada* no pretende ser más que un útil artefacto. Es decir, a diferencia del *mito*, la *cosa juzgada* es una ficción de la que conocemos su naturaleza, que no nos engaña con su pretensión de inmutabilidad, y que sometida a escrutinio muestra su porosidad.

3. Tradiciones jurídicas

Ya es un lugar común distinguir, en el campo del proceso penal, el recurso de casación, nacido en Francia entre el siglo XVII y comienzos del XVIII, del establecido en el mundo anglosajón. Pero antes de ingresar en esa discusión es necesario repasar rápidamente los orígenes del procedimiento inquisitorio y de su sistema de control de las decisiones judiciales, tal como lo recibimos de España y lo conocimos y practicamos en la República Argentina hasta que, en el año 1992, se puso en marcha en el orden nacional un sistema procesal inquisitivo reformado, que venía rigiendo desde cincuenta años antes de muchas provincias argentinas, y que responde a las líneas del Código de Enjuiciamiento francés de 1808.

Como aporte personal a esta discusión quiero compartir algunas referencias a la dimensión histórica del problema, echando una mirada sobre dos fuentes de la práctica forense americana, desde la vertiente continental europea: el derecho español, cristalizado en las Siete Partidas, y los procesos de la Inquisición Española.

Hacerse cargo de la historia no me parece una cuestión menor. En la República Argentina la discusión que nace acerca de la constitucionalidad –y convencionalidad- del recurso de casación es nueva, ya que en el ámbito del derecho federal, como apuntábamos, la casación nace apenas en 1992, ayer nomás. Hasta entonces, y de la mano del derecho español, primero, y del Código Obarrio después, lo que conocimos fue el recurso de apelación. Un recurso bilateral, y tanto que el fiscal estaba obligado a recurrir de las sentencias que no recogían íntegramente su pretensión, que no requería especificar los agravios ni fundamentación adicional, pues bastaba que el quejoso consignara la palabra “apelo”; que remitía a las actas del proceso como universo de conocimiento y que resistía la preclusión.

Finalizamos el siglo XX incorporando el recurso de casación, también bilateral pero con la pretensión de reducir el cometido de los jueces de revisión al examen del derecho formal y substancial aplicado, requerido de motivación y fundamentación precisas, sin tener en cuenta que, al suscribir y ratificar los Pactos de Derechos Humanos, ingresábamos en una dimensión protectiva del derecho del condenado inspirada por una lógica y una tradición jurídica diferentes a las que portábamos.

Paradojalmente, esta ceguera de hecho nos acerca a cumplir con el mandato de nuestra Constitución histórica: los juicios en la Argentina son *orales, públicos y por jurados*[2]. Y el sistema de impugnación de las sentencias ha de entrar en esta lógica.

4. Las Siete Partidas

Por inspiración de Alfonso X, llamado El Sabio[3] (1121- 1284), se redactaron las Siete Partidas[4], sobre la base de la compilación del derecho romano hecha por Justiniano. Esta legislación, que instaló definitivamente en España el proceso inquisitivo, tardó en imponerse hasta la sanción del Ordenamiento de Alcalá (1348). En la práctica determinó el final del procedimiento por acusación reemplazado por el procedimiento de oficio del juzgador, legislando el tormento como medio de indagación. Hay que aclarar que, para disponerlo, era necesaria una fuerte prueba de presunciones, o un testigo presencial.

La jurisdicción es atributo del Rey, por mandato divino. Así lo escribe en la Ley 6**: *"Rey tanto quiere decir como regidor, y sin falta a él pertenece el gobierno del reino, y según dijeron los sabios antiguos, señaladamente Aristóteles en el libro que se llama Política en el tiempo de los gentiles el rey no tan solamente era guiador y caudillo de las huestes y juez sobre todos los del reino, más aún era señor sobre las cosas espirituales que entonces se hacían por reverencia y por honra de los dioses en que ellos creían, y por eso lo llamaban rey, porque regía tanto en lo temporal como en lo espiritual. Y señaladamente tomó el rey nombre de nuestro señor Dios, pues así como Él es dicho rey sobre todos los otros reyes, porque de Él tienen nombre, y Él los gobierna y los mantiene en su lugar en la tierra para hacer justicia y derechos, así ellos están obligados a mantener y a gobernar en justicia y en verdad a los de su señorío*."**

Como señala Julio Maier[5], el derecho relativo al procedimiento penal en América hispana residió, casi exclusivamente, en las Partidas. Aunque no es para nada desdeñable la labor de la inquisición a través del Tribunal del Santo Oficio (1480-1820). Pase a las diversas recopilaciones posteriores (Recopilación de Indias, 1680; Nueva Recopilación de Castilla, 1567; Novísima Recopilación de las Leyes de España, 1805) las Siete Partidas fueron el cuerpo de leyes que rigió como derecho común en los Reinos de Ultramar.

La Tercera Partida está dedicada a ordenar las formas procesales, y estas formas se refieren a todos los fueros, aunque el codificador se encarga, a cada paso, de hacer menciones específicas respecto de los procesos penales. Cada Partida se divide en Títulos, y los Títulos en Leyes.

El prefacio de la tercera Partida reza: "*Que habla de la justicia, de cómo se ha de hacer en ordenadamente en todo lugar por palabra de juicio y por obra de hecho"*. Y explica*: "Queremos en esta tercera Partida decir de la justicia que se debe hacer ordenadamente por seso y por sabiduría, demandando y defendiendo cada uno en juicio lo que cree que sea de su derecho ante los grandes señores o los oficiales que han de juzgar por ellos: y así hablaremos de todas las personas y de todas las cosas que son necesarias para llevar a término el juicio"*.

El Título XXIII se ocupa de los recursos. En el proemio se indica: "*De*

las alzadas que hacen las partes cuando se tiene por agraviados de los juicios que dan contra ellos". Y a renglón seguido se explica el contenido general de las leyes que lo componen. En adelante referiremos los lineamientos centrales del sistema, prescindiendo de la elaborada casuística y anotando en lo principal las previsiones respecto de la impugnación de las sentencias penales.

Comienza refiriendo que los ejemplos son útiles para darse a entender; y por ello narra que, así como aquellos que peligran sobre el mar encuentran gran consuelo cuando dan con un reparo, así quienes se tienen por agraviados por algún juicio (sentencia) dado contra ellos, encuentran consuelo cuando hallan un modo de ampararse. Anota entonces cuatro modos de amparo: a) por alzada; b) por pedir merced; c) por tratarse de menores de edad y d) por algún juicio (sentencia) que fue dado falsamente, o contra el modo (las formas) que el derecho manda guardar en los juicios (procesos).

Refiere entonces que de seguido se definirá qué cosa es alzada, que es el modo más común de ampararse, quién puede alzarse, de qué clase de juicio (sentencia), de qué tribunal y ante quién; cuándo puede hacerlo y de qué manera; en cuántas ocasiones es posible alzarse, y cómo deben proceder el juez de quien se recurre y aquel que ha de juzgar en la alzada.

Al definir la alzada en la Ley I, se predica: que la alzada es la querella que alguna de las partes hace contra la sentencia, pidiendo que sea enmendada por un juez de mayor rango. La alzada, se dice, *cuando es hecha con justicia*, *permite que se desaten los agravios que los jueces hacen a las partes por mala voluntad o por ignorancia*.

La legitimación para recurrir recorre una variada casuística: Se puede alzar todo hombre libre; no pueden hacerlo los siervos, pero si se trata de sentencia criminal, y el señor no se alza por él, sí puede hacerlo personalmente. En la Ley V se establece el efecto extensivo de los recursos: *"Acaeciendo que dieren sentencia sobre alguna cosa que fuese mueble o raíz que perteneciese a muchos comunalmente, si alguno de ellos se alzó contra la sentencia y siguió la alzada hasta vencer, no sólo se favorece él, sino también sus compañeros, como si todos se hubieran alzado y seguido el pleito"*

La Ley VI acepta que es posible que terceros recurran la sentencia, aunque el condenado no lo hubiera hecho. En primer lugar un pariente del condenado; pero de seguido establece que *"..lo puede hacer otro extraño cualquiera por amor o por piedad que tenga del condenado, aunque no muestre carta poder".* La salvedad es que, en este caso, el condenado debe aceptar esta intervención; pero si se trata de un pariente, la voluntad del condenado de someterse a la pena es irrelevante; el recurso sigue en pie. La razón de esta norma, refiere el juzgador, estriba en que *los sabios antiguos* ya habían acordado que, si bien la pena será cumplida por el condenado, el linaje se mancilla, lo que habilita a los parientes para procurar la revisión de la sentencia sobre la voluntad del acusado. La protección del honor se revela aquí como bien jurídicamente tutelado en la mayor amplitud.

Hay una especial protección por evitar la indefensión. Las Leyes X, XI y XII previenen que puedan recurrir aquellos que han marchado convocados por el Rey para la guerra u otros asuntos, y en su ausencia se ha dictado una sentencia en su contra. También tienen este derecho los que han partido en peregrinación religiosa, o para realizar estudios. Y hasta aquel que hubiera

sido desterrado o puesto en prisión por algún delito. Una cláusula especial extiende este derecho a quien debía acudir al tribunal, y por engaño o por fuerza se le impidió.

Si bien estas normas continúan reglando la *alzada*, en este caso lo que se procura no es la revisión de la sentencia, sino que el Juez admita el retroceso del pleito al mismo estado en el que se encontraba en el momento en el que el sujeto condenado debió ausentarse. Para hacer este pedido el interesado contaba con un plazo de diez días desde el momento en el que retornaba al sitio donde estaba radicado el pleito.

La Ley XIII sienta el concepto de sentencia recurrible, estableciendo que es posible recurrir de todo juicio terminado; pero no de otra decisión del Juez en el curso del procedimiento, antes de dictar la sentencia definitiva.

Sin embargo, hay excepciones a esta regla: las decisiones no definitivas que pueden recurrirse son:

a) cuando el Juez manda dar tormento para investigar la verdad de la acusación

b) Si el Juez dicta alguna medida maliciosamente que *"siendo acabada no se podrie después ligeramente enmendar a menos de gran daño o de gran vergüenza del aquel que se tuviere por agraviado de ella"*.

La razón de esta limitación, dice el legislador, es que, *como dicen los sabios antiguos*, no se alarguen los pleitos ni se *embargasen por achaque* (saturen) las alzadas. Debe anotarse que la decisión de dar tormento como mecanismo procesal de averiguación de la verdad material debe conformarse en una sentencia interlocutoria dictada contra quien es sospechado, y fundada en prueba tasada. Sabiamente la ley previene que, pese a no tratarse de sentencia definitiva, por causar agravio no susceptible de reparación posterior es una decisión que puede ser controlada.

Tampoco es posible recurrir si, previamente, las partes han acordado conformarse con el fallo de primera instancia. Y se establece un privilegio real: si la sentencia manda pagar algo al Rey, se ejecuta derechamente.

La Ley XIV admite que el apelante se agravie de parte de la sentencia. Pero si se trata de varios delitos, sólo es posible suspender la pena si se ha agraviado de los yerros (delitos) mayores.

La Ley XV establece el recurso de aclaratoria. Si la sentencia no es clara, puede demandarse que el Juez la aclare. La misma ley aborda la consulta previa: un Juez puede pedir al Rey una opinión antes de fallar en un pleito, si está en duda.

La Ley XVI impone una severa restricción, pues priva de recurso alguno a los individuos juzgados por delitos graves. La enumeración es bizarra:

a) Los ladrones conocidos

b) Los agitadores (*revolvedores de los pueblos)*, sus jefes y caudillos.

c) Los forzadores de vírgenes, viudas o mujeres religiosas.

d) Los falsificadores de oro, plata, moneda o sellos reales.

e) Los que matan mediante hierbas

f) Los que matan a traición, o con alevosía.

Cierto es que la regla indica que, en estos casos, la limitación opera cuando el delito fuera probado por buenos testigos, o por confesión hecha en juicio sin apremio. La razón: porque quienes cometen tales actos *yerran mucho contra Dios, et a Nos, et contra el comunal de los pueblos*.

La Ley XX considera de modo especial la situación de los desaventajados. Dispone que si se trata de pleitos de viudas, huérfanos o pobres, el Rey atenderá sus apelaciones. También alcanza a aquellos que fueron ricos y perdieron su fortuna, y a los viejos.

"Dos veces se puede home alzar de un mesmo juicio (sentencia) *que sea dado contra él...; mas si después fueren confirmados estos dos juicios por el juzgador del alzada, non se puede alzar la tercera vegada la parte contra quien fue dada la sentencia; ca tenemos que el pleyto que es judgado et esmerado por tres sentencias es derecho, et que grave cosa serie haber home à esperar sobre una mesma cosa la quarta sentencia."* Si el Juez que controla se segunda sentencia revoca las anteriores, la contraparte tiene recurso. Como se ve, el procedimiento bilateral puede seguir al infinito. Cabría llamar al sistema de *Triple Conforme*. Así lo norma la Ley XXV.

En la Ley XXVII se contempla el hecho nuevo; si una parte alega en la alzada que halló cartas o testigos capitales, que no pudo mostrar en el juicio, el Juez de la alzada debe aceptar la nueva prueba.

Pero así como la jurisdicción pertenece al Rey, que la delega y recupera cuando lo desea, la Ley también depende del Rey. Por esta razón, aunque no pueda haber alzamiento o la alzada haya rechazado la demanda, el Rey puede otorgar una merced. La merced está definida en la Ley I del Título XXIV de esta manera: *Atemperamiento de la reciedumbre de la justicia es la merced: ella mueve a piedad a los Reyes hacia aquellos que la necesitan*.

Para pedir merced hay que hincarse de rodillas, con humildad, y usar pocas palabras. Los condenados por traición o por muerte aleve no pueden pedir merced.

Falsedad es segunt dixieron los sabios mudamiento de verdad. El título XXVI está dedicado a regular de qué modo se puede quebrantar (casar) el juicio (sentencia) dado falsamente. Para lograr esto el demandante debe probar que las cartas o los testigos eran falsos; pero, además, tiene la carga de demostrar que tales cartas o testigos resultaron decisivos para la decisión del caso, y que la sentencia no puede se sostenida con la restante prueba que le dio sustento. El rechazo por la falsedad es tan fuerte, que el derecho a probar el juicio falso se mantiene vigente por un plazo de veinte años (Ley II, Título XXVI)

Si en general no hay referencias a la calidad de los errores que justifican la revisión de una sentencia, existe una previsión que permite anular una decisión si esta hubiere sido tomada contra una previsión legal. En este caso el juicio (la sentencia) es inválido: *como si no fuese dado*. A renglón seguido se amplía el precepto, para abarcar también las sentencias dadas contra natura o contra las buenas costumbres, o que dispusiese algo imposible de realizar (Ley III, Título XXVI).

Finalmente, se dispone la nulidad de las sentencia si todos los jueces que debieron haber fallado no concurrieron al juzgamiento, o si hubiesen dictado la sentencia una vez pasado el plazo fijado para darla.

Como se advierte en este rápido repaso una buena parte de las reglas de los recursos modernos están descriptas en esta legislación, como la aclaratoria, la apelación y la acción de revisión a consecuencia de prueba

dirimente no conocida al tiempo del juicio. También el efecto extensivo de los recursos, y especialmente la previsión de que pueden repararse tantos los errores en el procedimiento como la errónea aplicación del derecho. La regla que previene que sólo las sentencias definitivas pueden apelarse, y no las interlocutorias, salvo que causen un gravamen no susceptible de reparación posterior, continúa siendo legislación común.

Se denota una fuerte preocupación por garantizar el acierto de las decisiones, tanto como una gran desconfianza en la sabiduría como en la probidad de los jueces. El Rey y los nobles de más alto rango, siempre acompañados de peritos en derecho, son quienes garantizan la decisión más justa. Y los que pueden otorgar mercedes por compasión.

La *cosa juzgada* es sumamente débil; la jurisdicción, como atributo real, justifica la consulta, incluso la consulta previa. Como se ve con la institución del *triple conforme*, el Rey legislador no tiene confianza ni en la probidad ni en la sabiduría que soportan las decisiones de los tribunales inferiores.

No hay aún separación de los órdenes del discurso, para eso habrá que esperar al siglo XVII; en este momento hay una afirmación de la Monarquía, el discurso religioso impregna la vida cotidiana, concede y niega legitimidad a la ciencia y al arte. Todos los derechos emanan de Dios, y como el Rey es su vicario y representante no puede ser injusto; constituye el ámbito final de la jurisdicción, y al llegar el pleito ante él reasume la jurisdicción que delegó. Se aprecia, sin embargo, la intención de encontrar legitimidad moral y racional en los textos más prestigiosos: Aristóteles, el Derecho Romano.

La posibilidad del error justifica y fundamenta el recurso y la revisión de la sentencia; la piedad, su morigeración.

5. Los procedimientos de la inquisición

Entre los antecedentes más ilustres que guiaron la práctica de los inquisidores se cuenta el Manual de Nicolau Eimeric[6]. Redactado en Aviñon, en 1376, el *Directorium Inquisitorum* gozó de enorme prestigio, pues se trata de la sistematización de saberes y prácticas necesarias para el oficio del inquisidor. Fue actualizado por el también dominico Francisco Peña, y se reeditó cinco veces entre 1578 y 1607.

El Manual previne que, en ciertas ocasiones, es posible apelar al Papa de las decisiones del Inquisidor (Segunda Parte, ap. 33). Nótese que, tanto la inquisición original como la Romana dependieron directamente del Papa a través de inquisidores delegados, mientras la Inquisición española desplegó una burocracia compleja dependiente de un Consejo Supremo, en todo el territorio comprendido en el Imperio. Las razones de la apelación podían fundarse en violaciones de las reglas procesales, como la negativa a nombrar un defensor al acuitado, o aplicarle tortura sin avisar al obispo. Sin embargo, el propio Manual se encarga de avisar al inquisidor por medio de qué prácticas es posible rechazar las apelaciones. Peña anota que no es necesario postergar las torturas a causa de la apelación si los indicios las justifican suficientemente. Y exclama: *¡La apelación no se ha inventado para proteger la iniquidad!*.

Los Tribunales del Santo Oficio fueron establecidos en España en 1480,

y se expandieron luego a América. Si bien el proceso inquisitorial dejaba pocos resquicios para la queja del imputado, contemplaba eventualmente – como los Tribunales Reales- la apelación y la suplicación de merced. Pero ya que resultaba sumamente dificultoso apelar el fallo del Tribunal, en la práctica la *cosa juzgada* mostró una gran debilidad, que puede rastrearse en la consecuencia de las visitas generales realizadas por delegados, llamados visitadores, a los tribunales de diferentes regiones.

En este sentido, esta práctica era similar a la utilizada por toda la administración real, que descansaba en dos institutos como sistemas de control, la *visita* y el *juicio de residencia*. Sin embargo, pareciera que el Santo Oficio dio a la *visita* un matiz peculiar que merece ser relevado. [7]

La encomienda del visitador implicaba la revisión de la gestión de los funcionarios y ministros del tribunal, al igual en el los tribunales reales; pero comprendía, además, la revisión de los procesos, tanto las causas pendientes como las ya sentenciadas por el tribunal. La revisión era amplia; no sólo era posible anular condenas injustas, sino también revisar información en los registros originales, y eventualmente ordenar la formación de procesos contra personas vivas, y aún difuntas[8].

En un procedimiento completamente vertical, finalizada la visita el Visitador remitía los autos al Consejo que, previa consulta al Inquisidor General, dictaba sentencia. En general la conducta personal de los inquisidores visitados (amancebamiento con escándalo, práctica de juegos, cohecho) no generaba sanciones severas; pero sí podían recibirlas si habían cometido errores importantes en el trámite de un proceso, tanto a favor como en contra de un reo.[9] Estas sanciones podían llegar a la privación indefinida del oficio.

Los defectos graves en el trámite del proceso acarrean la revisión de la sentencia, lo que comprende la rehabilitación del condenado, la devolución de los bienes confiscados y la anulación de los registros en los que la sentencia se hubiere anotado. Esto sucedió respecto de tres hechiceras de Cerdeña, en 1568. De hallarse las beneficiadas fallecidas, sigue la manda, se les restituyan los bienes a sus herederos. La celeridad y la escritura nunca fueron de la mano.

Llama la atención que no sólo se revisen sentencias por haberse llevado a cabo defectuosamente los procedimientos, sino que, en ocasiones, la sentencia fue revisada pues el Consejo consideró que no existía proporcionalidad entre la grave pena y la levedad del delito por el que fuera condenado[10].

Es muy complejo, sin embargo, establecer estándares generales. Priva la discrecionalidad en las decisiones del Consejo y las circunstancias de cada caso se tornan relevantes.

En suma, la revisión de las sentencias de los Tribunales de la Inquisición por el Consejo fue una práctica sostenida, en general en beneficio del reo, y en muchos casos implicaba no sólo la revocación de la sentencia sino la rehabilitación de la persona en su honra y fama -bienes por demás valiosos en su época- la devolución de los bienes confiscados, la retirada de los Sanbenitos y la desaparición de los nombres inscritos en los libros del Santo Oficio.

La *visita* fue una práctica que se fue perdiendo, reemplazada definitivamente por la *consulta*. La posibilidad del error advertido por el visitador generaba, como se dijo, la intervención del Consejo con previa consulta al Inquisidor General. Ya a mediados del siglo XVII, todas las sentencias debían ser sometidas al Consejo antes de ser ejecutadas[11], con lo que el sistema procesal de la Inquisición alcanzó el mayor grado de concentración y verticalidad.

¿Qué fundamentó esta atención sobre las decisiones de los Tribunales inferiores, al punto de concentrar mediante la consulta la revisión de todas las sentencias dictadas, ya que esta práctica no fue el estándar general de los tribunales reales? Alonso propone que, atendiendo a la finalidad última del proceso inquisitorial, que no tenía en mira el castigo del culpable de una infracción, sino la *salvación de su alma*, no regía el instituto de la *cosa juzgada*. En virtud de la naturaleza de *penitencia* y no de *pena* atribuida a las sanciones aplicadas por el Santo Oficio, las sentencias de estos tribunales no concluían definitivamente la causa, salvo el supuesto de absolución. Por esta razón siempre era posible que se reabriera la causa si se obtenía nueva prueba o podía ser anulada si se demostraba la falsedad de la evidencia que había servido de base a la condena[12].

Las absoluciones no abundaban, sin embargo, pues los jueces eran remisos a dictar sentencias absolutorias, prefiriendo *suspender* el proceso, suspensión que podía mantenerse *sine die*. No es difícil tomar esta suspensión como antecedente del *sobreseimiento provisional* del Código Obarrio[13].

Finalmente el Tribunal, en la etapa de ejecución de la sentencia, y en vista del comporta miento del condenado, podía condonar, mitigar y pero también agravar la pena.

6. Los Reinos de Ultramar

La tradición de Europa continental informó las prácticas del derecho en América hispana durante trescientos años. Los nuevos territorios tuvieron el estatus de Reinos de Ultramar, y como tales estuvieron unidos a la Corona de Castilla, con órganos gubernamentales comunes, como el Consejo de Estado, creado por Carlos I en 1520, el Consejo de Hacienda (1523), el Consejo de Guerra y el Consejo de la Inquisición.[14]

Sin embargo no resultó fácil hacer cumplir en América la legislación dictada en España[15]. Si las Siete Partidas fue el derecho común aplicado, muy complejo resultó hacer cumplir la legislación que pretendía poner coto a los abusos de los encomenderos. Las Leyes de Burgos (1512), dictadas a instancias de la prédica de Bartolomé de las Casas, y las Leyes Nuevas para el buen Tratamiento y Preservación de los Indios (1542), reflejaban la preocupación de la Corona por los indígenas. A éstos se les consideraba vasallos libres de la Corona, en la categoría *rústicos y miserables*, bajo la condición jurídica de incapaces relativos, que requería un representante.

Los encomenderos no aceptaron las condiciones impuestas por la Corona, y se rebelaron. Las mayores de estas rebeliones tuvieron lugar en el Paraguay, cuando Alvar Núñez Cabeza de Vaca fue enviado a España encadenado por los encomenderos (1544), y en Perú, cuando el alzamiento encabezado por Gonzalo Pizarro, hermano del conquistador, causó la decapitación del Virrey Nuñez de Vela (1546). La monarquía sofocó estas

rebeliones, pero a cambio consintió en no aplicar la ley. Este es el momento es que se acuña la frase *"La ley se acata pero no se cumple"*. Los encomenderos resistían la aplicación de la ley que reducía sus privilegios o les privaba de dejar su encomienda en herencia *suplicando* al Rey se los eximiera de su cumplimiento[16].

Entre las causas de tal actitud se cuenta, en primer lugar, el desconocimiento de la ley, lo que podía ser explicable dado que era farragosa. Piénsese nada más en la Recopilación de Leyes de las Indias (1680), que comprendía 9 Libros con 6400 leyes. Aquí se incluían reales cédulas propuestas al rey por el Consejo de Indias; estas normas se referían a una cuestión determinada y comenzaban con la fórmula: "*Yo el Rey, hago saber*"; Reales órdenes, que databan de la época de los Borbones, y emanaban del ministerio por orden del rey; pragmáticas, o leyes de carácter general, y Ordenanzas dictadas por virreyes o por las reales audiencias. A esto debe sumarse la poca relevancia asignada a la ley como fuente del derecho. En este sentido, la costumbre tenía al menos el mismo predicamento que la ley, y es por esto que, a continuación del acto formal de acatamiento a la autoridad, de inmediato se solicitaba la exoneración del cumplimiento de esa misma norma por el procedimiento de *suplicación*, tanto por parte de particulares como por parte de los mismos virreyes.

Al ser apresado Fernando VII, el titular de la Corona Castellana y de las Indias, desaparece el factor de unión entre la Península y las Indias, pues por la condición jurídica del Virreinato no se justificaba la dependencia de otra autoridad que la del propio Rey.

Pues bien, luego de los movimientos independistas, mal que pese a las nuevas constituciones que, como la nuestra, pretendían establecer el juicio por jurados, siguió prevaleciendo la práctica forense española, y sólo lentamente la legislación patria fue reemplazando la heredada. En cuanto a la organización judicial, ésta siguió el diseño de la organización española, con las reformas burocráticas impulsadas por Carlos III.

En Argentina, luego de una tibia intentona de poner la Constitución en nivel legal,[17] se impuso con el Código Obarrio el juicio escrito, llevado adelante y juzgado por jueces togados, sin participación ciudadana, con un mecanismo recursivo bilateral de doble instancia ordinaria y recurso extraordinario, que reinó más de cien años. Es que en esta tradición legal, con el mantenimiento de estructuras burocráticas jerarquizadas que concentran simbólicamente el prestigio y la razón de verdad en la cúspide, el recurso contra la sentencia penal no podía concebirse sino de modo bilateral.

Ahora la cuestión se ha instalado entre la *casación* versus la *revisión de la condena*. Me parece correcto asumir plenamente esta discusión, pero sin olvidar que la cultura de los operadores del sistema se apoya en una tradición inquisitorial mucho más densa y largamente más antigua que el sistema inquisitivo reformado.

7. Tiempos Modernos, problemas que no lo son tanto

Al sancionarse el nuevo Código Procesal Penal de la Nación sobre la base del proyecto Levene, y legislarse un procedimiento penal con una etapa preparatoria escrita, a cargo de un Juez de Instrucción de corte típicamente

inquisitorial, con una instancia de juicio oral, se creó la Cámara de Casación Penal con la encomienda de hacerse cargo de un recurso reducido a las cuestiones de derecho, pues las de hecho se entendieron libradas a los jueces de mérito en homenaje a la inmediación[18].

Las complicaciones del sistema vinieron pronto a instalarse de la mano de los pactos internacionales de Derechos Humanos: el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al consagrar un derecho del acusado a revisar la justicia de su condena, y con ello de la *última condena*. Estas normas, pero sobre todo su interpretación y aplicación por los órganos de control, juzgamiento y reparación de derechos afectados, pusieron sobre el tapete la adecuación constitucional del recurso de casación.

En el caso español, Manuel Sineiro Fernández, condenado a una pena de 15 años de prisión y 200 millones de pesetas de multa por el delito de tráfico de estupefacientes y pertenencia a una banda organizada, fue Juzgado por la Audiencia Nacional, y su recurso de casación desestimado por el Tribunal Supremo, que declaró que la realización de una nueva valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador en la instancia para dictar su fallo de condena, no formaba parte de sus atribuciones. Por tanto, señala el Comité, la revisión íntegra de la sentencia y del fallo condenatorio le fueron negados al autor, lo que constituye una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. [19] Entre nosotros, el caso "*Herrera Ulloa vs. Costa Rica",* fallado por la Corte Interamericana el 02 de julio de 2004, provocó que la Corte Suprema Argentina cambiara sus precedentes y admitiera una amplia revisión de la sentencia de condena, a partir de la sentencia "Casal"[20].

Es en este estado de la cuestión que se plantean importantes preguntas: ¿Es sólo el acusado, respecto de la sentencia que lo condena, o también el Estado, de la que absuelve o impone pena menor, quienes se pueden agraviar? ¿El fundamento del recurso es la posibilidad de error? ¿El error que perjudica al súbdito es la razón de la revisión, o cualquier error, tanto el que perjudica al penado, el que perjudica al agraviado por el delito, o el que repugna a un representante del Estado?

Finalmente, ¿la tradición del derecho procesal penal de Europa continental puede mantenerse, o es necesario un giro del proceso penal a la fuente constitucional para reconstruir el sistema?

La dimensión política del recurso se expresa aquí con rasgos muy acentuados. La Corte Suprema de Justicia, en los últimos lustros, y especialmente a resultas del impacto de las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de DDHH, ha venido abriendo una interesante cantera de decisiones que, limitando la bilateralidad, y con ello la posibilidad de impedir el recurso final del imputado, o de someter a una persona absuelta a un doble riesgo de condena, pone ya en cuestión la posibilidad de un recurso que habilite una condena. Es decir, se va inclinando por dejar sólo abierta la posibilidad de *castigar menos*, y cerrar la puerta a la apuesta a *castigar más*[21]. Pero todavía no ha puesto mano en la clave del sistema: la participación ciudadana como fuente de legitimación de la sentencia absolutoria.

El recurso del sistema inquisitivo reformado, la *casación*, estaba concebido con la doble finalidad del control de la aplicación de la Ley por

parte de los jueces tanto en protección de su integridad (nomofilaquia), como de la aplicación igualitaria a los ciudadanos (unificación)[22]. Este recurso de cuño francés, originalmente pensado para sostener la preeminencia de la legislación real sobre la foral, y recreado al calor de la erección del Parlamento como expresión de la voluntad popular frente a jueces venales, se vincula a la pretensión de que la Ley (el Código) sea capaz de prevenir, antes de que suceda, el universo posible de conductas humanas. Para premiar a castigar basta entonces con aplicar un simple mecanismo lógico formal (el silogismo). Y no se le achaque la pasión codificadora sólo a Napoleón; el Código de Federico de Prusia de 1794 tenía 17.000 artículos.

Por el contrario, el recurso del proceso anglosajón previene contra el error. Si la decisión final reposa en premisas falsas, la pena no es justa. Entonces cabe un nuevo juicio o la simple abrogación de la condena.

Como en el primero es el Estado el interesado en la protección de la ley, el recurso es bilateral: todos los involucrados pueden alzarse contra la sentencia si pueden alegar que se ha aplicado mal la ley del caso, o que la sentencia es fruto de un procedimiento donde se ha aplicado mal la ley del juicio. Fondo y forma deben respetarse. ¿Cuál es el fundamento? La voluntad popular. Si la voluntad popular, a través del Parlamento, hace la ley, ésta debe aplicarse a todos por igual. Al fin y al cabo, para eso se hizo una revolución y se cortaron cabezas. Que a ningún juez, empleado del Estado, se le ocurra tratar a uno mejor que a otro. Para vigilar su conducta está el Fiscal, que por eso está habilitado para pedir, a los superiores del juez, que lo corrijan. El error en el caso es un problema menor; no es un problema político.

En el mundo anglosajón el recurso es del condenado. El Estado garantiza a los particulares la *jurisdicción*; el agraviado, el Fiscal o la Corona si se siente comprometida hacen su apuesta a cristalizar la aplicación de la ley, pero la decisión final sobre los hechos se pone en mano de los ciudadanos a través del jurado. Como los jurados proporcionan los hechos probados, y los jueces no aplican silogismos en la soledad de su gabinete, sino que forman parte de una comunidad de hablantes que construyen una jurisprudencia encadenada[23], si la acusación no logró convencer no tiene una segunda oportunidad, ni tiene derecho a revisar la decisión tomada ante otros jueces. La voluntad popular, el sentido ético de la comunidad, se expresa en cada caso.

La cosa juzgada es, entonces, precaria en ambos sistemas. En el continental, está sometida a una jurisdicción escalonada, a la que postulan todas las partes, que revisa hechos (recurso ordinario), derecho y lógica jurídica (recurso extraordinario), en una sucesión de metadiscursos que, con sus capas sucesivas, cubre como una cebolla el hecho que está en la base del conflicto original.

Es cierto que hay una concesión a la verdad en función de garantía: ni siquiera el agotamiento de los recursos y el paso del tiempo obturan definitivamente la posibilidad de revisar una sentencia injusta, cuando hechos o pruebas desconocidas se presentan para demostrarlo; o cuando una sentencia *se vuelve injusta*, porque lo que cambia es la ley, que ahora no castiga o castiga menos lo que antes castigaba más. Este es el llamado

recurso o acción de revisión, en sentido estricto, presente en todos los regímenes procesales penales[24].

8. Límites al Estado

En el sistema anglosajón es la posibilidad del error en perjuicio del súbdito lo que admite que se quiebre el sello que cristaliza el veredicto, si en algún tiempo este error puede demostrarse. En puridad, se trata de una vía reparatoria muy próxima a la acción de revisión.

Debe anticiparse que hay cuestiones de diseño institucional de difícil transferencia, y una de las más importantes es el modelo burocrático. En el sistema continental, las grandes burocracias judiciales –el ejemplo más fuerte es el francés- tienen una estructura piramidal, mientras que la tradición anglosajona es la horizontalidad. La oralidad en los procesos, y el juicio decidido por ciudadanos, que son pares del acusado, hacen que en la consideración del público la sentencia más justa sea la de primera instancia; y por tal razón la disposición de recursos judiciales y controles es mínima[25].

Por el contrario, en los sistemas procesales de justicia del continente la tradición de lo jerárquico, el peso de lo documental, los controles verticales y la gran cantidad de recursos muestran que la decisión más prestigiosa –siempre procurada- es la que proviene del vértice superior de la estructura[26]. No hemos hecho mucho más que reemplazar al Rey por la Corte Suprema; hasta ellos queremos siempre llegar, por alzada o por *merced*.

En el proceso norteamericano la parte acusadora está legitimada para recurrir de las decisiones judiciales contrarias en la etapa preparatoria del juicio, y en todo caso de modo previo al veredicto. Estas cuestiones de denominan *collateral orders*, y son equiparables a las llamadas entre nosotros cuestiones que deciden artículo. Para que el acusador pueda recurrir es necesario que: a) no tenga remedio ante el mismo tribunal; b) se trate de cuestión incidental y no de la cuestión de fondo; c) cause agravio irreparable, y d) que no se trate de cuestión librada a la discrecionalidad judicial. Es corriente que la acusación pueda recurrir una decisión que acepta una moción de supresión de prueba.

Pero si hay un veredicto absolutorio, el Estado no tiene una segunda chance. La idea que sustenta esta solución es que si el Estado, con todos sus recursos y poder, no ha sabido llevar eficazmente un juicio para obtener un veredicto de condena, no se le puede permitir que vuelva a intentarlo, ya que pone al individuo en un estado de zozobra, le impone la vergüenza del proceso, lo obliga a realizar gastos, y lo somete nuevamente al riesgo de que, aún inocente, pueda ser declarado culpable[27].

Las sentencias definitivas sólo pueden ser apeladas por la defensa[28]. Claro que hay restricciones; la apelación no es procedente si la cuestión se ha tornado abstracta, si las penas por más de un delito son concurrentes y sólo se presenta agravio por uno de los ellos; finalmente, el apelante no debe haber consentido el vicio, a menos que se trate de un error evidente.

Como el veredicto no se funda, las instrucciones del Juez al jurado son la base de análisis de la correcta interpretación y aplicación de la ley sustantiva.

Son errores substanciales los que afectan a la estructura del proceso: selección del jurado, competencia del tribunal, por ejemplo. Luego, los que se refieren a la prueba.

Hay un fuerte control respecto de la evidencia que puede presentarse al jurado, y del respeto de estas reglas depende la regularidad del juicio. La justificación de un nuevo juicio por errores en la admisión o rechazo de prueba por parte del juez requiere una demostración evidente. Ha de tratarse de un error substancial, y no de los llamados errores subsanables, y además debe demostrarse su relevancia; esto es, la influencia que pudieron haber tenido en el veredicto del jurado.[29] Son invalidantes, por regla general, los vicios que importan afectación constitucional, expresados en tres categorías: las confesiones por coerción, la falta de imparcialidad del tribunal y la falta de asistencia legal[30].

Además de la apelación, en EEUU es posible, con limitaciones en el ámbito penal, echar mano a los *writ of mandamus o prohibition*[31]. Estas acciones tienen por objeto que el tribunal a-quo ejercite o se abstenga de realizar algún acto jurisdiccional, y deben fundarse en un exceso de atribuciones del juez.

La revisión de una sentencia condenatoria en un tiempo posterior al del recurso de apelación es posible mediante dos recursos: el *coram nobis*, que se interpone ante el mismo juez que dictó la sentencia, y el *hábeas corpus*, que se intenta frente al juez a quien corresponde la custodia del condenado, demostrando el error anterior. Estos procedimientos muestran una variada casuística en su evolución. Hendler cita el caso "*Fay vs. Noia"*. Un condenado que no había apelado la sentencia, basado en que otros dos sí lo habían hecho con éxito, planteó un *writ of coram nobis* que fue denegado por el Tribunal que había juzgado, por haber precluído la cuestión acerca de la voluntariedad de la confesión. La Corte Suprema hizo lugar al *habeas corpus* y decidió la revisión de la condena[32].

En suma, en el derecho anglosajón la regla general excluye la posibilidad de recurrir una sentencia absolutoria por parte del Fiscal[33]. Como excepción, en Inglaterra y Gales es posible que el Fiscal General presente a la Corte de Apelaciones una objeción sobre un punto de la ley aplicada en un caso concreto por un Juez, en un juicio tramitado por acusación (*indicment)*, solicitando se corrija el precedente según la formulación que estima correcta, cuestión que la Corte puede poner a consideración de la Cámara de los Lores. Si convence, obtiene un precedente obligatorio[34]. La decisión favorable a la Corona, sin embargo, no afecta la absolución en el caso concreto.

9. Algunas conclusiones

He querido reflejar, de fuente directa, algunas tradiciones incrustadas en la raíz de nuestras prácticas forenses. En Perú, por ejemplo, las sentencias de la Corte Suprema aún se llaman *ejecutorias*, pues la Corte lo que hace es legitimar, por la consulta, la decisión de jueces inferiores, y si la encuentra adecuada al derecho manda ejecutarla. Para hacerse cargo del escrutinio del respeto a las garantías constitucionales, los países de tradición hispana del continente debieron crear Cortes Constitucionales, separadas de las Supremas.

El diseño constitucional del proceso penal argentino, en la Constitución

de 1853, pretendió cortar con esta tradición, y aunque todavía no lo logró, nos dejó una Corte que ejerce el control de constitucionalidad; que desde la publicación de sus fallos, en 1864, ha venido construyendo precedentes, y que al compás de la normativa internacional de los derechos humanos está empujando la demorada constitucionalización del proceso penal.

Todo el pensamiento racionalista y liberal del movimiento de emancipación está inspirado en la condena de la inquisición, en el control y separación del poder del Estado, y en la participación ciudadana en todos los ámbitos de la cosa pública.

La Constitución también dejó escrito que la fuente de legitimidad de la sentencia es la decisión de los ciudadanos. Por ello, si bien se admite que pueda haber error en la condena, y por tanto está habilitada la protesta contra el primer juicio, no es posible pretender que los funcionarios estatales, ni los particulares, se rebelen contra la sentencia absolutoria pretendiendo *castigo*, o *más castigo*. No hay recursos contra la sentencia que absuelve al imputado[35].

Notas:

*Texto elaborado sobre la intervención en el Congreso Nacional "La Impugnación en el proceso Penal", La Plata, 2010.

[1] Mario Golobof, "Ultimos diálogos con Borges", en Clarín.com , Edición Domingo 15.08.1999

[2] Binder, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc, 2004, p. 115 y ss.

[3] Ocupó el trono de León y Castilla, a la muerte de Fernando III, en 1252, continuando con la recuperación del reino contra los moros. Aspiró a la corona imperial, pero, falto de apoyo, renunció a sus derechos. Tuvo la visión de reunir en Toledo, Sevilla y Murcia, hombres sabios que formaron un foco de irradiación de cultura.

[4] "*Las Siete Partidas del Rey don Alfonso El Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*" Edición fascimilar de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla.
http://bib.us.es/derecho/recursos/pixelegis/index-ides-idweb.html

[5] Derecho Procesal Penal, T° I, p. 329 y ss.

[6] Nicolau Eimeric – Francisco Peña, "*El Manual de los Inquisidores*", Muchnik editores, Barcelona, 1996.

[7] Seguimos, en el punto, a María Luz Alonso, *"Vías de revisión de la sentencia en el proceso inquisitorial"*, en "*Cuadernos de Historia del Derecho*", N° 2, p. 151-187, Editorial Complutense, Madrid, 1995.

[8] Alonso, op cit. Nota 5, p. 153. Comisión al Inquisidor Juan Ramírez para visitar el Tribunal de Granada, Año 1603.

[9] Alonso, op. cit, p. 167.

[10] Alonso, op. Cit., p. 181.

[11] El instituto de la consulta permanece vivo en la Constitución del Chubut. Cada vez que se dicta una condena a pena mayor de diez (10) años, el Superior Tribunal de Justicia, en pleno, conoce del caso, sin necesidad de que la sentencia sea recurrida. Rige la prohibición de la *reformatio in peius*. (Art. 179 inc. 2º Constitución del Chubut)

[12] Carnelutti, siguiendo a Ferri, y concibiendo el delito como *enfermedad*, sostiene que el proceso abarca la ejecución de la sentencia. *"De aquí la singularísima paradoja de que la verdadera cognición del delito no se puede tener sino durante la expiación, cuando el juicio de congnición ya está agotado"*. En "*Contra la cosa Juzgada*", en la compilación "*Cuestiones sobre el Proceso Penal*", Ejea, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, p. 274 y ss.

[13] Arts. 435 y 436 Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal, Ley 2372.

[14] El Virreinato del Río de la Plata se creó recién en 1769. Buenos Aires dependía, anteriormente, de la Audiencia de Charcas, dependiente a su vez del Virreinato del Perú.

[15] Ver de la Puente, José, "*La Administración colonial*", en "*Historia Común de Iberoamérica*", Edaf, Madrid, 2000, p. 203 y ss.
[16] De La Puente, op. cit., p. 230.
[17] Proyectos de leyes de organización del jurado y de procedimiento federal encomendados a Florentino González y Victorino de la Plaza, y presentados en 1873.
[18] Ley 24.121 publicada el 8-09-1992.
[19] Comunicación N° 1007/2001, del 19 de septiembre de 2003.
[20] *"Casal Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa"*, CSJN, 20/09/05. Con limitaciones, claro está. ¿A qué me refiero? A que una gallina vieja no pone huevos todos los días: sólo los días que puede. Veamos. El fallo Casal presenta matices. Es la Jueza Higton de Nolasco es quien en su voto lleva la cuestión hasta el final: el recurso de casación no alcanza, hay que legislar un nuevo recurso. Claro que para esto hay que remozar todo el procedimiento, y la mayoría de la Corte no quiso llegar tan lejos. De modo que se conformó con mandar a los jueces el mensaje de que se revise todo aquello que pueda ser revisado: *máxima capacidad de rendimiento*, sobre la matriz del mismo recurso de casación. En un proceso escrito, con actas que no contienen la trascripción íntegra de los testimonios, y privados de medios de reproducción audiovisuales, claro que los jueces del recurso tienen una posibilidad de conocer muy inferior a los jueces del juicio. Este problema epistémico va de la mano del cambio de tecnología de los medios de registro y recuperación de información, por una parte, y de la tecnología del proceso en relación a la práctica de las destrezas de litigación en la sala, por el otro.
[21] Fallos *"Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado por ensañamiento"* CSJN, causa n° 21.923/02. 31 de agosto de 2010. S. 219. XLIV; *Kang Yang Soo*, CSJN, 15/05/07, Fallos 330:2265; y CNCP, 02/07/08. "*Garrafa"*, CSJN, Fallos 329:4688 (en elDial –AA3932)
[22] Pastor, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal*, Ad-Hoc, 2001; Pérez Galimberti, Alfredo, "*La Impugnación de la Sentencia Penal,e*n ¿Más Derecho?, Año 5, Agosto 2006. Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2006, p, 295 y ss.
[23] Saba, Roberto, "*Constituciones y Códigos. Un matrimonio difícil*" En "*Las decisiones constitucionales de Ulises. Acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional en Argentina"*, en AAVV, *Los límites de la democracia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
[24] CPP Nación, art. CPP Chubut, Art.
[25] Guerrero, Oscar Julián, *"El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso continental"*, Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de al UNAM, www.jurídicas.unam.mx
[26] Guerrero, op. cit. con referencia a Neppi Modona, Guido, *"Proceso accusatorio e tradizione giurídica continentali"*.
[27] *Green vs EE.UU*, 355 EE.UU 184 (1957) 355
[28] Sobre este particular, en especial el trabajo de Hendler, Edmundo, *Derecho Penal, y Derecho Procesal Penal de los EEUU",* Ad-Hoc, 1996, p. 218 y ss.
[29] Exchequer Rule (Inglaterra, 1800; EEUU 1900).
[30] En el caso *Chapman* (1967) sentó la doctrina del vicio invalidante. En *Arizona vs. Fulminante* (1991) se estableció que, aún en una confesión bajo coerción, se debía establecer que este error había tenido influencia sobre el veredicto del jurado.
[31] Estas acciones tuvieron acogida en al Constitución histórica de la Provincia del Chubut (1957) artículos 58 y 59 actuales.
[32] Hendler, op..cit, p. 222.
[33] "En principio, se puede afirmar que las determinaciones anteriores al veredicto final dan lugar a recursos de la parte acusadora, mientras que las sentencias definitivas sólo pueden ser apeladas por la defensa". Hendler, Edmundo, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ad-Hoc, 1996, p. 218.
[34] *Binding ruling*. Sobre el sentido de la expresión, *Black's Law Dictiorary*, West Group, St. Paul, 1999; una referencia en *Justice and the Law, Britan 1998, an offcial handbook*, Stationery Office, 1998, p. 101, con algunas hipótesis especiales es las que el Fiscal General puede cuestionar, si no la absolución, la imposición de *penas leves*, en caso de delitos cometidos contra niños, fraudes complejos, etc. Breve referencia en Anitua, Cappuccio y Zentner, *El sistema procesal de Inglaterra y Gales*, en AAVV, *Sistemas Procesales Penales Comparados*, Edmundo Hendler Director, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 326.
[35] Así el CPP Chubut, art. 370.

Procedimiento Contencioso Administrativo provincial y municipal*

Por Marta B. Zanco: Secretaria en Causas Originarias y en lo Contencioso Administrativo del Superior Tribunal de Justicia del Chubut.

Hace algunos años fui invitada a Comodoro Rivadavia por la UNPSJB, a dar una charla sobre esta misma materia.- Releyendo lo que allí decía, veo que poco puedo agregar a lo allí expuesto.- Sólo algunas modificaciones introducidas por la jurisprudencia.

Comenzaba destacando -y comienzo hoy- con que a la zaga de las Provincias Argentinas, el Chubut es la única que no cuenta con un Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo. Desde prácticamente los inicios del siglo pasado, muchas de aquéllas se preocuparon especialmente por encausar mediante un procedimiento especial el control judicial de la Administración Pública sancionando sus códigos específicos, la nuestra que ha quedado retrasada.

Mientras algunas ya han encarado y sancionado modificaciones en estas normas para ponerse "a tono" con la evolución de estos procedimientos, que marchan de la mano con la propia evolución del Derecho Administrativo en su esencia dinámico y mutable -y baste como ejemplo Buenos Aires, cuya primera normación sistematizada data de 1905- el Chubut está esperando la sanción de su primer Código.

En verdad, todo es discutible en materia de Derecho Administrativo y Procesal Administrativo, como bien lo exponen las numerosas opiniones discrepantes en distintos aspectos de la doctrina y jurisprudencia.

Lamentaba en esa oportunidad, y sigo lamentando, esta orfandad que no pocos problemas acarrea, ***especialmente en el contencioso provincial*** – en que es sujeto la Provincia o sus entes descentralizados y autárquicos que no cuenta con norma que no sea la de competencia otorgada al Superior Tribunal por Ley 37 –llevada al DJ como ***Ley V N° 3***- ya que ***para el municipal*** –esto es, cuando el sujeto es un municipio o alguno de sus entes, desde antiguo la Ley de Corporaciones Municipales, primero la N° 55, luego la 3098 que la copia textualmente 30 años después - hoy ***XVI N° 46***-, procura normas que se presentan incompletas, inconexas y obsoletas con las que las Cámaras de Apelaciones -competentes para entender en el proceso- suelen reñir para el conocimiento de las causas, y que demás está decir, lejos están de contemplar la totalidad de la materia contenciosa, y poseen un trámite más que inadecuado, el del Recurso Libre del CPCC, que prácticamente no puede seguirse. Esto a partir de la misma ***denominación*** que se utiliza - de "recursos"- cuando se trata, como varias veces lo ha fallado el Superior Tribunal de Justicia, de acciones o pretensiones. Denominación que deriva de partir de la concepción histórica, ya superada, de que el contencioso importa un limitado control por los jueces de los llamados "actos jurisdiccionales administrativos", operando como una suerte de alzada. No es así, pero el nombre dado, ha creado confusiones respecto del alcance de estas vías, en particular sobre la amplitud de control que posibilitan,

confundiéndose en muchos casos con los "recursos jurisdiccionales directos", en cuanto a formas, trámite y efectos.

Así es entonces que como particularidad, la Provincia del Chubut cuenta con dos vías procesales administrativas distintas, variando las mismas según sean los sujetos públicos y la competencia.

Dos vías con serios problemas: la una -la provincial- vacía de normas; la otra, la municipal, con reglas vetustas y confusas. Todo ello ha obligado al Superior Tribunal de Justicia -y también a las Cámaras de Apelaciones- a una labor esforzada de cobertura y hermenéutica, en la que -debe decirse- la doctrina y la jurisprudencia nacionales, dirigida a comentar la Ley Nacional N° 19549, que tampoco es Contencioso - Administrativa sino de procedimientos administrativos que contiene algunas reglas aplicables al contencioso –nada más-, no auxilia lo suficiente. No obstante, elabora conceptos y criterios, en los que el Tribunal y las Cámaras han tomado apoyatura.

Han debido hacerlo, pues más allá del vacío legal, ***el contencioso administrativo existe, y asume características propias, absolutamente distintas del proceso civil.*** Y lo han hecho procurando siempre respetar en lo posible el derecho a la jurisdicción, y la tutela judicial efectiva. Así es que se ha logrado -en el contencioso provincial- adherir con cierta libertad a las teorías más modernas en la materia, superando las esencialmente "revisoras" o de "juicio al acto" en las que sí se enrola el contencioso-municipal, en protección de no sólo los derechos subjetivos sino de intereses legítimos, admitiendo la litigiosidad no impugnativa, pretensiones éstas definidas por LUQUI como "aquéllas que tienen por objeto que se condene a la Administración a cumplir una obligación o un deber jurídico apoyado en la ilicitud de un comportamiento que no se manifestó en acto administrativo", o " a realizar una prestación, o a cumplir una obligación o un deber jurídico, o a no hacer algo para lo cual no se requiere la declaración de nulidad de un acto administrativo", o "que se efectúe una declaración de derecho respecto de una situación jurídica determinada" o –en la opinión del autor también "a resarcir daños y perjuicios provocados por su obrar ilícito" (Revisión Judicial de la Actividad Administrativa – Ed. Astrea - Tomo 2- pág. 10 y 24 a 26).

Esta peculiaridad -la diferencia entre contencioso provincial por una parte y municipal por la otra- me obliga a distinguir, cuando trate los distintos aspectos de esta materia, entre las reglas aplicables para cada uno, adelantando desde ya que en mi opinión esta diversidad de tratamiento importa una discriminación que perjudica a los sujetos que litigan en el contencioso-municipal, pues en orden a los institutos propios de este proceso, el que lleva al Superior Tribunal de Justicia se presenta más pleno, con amplia posibilidad de prueba y debate, con mayor amplitud de materia.

A fin de seguir un orden metodológico, me habré de referir primero a la materia contencioso administrativa, a las posibles pretensiones que se admiten el proceso que se sigue ante el STJ para luego entrar al análisis de los institutos procesales en cuanto fueren de interés.

La Materia Contencioso-Administrativa – los sujetos de proceso

Decimos que por este proceso especial, se encauza el control judicial de la Administración Pública. Esto parece simple, sin embargo no son pocos

los conflictos de competencia que se suscitan sobre el particular y el STJ debe resolver. La regla -desde ya jurisprudencialmente impuesta- es que ***la materia contencioso-administrativa se discierne por un criterio objetivo mas uno subjetivo.***

Según el ***objetivo***, toda situación jurídica que merece amparo judicial, regida por el Derecho Administrativo, o ***principalmente*** por el Derecho Administrativo, en que uno de los sujetos es el Estado - Provincial, Municipal, sus entes descentralizados y/o autárquicos, incluidos sus tres Poderes o Departamentos (Ejecutivo - Legislativo y Deliberativo- Judicial y de Faltas), los órganos de la Constitución o de las Cartas Orgánicas Municipales, que ha ejercido o debió ejercer en el caso función administrativa, es contencioso-administrativa. ***En otros términos, cuando la cuestión que se lleva a los estrados judiciales se rige principalmente por el Derecho Público Constitucional o Administrativo, y uno de los sujetos es el Estado en sus distintas formas de Organización que ha actuado, o debe actuar en función administrativa, esa cuestión es de materialidad contenciosa.***

Si el obrar o no obrar del Estado o sus funcionarios que origina la responsabilidad que se pretende hacer efectiva, es ajeno a la función administrativa, a su actuar como poder público, o se rige por normas de otra naturaleza, no hay materialidad contencioso-administrativa, y el juicio para hacerla efectiva será de otra índole.

Ahora bien -integrando el aspecto objetivo- debe recordarse que las situaciones jurídicas que presenta el Derecho Público, son clasificadas en ***derechos subjetivos, intereses legítimos individuales o colectivos, e intereses simples, cuestión ésta que se relaciona con la legitimación en este proceso***. Sólo las dos primeras son las que, en opinión de la moderna doctrina son merecedoras de amparo judicial. Que los derechos subjetivos -en el caso derechos subjetivos públicos administrativos- integran la materia contencioso administrativa, es la regla.

Pero respecto de intereses legítimos, la cuestión es distinta.- Aunque muchos códigos más antiguos sólo habilitan el debate de derechos subjetivos, hoy ya es indiscutible que los intereses legítimos deben ser tutelados, y la consagración de la misma ha merecido, respecto de algunos de ellos, protección constitucional en la reforma de 1994. Cito como ejemplo clásico los derivados del medio ambiente, pero además vienen ganándola otros relacionados con la salud, la educación, la seguridad, sean individuales o colectivos. Hoy se habla entonces de intereses tutelados por el orden jurídico para hacer referencia a los que merecen amparo judicial.

El contencioso provincial, acepta se litigue en pos de la protección de intereses legítimos. Ninguna norma lo limita. Y si bien pocos casos -como que no fueren los ambientales para los cuales se elige habitualmente la vía del amparo- se han presentado ante los estrados, ningún obstáculo existirá para que el Superior Tribunal admita la contienda.

En el orden municipal ello resulta más dudoso; las exigencias -por la redacción del art. 133 de Ley XVI N° 46, parecen conducir al constreñimiento a los derechos subjetivos violentados.- Sin embargo, algunas Cámaras de Apelaciones han interpretado con excelente criterio, "in dubio pro actione", que cumpliendo con la exigencia de producir un acto, esto es, en la medida en que medie respecto de la pretensión un pronunciamiento de la comuna dado frente a alguna petición del administrado, frente a alguna actividad o inactividad comunal que lesione intereses legítimos -o el silencio- no existe impedimento para su tratamiento.

Este punto de vista objetivo se completa con el concepto de ***"actividad" controlada***, lo que también está vinculado al carácter simplemente "revi-

sor", o bien de control más amplio, a una judiciabilidad completa o no de esta materia contenciosa.- Si alguna vez la misma se limitó a acciones -actividad positiva- del Estado que lesionara derechos (o intereses legítimos) de los administrados, hoy se ha extendido sin duda alguna a omisiones en las que incurre, violentando esas situaciones subjetivas normativamente creadas para con los administrados. Acciones y omisiones producidas -desde ya- en ejercicio de funciones administrativas.

Nuevamente las diferencias son evidentes entre el contencioso provincial y el municipal. En el primero, y pese a que la norma que acuerda competencia al STJ se ha referido a "las causas y recursos originados en decisiones de los poderes públicos provinciales...", al no existir regulados "requisitos" para el ejercicio de la pretensión en norma de procedimiento, ***las acciones contencioso-administrativas por omisión*** son posibles de ***admisión directa***, superándose el carácter "revisor" de la jurisdicción. El segundo -en tanto- limita la materia al obrar positivo dañoso, expresado por la vía formal de una decisión o declaración de voluntad, esto es, es, la jurisdicción es limitadamente "revisora".- No obstante también algunas Cámaras han admitido el control de inactividad, cuando se ha acudido primero a la vía de petición o reclamo, y "producido" de ese modo un acto negativo contra el cual es posible accionar.

Respecto del ***punto de vista subjetivo***, la cuestión parece clara: la presencia del Estado Provincial o Municipal, en sus distintas formas de organización, adicionado a las circunstancias objetivas descriptas, identifica el contencioso-administrativo. En el contencioso provincial, como demandado -que es la situación habitual- o bien como actor, pues los derechos subjetivos -traducidos para los órganos en potestades administrativas- pueden asistirle para exigir acciones u omisiones de los administrados, a más de la acción de lesividad, reconocida por la LPA para reclamar de la nulidad de sus propios actos. La distinción antes referida entre derechos subjetivos e intereses legítimos es inoficiosa en este caso. El estado ejerce sus potestades en razón del interés público, y se traducen en normas cuyo cumplimiento será el exigido. En el contencioso municipal la comuna podrá ser -indudablemente- demandada. Pero ¿puede ser actora? o ¿puede ejercer acción de lesividad?... Si nos atenemos a la letra de Ley XVI Nº 46 (3098) la respuesta a la primera pregunta parece negativa y por ende, es dudosa la contestación a la segunda. Dudosa porque dado que la acción de lesividad se dirige a reclamar de nulidad un acto administrativo, en principio ese reclamo podría deducirse que el mismo Municipio podría efectuarlo, pero el art. 133 (antes 128) inciso b), y las restantes reglas, no se compadecen con esa posibilidad...tampoco con la de exigir a los administrados el cumplimiento de obligaciones contraídas.- En materia de lesividad sin embargo, muchas Ordenanzas regulan un procedimiento administrativo tendiente a la declaración de ese estado, para –se dice- reclamar una posterior anulación judicial del acto, y aplicando las mismas, y si bien, insisto, la Ley no ha previsto este caso, algunas Cámaras de Apelaciones la han aceptado en virtud de aquéllas, incluyendo la reconvención por lesividad.- La Sala B de la Cámara de Trelew así lo ha hecho.

La posibilidad de ***Intervención de Terceros*** es ampliamente admitida en el contencioso-provincial, según las reglas del proceso civil. Inclusive, se destaca la figura del coadyuvante pergeñada para permitir la participación de aquéllos a quienes asistan intereses legítimos en la causa (en un caso en que se cuestionó una norma del estatuto del colegio de abogados, se admitió la intervención de éste como coadyuvante).- En principio, el tercero y el coadyuvante ***intervienen en el proceso en defensa del derecho de la parte a quien adhiere o coadyuva, pero también en interés y nombre propios,***

en razón de que el fallo por su eficacia refleja se hará sentir sobre su propio derecho o interés.

Si en el proceso civil, al tercero adherente la sentencia no lo afecta directamente, lo decidido en el fallo tendrá eficacia sobre su propia relación jurídica con la parte a la que adhirió, de tal suerte que no podrá discutir la cuestión en un proceso ulterior. Su participación impide que luego, ejerza en contra de esa parte la exceptio male gesti processus. En tanto en el proceso administrativo, se busca una participación más directa del tercero o del coadyuvante, a fin de que el fallo extienda sus efectos directos a la misma. La sentencia lo alcanzará, pero efectivamente, y él y contra él podrá ser ejecutada.

En el proceso contencioso administrativo es común la existencia de personas distintas a las partes, que tienen un interés legítimo calificado en el juicio, si no derechos subjetivos comprometidos. ***Una misma acción u omisión administrativa puede afectar de diversos modos derechos e intereses de los administrados.*** Uno de ellos puede accionar, pero el resultado de la sentencia puede alcanzar a otro u otros de modo distinto : con beneficio o perjuicio, en tanto fue destinatario de aquel quehacer controvertido. Por dar un ejemplo clásico, si un sujeto reclama de nulidad un acto de adjudicación de tierra fiscal, la acción debe dirigirla contra el Estado propietario de las tierras, autor del acto y por ende legitimado como demandado.- En estos casos la sentencia afectará sin duda alguna a la persona que fue adjudicataria, que ***debe ser traído al proceso... aunque nunca podría haber sido demandado***. En este caso el tercero posee una legitimación propia, que algunos autores califican como indirecta.

Ahora bien, dejando de lado la comprensible intervención voluntaria, la citación del coadyuvante, o del legitimado indirecto, puede operar a petición de la parte a quien coadyuva, caso en que esa intervención es obligada. Pero suele ocurrir lo contrario: que sea la parte contraria la que tiene interés en la citación para asegurar los efectos de la sentencia, o bien que negligentemente, ninguna de las partes solicite esa citación.- En estos casos es un deber del juez ordenarla de oficio integrando la litis.

Pese a la ausencia de normas específicas, el Superior Tribunal viene resolviendo estas situaciones aplicando el art. 90 de Ley XIII Nº 5, antes 89 CPCC. - esto es- trae al tercero al proceso como litis consorte obligado.- De este modo el fallo que se dicta, hace, respecto de esos terceros cosa juzgada.- La sentencia los alcanza al igual que si fueran las partes principales en el pleito, y asegura el cumplimiento inmediato -cuando es posible- de la decisión judicial.- Así, claro, en el contencioso-provincial.

Confieso ignorar de cómo se logra la intervención de terceros en el contencioso municipal, regulándose el procedimiento por las normas civiles del recurso libre, aunque si se de una demanda se trata, no creo que haya impedimento para aplicar las reglas de la primera instancia. No sé cómo proceden las Cámaras, estimo que así será, ya que no recuerdo ningún caso que haya llegado al Superior Tribunal en que se ventile esta cuestión.

Respecto de la materia contencioso-administrativa, muchos Códigos han estipulado precisamente los casos comprendidos y los excluidos en una enumeración nunca taxativa. En la Provincia, tanto en el contencioso provincial como en el municipal, puede decirse que integran claramente esta materia: la impugnación de actos administrativos de alcance particular o general, las relaciones creadas entre prestadores y usuarios de servicios públicos, entre personas públicas no estatales y particulares en tanto regidas por el Derecho Administrativo, las derivadas de contratos administrativos fueren actos separables o definitivos de la contratación, las creadas por las

normas tributarias, las de medio ambiente, las derivadas de la función de policía (Derecho Penal Administrativo), empleo público, las previsionales que alcanzan a los agentes públicos. Si alguna duda podría caber en el orden municipal, en particular respecto de las ***normas de carácter general*** frente a un interés legítimo, es decir antes de ser aplicadas particularmente (recuérdese que el art. 133 habla de resoluciones "consecuencia o no de una disposición de carácter general"- el criterio amplio y aceptable de las Cámaras ha superado la interpretación literal. Sólo habrá de obtenerse el acto, y si es desfavorable al administrado, podrá instar la revisión.

Cabe acotar que en el orden municipal, ante la mención del art. 134 (antes 129) inc. b) ***excluyendo de la revisión al acto "cuando no sea administrativo"***, o bien al definir la actividad estatal sujeta a al juicio contencioso como la "ejercida en función administrativa", incluso el art. antes comentado que parece descartar la revisión de normas generales, se creó la duda de si las ***Ordenanzas*** -emitidas por el Concejo Deliberante- a las que se les reconoce una sustancia legislativa, estaban comprendidas o no en la materialidad contenciosa, habiendo interpretado que sí lo están, la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia.- En sentido concordante el Código de la Pcia. de Buenos Aires, incluye específicamente a las ordenanzas entre los actos impugnables.

Se excluyen las ejecuciones fiscales, las relaciones regidas por el derecho laboral o común, los conflictos interadministrativos -ya que generalmente hay una legislación especial- y las vías de hecho administrativas que ventilan ante el juez ordinario.

La pretención Contencioso-Administrativa

Delimitada que fue la materia contencioso-administrativa, otras de las peculiaridades de este proceso es el tipo de pretensiones que pueden deducirse. La clasificación varía según los autores que se consulten, según el objeto que permite excitar la jurisdicción, o según la finalidad perseguida.-

Modernamente, y desde el punto de vista del objeto, se puede decir que hay dos tipos generales: ***impugnativas y no impugnativas***. Entre las primeras, diré por ahora, que en la variedad de clasificaciones dos tipos destacan: ***la pretensión de anulación*** o acción de nulidad - por las que se persigue esa declaración de un acto administrativo - y la de ***plena jurisdicción*** - por la que además de la nulidad, se requiere del Tribunal una condena restitutiva de restablecimiento de una relación jurídica vulnerada, y/o resarcimiento de los daños causados por el obrar administrativo.- Podría agregarse la de ***retardación***, cuando se procura la decisión del Tribunal ante el silencio administrativo. Las ***no impugnativas***, ya las definí antes, son casos de demandabilidad directa; se acude a juicio requiriendo la prestación, son por lo tanto siempre de jurisdicción plena.

En el contencioso provincial –ya lo indiqué antes, pero no es ocioso reiterarlo, luego explicaré porqué más ampliamente, son –como principio, salvo excepción legal, todas admisibles. Considerada según sus efectos, la pretensión puede ser declarativa, o de condena, y esta última constitutiva o restitutiva, imponiendo obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer, siempre que la materialidad sea contenciosa, con el Estado como sujeto activo o pasivo de la misma, incluida la Lesividad que puede plantear la Provincia o el Fiscal de Estado a título propio. El planteamiento de las pretensiones de retardación y lesividad, debe necesariamente relacionarse con las previsiones contenidas en la Ley de Procedimientos Administrativos.-

No puede ser así en el contencioso municipal.- Las pretensiones sólo pueden ser impugnativas. El sistema revisor al que adhiere exige un acto

administrativo definitivo. Contra él procede, sin dudas, la de anulación y la de plena jurisdicción es admisible en la medida en que la resolución "prelable" incluya una decisión antes requerida en la sede administrativa de restitución o resarcimiento. De este modo, la plena jurisdicción está acotada.- No hay demandabilidad directa.- El acto previo se erige en requisito insalvable de la pretensión, sea expreso o presunto (éste el derivado del silencio).

Ni en el contencioso provincial ni en el municipal, la pretensión incluye las llamadas "vías de hecho". Las acciones materiales groseramente irregulares del Estado o sus funcionarios dañosas para los administrados, groseramente contrarias al orden jurídico, podrán ser objeto de la vía del amparo, si se procurase su cese, o de la acción civil, si se quiere hacer efectiva la responsabilidad aquiliana. Así porque por estar fuera del orden jurídico, no se rige la cuestión por el Derecho Administrativo.

PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN

Establecida la materia, determinados los sujetos, aclaradas las pretensiones deducibles, hemos llegado a la cuestión que más problemas suscita en el procedimiento contencioso administrativo: los peculiares requisitos de admisibilidad de estas acciones, que necesariamente deben cumplirse para obtener la iniciación y posterior desarrollo del proceso, presupuestos procesales o exigencias de procedibilidad o recaudos de admisibilidad, todos ellos engloban bajo la nominación general de ***"habilitación de la instancia contencioso- administrativa".*** Ellos se suman a los exigibles para el proceso civil, entre ellos la legitimación.

Por despejar, me referirá primero a esta última, con la que no pocas dificultades tiene el foro. No tanto la activa, pues la conexión con el derecho de fondo de quien acciona suele ser más clara, sino con la pasiva, en particular en el contencioso-provincial.

Por su vinculación con el derecho sustancial, ***la legitimación debe ser analizada en cada caso, según la relación o situación jurídica en conflicto*** y accede al órgano público emisor del acto si lo hubiere, u ***obligado a la acción*** -la actividad, el quehacer- que conforma la pretensión, ***en tanto tuviere otorgada por la Ley personalidad jurídica para estar en juicio***.

Esa personalidad la tienen el Estado Provincial –incluidos sus tres Poderes- y sus órganos autárquicos (es una nota de la autarquía).- De ningún modo las dependencias estatales a quienes la Ley no la ha especialmente otorgado. Es común en nuestros estrados, que se demande a órganos sin personalidad: llámese –por ejemplificar – Poder Legislativo, Poder Judicial o STJ, Secretaría de... o Ministerio de… Educación, Salud, o Policía de la Provincia, o incluso órganos descentralizados o interpoderes como el Tribunal de Cuentas, el Consejo de la Magistratura, el Tribunal de Enjuiciamiento, que carecen de aquélla. O, en el orden municipal, al Concejo Deliberante, o Juez de Faltas, u otras dependencias comunales.-

Cuando la ley no ha atribuido personalidad al órgano para estar en juicio, éste "integra" la propia del Estado y la demanda debe dirigirse contra la Provincia del Chubut, así como el representante procesal por imperio constitucional lo será el Fiscal de Estado.

Por otra parte, la acción debe dirigirse contra la persona jurídica de Derecho Público a quien las normas -la Constitución o las Leyes- le impongan la obligación cuyo cumplimiento se demanda. No porque el Ejecutivo haya resuelto un Recurso Jerárquico impropio, esto es, de aquéllos que se instauran contra decisiones de entes con personalidad propia, debe ser la Provincia la demandada. La legitimación vincula a quien acciona con

la sustancia de la obligación requerida, y por ende, con el legalmente obligado.

Cuando el Estado es actor, el demandado será la persona natural o jurídica obligada al cumplimiento del objeto demandado.- Y, en la Acción de Lesividad, el legitimado pasivo será el titular del derecho subjetivo derivado del acto que se dice nulo; ***si la ejerciera el Fiscal de Estado, además del titular del derecho, la persona jurídica de la cual depende el órgano emisor, siempre que la lesividad se intentara contra reglamentos o actos de alcance general (Provincia –ente autárquico o descentralizado)***.

Este requisito de legitimación -al igual que en el proceso civil- ***es apreciable de oficio***; de advertirse durante el proceso puede declararse en cualquier estado, o bien en el fallo definitivo.- Puede oponerse en el juicio por las partes, como ***excepción o como defensa de fondo***.- Aún en este caso, el Superior Tribunal dispone un traslado y de ser manifiesta, la resuelve en ese momento, difiriéndola en caso contrario, para la sentencia definitiva.

No difiere la situación en el contencioso municipal. Aunque no prevista en el trámite del recurso libre que es el que la Ley impone -lo cual es natural- la falta de legitimación (activa o pasiva) puede oponerla el Municipio al contestar demanda (como autor del acto cuestionado). Ninguna norma obsta a que las Cámaras la resuelvan de oficio, por vía del trámite de la excepción o en el fallo definitivo.

LA APTITUD JURISDICCIONAL

Trato ésta primero, por ser un requisito no escrito de procedibilidad de la pretensión contencioso-administrativa de plena jurisdicción, en la que se reclama una prestación de condena, en lo general el resarcimiento de daños, vinculadas con la nulidad de un acto administrativo.

A resultas de los principios de la división de poderes, y de presunción de legitimidad de los actos administrativos, se ha considerado por la jurisprudencia de la CSJN y de los tribunales especializados- a la que el Superior Tribunal adhiere- que para habilitar el conocimiento mismo de la pretensión resarcitoria - esto es la jurisdicción- ***es imprescindible que la parte solicite expresamente la declaración de nulidad del acto, porque esta declaración es la que hará surgir la responsabilidad del Estado por el acto supuestamente ilícito emitido.*** Si no hay solicitud de parte, el tribunal no puede expedirse de oficio sin violentar ambos principios señalados.- A esta opinión, esbozada por la Corte en el caso "Los Lagos..." Fallos 190:142, reiterada y mantenida han adherido la mayoría de las cortes provinciales -excepto, en lo que es de mi conocimiento, la de Río Negro. Y por ende, subsistiendo el acto presumido legítimo, no tratará el reclamo de resarcimiento.

Lo cual es sumamente grave cuando median plazos de caducidad –otro de los requisitos a que luego referiré- para impetrar la nulidad.- Gravosidad morigerada en el contencioso municipal de esta Provincia por el "derecho de opción", previsto por el art. 136 (antes 131) de la Ley XVI Nº 46, al que también luego aludiré.

Esto es un requisito necesario para la viabilidad de la pretensión condenatoria, la previa o coetánea de declaración de la nulidad del acto. En caso contrario, el tribunal puede declarar su falta de jurisdicción, fuere a solicitud de parte o de oficio. In límine, como resultado de un trámite de oposición o en la sentencia definitiva si no es advertida antes.

De conformidad con lo dicho, la falta de jurisdicción puede ser opuesta por el Estado como defensa de previo pronunciamiento -aún cuando no esté expresamente prevista como excepción en CPCC- la que se resuelve en el

contencioso provincial con un traslado a la contraria, previo dictamen del Procurador General.

A fin de forzar su tratamiento, los Estado Municipales suelen plantearla como una forma de falta de legitimación por inhabilitación de la instancia, en tanto las Cámaras de Apelaciones que se constriñen más al proceso civil. Pero lo cierto, es que no debieran exigirse fórmulas específicas, ya que en todo caso, si falta la solicitud de declaración de nulidad del acto que obsta al tratamiento del fondo propuesto, la demanda es improponible y conviene evitar el desarrollo del proceso declarándola desde el inicio.

Como era de esperarse, si la misma es declarada -fuere al comenzar la causa o en la sentencia- no mediando pronunciamiento de fondo, la decisión no hace cosa juzgada, y la pretensión puede ser reintentada.- Aunque debe aclararse que -en tanto fue inoficiosa- la interposición no interrumpe los plazos ni de caducidad (en particular para el contencioso municipal que se verá lo contempla) ni de prescripción.

Esta situación descripta, remite a su vez a discernir cuándo la exigencia de solicitar la nulidad del acto -omitida- determinará la falta de jurisdicción. Y si bien parece simple decir "cuando la nulidad del acto sea presupuesto de la condena pretendida", frente al caso particular pueden surgir dudas.

De allí que la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia tenga dicho, que ésta es definitiva una cuestión de hecho que debe discernirse en cada caso, sin perjuicio de lo cual pueden ensayarse algunas reglas.- Así, si se trata de pretensiones impugnatorias de decisiones administrativas perjudiciales "per se" (vg. la cesantía de un empleado público, la rescisión de un contrato), normalmente la validez del acto impedirá todo pronunciamiento sobre restituciones o resarcimientos. Idem, en el contencioso provincial, si de impugnar el rechazo de alguna reclamación se trata.- Pero en este caso habrá de distinguirse si el acto decisorio de la reclamación está vinculado a otros precedentes asumiendo respecto de ellos simplemente carácter accesorio o suplementario, sea porque se trata de la reiteración de otros anteriores relacionados (que no debieron atacarse de nulos) , o por el contrario aparece discordante con ellos y el control judicial se aplica a esa discordancia.- Siempre habrá de verificarse, que el acto constituya un escollo para admitir la pretensión de fondo por la modificación que imprima a la situación jurídica en que se encuentran las partes en cualquiera de sus elementos, sean esenciales o modales, o la sentencia pueda llegar a resolver de modo disímil o contrario a lo inicialmente resuelto por la Administración.

Aunque parezca ocioso decirlo, en el contencioso municipal -revisor, de "juicio al acto"- a veces se lo critica, controvierte, se dice que es arbitrario, ilegal, pero…no se requiere expresamente del Tribunal la declaración de su nulidad.

En este marco antedicho, no es necesario -por ejemplo- atacar los actos que rechazan recursos, basta hacerlo con el que fue recurrido, salvo que aporten fundamentos distintos a éste. Pero sí lo es cuestionar un acto administrativo de alcance general, cuando otro de efecto particular –que se dice nulo- se limitó a aplicarlo, porque en este caso, el que causa perjuicio, a más del individual, es el general en el cual apoya.

Lo expuesto debe ser tenido en cuenta por el foro, pues es aplicable al contencioso provincial y también al Municipal, y ha ocurrido que se acude al proceso en razón del perjuicio que causa un acto administrativo, -e insisto- se lo critica, controvierte, pero no se solicita su declaración de nulidad, o bien no se ataca el reglamento o la ordenanza en que se funda.

En orden a lo que vengo diciendo, la nulidad de un acto municipal acto debe ser solicitada, aún en los casos en que por la vía del art. 136 de la Ley

XVI N° 46, se ejerza la opción de acudir a la vía ordinaria.- La aptitud jurisdiccional en el caso que se comenta, se aplica tanto al juez civil como al contencioso.

Debo añadir aquí, que bien puede ocurrir que en los casos en que se acciona por retardación -sea en el orden provincial o municipal (es decir, frente al silencio administrativo), ante la norma que determina que ello no excusa a la Administración de pronunciarse, ***puede ésta emitir un acto lesivo mientras el proceso está tramitando***. Si se intentó un recurso, rechazarlo con nuevos argumentos, si fue una reclamación desestimarla exponiendo argumentos.

Ninguna norma ha previsto esta situación –sí lo hacen algunos Códigos en lo contencioso- mas puede hacerse como hecho nuevo si la oportunidad procesal lo permite. Pasado ese momento, siendo que producido el acto se presume legítimo, las partes deben llevarlo al proceso aún por un simple "manifiesta" para permitir que sea considerado en el fallo definitivo en el marco del art.165 inc. 6 de Ley XIII N° 5 (antes 163 CPCC).- El órgano público, por un principio de lealtad procesal y buena fe con la contraria y con el tribunal e inclusive el propio interés, ya que expone la voluntad administrativa; el administrado, también por lealtad y buena fe con Tribunal que podría resolver en desconocimiento del acto, a más también del propio interés, pues debe atacarlo de nulidad también.- Si la cuestión le fue retaceada al tribunal, puede el Estado oponerle el acto cuando pretenda ejecutar el fallo si le fuera favorable… y originarse un nuevo juicio.

Idéntica la situación, cuando se hubiera emitido una norma de carácter general susceptible de modificar la situación en debate.

Ello, aún cuando el expediente tuviera llamamiento de autos para sentencia y sorteo. En todo caso, no existiendo normación, el Tribunal habrá de decidir el curso a seguir.

El agotamiento de la vía administrativa y la reclamación previa

Este requisito -que tiene tantos detractores como defensores- es una exigencia de procedibilidad consignada unívocamente por los Códigos específicos en lo contencioso-administrativo. Muchas voces se alzan actualmente en contra de este presupuesto, afirmando su inconstitucionalidad ante la incorporación a la Constitución Nacional de los Pactos Internacionales; mas la CSJN aún no ha hecho eco.

Al contrario, a partir de la sanción de la Ley Nº 25344, que reforma la Nº 19549 -más moderada y que admitía estimar casuísticamente que se trataba de un "ritualismo inútil"- y la exige en todos los casos, la Corte en su actual integración ha insistido en la necesidad de su cumplimiento, y hasta en su verificación aún de oficio.- Pese a ello, las Cámaras Federales en lo contencioso-administrativo insisten en la posibilidad de examinar su utilidad, de determinar si se trata de un "ritualismo inútil" (Plenario Córdoba del 18/5/2011), pese y en contra de la exigencia legal.

Me he referido a "agotamiento de la vía administrativa" y "reclamación previa" porque se trata de conceptos distintos, resultado de las vías que se transitan en el procedimiento administrativo previo al juicio, y de las exigencias previstas por el procedimiento contencioso-administrativo. En aquél, hay dos posibles: la recursiva y la reclamatoria. La primera, supone que ha mediado una decisión formal de la Administración, cuya revocación, anulación o modificación se desea obtener, contra la cual las leyes de procedimientos han previsto recursos; la interposición de esos recursos pro-

duce el "agotamiento" de la vía administrativa, y el acto que los resuelve se dice que "causa estado". Si el "agotamiento" fuera exigible, y no se interpusieron los recursos, el acto se considera "consentido" y no puede ser atacado judicialmente. Cuando en cambio, no hay acto formal, no hay declaración de voluntad administrativa sobre la cuestión que vulnera los derechos de los administrados, y debe instarse para obtener ese pronunciamiento, ésta es la "reclamación previa", y su resolución también "causa estado", pues contra ella -según contundente jurisprudencia de la Corte- no es necesario interponer recursos.

Para el acceso a la instancia judicial contencioso administrativa pueden ser exigibles, según el caso, uno (agotamiento) u otra (reclamación previa), según el ordenamiento jurídico que se trate. Si ese acceso a la instancia judicial exige agotamiento de la vía administrativa, éste quedará producido con la interposición del recurso previsto, una vez resuelto o por retardación por efecto del silencio en el plazo que se haya estipulado. En los mismos supuestos en el caso de que sea exigible reclamación previa.

Aplicado al contencioso provincial, atenta la orfandad de código ya citada al comenzar- la interpretación del Superior Tribunal de Justicia, beneficiando el derecho a la jurisdicción, y "pro actione", ha sido la de establecer como regla general que ***ni el agotamiento de la vía administrativa, ni la reclamación previa son exigibles, salvo que una norma especial aplicable a la relación jurídica sustancial así lo exija.***

Puede ***acudirse a la justicia sin haber transitado la sede administrativa***, en demandabilidad directa no impugnativa, salvo que alguna norma lo exija especialmente.

Puede también ***acudirse voluntariamente*** a la vía administrativa aunque no sea exigible por reclamación o recurso.- Si así fue, puede abandonarla sin esperar la decisión o la retardación, pero para ello, deberá desistir primero de la impugnación administrativa, ***pues no pueden mantenerse vías paralelas***.

No ocurre lo mismo en el orden municipal, esencialmente revisor, que requiere el acudimiento previo a la sede administrativa exigiendo su agotamiento –si hay acto- o reclamación, si no lo hay.- El recurso o la reclamación son imprescindibles, así se obtiene el acto que "causa estado" sujeto a la revisión judicial.- Sólo en el caso en que el municipio no emita decisión en el tiempo previsto, queda habilitada la vía judicial.

Tal la situación, la que por simple no merece mayor comentario.

Despego todo esto dicho de la exigencia de reclamación previa para acudir a la vía ordinaria civil en contra de la Provincia -el famoso, remanido y manoseado art. 138 del Dto.Ley 920 (hoy 136 de Ley I Nº 18) porque se aplica a cuestiones regidas por el derecho común, y no por el Derecho Administrativo.

Los plazos de caducidad

Son otro requisito presente en toda codificación procesal administrativa. Bajo el justificativo de que en el obrar administrativo se encuentra involucrado el interés público, de que los actos administrativos son ejecutivos y ejecutorios, y su eficacia requiere de celeridad en la acción, éste es uno de los principales valladares que se erige para limitar el control judicial, interfiriendo con la prescripción. Transcurrido el plazo, pese a la pendencia de los de prescripción, el interesado que los deja transcurrir habrá perdido su acción, y con ella toda posibilidad de obtener resarcimiento por actos

ilícitos del Estado. Así es hasta tal punto que algunos códigos, directamente hablan de prescripción (vg. Formosa).

Presentado así que es este discutido recaudo, en el contencioso provincial –como regla- no existe tal problema. Ningún plazo de caducidad se alza para importunar la instauración del juicio, al menos en Ley I Nº 18.

En el orden municipal, la Ley XVI Nº 46 ha previsto un plazo de caducidad de 15 días, y si se trata de retardación, 15 días de vencidos los 30 con que cuentan los municipios para expedirse. No conozco antecedentes de un plazo tan exiguo. Sin embargo, la posibilidad que se dado en derivar del art. 136, de acudir por opción al juez ordinario, suele salvar ese escollo en los casos de las en que del acto resultaron daños.

Aunque jurídicamente inadecuada, en tanto da por tierra con la especialidad de la materia, las acciones, el procedimiento abreviado y el propio fuero especial, la palabra "opción" está presente y algún sentido debió darle el Superior Tribunal de Justicia, que lo hizo en beneficio de los administrados.

Diré entonces que -ante la "opción" y por suerte para el ciudadano aunque no para el municipio- el afectado puede acudir a la vía ordinaria, pedir la nulidad del acto y los daños consecuentes, dentro del plazo de prescripción. Pero - y así lo ha resuelto el Superior Tribunal- ***esa opción no existe si lo único pretendido es una declaración de nulidad***...porque en ese caso no se justifica ni puede admitirse la extensión de competencia del juez civil. El administrado debe -de no acudir en término- deducir un daño efectivo; solamente en estre caso tendrá expedita la opción procurando el resarcimiento.

Declaración de inadmisibilidad

Respecto de los dos últimos recaudos, mucho se ha discutido si pueden o deben ser examinados de oficio o sólo procede la verificación a petición de parte.

Durante largo tiempo la CSJN, los entendió disponibles por el Estado, y las Cámaras eran oscilantes.- Algunas Salas adherían al criterio de la Corte, otras no. Así hasta que un plenario de éstas primero (Romero del 15/4/99), y luego la propia Corte, encausó la jurisprudencia hacia el control de oficio. Lo cual se consolidó -así lo dice la Corte en su actual integración- con la Ley N° 25344 que reformó la N° 19549.

El Superior Tribunal de Justicia participó siempre del criterio de que los recaudos de admisibilidad debían ser examinados de oficio.

En el contencioso provincial lo hace con la legitimación y la jurisdicción, y con los restantes (caducidad, previo agotamiento de vía o reclamación) cuando hay una norma que los exige. En el contencioso municipal, estima que así debe procederse respecto de todos los previstos.

En ambos casos, si fueran advertidos, en la oportunidad que fija el art. 340 de Ley XIII N° 5 (antes 377 CPCC), esto es "in límine litis", o a raíz de la oposición de la demandada si la planteara, o -eventualmente- en la sentencia definitiva, pues en consideración casi unívoca de los procesalistas –no exclusivo del juicio contencioso, sino también del civil- el principio dice que la ausencia de requisitos de admisibilidad excluye la posibilidad de examinar los de fundabilidad de la pretensión, y por ende de dictar una sentencia de fondo.

Otros

Alguna materia de índole contencioso administrativa es objeto de

regulaciones especiales, y en estos casos, ha de atenderse a los recaudos propios insertos en el ordenamiento que se trate. La materia fiscal es el ejemplo más clásico, siendo común que las leyes impongan como recaudo de procedibilidad de las acciones el ***solve et repite***. Este requisito figura en el Código Fiscal de la Provincia, pero ***no es suficiente que lo impongan las Ordenanzas Tributarias Municipales, como lo hacen***. Porque el Tribunal ha fallado que la autonomía municipal no comprende la potestad de regular la competencia de los tribunales, ni de estipular los requisitos de admisión de las acciones judiciales. Pueden reglar sus procedimientos administrativos, pero en lo contencioso-administrativo, la facultad accede al Poder Legislativo de la Provincia. Es ilustrativa al respecto la Sentencia Definitiva N° 28/ SRE/04.

Las medidas cautelares

En ambos procedimientos asimismo, la tutela judicial preventiva se rige por las normas generales del CPCC. Si bien no parece propia de adoptarse en el marco del Recurso Libre -al que remite la Ley XVI N° 46, las Cámaras de Apelaciones con excelente criterio, resuelven las cautelas que se solicitan al impetrarse estos remedios, aplicando las normas de la primera instancia.

Particularmente, la suspensión de la ejecutividad del acto, se encausa como medida innovativa; y también se admiten otras que en la amplitud del contencioso provincial, no tanto en el municipal, podrían darse, incluyendo, según el marco de la pretensión, podrían en éste hasta ordenarse medidas positivas de hacer, o bien de abstenerse de hacer, siguiendo las pautas marcadas por la jurisprudencia y la doctrina. Ello, pese al ***criterio restrictivo*** con que históricamente vienen receptándose las medidas que afectan de un modo u otro la actividad del Estado.

Que se encuentra comprometido el interés público, que la presunción de legitimidad de los actos -que no decir de leyes u ordenanzas- que la concepción del Estado "solvente", dificultan notoriamente las decisiones en pos de una efectiva cautela, es cierto.- Sin embargo, al menos el Superior Tribunal de Justicia trata de conciliar este criterio restrictivo con el derecho a una tutela judicial efectiva de raigambre constitucional, y trata casuísticamente su procedencia, atendiendo a los factores que en cada caso determinen el aseguramiento de la efectividad del fallo que se vaya a dictar.- Tiende así a superar estos criterios rígidos, y en tanto el caso concreto lo amerite, el Tribunal ha sabido suspender la ejecutividad de leyes, decretos, actos y hasta ordenando medidas de acción tendientes a preservar el aseguramiento del derecho que eventualmente reconozca la sentencia.

Los recaudos exigidos para su procedencia son los generales: verosimilitud del derecho, peligro en la demora, aplicando el criterio de que a mayor peligro menor exigencia en la verosimilitud y viceversa, difícil reparabilidad del perjuicio, y contracautela, que según el caso será caución personal, o bien real. Así en el contencioso provincial, y tengo entendido que semejantes criterios -aunque no con la misma amplitud en tanto la pretensión se limita a la revisión de actos- se aplican en el municipal.

El ***procedimiento*** es el del CPCC - esto es, ***se imponen inaudita parte***- pese a que no es éste el tratamiento uniforme en los Códigos específicos existentes ya que algunos prevén una sustanciación previa a criterio judicial.- También las reglas sobre modificación, sustitución y levantamiento son las impuestas por el CPCC.

Si bien sería admisible la cautela autónoma, es raro que -al menos en el orden provincial se acuda a ellas. Y en cuanto a las ***medidas autosatisfactivas***

-que ningún Código tiene previstas- en el marco del contencioso administrativo merecen un párrafo aparte.

Si la restrictividad es desde ya característica propia de la cautela contra actos de los poderes públicos, qué no decir de las autosatisfactivas teniendo en cuenta los axiomas de la división de poderes y la presunción de legitimidad de los actos administrativos.- En este orden el Tribunal ha prevenido su carácter ***excepcionalísimo***, aconsejando ***evitar su uso imprudente***, que puede desembocar en el gobierno de los jueces, exigiendo ***extremar el celo por el cumplimiento de los requisitos*** de procedencia, que se trate de una ***antijuridicidad manifiesta***, que el Tribunal debe formar un ***grado de certeza suficiente sobre los antecedentes fácticos y jurídicos*** que la justifican - ***fuerte probabilidad de que le asista razón al ocurrente - manifiesta arbitrariedad e ilegitimidad, verdadera urgencia,*** es decir, algo más que "peligro" en la demora, ***daño grave e irreparable*** . Si se verifica la casuística existente puede deducirse, que su otorgamiento -en la generalidad- es harto limitado, y por cierto también acotado al caso, por lo que salvo estas reglas generales enunciadas, nada puede agregarse.

El procedimiento

En el contencioso-provincial, el STJ imprime el procedimiento del juicio ordinario civil. La Ley Nº XVI N° 46, el previsto para el Recurso Libre, que con excelente disposición las Cámaras de Apelaciones han convertido prácticamente en un juicio sumario, morigerando las restricciones propias de una segunda instancia judicial en materia probatoria, en pos de otorgar el control judicial suficiente de la actividad administrativa que inveterada doctrina de la Corte exige para validar las decisiones administrativas, muy particularmente cuando éste ejerce funciones de las llamadas "jurisdiccionales".

Inclusive algunas de ellas desarrollan una etapa preliminar de admisibilidad, para evitar sorpresas a las partes en la decisión definitiva. Loable ha sido en verdad en los últimos tiempos la labor en este aspecto de las Cámaras, y debe ser destacada.

Las situaciones procesales, ante esta estas directivas, no merecen mayores comentarios. El proceso se desarrolla con demanda, contestación, reconvención, excepciones -las que se originan falta de jurisdicción o de habilitación de instancia son sustanciadas como tales y en tanto no previstas no se limita el plazo para su presentación, lo que puede hacerse hasta la contestación- prueba, sentencia, y demás actos procesales.

Especialmente en el contencioso-provincial, no puede haber estupores normativos. Aunque sí los hay en los hechos.

Así, las demandas que recibimos no se atienen a las reglas del juicio ordinario. El foro aplica el sumario.- Y así es que ofrece toda la prueba al demandar, cuando el juicio ordinario tiene previstas distintas oportunidades para ello: con la demanda la documental, el resto en la etapa de ofrecimiento prevista. "Ofrézcase en la etapa procesal oportuna" es el proveído común para la prematuramente ofertada. A veces, el letrado olvida que en esa etapa debe reiterarla, y la pierde.

La demanda además no debe perder de vista que se aplica a función administrativa: por acción presuntamente ilícita y por ende nula, si no daños resultantes, o por omisión. ***Si se ataca de nulidad un acto, no basta decir es nulo, ni basta desarrollar los hechos. Deben indicarse y fundarse los vicios de los que adolece para ser tal,*** con relación a los hechos, so riesgo de ser rechazada "in límine". Si se trata de ***omisiones, deben identificarse***

las normas que imponen la obligación de actuar para calificarla de ilícita. La mayoría de las demandas son defectuosas en este sentido.

Debe recordarse además, que si la demandada es la Provincia, las ***copias para traslado*** son de doble juego: para el Gobernador y el Fiscal, porque así lo exige el Código (art. 344 Ley XIII Nº V, antes 341). Es constante la omisión de un juego de copias.

Con respecto a la ***prueba***, el principio es de amplitud, y son admisibles todo tipo de medidas, hayan sido ofrecidas o no en el ámbito administrativo, ya que mas allá de que la reclamación previa no se exija, quien acciona pudo haber acudido antes voluntariamente a la vía administrativa por recurso o reclamación.

En el contencioso-municipal, la mayoría de las Cámaras han receptado el mismo criterio. Sin embargo otras, limitan su producción a las denegadas en la sede administrativa como lo expresa el Código para el Recurso Libre, que en definitiva es el procedimiento previsto. En tal caso, si la prueba no se ofreció en el escrito por el que se recurrió o reclamó en la sede administrativa. no hay prueba posible, y la parte cargará con el riesgo de no haber aportado u ofrecido allí la que hace a su derecho. Es preferible cubrir toda contingencia.

Otras circunstancias merecedoras de análisis se producen con los ***medios probatorios***.

La ***documental se entrega sin autenticar***. Si se trata de actuaciones administrativas, incluyendo normas a veces no publicadas completas en el Boletín Oficial, aún cuando la Provincia o la Municipalidad no las desconozca -que suele hacerlo- ***no hacen fe por sí mismas***; son apografías sin valor. Y no siempre se solicita que la contraria acerque originales o copias legalizadas, o se ofrece una subsidiaria de reconocimiento, si se trata notas, actas u otro tipo de obrados. Si se trata de otro tipo de documentos, no atribuidos a la contraria, igualmente deben hacer fe; ninguna fotocopia simple puede acreditar hechos o actos.

Suele ofrecerse -casi es una constante- la ***confesional*** del Sr. Gobernador o del Intendente, que en la práctica es inútil.- No sólo porque los funcionarios cambian y el que dictó el Decreto o la Resolución ya no ocupa la función cuando absuelve posiciones, sino porque ellas son de respuesta "preparada" por los representantes procesales en el juicio. Llámese Fiscal de Estado, o Asesor Municipal, nadie puede ignorar que ellos proyectan la respuesta que firmará el absolvente. A qué perder tiempo con este tipo de prueba.

Ha de tenerse presente asimismo, que en tanto se apliquen normas de responsabilidad civil, esto es, en las acciones de plena jurisdicción en las que se reclaman daños, y son de ***condena***, es necesario acreditar especialmente no sólo el ***"debeatur"***, sino el ***"quantum debeatur"***.- Cuando se trata de daño material por salarios no percibidos, como en el caso de cesantía de agentes públicos, diferencias salariales por cargos reclamados, tales los más comunes, deben probarse.- Y la forma de hacerlo es la ***pericia contable***, con la debida intervención de la demandada. Si bien el Tribunal – especialmente en casos previsionales- ha admitido que probado el derecho, y deducida la existencia de daño, el monto se establezca en la etapa de ejecución, ***también ha prevenido de lo antes dicho y no ha faltado el caso en que, considerando la pericia imprescindible para probar el ilícito mismo denunciado, o el daño que se dice haber sufrido, ha rechazado demandas aplicando la carga de la prueba.*** Contando con una pericia clara por otra parte, la condena -si se produjere- se incluye en el fallo definitivo y favorece su cumplimiento. Porque si se difiere para la próxima etapa, ya no cabe la designación de peritos y la parte vencedora debe asumir la carga de la liquidación, que es de su inerés, no siempre fácil, máxime cuando suele

haber adicionales variables (vg. presentismo, fondos estímulos, plus por función, etc.). Incluso, ***es necesaria para fijar los honorarios*** de cuyo monto el Tribunal debe tener idea para aplicar los porcentuales. Si no la tiene, y como está obligado por Ley a regular sin poder diferir, probablemente aplicará el mínimo, lo cual perjudica notoriamente al abogado.

Los alegatos, en ningún juicio pueden modificar la demanda, y sin embargo, suele ocurrir que en estos procesos, se procura "contestar la contestación", o ampliar aquélla, cuando deben limitarse al mérito de la prueba.

En el ***contencioso municipal*** a su vez, se han dado algunos entredichos.

La demanda, el escrito de interposición del mal llamado "recurso". ¿***Dónde*** se interpone...? ante el Municipio? Si es así ¿debe concederlo o simplemente remitirlo? ¿O no es así y pueden o deben interponerse ante las propias Cámaras?...

No poca discusión se ha generado por esta causa, hasta tal punto que algunos abogados han optado por hacerlo de las dos formas… simultáneamente, para no perder la vía.

El STJ ha resuelto con lógica: ante la imprevisión legal, si de demanda se trata...debe intentarse ante el Tribunal. Ninguna acción contenciosa se impetra en la sede administrativa. Pero, ha sugerido, ya que la falta de regulación crea dudas, que se adopte un criterio no tan rígido, indicando que las cámaras deben aceptar ambas posibilidades, computando siempre el ***plazo*** de caducidad en días hábiles judiciales excluyendo las ferias.

Finalmente, dictado el fallo, los ***Recursos*** que contra ella proceden son, en el contencioso provincial -de instancia única- el Extraordinario Federal para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La sentencia de las Cámaras en el contencioso-municipal, puede ser objeto de apelación y nulidad ante el Superior Tribunal de Justicia, según lo prevé el art. 138 de Ley XVI Nº 46 (antes 133 de Ley 3098) aunque insistentemente los letrados fundan en el art. 257 (antes 254 CPCC) la Apelación Ordinaria en Tercera Instancia, y el Superior aplica, también insistentemente para no perjudicar a la parte, la teoría del Recurso Indiferente.

El citado art. 138 dice que este recurso será sustanciado por las disposiciones del CPCC.- El problema es ¿cuáles?, porque si ya el proceso tramitó por el Recurso Libre ¿serán las normas propias del de relación? O desde que se trata el competente para entender del STJ ¿será por el recurso de Apelación Ordinario?

Véase que si la Cámara se pronunció sobre el fondo, en sentencia definitiva, el recurso en relación no es el procedente en el marco del CPCC...el trámite debería ser el del libre, pero ya fue cumplido. Si la Cámara declaró el "recurso" desierto, inadmisible, o resolvió -por efecto de defensas o no - la falta de habilitación de la instancia, o se trata de incidencias durante el desarrollo del pleito, sólo en estos casos sería procedente el procedimiento del recurso en relación. Pero el primer caso no tiene solución normativa, por lo que el Tribunal le confiere el trámite de la Apelación Ordinaria de Tercera Instancia, por tratarse del trámite natural de recursos ante esa sede, y aconseja a las Cámaras que concedan las Apelaciones de Ley XVI Nº 46, con criterio amplio, contra las decisiones tomadas por aquéllas fueren de índole interlocutoria o definitiva, y cualquiera fuese el objeto del alzamiento: sustantivo, adjetivo, y aún en materia de costas y honorarios. Inclusive ha resuelto que el requisito de monto comprometido, no rige en este caso, asegurando el control de la actuación administrativa en doble instancia.

Ejecución de sentencia

Muchos Códigos introducen una normación específica en esta materia, procurando hacer efectivas las sentencias dictadas contra el Estado.- En la Provincia, sólo la Ley I N° 209 (antes 4167), reglamenta el art. 98 CP instaurando un procedimiento interno para presupuestar el gasto cuando de condenas patrimoniales se trata, repitiendo la gracia de un año previo a la ejecución que ya establece la Constitución, y prevé la inembargabilidad de ciertos bienes, lo que completa la Ley de Presupuesto que cada año, repite una amplia inembargabilidad, lo que prácticamente imposibilita ejecuciones.

Se advierte sin embargo en nuestros juicios, que normalmente el Estado cumple con el pago de las obligaciones a las que fue condenado, antes incluso, de cumplido el año de gracia.

En los restantes casos -nulidad, restitución de derechos, restablecimiento, acciones positivas de ayuda pública- si el Estado no cumpliera, serán las astreintes el medio de compulsión –mas allá de que sobre el tema no deja de existir controversia.

He dejado así expuesto, un paneo del contencioso administrativo en la Provincia, tema por cierto mucho más amplio y rico, imposible de desarrollar de una sola vez. Espero haber satisfecho las expectativas de los colegas y solicito que se planteen las dudas que pudieran haber quedado.

La presente es una disertación que la autora expuso en las "Jornadas Académicas" convocada por el Colegio Público de Abogados de la ciudad de Trelew (Chubut), el 10 de mayo de 2012.

Los abogados y la niñez
Claroscuros en clave de derechos

Por Mariela González Vicel: Jueza de Familia/Esquel (Chubut). Ex Integrante del Consejo Consultivo de la Escuela de Capacitación Judicial de Chubut. Replicadora de la C.S.J.N. en tema "Género y Trata de Personas". Docente en la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco. Ha disertado en temas de Derecho Familiar y es autora de diversos artículos sobre su especialidad.

"Si se violenta el conocimiento tal como está dado y respetado, si se genera temor y desequilibrio en la confianza de lo concentrado, no es para provocar. Es por repulsa a la anestesia y a la inexorable carrera descendente hacia el coma teórico".
-El banquete de Platón: el eros, el vino y los discursos-

-E. Marí-

La jurisprudencia y la ley: ¿o viceversa?

Normativamente el "Abogado del Niño" aparece a nivel nacional con la sanción de la Ley 26.061, consagrado en la regla 27.c de ese texto, al disponer que entre las garantías de los niños, niñas y adolescentes, está la de "[…] ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine…"[1]

Dos fallos de la C.S.J.N. vinculados con la designación de abogado del niño han disparado esta reflexión ya que, en principio, el tribunal cimero ha adoptado posturas dispares en sendos expedientes, frente a idéntica cuestión[2] y aprecio la ocasión como propicia por ser un tema que sigue suscitando controversias.

En la primera de las resoluciones, del 26/10/2010 la C.S.J.N. expresó: "*A los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa —tendiente a obtener el cese del régimen de contacto que mantienen con su padre— sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el Defensor Oficial ante la Corte Suprema y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine.*" [3]

En la sentencia del 26/06/2012 se cuestiona la decisión que confirmó el rechazo del pedido formulado por una menor de edad en el sentido de ser tenida por parte, por derecho propio y con el patrocinio de un abogado de su confianza en el juicio de tenencia entablado entre sus progenitores. Allí la Corte anotó: "*Las prescripciones de la Ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En este sentido, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; en consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos que no pueden*

realizar por sí mismos actos jurídicos (inc. 2, art. 54, Código Civil), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte…. El caso de autos difiere de la causa 'G., M. S. vs. J., V. L. s. Divorcio vincular', en la cual la CSJN resolvió que se designase a los menores involucrados un letrado especialista en la materia para su patrocinio y a fin de que fueran escuchados con todas las garantías y pudieran hacer efectivos sus derechos; pues no fueron los menores sino el magistrado interviniente quien procedió a nombrar el patrocinio letrado requerido por el Ministerio Público de la Defensa".

En el primer caso el Defensor Oficial ante la Corte[4], había asumido la representación de las menores de edad[5], y en ese carácter señaló a los jueces que "*…en la incidencia no se ha dado participación alguna a las nombradas, quienes como sujetos de derecho tienen derecho a opinar y a ser escuchadas (cf. art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño- art. 75 inc. 22 C.N.- y arts. 19, 24 y 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Nº 26.061"* Luego de analizar los pormenores del caso, y efectuar sugerencias sobre las falencias advertidas, dijo textualmente –y a ello presta conformidad expresa la Procuración, en dictamen que la C.S.J.N. hace suyo "*Asimismo, estimo prudente que se le haga saber al magistrado de grado que deberá proceder a designarle a L. y a R. un letrado especializado en la materia para que las patrocine, a fin de garantizar en lo sucesivo (ante posibles modificaciones del régimen de visitas vigente o planteos que se susciten), su derecho a participar en el proceso; de tal manera que puedan ejercer eficazmente su derecho constitucional a defenderse y a probar (cf. art. 18 C.N, 75, inc. 22, art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 27 incs. c), d), y e) de la Ley Nº 26.061). Ello, sin dudas asegurará su participación en calidad de parte, y bajo la atenta mirada del Juez a sus pretensiones, toda vez que no puede desconocerse, en el marco del acceso a una tutela judicial efectiva, que las niñas también tienen derecho a peticionar; máxime, cuando pueden existir intereses contrapuestos con sus progenitores*."

Los casos transitan por vías diferentes en cuanto a que uno se vincula con la investigación de un delito y el restante con la disolución de un vínculo conyugal conflictivo, aunque en ambos lo que motivó la apertura del recurso ante la Corte es el acceso a la justicia, al esgrimirse la violación del derecho de defensa de las personas menores de edad involucradas como víctimas[6], en el contexto procesal de regimenes de comunicación. Es decir, se trataba de trámites de competencia de tribunales de familia.

El fallo reciente de la C.S.J.N. Un retroceso.

A partir de lo juzgado en la sentencia dictada en los autos "M., G. vs. P., C. A.", el 26/06/12 pareciera surgir una doctrina judicial por la cual la única posibilidad para las personas menores de 14 años de edad de contar con "Abogado del Niño" sería la de tener intereses contrapuestos con sus progenitores, aunque no se establece tampoco la distinción con la figura de la tutela, prevista para esas ocasiones por el derecho de fondo.

Se resolvió vedar a la jovencita (a la fecha del decisorio de 13 años de edad) la posibilidad de contar con su propio abogado, señalando que el sistema de representación legal del Código Civil de la República Argentina no fue derogado por la Ley 26.061. En los argumentos se sugiere la ausencia de intereses encontrados de la niña respecto de su progenitora, sin reparar en que la disputa entre los adultos era la custodia, y ambos titularizan la responsabilidad parental y tienen derecho a representar a la hija. Nada se

dijo tampoco respecto del derecho a ser oída de esa niña, cuyo ejercicio efectivizó directamente, tal lo previsto en la Convención. Se omitió considerar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia reciente, se expresó categóricamente sobre el punto diciendo: "*Los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomiìa personal (...) en su primera infancia actuìan en este sentido por conducto de sus familiares(...) En el presente caso el derecho de las ninÞas de ser oiìdas puede ser ejercido directamente por ellas, sin necesidad de un representante legal, a menos de que ellas así lo manifiesten (...) Por tanto, al llevarse a cabo la diligencia se debera tener en cuenta que las tres niñas tienen en este momento 12, 13 y 17 años de edad (...) Teniendo en cuenta la controversia entre la madre y el padre, y el alcance del derecho de las niñas a participar y ser oídas, la Corte considera útil, en el marco específico del presente caso, ordenar que las niñas M., V. y R. sean informadas sobre su derecho a ser oídas ante la Corte y las consecuencias que el ejercicio de dicho derecho implica, con el objetivo de que las tres niñas manifiesten lo que deseen al respecto.*"[7]

En el primer fallo que sobre la materia emitió el tribunal cimero, reconociendo la figura del "Abogado del Niño" las menores de edad involucradas no habían ejercido nunca la prerrogativa plasmada en la regla 12 CDN, de modo que no podía conocerse si contaban con desarrollo y madurez suficiente, a pesar de lo cual la Corte ordenó la designación de un letrado especializado para actuar como "Abogado del Niño".

El inexplicable "cambio de rumbo" motiva la necesidad de reflexiones acerca de la garantía consagrada en el artículo 27 de la Ley 26.061, su contenido, extensión, exigibilidad y vigencia.

Las personas menores de edad tienen derechos humanos[8]

A poco de hacer historia de la infancia en términos de derechos, se advierte que ha sido arduo el camino para que reconozcamos que los individuos, en nuestra primera etapa de crecimiento y formación social, titularizamos idénticos derechos que en la adultez, con la diferencia de que en aquel tiempo de vulnerabilidad, vemos constreñido el ejercicio de algunos de ellos. Desde la teoría de los derechos humanos de la niñez, aparecen los conceptos de sujeto de derecho, interés superior del niño, autonomía progresiva y competencia, como pautas o principios a considerar frente a las tensiones que puedan producirse en el campo de su efectivización.

Los principios son mandatos que orientan, ubican, encauzan, para optimizar la interpretación de las reglas normativas, en función de determinado contexto cultural e histórico. En lo que nos atañe, el de autonomía progresiva tiene soporte constitucional a partir de las reglas 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, OC N° 17 sobre la Condición Jurídica del Niño de la Corte Interamericana de Derechos del Niño[9] y Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, elencos normativos de aplicación obligada por los intérpretes jurídicos[10] y que reposa en pautas movibles a valorar prudentemente en cada caso (conf. reglas 5 y 18 CDN, 19.a, 24. b ley 26.061)[11].

Como acertadamente lo señala Fernández: "*La noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos, traslada el eje de la mirada desde el concepto legal –rígido– de capacidad, hacia la noción más empírica –de origen bioético– de competencia. El parámetro de competencia, independizado de la capacidad de ejercicio, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, aún cuando éste no ostente plena capacidad civil y en tanto se evalúe que, a pesar de ello, la persona puede*

formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión que la involucra" [12].

Las diferentes etapas por las que atraviesa el ser humano en su evolución psicofísica, determina una gradación en el nivel de decisión al que puede ir accediendo. De tal modo la autonomía progresiva se empareja con la noción de competencia, requiriendo del desarrollo de una conciencia reflexiva, libre, independiente, y diferenciada del concepto de capacidad civil determinado rígidamente en función de edades prefijadas[13].

El desarrollo intelectual se adquiere progresivamente, conforme la evolución personal de cada individuo, signado sin dudas por *su* contexto histórico y cultural, contorneando así *su* autonomía progresiva para el ejercicio de derechos[14], la cual ha de ser desentrañada por el organismo donde se pretenda su reconocimiento y exigibilidad.

Esa perspectiva –de autonomía progresiva en función de la competencia– independiza la determinación de la persona menor de edad de la voluntad y decisión de sus representantes legales; preserva u otorga un ámbito personalísimo de titularidad del individuo, cuyo ejercicio no cabe ejercer su representante legal.

El sistema de capacidad y representación previsto por el Código Civil de la República Argentina para las personas menores de edad no ha sido reformado por la ley 26061: sus representantes legales son los padres (artículos 57. 2 y 274), y requieren autorización de aquéllos para estar en juicio (artículo 264 quáter 5), aunque esas normas deben ser releídas a la luz del enfoque de derechos brindado por la vigencia del principio de autonomía progresiva, también vigente.

En una familia funcional, la dirección y la orientación en la vida familiar es ejercida por ambos padres en cumplimiento de los deberes derechos derivados de la responsabilidad parental (artículo 264 Código Civil de la República Argentina y regla 18.2 de la CDN); por lo que serán éstos quiénes frente a terceros ejercerán la representación de sus hijos en juicio, contratando abogado(a) e interponiendo las acciones y defensas. En estos casos, al no existir conflicto alguno con la persona menor de edad, oposición de intereses, disputa entre los padres, ni requerimiento expreso del niño, niña o adolescente, no se advierte necesidad de que actúe por sí sólo con un abogado patrocinante.

La designación del "abogado del niño", entonces, no es obligatoria en todos los casos. No obstante, debe asegurarse a la persona que no alcanzó la edad cronológica fijada, la posibilidad de ejercicio de esa autonomía, en función de su madures y consideración del tipo de conflicto de que se trate.

En ese camino, el anteproyecto elaborado por la Comisión de Reforma del Código Civil de la República Argentina[15], prevé dos categorías etáreas: niños y adolescentes, trayendo una modificación respecto de la actual distinción entre menores adultos e impúberes, y estableciendo una edad determinada para el ejercicio de derechos personalísimos[16]. Claramente, además, se establece la distinción entre defensa de los derechos por medio de sus representantes, directamente en supuestos en que la ley lo permite y tiene edad y grado de madurez suficiente (lo que remite a la progresividad en la adquisición de autonomía para ser protagonista de "su" caso), y la posibilidad de asistencia letrada diferencial, en caso de conflicto de intereses con quienes la representan.

Destaco que los derechos de la niñez reconocidos en la normativa interna e internacional revisten los caracteres de indivisibles, inalienables y universales, y en nuestro ordenamiento provincial, esos atributos se plasman en el decreto reglamentario de la Ley III- Nº 21 (antes 4347/97) de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, que además señala otros

(protección integral, sujeto de derechos, prioridad absoluta, interés superior, persona en condición peculiar de desarrollo) [17]. Como tales, son las pautas que orientan las interpretaciones normativas. Es por esas directrices que la evolución de las facultades reconocida en la CDN, y plasmada en la Ley 26.061 resulta el sostén fáctico que permite admitir la actuación de los niños, niñas y adolescentes con autonomía de sus representantes legales, en supuestos en los que no cabe la estricta aplicación de las reglas de la representación.

Interpretaciones del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño

La regla convencional que da lugar a la figura del "Abogado del Niño" obliga a garantizar a la persona menor de 18 años de edad que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que la afectan, y tener debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez. Establece que se le dará oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas del procedimiento de la ley nacional (artículo 12 CDN).

Niñas, niños y jóvenes tienen sus propios intereses, son sujetos autónomos de derechos diferenciados de los que gozan las personas mayores de edad que tienen responsabilidades a su respecto (artículos 3 y 5 CDN, O.C. 17 Corte IDH). Cabe preguntarse si esos intereses están suficientemente a cobijo con el sistema de representación tradicional, en sus dos vertientes: los progenitores o tutores y el Ministerio Público.

En general, quienes sostienen su insuficiencia razonan afirmando que ceñir el derecho a ser oídos a ese esquema representativo, implica una errónea interpretación del derecho de defensa, en sus facetas material y técnica. Arguyen que la CDN reconoce al niño como sujeto activo de derechos, a partir de la noción de capacidad y desarrollo de la autonomía para su pleno ejercicio, y que la ficción establecida por el Código Civil en relación con la capacidad, está en crisis a partir del texto convencional que no fija una pauta rígida, sino la obligación de apreciar en cada caso las condiciones subjetivas necesarias para la construcción de un juicio propio.

A su vez, otros esgrimen una distinción en la interpretación de la CDN, en lo tocante a un supuesto tratamiento diferencial para los menores de edad privados de libertad o en conflicto con la ley penal –donde se ahondaría el requerimiento de asistencia técnica–, señalando un requisito dual para los otros supuestos: la autonomía progresiva y la regulación interna de los países signatarios.

Respecto de las personas menores de 18 años, les asisten idénticos derechos que a las mayores de esa edad, y en el plano de las garantías constitucionales, son exigibles la igualdad ante la ley, defensa en juicio, el derecho de propiedad (cf. arts. 16, 17, 18 de nuestra Carta Magna, arts. 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 8, 19, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, O.C. N° 17, y C.D.N., reglas, 1, 2, y 3), y un plus conferido dada su condición de ser humano en especial estado de desarrollo.

Permanecer en la categorización simplista de "capaces e incapaces" del Código Civil, pareciera ser insuficiente en clave de derechos de la infancia[18], pues es evidente que se deja fuera del conjunto a quienes no han alcanzado la edad de 14 años, cuando puede suceder que cuenten con discernimiento

suficiente, y sin dudas, pueden válidamente tener una opinión sobre el asunto que les compete. Como se ha dicho: "*se trata de deconstruir para reconstruir en base a los estudios actuales sobre psicología evolutiva como así también en atención a los avances y desarrollo del concepto de ciudadanía, lo cual significa el reconocimiento de una participación social más activa por parte de los niños y adolescentes en la vida actual"*[19].

La regla 3 CDN no define el interés superior del niño. En cambio, la ley 26.061 en su artículo 3 brinda algunas pautas de interpretación: el grado de madurez, la capacidad de discernimiento y demás condiciones personales de niños o adolescentes[20]. Estas han de ser mensuradas, especialmente, cuando el conflicto verse no sobre derechos de contenido patrimonial, sino esté vinculado con los restantes que titularizan los menores de edad, donde la ficción de la representación legal, es insuficiente por sustituir la voluntad del titular del derecho. Por ejemplo: la impugnación de una paternidad matrimonial o la custodia disputada por sendos progenitores.

Recordemos también que se distingue en el campo doctrinal el derecho de defensa en sentido material como sinónimo de ser oído, generalmente plasmado en el derecho a audiencia ante el juez; y el derecho de defensa técnica, esto es, la designación de un abogado patrocinante o apoderado por sí e independientemente de los representantes legales.

La ley 26.061 en su artículo 24 dispone acerca del derecho de la persona menor de edad a ser oída[21], cuyo ámbito de aplicación se extiende a todos los espacios participativos de la infancia, y la regla 27.a reglamenta el derecho convencional diciendo: "a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite…" y 27.b "a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte", en un contexto específico de procedimientos administrativos o judiciales.

A la vez, la Ley III N° 21 garantiza la escucha en cualquier procedimiento que la afecte[22].

Respecto de la regla 12.1 CDN[23], estrictamente considerada, esto es, como el ejercicio de un derecho de expresión y el deber de la familia, la comunidad y el Estado de escuchar a la persona con la autonomía suficiente para contar con juicio personal sobre el asunto que la involucre, debo señalar que en muchas ocasiones, resulta costoso poder determinar cuál es su verdadero deseo pues es prácticamente improbable que no esté teñido por la influencia de la persona adulta.

Es entonces cuando se hace indispensable conocer cuáles son los soportes de la preferencia para determinar hasta qué punto ésta palabra revela una necesidad o inclinación verdadera, desprovista de la influencia de otros intereses que los propios del niño, niña o adolescente[24].

Lo cierto es que del texto convencional emerge un derecho exigible y tres posibilidades de ejercicio: el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que sean de su incumbencia (regla 12.1) que se plasmará en la oportunidad de ser oído directamente, por sus representantes o por un órgano apropiado en los procedimientos (regla 12.2), lo que a mi juicio habilita a sostener que, en supuestos determinados por la competencia del sujeto, se admita que actúe administrativa o judicialmente, con su propio "Abogado del Niño".

Redefinir la participación y representación legal prevista para las personas menores de edad en el Código Civil de la República Argentina desde el enfoque de derechos fijado por la CDN y receptado por la ley 26.061 nos conduce a reconocer en la figura de la asistencia [25]un medio para hacer efectiva la autonomía progresiva. De tal modo, representación y asistencia se erigen en figuras graduales que acompasan el desarrollo alcanzado por

quien se trate.

La **representación** quedará reservada para quienes cuentan con una capacidad mínima de autodeterminación. La **asistencia** supone la actuación del sujeto sin que se lo reemplace o sustituya, y se traduce en una proporcionalidad inversa de mayor participación de la persona menor de edad y restringida de quien es legalmente sustituyente, por lo que esta figura debe contar con la conformidad o asentimiento de los progenitores, o la disposición judicial que disponga la intervención.

Aquí y así, es cuando la figura del "Abogado del Niño" aparece en escena, como garantía consagrada legalmente, y plenamente exigible.

El párrafo de la norma convencional (regla 12 CDN) que dice: "*en consonancia con las normas del procedimiento de la ley nacional*", suscitó que la Procuradora ante la CSJN en el fallo dictado en autos "M., G. vs. P., C. A.", del 26/06/12, sostuviese que la prerrogativa que importa el ejercicio del derecho a ser oído no importa asumir automáticamente y en cualquier circunstancia, la calidad de parte en sentido técnico procesal. Igualmente, que el patrocinio letrado no se erige en un recaudo ineludible[26], lo cual resultó, a la postre, compartido por el máximo tribunal.

Esta postura guarda simetría con nuestro sistema provincial, por cuanto la asistencia letrada de los niños, niñas o adolescentes en Chubut, está prevista sólo para aquellos involucrados en procesos penales, juntamente con el derecho a audiencia personal[27] Ley III N° 21, artículo 19.- El Estado garantizará a los niños y a los adolescentes en el proceso penal y contravencional, los siguientes derechos y garantías: a)…b)…c) A la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto podrá producir todas las pruebas que estimare conveniente para su defensa; d) A la asistencia técnica de un abogado de su elección o proporcionado gratuitamente por el Estado; e) A ser escuchado personalmente por la autoridad competente…

Aparece entonces, en clave de interrogante, la compatibilidad entre las disposiciones del Código Civil de la República Argentina y las normas introducidas por la Ley 26.061, en lo que hace a la representación procesal y específicamente a la posibilidad de designar "Abogado del Niño" en el contexto local.

Aquí voy a detenerme para considerar el texto reglamentario en la porción restante, esto es, artículo 27.c, d y e. de la Ley 26.061, que consagran la asistencia letrada desde el inicio del procedimiento, la participación activa en él y el recurso de la decisión dictada, respectivamente.

El derecho constitucional a ser oído (artículo 12 CDN, 75 inc. 22 CN) importa una prerrogativa que es piedra angular del debido proceso, tanto que es obligatoria la fundamentación de las decisiones que se aparten de la opinión vertida por el sujeto titular. Por otro lado, es cierto que la Convención no exige que se ejerza con patrocinio jurídico autónomo y diferenciado de sus padres, quedando esta modalidad a cargo de la reglamentación interna.

En la actualidad, el Código Civil de la República Argentina establece una incapacidad absoluta para ejercer actos jurídicos a las personas menores de 14 años, dotándolas con capacidad para los actos que la ley autoriza, y presumiéndose realizados con discernimiento los actos lícitos (reglas 54, 55 y 921), con adquisición de la plena capacidad a los 18 años (arts. 126 y 128) estableciéndose en el artículo 127 la distinción entre menores adultos e impúberes a través de un criterio "rígido" dado por los 14 años.

Desde el punto de vista procesal, este sistema impondría que sean representados por sus padres o tutores (artículos 57 y 274) o litiguen con autorización expresa de ellos –ambos– o supletoria judicial (artículo 264 quater), previéndose también la posibilidad de actuar procesalmente con

tutor (o tutora) especial designado y controlado por la judicatura (artículo 282). En definitiva, la persona que ha cumplido la edad de 14 años, puede válidamente estar en juicio sin necesidad de ser representada por sus progenitores, para lo cual, ciertamente, deberá contar con patrocinio letrado.

Pero, y esto es fundamental, la norma reglamentaria del tratado, de orden público y vigencia nacional (Ley 26.061) establece que todos los niños, niñas y adolescentes gozan del derecho a contar con abogado/a, pues no realiza ningún tipo de excepción en la regla 27.c, ni tampoco al disponer la participación activa en los procedimientos (27.d) –que no pueden pensarse sino mediante la intervención personal y no mediatizada por terceros–, ni la hace cuando se refiere al derecho [del menor de edad] a recurrir la decisión (27.e). Si junto a lo anotado, nos remitimos a las proposiciones de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, elaboradas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana[28], la posibilidad de designación de un letrado no puede ser válidamente coartada por no haberse alcanzado la edad de 14 años, pues la ley posterior, que se alinea con las disposiciones convencionales, resulta más protectiva de los derechos de la infancia, que la que los restringe para una franja etárea sin fundamento alguno.

Además de estas razones, que a mi entender son suficientes y abarcan al colectivo niñez –pues no podrían establecerse discriminaciones basadas en el domicilio del sujeto menor de edad en una u otra provincia–, en el ámbito chubutense son de absoluta vigencia las normas constitucionales[29] y legales[30] que imponen, en virtud del principio "pro homine", que se admita en supuestos determinados por las condiciones evolutivas del sujeto menor de edad, la designación del "Abogado del Niño" previsto en el artículo 27.c de la Ley 26.061, aunque quien lo requiera no sea un menor adulto.

Como vimos, la posibilidad de ejercicio del derecho a ser oído que trajo la CDN es tripartita: a) Directamente: cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio, con patrocinio letrado si tiene madurez suficiente para discernir lo que eso significa y dar instrucciones al letrado, para lo cual deberá el juzgador ponerle a disposición su derecho, si sus representantes necesarios o promiscuos no lo solicitan. b) Por sus representantes: cuando revistan calidad de parte en función de las normas vigentes y no se adviertan intereses contrapuestos con sus sustitutos legales o necesarios y c) A través de un órgano apropiado: cuando por su edad –escasa– o alguna imposibilidad por deterioro cognitivo, se ve impedido de expresarse por sí o sus representantes, esta fórmula habilitaría recurrir a técnicas apropiadas que permitan la expresión de voluntad o la opinión sobre el tema jurídico a resolver, o la designación de un tutor especial.

Finalmente, cabría preguntarse acerca del alcance del significado de la manda de "oír" a la persona menor de edad. Oír a un niño, niña o adolescente significa empatizar, observar, escuchar, preguntar, relacionar, contrastar, analizar. De este modo el intérprete podrá efectuar distinciones medulares y finalmente integrar y comprender todo lo oído en el marco de interrelaciones que conforman la dinámica organización de una familia y su medio[31].

El "cómo" oímos a los niños no se satisface sólo con registrar sus deseos, debemos decodificar otros elementos que contribuyen a que la escucha sea integral, para lo cual puede resultar necesario lo interdisciplinar o el aporte de otros operadores [32].

Lo esencial en ese proceso es la prudencia, el silencio del adulto para generar la comunicación, la escucha atenta, esto importará darle ocasión al niño o niña de ser co-constructor de la salida más adecuada a su interés

superior, lo convertirá en verdadero protagonista de su caso.

Las figuras complementarias: Ministerio Pupilar, Tutor y Abogado de niños, niñas y adolescentes.

Brevemente, podemos señalar en función de la regla 59 del Código Civil, que el Ministerio Pupilar (en las figuras del Defensor de Menores o Asesor de Familia, o de Incapaces) integra la garantía de defensa como "...parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados...". En el ámbito provincial, la ley orgánica de la Defensa Pública contempla similar cobertura[33].

La ley V - N° 139, promulgada por Decreto N° 854/12 del 8 de junio del corriente y publicada en B.O. LIV N° 11495 establece en el Artículo 21 las funciones de los cargos de Asesores de Familia[34]. Llamativamente allí se consigna que este funcionario "asesora" a niños, niñas y adolescentes, a personas con padecimiento mental, a sus representantes necesarios, parientes, y en general a quienes sean responsables por los actos de aquellas, sin perjuicio de contemplar, en el artículo siguiente, la figura del abogado del niño[35].

A mi ver, el verbo utilizado se presta a confusión, pues el Ministerio Pupilar tiene una función informativa y orientadora estando reservado el asesoramiento –en sentido técnico–, al letrado que patrocine o se constituya en apoderado. Sin perjuicio que, en los supuestos en que ejerce su ministerio de manera autónoma y por inacción de los representantes necesarios o legales, sí podría llegar a asesorar en sentido jurídico, a quien también representa promiscuamente.

Es importante señalar, para evitar confusiones muy usuales, que el Ministerio Pupilar actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales. En tal sentido, su opinión puede o no coincidir con la de la persona menor de edad a quien representa, y de ningún modo está atado a ella, como sí ocurre con el "Abogado del Niño" que sujeta su actuación a las instrucciones que la niña, el niño o el adolescente le imparten, procurando una sentencia favorable.

El diseño legal devenido luego del cambio de paradigma, que implica dejar de lado el sistema tutelar que compartían judicatura y Ministerio Pupilar, impone el fortalecimiento de funciones de la Asesoría en el ámbito extrajudicial, llamando a velar por el debido proceso constitucional con carácter previo al dictado de las medidas de protección, maximizando su participación para hacer efectivos los derechos de la infancia. Este es el verdadero desafío para el Ministerio Pupilar.

En el ámbito judicial, la función primordial es procurar la legalidad de los procedimientos, el respeto, la protección y la satisfacción de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, coadyuvando a sus representantes legales o necesarios. El impacto de las leyes de infancia supuso limitar la intervención judicial en tanto el Poder Ejecutivo –ámbito administrativo extrajudicial– es el efector primario de los derechos, de modo que la principal tarea que le compete a la Asesoría en términos procesales, es procurar el ejercicio del derecho del niño a ser oído y a participar activamente en el proceso.

La ley reglamentaria de la Convención de los Derechos del Niño (N° 26.061, 27.c) y el Decreto N° 415, establecen que las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a ser asistidos por un abogado preferentemente

especializado en derecho de niñez desde el inicio del proceso judicial o administrativo que lo incluya, que represente sus intereses personales e individuales, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. La distinción entre ambas figuras tiene, entonces, fuente legal.

Como vimos, la norma local que regula la actividad de la Defensa Pública sólo hace una mención tangencial al tema en el artículo 22, aunque del texto emerge sin cortapisas que la actuación de ambos letrados es distinta y excluyente. Si bien en nuestra provincia el Ministerio Pupilar tiene la denominación de "Asesoría", parece importante señalar que su rol es sugerir, recomendar, advertir, proponer, orientar, respecto de derechos indisponibles, y en tal sentido ha de interpretarse la norma que regula su actuación cuando dice que "asesora", lo cual difiere de plantear estrategias procesales determinadas tendientes a obtener una sentencia de merito sobre un interés concreto planteado por un menor de edad.

Tanto es así que se ha juzgado inviable que un funcionario de la Asesoría sea designado para desempeñarse como letrado patrocinante de la persona menor de edad, justamente por resultar incompatibles los roles en función del cometido diferente que las leyes asignan a cada uno[36]. De ello parece dar cuenta la Resolución N° 62/12 de la Defensoría General de la Provincia de Chubut, del 12/03/12 por la cual se dispone lo necesario para dar cobertura al derecho a la asistencia letrada de los infantes de la provincia[37].

Tampoco daría plena satisfacción al derecho convencional como está plasmado en el artículo 12 CDN y reglamentado en la ley 26.061 la designación de un tutor especial o "*ad litem*"[38], puesto que este funcionario –que es designado judicialmente y controlado por quien lo nombra–, al representar *sustituye* a la persona, sin satisfacer entonces la cobertura de los intereses propios del niño, niña o adolescente.

El texto legal elaborado por la Comisión de Reforma del Código Civil de la República Argentina, prevé el imperativo de "facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables….", entre las que corresponde incluir a niños y adolescentes.[39] "*Los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, y las personas mayores con capacidad restringida tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso.".* Específicamente el artículo 26 aborda el derecho a asistencia letrada –en caso de conflicto de intereses con los representantes legales– cuando cuenten con madurez, sin aludir a pauta etárea. El artículo 109 contempla que si el representado es un adolescente (mayor de 13 años) puede actuar por sí, con asistencia letrada, pues se presume su capacidad, en función de la autonomía progresiva que sobrevuela todo el articulado en esta materia. Así, se reconoce autodeterminación del niño a partir de los 13 años en los tratamientos no invasivos, que no comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física; mientras que respecto de tratamientos invasivos deben ser consentidos por el niño con la asistencia de sus padres y a partir de los 16 es considerado capaz pleno para las decisiones atientes a su propio cuerpo

Específicamente el artículo 109 regula la tutela especial cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; disponiendo que si se trata de un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial.

A modo de cierre

El principio de la autonomía progresiva implica la posibilidad para la niñez *de ejercer por sí* los derechos de acuerdo "con la evolución de sus facultades".

Este principio se expresa a través de la garantía de participar activamente en el proceso, y no es un deber, sino que es facultativa de la persona menor de edad. Es el niño, niña o joven quien decide en función de su madurez, ser partícipe directo de su caso.

Esa facultad se diferencia del derecho a ser oído que es un derecho universal que titulariza toda la infancia, y un deber para el interlocutor, cualquiera sea la edad de quien lo ejerza y con independencia del resultado de esa expresión.

El derecho a ser oído, reconocido en la regla 12 CDN, implica: a) expresar opinión libremente, y que ésta sea debidamente tenida en cuenta en todos los asuntos que involucran sus derechos y b) a ejercerlo en todo procedimiento judicial o administrativo.

La ley 26.061 no establece ninguna restricción para que la persona sea oída en el proceso, mucho menos lo hace la Convención. La mención a la "madurez y desarrollo" a la que se refiere el artículo 24.b de la ley es para graduar el alcance de la opinión, o la modalidad de ejercicio, pero de ninguna manera es un requisito para restringir el derecho.

La participación activa en el proceso o el derecho a revestir el carácter de parte –con las consecuencias procesales que acarrea– resulta exigible una vez alcanzado cierto grado de desarrollo y madurez que será evaluado con prudencia por quien deba resolver la contienda en función de la autonomía del sujeto. Las pautas etáreas contempladas por la legislación deben operar como indicativas.

El reconocimiento del carácter de parte de la persona menor de edad será reservado para aquellos casos en que se discutan de manera directa e inmediata cuestiones atinentes a su persona y existan intereses contrapuestos entre ella y sus representantes legales (custodia, régimen de comunicación, violencia familiar cuando sea víctima, medidas de protección), no en el caso en que se debatan cuestiones que puedan afectarla indirectamente (divorcio) o cuando sus derechos se encuentren adecuadamente representados por alguno de su progenitores o demás representantes legales (reclamación de filiación donde resulta evidente que existen intereses coincidentes entre la persona menor de edad y su representante, alimentos, etc)[40].

Mientras el niño, niña o adolescente no esté en condiciones de formarse un juicio propio, la mirada del adulto deberá ser la pauta a considerar.

En materia penal la defensa técnica está asegurada a través de los artículos 37. d y 40. 2. de la CDN, nada indica que exista un motivo razonable para discriminar en el ámbito civil, por lo que no es tolerable constitucionalmente hacerlo.

Cuando la CSJN señala que la nueva normativa debe ser interpretada en conjunción con la ya existente, una debida hermenéutica nos lleva a concluir que en determinados supuestos, la escasa edad de la persona impide que pueda considerarse su actuación como parte legítima cuando se presenta con un letrado patrocinante que pudo no ser elegido por ella. Es válido presumir la imposibilidad de hallarse en condiciones de comprender la trascendencia de dicha actuación, en virtud de las reglas de capacidad imperantes, pero sólo siendo oída se podrá corroborar la madurez y desarrollo de la persona respecto del tema.

El patrocinio se ejercerá en función de las instrucciones que otorgue el niño, niña o adolescente sin reemplazar su voluntad. De lo contrario la

figura se confunde con el tutor *ad litem*, cuya designación opera sobre la base de entender que no tiene suficiente madurez para ejercer el derecho a contar con asistencia letrada propia, y entonces el adulto sustituye su voluntad.

La representación podrá operar a pedido de la persona menor de edad y/o de la Asesoría o por decisión de la autoridad administrativa o de la judicatura, evitándose que la persona designada pertenezca a la esfera de influencia de alguno de sus progenitores.

No existe motivo legal para no admitir la participación "Abogado del Niño" también en el ámbito extrajudicial.

En función de lo dispuesto en el 265 del CC, la condena en costas recaerá sobre ambos padres siendo el único modo de mantener su actuación fuera de la esfera de control de ellos. En caso de falta de recursos, serán soportados por el Estado.

La intervención de un "Abogado del Niño" ha de ser necesaria en el caso, a riesgo de violar otro principio también troncal en materia de infancia, como lo es el de prohibición de injerencias arbitrarias (regla 16 CDN, y artículo 10 ley 26.061) y la intervención supletoria del Estado. Y entendida como satisfactoria del superior interés, en cuanto "máxima satisfacción integral y simultánea" de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de este país.

Notas:

[1] Artículo 27 Ley 26061: "GARANTIAS MÍNIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine." d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.". Decreto Reglamentario 415/2006: "Art. 27. El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley Nº 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades."

[2] Me refiero a los autos caratulados: "G., M. S. c. J. V., L.", Fallos: 333:2017 y el recientemente dictado en autos "M., G. vs. P., C. A.", publicado en RC J 5357/12.

[3] Conforme lo resuelto por el Tribunal Superior de la Provincia de Santiago del Estero, se mantuvo lo decidido en cuanto a la reanudación del contacto de las hijas menores de las partes con su progenitor —acusado de abuso sexual en perjuicio de una de ellas—, aunque restringiendo el régimen amplio dispuesto en las anteriores instancias, a uno acotado y asistido, frente a lo cual la madre y actora en autos,

interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido.

[4] Invocando los arts. 59 del Código Civil y 54, incisos "a", "b", "c", "d", "e", "f" e "i", de la Ley Orgánica del Ministerio Público Nº 24.946.

[5] El dictamen, datado el 6 de Noviembre de 2007 da noticia de que a esa fecha, las nenas contaban con 10 y 7 años de edad, respectivamente.

[6] "*…la intervención de V.E. resulta viable cuando -como, pienso, ocurre en el sub lite-ha tenido lugar una manifiesta arbitrariedad o una restricción indebida del derecho de defensa (arg. Fallos: 315:2364; 317:116; 323:629; 324:2509 y 3805; 327:608, 328:3922,4769 y 4801, 329:4659, entre muchos otros)*." [del dictamen de la Procuradora General, G. 2125. XLII. y G. 1961. XLII. Recurso de hecho en autos: "G., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular."] y "*La apelación también resulta formalmente procedente, puesto que -más allá de su índole, en principio, procesal- el debate planteado conduce a la interpretación del art 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, suscitando cuestión federal de suficiente trascendencia a los efectos de la habilitación de esta vía (arg. art. 14 inc. 30 de la ley 48 y art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; doct. de Fallos:315:1848; 318:2639, entre otros)"* [dictamen de la Procuradora ante la C.S.J.N. en autos "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. S. M. en la causa M., G. c/ P., C. A.H."].

[7] CorteIDH, 29/11/2011, Atala Riffo vs. Chile, fondo, reparaciones y costas.

[8] A lo largo de este trabajo apelaré indistintamente a los términos "personas menores de edad", "la niñez" e "infancia", por considerarlos colectivos inclusivos de los niños y niñas menores de 18 años (artículo 1, CDN), y con la clara intención de contribuir con la sutileza del lenguaje a superar la discriminación en función de edad, raza, sexo, color, idioma, religión, origen, posición económica, impedimento físico o mental de ellos o de sus padres (artículo 2, CDN). Asimismo, desecharé la utilización de la palabra "niño" para evitar remisiones androcéntricas que la cultura sostiene.

[9] En la OC-17 la CorteIDH dijo: *"no existe discriminación por razón de la edad en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes por ser menores… no están en condiciones de ejercerla sin riesgo... la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior"*.

[10] En función del artículo 75.22 de la Constitución Nacional, armonizado con lo resuelto el 13/03/2012 por la CSJN, en autos "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", [LLonline AR/JUR/1682/2012], donde interpretando el artículo 86. 2 del Código Penal relativo a los supuestos de aborto no punible destacó: "*esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquellos desde una construccion argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdiccion el Estado Argentino ha aceptado a traves de la suscripcion de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento juridico constitucional como ley suprema de la Nacion (articulo 75, inciso 22, de la Constitucion Nacional), y cuyos dictamenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de indole internacional*".

11 Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa. *Ley de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes.* Ediar, p.453 y ss. La OC-17 de la CIDH ha establecido que se *"...deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de su derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida posible..."*.

[12] Fernández, Silvia, Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el anteproyecto de reforma de Código Civil Argentino. expresa en la nota: La condición de personas en desarrollo de los niños no justifica un sistema de cercenamiento sino de "reconocimiento" de la titularidad de derechos fundamentales, legitimándolos a su ejercicio. Minyersky, Nelly "Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los derechos del niño". Grosman, Cecilia; Herrera, Marisa, comp. Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur. Lexis Nexis p. 255.

13 Arribere, Roberto y Vega, Manuel A., "El asentimiento de los menores de edad, a partir de un protocolo de aplicación clínica de terapia genética", http://www.bioetica.bioetica.org/doctrina2.htm, citado por Minyersky, Nelly-Herrera, Marisa, Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061, en "Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", Análisis de la Ley 26.061, Editores del Puerto/Fundación Sur, 2006.

[14] Fernández, Silvia, op. cit. remitiendo a Lansdown, Gerison "La evolución de las facultades del niño", Innocenti insight, Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF 2005, www.unicef-ir.org. y Pellegrini, M. Victoria. "Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad" RDF 42, p. 88, afirma que "En el proceso inciden factores biológicos, psicológicos y sociales; no todos los niños dejan de serlo a la misma edad, lo que complejiza el concepto evolución de facultades".

[15] Anteproyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión creada por el Decreto 191 del Poder Ejecutivo Nacional, del 23 de febrero de 2011.

[16] El artículo 26 dice: "Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los DIECISÉIS (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

[17] Dto. N° 1631/99, Anexo I, apartados 2.c, 2.d y 2.f

[18] Baldarenas, Jorge A., "¿Son los 'menores'... incapaces?", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, nº 11, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 79. En este sentido, agrega este autor que se trata de "*rescatar la capacidad de que en todo ser humano existe, incluidos los niños y jóvenes, sin perjuicio de las dificultades materiales que pueden haber para ejercer personalmente los derechos y deberes que de tal situación se derivan*" (p. 80)

[19] Herrera y Minyersky, op.cit., con cita de Minyersky, Nelly, "Derecho de Familia y aplicación de las Convenciones Internacionales sobre niños y mujeres", p. 103; Grosman, Cecilia P., "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", LL-1993-B-1095; Reartes, Julia en "Infancia y Derechos: algunas cuestiones a debatir" ; JA 1994- IV- 904; Geto Maria del Carmen, "La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de las personas, Civitas, Madrid, p. 26; Beloff Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2004; Cillero B., Miguel, "Infancia, autonomía y derecho: una cuestión de principios", en Derecho a tener derecho, UNICEF/ IIN, Montevideo, 1998, Tomo 4, p. 34 y ss., entre otros.

[20] La ley 26.061 establece en el Artículo 3º que deberá respetarse *"su condición de sujeto de derecho"* (inc. a), su derecho a *"ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta"* (inc. b), así como tenerse en consideración *"su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales"* (inc. d).

[21] Artículo 24**.** — Derecho a opinar y ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y

recreativo.

[22] Artículo 14: ….El Estado garantizará el derecho de los niños y adolescentes a ser escuchados en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que los afecte.

[23] Regulado en los artículos 3, 14, 15, 19, 23, 24.a, 27. c de la ley 26.061: *"a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés"* y señalado por el Comité de Derechos del Niño, CRC 31 período de sesiones, C/15 del 9-10-2002

[24] Grosman, Cecilia P., "La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia", ED, 107-1011.

[25] Se la definió como *"un medio de control por parte de un tercero, de modo que la persona actúa por sí sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o asentimiento del asistente, quien lo prestará si considera que el acto no es dañoso para el asistido"* (Cifuentes, Santos, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 218).

[26] http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2009/beiro/18/m_394_l_xliv_m.pdf

[27] Ley III N° 21, Artículo 19.- El Estado garantizará a los niños y a los adolescentes en el proceso penal y contravencional, los siguientes derechos y garantías: a)…b)…c) A la igualdad en la relación procesal, a cuyo efecto podrá producir todas las pruebas que estimare conveniente para su defensa; d) A la asistencia técnica de un abogado de su elección o proporcionado gratuitamente por el Estado; e) A ser escuchado personalmente por la autoridad competente;…

[28] Regla 2 Se considera *niño, niña y adolescente* a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. Y también Sección 2ª Promoción de la asistencia técnico jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad…Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados…

[29] Arts. 18.4, 18.9, 18.10, 19, 21, 22, 27 de la Ley V N° 65 (Constitución de la Provincia de Chubut).

[30] Ley III N° 21, artículo 1, segundo párrafo: Los derechos y garantías enumerados en la presente ley se entenderán complementarios de otros derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y provincial, y tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Artículo 3º.- Los niños y los adolescentes gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona y de la protección integral que trata esta ley, asegurándoles todas las oportunidades para el desarrollo físico, psíquico, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad. Artículo 4 ….asegurar con absoluta prioridad….procurar su desarrollo integral, respetando su personalidad. Artículo 8º.- En la interpretación de esta ley se tendrá en cuenta la condición de los niños y adolescentes como personas en desarrollo, los derechos y deberes individuales y colectivos, las exigencias del bien común y los fines sociales a los que ella se dirige. Los niños y adolescentes desempeñan una función activa en la sociedad y nunca serán considerados meros objetos de socialización, control o prueba.

[31] Pereyra, Graciela , " *Oír a los niños. Reflexiones desde una práctica del trabajo social*" , RDF, 35- 88.

[32] En ese mismo sentido: "No creo que sea ocioso señalar que, tal como lo destaca Grosman, la entrevista personal niño- juez no es el único modo de "escuchar". En especial, cuando se trata de bebés o niños con escasa edad, el juego, lo gestual y otras formas de comunicación no verbal constituyen elementos de gran relevancia para indagar sobre sus deseos. Connotación a la cual se le deben agregar los importantes aportes provenientes del "escuchar" por parte de otros profesionales de otras disciplinas que el derecho, con una mayor preparación en la decodificación del "decir" a través de otros modos que no sean la palabra." (HERRERA, Marisa, "

La voz del niño en su proceso de adopción", p 33 cita 15, Jurisprudencia Argentina, Número especial 2007- IV " Protección de la Familia", Lexis Nexis).

[33] Artículo 9 de la Ley V-139 [el Asesor de Familia]: "Interviene como parte legítima y esencial en todo juicio o causa que interese a niños, niñas, adolescentes y personas con padecimiento mental o a sus bienes, conforme la normativa vigente. …Interviene en todo trámite que interese a la persona o bienes de un menor de edad, aun en calidad de víctima o testigo, velando por su protección integral."

[34] Artículo 21. Funciones. El Asesor de Familia, sin perjuicio de las demás funciones que le encomiendan el Defensor General y el Defensor Jefe, tiene los siguientes deberes y atribuciones: Interviene, en los términos del artículo 59 del Código Civil, en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte derechos de niños, niñas, adolescentes y personas con padecimiento mental, entablando las acciones o recursos que sean pertinentes. Interviene en el control de legalidad de las medidas adoptadas por organismos administrativos. Peticiona, en los casos del inciso anterior, las medidas que hagan a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes y personas con padecimiento mental, en forma autónoma y ejerciendo la directa representación de quienes carecieran de asistencia o representación legal o cuando resulte necesario suplir la inacción u oposición de sus representantes legales o de las personas que los tuvieren a su cargo por disposición judicial o de hecho. Siempre procura la intervención previa de los organismos administrativos del sistema de protección integral con competencia en la materia. Asesora a niños, niñas y adolescentes, a personas con padecimiento mental, a sus representantes necesarios, a sus parientes y, en general, a quienes sean responsables por los actos de aquéllas. Tramita acciones de filiación paterna, derivadas del supuesto previsto por el artículo 255 del Código Civil y, cuando resulta menester, guardas preadoptivas. Cita personas a su despacho y requiere el auxilio de la fuerza pública, cuando resulte necesario para el desempeño de sus funciones. En el proceso penal, vela por el cumplimiento, por parte de los servicios específicos y de los organismos complementarios, en respeto de los derechos de víctimas, testigos e imputados menores de edad o incapaces. En los casos del segundo apartado del inc. 2 del artículo 20, representa a las víctimas menores de dieciocho (18) años de edad. Inspecciona periódicamente establecimientos de internación, guarda, tratamiento de niños, niñas y adolescentes y de personas con capacidades diferentes, sean públicos o privados. Cuando lo cree necesario informa al Defensor General, por la vía jerárquica correspondiente, sobre el desarrollo de las tareas educativas y de tratamiento social y médico implementadas para cada internado, así como el cuidado y atención que se les prodiga. Responde los pedidos de informes que le formulan el Defensor General y el Defensor Jefe. Solicita de los Registros u Oficinas, públicas o privadas, sin cargo alguno, testimonios, documentos y actuaciones necesarias para su gestión. Promueve y facilita acuerdos extrajudiciales respecto de los asuntos relativos al ejercicio de su ministerio de conformidad con lo que establecen las leyes especiales. Concede las licencias ordinarias a los Funcionarios y Empleados de su dependencia y les impone sanciones disciplinarias, en los casos y formas que establecen las normas legales y reglamentarias vigentes. Cuando el Defensor Jefe designa responsable del Área a un Asesor de Familia, sólo éste ejerce la potestad del presente inciso, salvo reserva del Defensor Jefe.

[35] Artículo 22: Intervención Excluyente. Cuando el Asesor de Familia insta una acción en sede judicial, los jueces no designan a ningún otro magistrado o funcionario del Ministerio para que intervenga en resguardo de los intereses del niño, niña o adolescente en tal carácter. Ello sin perjuicio de la intervención del Abogado del Niño, en los casos en que se lo requiera.

[36] "Resulta incompatible que un Asesor de Incapaces defienda en un mismo proceso los intereses particulares del niño en el rol de abogado del niño y por otro lado, por intermedio de otro Funcionario en el rol de Asesor, dictamine de acuerdo a lo que el percibe como más conveniente para el niño, es decir dictamine conforme a derecho y al interés superior del niño (art. 3 de la C.D.N.), pues ello resulta insuficiente para proveer al niño la participación activa mediante una defensa técnica especializada, como la que dispone el art. 12.2 de la Convención sobre los Derecho del Niño." Expte. Nro. 146389 - "R., J. M.; M. A.; G. N.; C., S. L.; V. M. s/ Protección de persona" – CApelCC Mar del Plata (Bs. As.) – Sala Tercera - 19/04/2012, elDial

AA75C9.

[37] Se resolvió: 1º) Determinar que el Ministerio de la Defensa Pública asuma provisionalmente y hasta la creación de una dependencia estatal especializada en la Provincia del Chubut, la obligación de brindar a niños, niñas y adolescentes, asistencia y patrocinio letrado desde el inicio de todo proceso judicial o administrativo que los incluya, cuando existiere divergencia de intereses u opinión con sus representantes y se encuentren en condiciones de formarse un juicio propio en atención a su edad y madurez (artículos 12 en concordancia con los artículos 25 y 37 de la Convención Sobre Derechos del Niño; 75 inciso 22 y 18 de la Constitución Nacional; 18, 44 y 45 de las Constitución Provincial, 27 inc. c de la Ley Nacional N° 26.061, de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes, 14 de la Ley Provincial III N° 21, 3 y 7 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y 22 y 26 de la Ley Nacional N° 26.657 de Salud Mental).-

[38] Arts. 61 y 397 del Código Civil de la República Argentina

[39] Conf. 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad

Niñez y Delito en los medios de comunicación

Por Kevin Lehmann: Sociólogo (Univ. Complutense, Madrid). Licenciado en Ciencias Políticas (Univ. Complutense, Madrid). Master en Gestión de la Comunicación en las Organizaciones (Universidad Austral). Posgraduado en Opinión Pública y Medios de Comunicación (FLACSO-INAP). Posgraduado en Control y Gestión de Políticas Públicas (FLACSO-INAP). Profesor Titular de Poder y Medios de Comunicación, (Universidad del Salvador). Profesor adjunto de Sociología en la Fadu (UBA). Profesor adjunto de Introducción a las RR.II., en la Facultad de Ciencias Políticas (Universidad del Salvador). Fue Director de la Agencia de Noticias TELAM. Actualmente es Vocero de la Federación Argentina de la Magistratura. Es Consultor del BID y del Banco Mundial.

Es difícil escapar a los lugares comunes y agregar algo a los -necesarios- hitos por los que circulan habitualmente los abordajes sobre este tema. Sin embargo, intentaré avanzar un poco, sin abundar excesivamente en las cuestiones ya conocidas y que son materia cotidiana, sobre todo en los fueros de Menores y Familia.

Me interesa ensayar algún tipo de estrategia para eludir el discurso dominante -"policial/ paranoico" diría, aproximadamente el Dr. Zaffaroni- y propiciar otro tratamiento público de la cuestión.

El diagnóstico, sobre el que haré algunas referencias, es conocido:

• Los medios de comunicación tienden a estigmatizar a los niños y adolescentes cuando están imputados por algún hecho delictivo.

• La percepción social de la cantidad de delitos, en particular delitos graves, protagonizada por personas de menos de 18 años está fuertemente distorsionada.

• Predominan discursos simplificadores acerca de las causas del delito adolescente y de las respuestas adecuadas para enfrentarlo, prolijamente distribuidos a lo largo del espectro ideológico.

Adelanto mi hipótesis, nada original, pero que espero sirva para dar base a lo que sigue: cuando se habla de inseguridad **el hecho mismo de poner a los niños y adolescentes en el centro de la cuestión, adelanta la respuesta, es el recorte el que produce la distorsión**. Intentémoslo: Inmigrantes y Delito; Desocupados y Delito; Droga y Delito. Es más doloroso y más complejo para la sociedad abordar un continuo como, por ejemplo, pobreza- marginalidad-desigualdad-violencia-delito, que restringir esa serie a una cuestión problematizada, que tiene, como todos los problemas, una solución adosada. Borges señaló que "(…) la palabra problema puede ser una insidiosa petición de principios. Hablar del problema judío (por mero ejemplo) es postular que los judíos son un problema: es vaticinar (y recomendar) las persecuciones, la expoliación, los balazos, el degüello, el estupro y la lectura de la prosa del doctor Rosemberg".

El *recorte* al que aludo consiste en iniciar la serie lógica que nos lleva a "entender" una situación en la que el niño o adolescente delinque, sin ofrecer contextos que permitan una mirada más abarcativa, es decir, **iniciar la serie en otro lado**. Se me objetará que siempre se menciona la situación de

marginalidad, la falta de educación, el background familiar, etc. **Mi hipótesis es que esas circunstancias son *adjetivos* de un *sustantivo* que es *el menor delincuente*** ("menor delincuente" es casi una redundancia, para decirlo en palabras de un adolescente: "si ponen 'menor' quiere decir que hizo algo malo, prefiero que me llamen 'joven")[1].

Ese *menor* que no reconocemos y con el que no podemos identificarnos.

Ese menor no es un niño ni un adolescente como nosotros los conocemos: no es un hijo, un sobrino, un chico de mi club, un compañerito de mis hijos. La prueba más contundente y brutal fue el asesinato a golpes y patadas de un chico de 15 años que salió a robar junto con otros, con un arma de juguete. Cuando ya estaba en el suelo, vecinos del lugar, hombres y mujeres (las crónicas dicen que algunas estaban con niños) le pegaron hasta producirle la muerte.

Con los vecinos asustados podemos identificarnos, con el menor delincuente, no. Mi sensación es que por ese lado está la clave para salir de la trampa de los discurso predominantes, y volveré sobre este punto más adelante.

Hasta aquí solamente dije dos cosas: que el recorte produce la distorsión y que la falta de identificación convalida el recorte. Agreguemos otros dos elementos que influyen en el tratamiento mediático: **la complejidad y el acontecimiento.**

Creo que la complejidad es clave: la complejidad desafía el *modo* de los medios. La sección Policiales cuenta historias: con buenos, malos, un orden que se perdió y debe ser recuperado, alguien que espera algo. Los datos contextuales en crudo embarran la historia, la complican, le hacen perder tensión e interés. "El mundo mediático tiene dos palabras: novedad y actualidad. Su modo y tiempo es el de la tensión, el de la expectación ansiosa. Como lo fenómenos maníaco-depresivos, hay ciclos de euforia mediática que se intenta sostener"[2].

El **acontecimiento**, es otra marca para solventar la hipótesis que intento poner a consideración de Uds. El acontecimiento no tiene el mismo sentido para el historiador que para el periodista: el primero busca una serie de hechos, mientras que el segundo busca el hecho único: *el caso*. El *caso* se sostiene por si mismo, los contextos están *al servicio* del caso, no lo diluyen: la potencia del caso tiene su propia lógica. Por lo tanto el problema es *el menor*, *ese menor*, el que cometió el delito, no la sociedad ni los contextos en los que se formó como *menor* (y no como niño). El caso se agota en sí mismo: muerto el perro, se acabó la rabia.

¿De qué modo, entonces, puede ofrecerse una alternativa a ese discurso estigmatizante, distorsionado, "policial" (y paranoico) y simplificado tan extendido en los medios y entre nosotros los ciudadanos?; ¿cómo podemos contrarrestar el recorte y los condicionantes del modo de producción de los medios?; ¿cómo podemos, en definitiva, discutir el sentido común instalado?.

Creo que es *hablando de los chicos*: esa es mi hipótesis. Me imagino la decepción: después de toda la introducción, una pavada de ese calibre. Efectivamente, casi no hacía falta que perdamos este tiempo para una cuestión de sentido común, presentada pomposamente como *HIPÓTESIS.* Sin embargo, déjenme intentar una defensa de semejante pobreza argumental: ¿se acuerdan de la nena desnutrida de Tucumán? ¿se acuerdan de cómo nos estrujó el corazón y cómo todos sentimos que teníamos que hacer algo urgentemente?...¿Qué tuvo esa nena para que un tema que todos

conocíamos y sabíamos que existía ingresara brutalmente en nuestra agenda y en la agenda de los medios?. Tuvo una cara. Una historia. Un espejo donde mirarnos. La posibilidad de ver a nuestros hijos, a nuestros sobrinos, a nuestros alumnos, a todo lo que carga de contenido, de densidad, de valor y de afecto al concepto *"niño"*…y al concepto subordinado, *"niño que sufre"*.

Ese concepto, "niño", "pibe", "los pibes que conozco", no funcionó en La Matanza, para Lucas Navarro. Funcionó otro: "menor delincuente".

El menor delincuente es una amenaza: están drogados; no les importa nada; entran por una puerta y salen por la otra; son mucho más crueles que los mayores; te pueden matar por un par de zapatillas…

Las vecinas con hijos en brazos no mataron a Lucas Navarro[3] (no podían, porque el que estaba ahí: no tenía nombre, ni historia), se enfrentaron con una amenaza para sus hijos y sus familias. En ese sentido, su actitud es bastante racional.

¿Quién podría convertir a Lucas Navarro en un chico de 15 años? Sí, los medios. Pero los medios escriben lo que sus fuentes les ofrecen. Los periodistas, como el resto de los ciudadanos forman sus criterios a partir de la información con la que cuentan (no la que existe: la que conocen y tienen disponible, antes o después de investigar). Existe la versión de la policía, de las víctimas, de los familiares destrozados, faltan dos versiones: la de los niños (que están inmersos en su realidad subjetiva, en la cuál, obviamente, delinquir es una opción y por lo tanto, mientras más hablen (y hablarán como *menores*, como *pibes chorros*, como *negros de m*…, más posibilidades tienen de reforzar el estereotipo) y la de la Justicia.

La Justicia puede poner en contexto y contar la historia. La versión que no está presente en los discursos que circulan es, precisamente, la que tiene la capacidad de mostrar el cuadro completo y romper los mitos: el del número de homicidios imputados a menores; el de la monocausalidad del consumo de "paco"; el de la indiferencia de los padres, etc. La Justicia puede mostrar los contextos, la historia de ese chico, sus aprendizajes, sus opciones (y las de sus padres), etc.

La tormenta perfecta se produce precisamente allí: los jueces de Familia y los del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil son los que tienen mayores prevenciones para hablar. La mayoría están convencidos de que no *pueden* hablar. Sin embargo, pueden hablar de todo, con la única excepción de lo que se les ha ordenado específicamente resguardar. Hay muy poco de lo que no pueden hablar. Esto es un descubrimiento reciente para el Poder Judicial, no es culpa de los jueces y funcionarios, es una cultura organizacional que resultó adecuada desde siempre y hasta hace relativamente poco.

La comunicación está *sobre e infravalorada* en el Poder Judicial. La versión de la Justicia está ausente en la mayoría de los casos que tienen tratamiento público. Digo la *versión* y no "el expediente" porque lo que faltan no son los datos de las causas, sino las lógicas de construcción de las decisiones y los contextos que las sostienen. Lo mismo que sucede con el tema que nos ocupa: **las decisiones jurisdiccionales y los *menores delincuentes*** (dicho así, para que se entienda) **comparten un elemento que los determina: son fenómenos descarnados.** No pueden generar empatía.

En *los menores* se condensan, convergen y *hacen síntoma* muchísimas cuestiones que no hemos podido elaborar como sociedad. No hay un debate saldado. Cada vez que se toma una decisión judicial sobre un *menor* en conflicto con la ley penal, la mitad de la sociedad se va a indignar porque es excesivamente blanda y la otra mitad porque es excesivamente dura.

Recupero lo de la empatía. Humberto Eco hace una distinción muy ilustrativa entre **explicar, comprender, justificar y compartir.**

"Erika es una muchacha que está acusada de haber acuchillado a su madre y a su hermano pequeño. ¿Se puede explicar este hecho? Sin duda, y deberían hacerlo los psicólogos y psiquiatras. ¿Se puede comprender a Erika? Si me explican que era presa de un ataque de locura, la puedo entender, porque el loco no razona. ¿Se puede justificar?. Desde luego que no, y es preciso que un tribunal condene su acto y actúe con ella de tal forma que no pueda volver a hacer daño. ¿Se puede compartir lo que ha hecho en el sentido de que nosotros también lo haríamos? Espero que no, si no somos uno de esos descerebrados que le envían mensajes de solidaridad"[4].

No se trata de *justificar* ni de *compartir*. Ni siquiera ingreso en el caso concreto (de eso me ocupo en mi tarea cotidiana, cuando ya es tarde). El objetivo de **construir un sentido común** distinto frente al tema de los niños que, por las razones que sean, no fueron capaces de resolver de otro modo su futuro inmediato (no supieron, por ejemplo, soportar el abuso como los 2 millones de niños menores de 15 años que trabajan en nuestro país; ni permanecer en el lugar de víctimas, como estadísticamente sucede con una cantidad incomparablemente mayor de chicos que los que operan como victimarios). El objetivo, digo, de construir un sentido común alternativo al policial – paranoico es permitir una acción efectiva contra la inseguridad que generan los *menores delincuentes.* Sí, no hablo de terminar con el abuso, porque ese no es el objetivo: el objetivo es que el abuso no nos roce (el problema del "paco" no es la generación de chicos y chicas de la villa que sufren y se destruyen, si no que salen a robar).

No está mal que exista un Ministerio de Seguridad: lo que es absurdo es que se le atribuya la tarea de terminar con la inseguridad. La fábrica de delincuentes no es administrada por el aparato que reprime los delitos. Es fracaso de la totalidad del aparato del Estado y de nuestra sociedad en todos sus niveles.

Con la información estadística que tenemos es probable que podamos construir un mapa de los barrios y los lugares que se constituyen como los principales proveedores de materia para los Institutos de Menores. Si a eso le agregamos algunas otras variables (situación de los padres, hermanos detenidos en cárceles o institutos, condición socioeconómica del hogar, etc.) creo que puede construirse un índice de probabilidades de que un niño que hoy tiene 3 años y está jugando descalzo en el barro, entre en conflicto con la ley penal dentro de unos años. ¿Quién puede dar una respuesta más efectiva, los ministerio de Infraestructura, Economía, Educación, Desarrollo Humano, etc. etc. que pueden combatir las causas estructurales del delito o el Ministerio de Seguridad que va viendo cómo administra lo que ya se produjo? Me recuerda a la cámara oculta –ya clásica- en la que a una persona se la pone en una línea de montaje y debe guardar platos que salen cada vez a mayor velocidad hasta que colapsa su capacidad…nosotros pensamos que hay que ponerle dos brazos más al pobre tipo…

Si no rompemos ese sentido común, vamos a estar siempre tras la línea de montaje. Pero esta fábrica produce dos víctimas: los niños que delinquen y las víctimas de los delitos por ellos cometidos. Ambos tienen el derecho a reclamar soluciones urgentes.

Tenemos que ser capaces de lograr que se entienda que no puede resolverse el problema de unas víctimas sin resolver el de las otras. Y para esto hay que salir de los discursos simplificados, policiales- paranoicos, políticamente correctos, horrorizados, y ofrecer contextos: contar historias que puedan explicar la complejidad y permitir la identificación con todos los actores del drama (no es una tragedia, no tiene un final ineludible, es un

drama, podemos cambiarlo); poner blanco sobre negro la situación de los niños, su participación en la cuota de delitos, los avisos previos. Mejor hacernos cargo de qué falló que tratar de matar el síntoma. Ese modelo fue utilizado con éxito en las ciudades que bajaron sus tasas de criminalidad.

Mi mensaje de cierre es:

• los *menores delincuentes* no son un problema, son el síntoma de varios;

• no se sale de la presión por agravar la situación sin convertir a los *menores delincuentes* en *chicos y adolescentes*;

• la única forma de lograr eso es darles una cara;

• la Justicia tiene la versión con mayor potencia para poner contextos y eso protege a los chicos y legitima las decisiones de la Justicia;

• lo que publican los medios va a cambiar cuando nosotros cambiemos, no antes;

• los problemas son nuestros; los chicos son nuestros; los discursos distorsionados son nuestros: si no están en la agenda es porque nosotros no lo ponemos.

Nuestro compromiso es resolver una cuestión tan delicada como es ver cómo deshacemos lo que hicimos con nuestros chicos.

Notas:

*El presente texto (nunca publicado) es una conferencia que el autor dictó en el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de San Nicolás (Pcia. de Buenos Aires), como apertura de las Jornadas de Niñez y Delito, durante el mes de mayo 2010.

[1] *"El Encierro mediático: Niñez y Adolescencia en la prensa argentina 2008",* Periodismo Social, Buenos Aires, 2009.

[2] [3] Abraham, Tomás *El presente absoluto,* Sudamericana, Buenos Aires, 2007

[4] http://www.taringa.net/posts/info/5095929/El-joven-linchado-por-los-vecinos.html

[5] Umberto Eco, *A Paso de Cangrejo.*

Qué es ser un escritor competente en el ámbito profesional

Por Sandra Brun: Licenciada en Letras y Magíster en Psicología Cognitiva y Educación. Especialista en Producción Escrita. Responsable de talleres para mejorar la producción de textos jurídicos en el Superior Tribunal de Justicia de Chubut.

Existe la creencia de que escribir es una actividad propia de los poetas, de los novelistas, o de los cuentistas. Cuando pensamos en un escritor lo asociamos con alguien como Borges, Cortázar, García Márquez o Saramago, solo por citar algunos autores de mi preferencia. Sin embargo, es muy poco probable que nos pensemos a nosotros mismos como escritores.

Escribir no es una actividad que resulta de un don otorgado por las musas, ni mucho menos producto de la inspiración repentina. Esto es un mito romántico que alimenta la idea de que los escritores son seres especiales. Nada más alejado de la realidad. Les propongo que revisemos esta creencia, al menos, a partir de la lectura de este modesto artículo.

Como profesionales, no solo los profesores de Lengua y Literatura están en contacto cotidiano con la escritura sino muchos otros: profesores de otras disciplinas, contadores públicos, médicos, investigadores, abogados…Todos ellos desarrollan su trabajo, en gran parte a través de la escritura.

En el caso de los abogados, se valen del lenguaje, sobre todo escrito, para resolver los conflictos que requieren de su intervención. Escribir es una parte sustancial de su trabajo y es parte constitutiva de su cultura profesional, tanto es así que se los llama “letrados”.

Ahora bien, decíamos que para ser escritor no es obligatoria la asociación con la literatura, todos los que ejercemos alguna profesión en esta cultura letrada, de algún modo somos escritores. Algunos tendremos herramientas para ejercer mejor este rol, otros podrán mejorarlo con la práctica. Siempre los textos son perfectibles, basta leerlos después de un tiempo para darnos cuenta de que podríamos haberlo escrito mejor.

Cabe entonces preguntarnos cómo podemos ser mejores escritores ¿Es posible ser un escritor competente en nuestro ámbito profesional?La respuesta es sí. Podemos convertirnos en mejores escritores cada día, con la práctica, con el conocimiento y estudio de la herramienta con la qué trabajamos: el lenguaje.

Es decir, la práctica es importarte porque no se puede hablar de escritura si no se escribe y, mucho; pero esto solo no es suficiente. Se necesita, además, conocer nuestros procesos de redacción y saber hacer una revisión que se ajuste a criterios relacionados con buenas prácticas de escritura, por ejemplo: saber usar las comas (unamicro-habilidad), o presentar un texto integrado y coherente (una macro-habilidad).

Podemos decir entonces, que para saber escribir no es suficiente con la práctica, sino que también hay que saber sobre el sistema de nuestra lengua, saber cómo se usa en situaciones concretas y saber usarla con eficiencia para, en definitiva, lograr nuestro propósito comunicativo.

Saber una lengua, saber usar una lengua y saberla usar con eficacia.

Si bien los modelos teóricos lingüísticos inicialmente centraron sus investigaciones en la oración y la gramaticalidad (saber una lengua), luego fueron centrando su interés en los conocimientos y habilidades necesarios para usar apropiadamente esa lengua en situaciones determinadas (saber usar una lengua), tomando como instancia básica el texto/discurso. De esta manera, se pasó del estudio de un modelo prescriptivo y, en cierto sentido abstracto, a uno descriptivo y concreto.

En este último modelo, centrado en el texto/discurso, además de desplazar el foco de lo estrictamente verbal al sujeto que usa la lengua, se analizan propiedades fundamentales, como: la adecuación al contexto, las restricciones que impone el entorno y los mecanismos psicológicos mediante los cuales se produce y comprende el discurso. Así, el fenómeno del lenguaje es estudiado como un objeto cambiante, complejo, individual y social al mismo tiempo (saber usar eficazmente una lengua).

Se trata de un enfoque funcionalista y pragmático porque se interesa por la lengua en un uso concreto y no solamente como sistema o código.

Desde una perspectiva pragmática, un usuario competente de la lengua es aquel que logra ser eficaz y, no solo porque sabe cómo usar su lengua, adaptándose a distintos contextos, sino porque logra persuadir al otro/ los otros para lograr sus propósitos comunicativos. De tal forma podemos decir que un usuario de la lengua es competente estratégicamente cuando elige determinados recursos lingüísticos (estructuras) con fines comunicativos específicos articulando estructura, uso y función.

Coincidimos con Cucatto,M. (2010, págs. 88-89) cuando afirma "Para nosotros, la estrategia se entiende como una opción creada por el hablante, quien, para poder adaptarse a las restricciones que le impone la situación comunicativa, decide inteligentemente (esto es, eficazmente) cuál es la forma que debe elaborar y que mejor se adecua a la función para la que esta se destina. En la toma de tal decisión […] se puede constatar cómo la estructuración lingüística es icónica, es decir, está motivada por las intenciones y fines comunicativos que se desean alcanzar, pues está determinada por el marco de visión, punto de vista, punto de ventaja o construcción (*construal)* del sujeto hablante, razón por la que, de acuerdo con nuestro enfoque, el concepto de competencia estratégica está fuertemente ligado al deargumentatividad".

Podemos decir hoy que los distintos enfoques no se contraponen a la hora de estudiar una lengua. Para llegar a ser usuarios competentes debemos conocer los aspectos gramaticales, sintácticos, ortográficos, textuales, contextuales, pragmáticos y metalingüísticos (de reflexión y autocontrol de lo escrito) pues nos interesa tanto la lengua como sistema como así también su circunscripción a una práctica social y cultural específica.

En síntesis, luego de presentar de manera muy general, los diferentes enfoques del estudio del lenguaje y de posicionarnos teóricamente en un marco de referencia pragmático y cognitivo, haremos algunas reflexiones acerca de lo que entendemos por escritor competente para luego hacer una transferencia a un escritor competente en el STJ, contexto en el cual inscribimos nuestras prácticas profesionales.

Un escritor competente

Como dijimos antes, ser un escritor competente es un requisito inherente a cualquier ámbito profesional pero sobretodo en el contexto judicial. Compartimos con Aguayo (2012) que el Derecho es un fenómeno lingüístico complejo, que se construye y se expresa en cada caso a través de un acto de decisión lingüística[1]. En el caso específico de los discursos/textos producidos

en un ámbito como el Superior Tribunal de Justicia, se trata de textos que, por contener un alto contenido de poder institucionalizado, son instrumentos complejos que se constituyen como referentes y modelos sociales de escritura especializada.

En este sentido, desde la Lingüística pueden realizarse aportes para que los profesionales abogados conozcan un aspecto trascendente de su objeto de estudio: lo que ellos mismos construyen con palabras.

El discurso/texto jurídico se alinea, por su complejidad, con otros textos burocráticos como los legislativos, ejecutivos, ministeriales y como estos, resultan difíciles de comprender, tanto es así que algunos autores lo definen como un argot. Sin entrar en la discusión de si el problema de la comprensión de los textos jurídicos es un problema social o lingüístico (por nuestra parte creemos que siempre que es lingüístico es social o al revés), lo cierto es que ya hace muchos años que esto se ha transformado en un problema político para muchos países.

Es que hacer más comprensible un lenguaje no es una tarea sencilla, no se trata de una reducción del lenguaje técnico exigible en este tipo de textos, ni mucho menos de debilidad conceptual. Justamente hacer parecer fácil aquello que no lo es, requiere tener claras las ideas, destinar tiempo de trabajo, leer y analizar, revisar y corregirlo escrito. Dicho de otro modo, se trata de un oficio que requiere de experiencia y dominio de variadas estrategias para lograr una comunicación efectiva.

Nadie escribe de una vez, hasta los escritores más expertos corrigen, suprimen, agregan, cambian de lugar, vuelven una y otra vez para encontrar la palabra justa, la estrategia más adecuada…Humberto Eco no escribió la novela "El Nombre de la rosa" en un solo paso, más bien tardó años en hacerla. Nuestro Borges decía que publicaba para no corregir más. En fin, son muchísimos los ejemplos de escritores de literatura consagrados por la historia para quienes la escritura era más un oficio que un arte.

Ser un escritor competente en el STJ

En el diagnóstico llevado a cabo durante octubre-diciembre de 2010 para realizar un proyecto de mejora de la producción escrita en el ámbito del Superior Tribunal de Justicia, se relevaron los siguientes rasgos o atributos propios de un escritor competente[2].

Así, para los participantes de una encuesta, los atributos esenciales de escritor competente en el STJ se resumían, en orden de importancia:

1. Claridad
2. Capacidad de síntesis
3. Dominio del campo de conocimiento específico
4. Actitudes inherentes al desempeño profesional
5. Buen dominio de la ortografía y sintaxis
6. Capacidad para organizar los textos
7. Creatividad
8. Capacidad de organización del trabajo/planificar
9. Juicio crítico, inteligencia y comprensión lectora
10. Criterio estético en el uso del lenguaje

Cuando hablamos de competencia ¿se alude a una facultad que tienen los usuarios de una lengua, se hace referencia a los procedimientos que se ponen en juego en diferentes situaciones comunicativas o se trata de un conocimiento alcanzado en un dominio específico? En definitiva: ¿se trata de un saber declarativo o procedimental?[3].

Ser competente alude, por lo menos, a dos sentidos. El primero ligado a los significados de "competir": disputa, oposición, rivalidad que nos remiten a la dimensión polémica que rige los intercambios verbales. Al decir de Cucatto (2010) p.13 "para poder competir o negociar socialmente significados, resulta necesario poseer algún conocimiento , alguna aptitud , alguna inclinación o cierta habilidad, así como también se requiere adoptar un punto de vista o locación -física, emocional, social y aun verbal- frente al otro, a los otros, a fin de modificar el estado de cosas o el *statu quo* imponiendo este punto de vista como forma de ganar la contienda". Esta dimensión es de mucho interés para los profesionales abogados por cuanto se inscribe en el estudio de la argumentación.

Por otra parte, el segundo sentido de competencia se inscribe en la dimensión que podríamos llamar cognitiva, en cuanto se relaciona con procesos como: pericia, saber y conocimiento. En este sentido, también se inscriben otros significados asociados con la autoridad, legitimidad, incumbencia, todos atributos que, según el Diccionario de la Real Academia Española, al definir "competente", pertenece a los jueces.

De acuerdo a lo expuesto, tanto los resultados de la encuesta como los conceptos citados aquí, desarrollados por Cuccatto, podemos concluir en lo siguiente: "ser un escritor competente" requiere un saber complejo que involucra aspectos lingüísticos y cognitivos:

1. Lingüísticos porque implican una competencia heterogénea que incluye diversos componentes: gramaticales[4], léxicos, sintácticos,de registros[5], discursivos.

2. Cognitivos porque involucran los conocimientos, creencias, sistemas de representación, interpretación y evaluación de los universos que se simbolizan por medio del lenguaje.

Dicho en otras palabras, escribir desde esta perspectiva resulta una síntesis entre un saber, saber hacer y saber hacer con eficiencia.

Bibliografía

AGUAYO, N. (2012) "*Derecho público y lenguaje",*en Suplemento La Ley Administrativo,N°2, Buenos Aires, Marzo 2012.

ALBARRÁN, C.(2011) "*Cómo escriben los que escriben",* Fondo de Cultura Económica, México.

CUCATTO, M. (2010) *"La competencia estratégica o el lenguaje como sospecha inteligente",* Prometeo, La Plata/ Universidad Nacional de la Plata.

Notas:

[1] Aguayo, Nadia (2012) "Derecho público y lenguaje *",*en Suplemento La ley Administrativo, N°2 Buenos Aires, marzo de 2012, p. 3

[2)] Cabe aclarar que estos rasgos surgieron como respuesta a una encuesta destinada a y magistrados funcionarios del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA de la provincia del Chubut. La pregunta era la siguiente: "Según su concepción ¿qué se necesita para ser un escritor competente en el STJ? Escriba por lo menos cinco atributos"

[3] El conocimiento declarativo es el conocimiento sobre *qué* es algo, mientras que el conocimiento procedimental es el conocimiento sobre *cómo* hacer algo.

[4] Conocimiento de las reglas del código lingüístico

[5]Registro como campo, modalidad oral o escrita y estilo de discurso que marcan la pertenencia de un hablante a una comunidad discursiva.

El Procedimiento Penal Juvenil

Por Nelly García: Jueza de Cámara Penal de Esquel (Chubut). Ex Jueza Penal de Niños y Adolescentes en Esquel (Chubut). Profesora Asociada de Derecho Penal II, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco.Consejera representante de Esquel en la Escuela de Capacitación del Poder Judicial de Chubut.

Abordaré el tema de los menores incursos en hechos delictivos, por su actualidad, por la repercusión social que genera, y por las dispares respuestas que se ofrecen.

Por un lado parece que la niñez nos sensibiliza, hay que cuidarla, rodearla de distintas mallas protectoras para alejarla de la enfermedad, la violencia y el dolor, todos coincidimos que debemos ayudar, acompañar, apuntalar, empujar, a los jóvenes, ya que es difícil crecer y los adultos somos responsables como facilitadores de su pleno desarrollo.

No concluye la tarea responsable con el reconocimiento que son sujetos de derechos, sino que se deben implementar políticas públicas eficaces para hacer efectivos esos derechos, para asegurar una igualdad real ante la ley, basada en igualdad de oportunidades.

Pero por otro lado, cuando un niño o adolescente comete un hecho delictivo, socialmente ese hecho es visto como mucho más grave y reprochable, y el menor es catalogado como más peligroso que un mayor que cometa el mismo hecho, cargando las tintas del reproche, sin motivos razonables, olvidándonos de todo lo declamado en protección de la infancia, rápidamente el niño pasa a ser el enemigo público número uno.

Sin embargo, a partir de mi experiencia como juez penal de niños y adolescentes entre los años 2000 y 2006, puedo asegurar que la cantidad de delitos cometidos por menores estadísticamente es un porcentaje bajo, el rango de delitos y los hechos con violencia extrema, no difieren mucho de los cometidos por mayores.

El Dr. Jorge Pfleger en su carácter de Presidente del Superior Tribunal de Justicia en su discurso ante la Honorable Legislatura, según manda el art. 181 de la Constitución Provincial, en marzo de 2012, se refirió al tema diciendo:

"No se me olvida la exigencia de la hora: el procedimiento penal juvenil, imperativo constitucional y necesidad social actual, y el juicio por jurados.

Lo primero porque observamos que tal cual está diseñado el sistema fracasa a la hora de tratar a los menores en conflicto con la Ley Penal, y no responde al precepto constitucional que lo exige, ni a los estándares internacionales que condicionan nuestra organización. Tampoco contribuye a la paz social porque la sociedad siente que la solución que se brinda no es la adecuada".

Desconozco cuál es su opinión personal al respecto. Pero es bueno recordar que algunas provincias han asumido competencia positiva ante el vació legal y han establecido un régimen penal juvenil, conforme los principios de la Convención de Derechos del Niño, las Reglas de Beijing y otras resoluciones de la ONU.

Que en nuestra provincia la Ley 4347 de protección integral de niños,

niñas y adolescentes, estableció un régimen penal juvenil y creó los Juzgados Penales de Niños y Adolescentes, de conformidad con el mandato del art. 171 de la Constitución Provincial.

En general cuando las normas distinguen tribunales de familia y de menores, reservan el nombre de tribunales de menores, para los que tienen competencia penal. En ese sentido, la Ley 4347 estableció juzgados especiales únicamente para la primer etapa, como tribunales de garantías, el Juzgado Correccional y la Cámara en lo Criminal, como tribunales de juicio, seguían teniendo competencia en menores, por lo que la especialidad quedaba trunca y se perdía la prioridad y la celeridad, al integrar la agenda común de los tribunales de juicio.

En el proyecto de reforma del código procesal se trató el tema y se evaluaron dos posibilidades, una mantener los juzgados de menores con su especialidad o incorporar el juicio de menores al código perdiendo la especialidad, y finalmente esta opción es la que triunfó.

La novedad de la reforma fue sacar del proceso penal a los inimputables, ya que la Ley 4347 tenía el capítulo quinto del libro II, dedicado a los menores inimputables en el ámbito penal.

El Código Procesal Penal Ley XV N° 9 (antes ley 5.478) establece reglas especiales para niños y adolescentes en el Libro V y en el art. 405 dispone: "Comprobación de los hechos. En todos los casos se procurará establecer la verdad sobre la existencia del hecho delictivo atribuido y la participación del niño o adolescente en el mismo. Sin la probable concurrencia de ambos extremos no podrá ordenarse ninguna medida procesal que afecte sus derechos.

La imposición de cualquiera de las medidas socio-educativas previstas en este Código requerirá la plena convicción judicial, motivada en pruebas legítimas, sobre aquellos extremos fácticos, siempre que no concurra alguna de las hipótesis del artículo 34 del Código Penal.

En ningún supuesto se aplicarán medidas de protección en el sistema penal. En caso de archivo, sobreseimiento o absolución, si se hubiera verificado alguna otra situación que requiera la intervención estatal en protección del niño o adolescente, se remitirán los antecedentes al Sistema de Protección Integral de Derechos (arts. 36, 37 y 56 a 60 Ley 4347 y Dec. Reglamentario 1631/99, Anexo II y III).

Aún cuando se acredite la probable existencia del hecho y la participación del niño o adolescente, en el supuesto de detectarse paralelamente alguna situación de vulneración de derechos, el juez, a petición de parte o aún de oficio, deberá proceder como lo dispone el párrafo anterior".

A mi criterio, el Código Procesal, con esta decisión, ajustó el derecho interno a los requerimientos de la Convención de Derechos del Niño, que establece en el art. 40 punto 3 a) que los Estados establecerán una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales y para los que son punibles se les reconoce las mismas garantías que corresponden a los mayores.

A nivel nacional se ha sancionado el 28 de septiembre de 2005, la Ley 26. 061 de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes; pero quedó sin tratamiento el proyecto del régimen penal juvenil, por lo que se sigue aplicando la vieja ley 22.272, modificada por la ley 22.803.

En nuestro país, el límite de la imputabilidad está fijado en los dieciséis años para todos los casos y lo extiende hasta los dieciocho años para los delitos con pena de hasta dos años de prisión, según Ley Nacional N° 22803 del 28/08/80.

Decir que los niños y niñas menores de dieciséis años no tienen capacidad penal y traerlos al proceso penal, para garantizarles sus derechos,

es una antinomia, se entiende por antinomia jurídica, la incongruencia o contradicción real entre las dos partes de la Ley 22.278 y a partir de 1990 con la entrada en vigor de la Convención de Derechos del Niño, es anticonvencional e inconstitucional.

Todo ordenamiento jurídico procura tener coherencia interna, es decir que una norma o dos normas aplicables al mismo caso, no den soluciones contradictorias, por lo a partir de la sanción de la Ley Nacional N° 26061, ha quedado tácitamente derogada la primer parte de la Ley 22.272, modificada por la Ley 22.803, por ser ley especial posterior, sin entrar en los cuestionamientos constitucionales que amerita esta vieja norma.

Insisto, porque hay mucha confusión, solamente se puede traer al proceso penal a quien tiene capacidad legal y puede ser objeto del reproche penal, todas las demás situaciones de vulnerabilidad de un niño o niña, deben ser tratadas extrajudicialmente o en el ámbito de familia, nunca en el penal, que aplica un derecho sancionatorio.

He revisado las más modernas legislaciones de menores de América Latina y de Europa y no existe un régimen penal para inimputables, no tienen este problema porque los límites de imputabilidad son más bajos.

En cuanto a jurisprudencia comparto el dictamen del Dr. Javier Augusto De Luca, como Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal, en autos N° 14.941 del registro de la Sala I, caratulados "E.R.J.S. s/ recurso de casación", sus palabras me parecen muy acertadas por su claridad y mensaje contundente:

"Es probable que razones culturales e ideológicas nos impidan ver con claridad esta situación, porque hace un siglo que se viene haciendo de la manera que entiendo está totalmente superada. Tan ideológica es la cuestión que a nadie se le ocurrió interpretar que también eran "menores infractores de la ley penal" a un sinfín de situaciones como las de un niño de menos de 16 años que le tocase la cola a su compañerita de jardín de infantes, u a otro que le quebrara el brazo a su vecinito, o al que le sustrajere la bicicleta a su amigo, o uno de trece años que realizare exhibiciones obscenas en el colegio, etc., etc.,

Todos esos son menores infractores a la ley penal, porque esta categoría no distingue entre homicidios y lesiones o abusos sexuales simples, pero el sistema penal juvenil no se ocupa de ellos. Ahora, la nueva legislación ha puesto de manifiesto esta situación y énfasis en declarar que para el derecho penal esos casos son atribuibles a personas que carecen de la capacidad exigida por él. Es como si esos hechos fueran atribuibles a la naturaleza. Si alguno de esos menores revela peligrosidad, no intervendrá un juez penal, sino una serie de organismos estatales con control judicial efectivo, ajeno al penal.

La situación de autos es idéntica, y lo único que ha explicado, pero no justificado, la intervención de un juez penal, es que el hecho del menor de quince años "se parece a un delito" (pido disculpas por la vulgar expresión). En consecuencia, además del sobreseimiento, ante la comprobación del riesgo del menor para sí o para terceros, aquél debió ser puesto a disposición de las autoridades competentes de manera inmediata. Y ello es así, porque la justicia penal perdió totalmente su competencia."

Contra esta postura se mantienen en pie las tradicionales basadas en la situación irregular del niño que permite la disposición tutelar y tratan de armonizar la Convención del Derechos del Niño con la Ley 22.278, y proponen traer al proceso a los niños de catorce y quince años, de los que se dice que han cometido un delito para asegurarles su derecho a la defensa en juicio y ser oídos, pero olvidan que ambos institutos son irreconciliables e incompatibles por su propia naturaleza, la Convención está por encima de

la ley, es operativa y aplicable directamente, no necesita ninguna reglamentación interna para su vigencia, la que debe modificarse es la ley para compatibilizarla con las exigencias de la Convención.

Sin perjuicio de lo estrictamente legal, estas posturas tienen otro inconveniente práctico se abre una compuerta que después no se puede cerrar, lo he vivido en el Juzgado Penal de Niños, primero vinieron los de quince y catorce años por hechos graves y la cuestión parecía razonable, después los de doce y trece años, en la sociedad de esta época que todo penaliza y pretende resolver desde la sanción, no pasó mucho tiempo y tuvimos los de doce, los de diez, los de nueve y ocho y si seguimos un año más no me sorprendería tener los infantes del jardín. Todo con la buena intención de imponerles un tratamiento, lo antes posible, para evitar que cometan hechos más graves cuando crezcan.

Esta situación nos lleva a otro debate, el descenso de la edad de la imputabilidad, con posiciones encontradas y severas críticas, por lo que me parece útil para ilustrar la cuestión planteada, el informe publicado en www.PuntoJus.com.Sección: Justicia del sábado, 17 de Septiembre de 2011 12:17, que comenta:

"Si bien la Argentina permite -mediante el decreto 22.278- que las personas menores de edad cumplan las penas máximas al momento de alcanzar los 18, "la obligación de los Estados es disponer medidas especiales en materia de justicia juvenil", destacan desde el CIDH. En este contexto, vuelve a ponerse sobre la mesa un debate controvertido y ampliamente postergado, donde el estamento judicial y el político mantienen hace tiempo duros cruces. "Los menores de 14 a 16 años se encuentran actualmente en un limbo jurídico", así el diputado nacional y presidente de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, Juan Carlos Vega sintetiza una sensación presente en la sociedad que debate la problemática, causas y consecuencias de la baja en la edad de la imputabilidad de los menores. Lo cierto es que en el debate actual sobre la responsabilidad penal de los menores rige una ley de la dictadura que los divide en dos categorías: mayores y menores de dieciséis años. En el caso de los primeros, el decreto 22.278 permite la privación de la libertad "con la excusa de un inexistente tratamiento tutelar para luego juzgarlos como adultos cuando cumplen los 18 años", sostienen los especialistas consultados. "Desde 1997 a la fecha, trece sentencias de reclusión perpetua han sido dictadas en cumplimiento de esta disposición. Mucho más escandalosa es la situación de los menores de dieciséis, a los cuales la propia dictadura designó como inimputables y no punibles. La pobreza habilita en este caso a privarlos de libertad para su protección", sostiene el Presidente de la Fundación Sur, Emilio García Méndez. Ante esto, Mary Beloff, Fiscal General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios a la Comunidad de la Procuración General de la Nación, explicó a BAE que el acento debería ponerse en las políticas de prevención; "para esto es preciso implementar políticas criminales basadas en la responsabilidad de los adultos y orientadas a la prevención de los delitos", señala y asimismo, destaca que en cuanto a la determinación de la edad penal mínima "la experiencia latinoamericana indica que la reducción de la edad no ha incidido en la reducción del índice de delitos de los jóvenes ni en la disminución de la violencia" por lo cual, a entender de la fiscal, "el ingreso a la justicia penal de los menores de 16 sólo implicará replicar los problemas que tiene la justicia penal de adultos, aumentar de manera exponencial y no resolver los problemas de nadie".

"La mirada de la justicia. Lo cierto es que desde el foco judicial, el tema es en parte resistido por los operadores judiciales que apuntan a la necesidad de políticas integrales que garanticen a los menores la aplicación

de los derechos humanos. Las cifras de la Asesoría General Tutelar hablan de unos seiscientos menores de dieciséis años –datos que no pueden ser cotejados con las oficiales por la inexistencia de las mismas- que se encuentran privados de su libertad "por delitos que nunca serán probados ni tendrán un debido proceso en el que defenderse, presentando pruebas, recusando testigos y apelando decisiones" explica la asesora general Laura Musa. En medio del debate, si bien los representantes de la justicia minimizan la cantidad de delitos cometidos por menores, advierten que no se trata de una cifra marginal. Según datos de UNICEF, el total de menores de veintiún años que se encuentran institucionalizados supera los 19.600 casos.

La gran mayoría de esos niños, niñas y adolescentes institucionalizados por causas del tipo "no penal", representa un 87,1% del total, mientras que los privados de libertad por causas penales constituyen el 12,1% de la población. Salvo algunas excepciones, la gran diferencia se mantiene en la mayoría de las provincias, donde el porcentaje de chicos privados de libertad por causas no penales asciende al 60%.

"El debate iniciado hace trece años con el primer proyecto de Responsabilidad Penal Juvenil, presupone la confrontación entre promover o no el cumplimiento estricto del derecho constitucional de acceso a la justicia y al debido proceso para los adolescente de catorce a dieciséis años que sean imputados de un delito", explica Musa. Por su parte, el fiscal platense Marcelo Romero instó a una profundización de la discusión en donde intervengan no sólo representantes de la justicia y la política, sino que también se convoque a psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales. "El Código Penal data del siglo pasado y evidentemente el avance del mundo pudo o no haber tenido alguna influencia en el desarrollo mental de los menores y ahí es donde deben intervenir los profesionales para determinar si los chicos de catorce años comprenden la criminalidad del homicidio, de la violación". El fiscal asimismo destaca una que "el incremento en la participación de los menores en la criminalidad es un dato insoslayable: robo con armas, homicidios, violaciones, castigos innecesarios a víctimas indefensas" y, ante esto, sostiene que "las edades críticas sobre las que hay que centrar el debate son los chicos de catorce y quince años que –considera Romero- son una franja que comprende la criminalidad de muchos de estos delitos".

En consonancia con este argumento, el constitucionalista Félix Loñ apunta a un proceso integral basado en una inversión para la readaptación de los menores. "Soy partidario desde el ángulo jurídico por la disminución de la edad de imputabilidad, porque se le estaría dando de esta manera a los chicos el derecho a defensa, y si no se los procesa y se los declara inimputables no pueden demostrar a la sociedad su inocencia", dice el especialista. Por su parte, Claudio Mazaira, abogado de la "Asociación Madres del Dolor" enfoca el problema en otro plano que no pasa por la edad de la imputabilidad, sino por la reforma del artículo 4 de la Ley 22.278. Según refiere el especialista, se trata de un artículo clave dado que "otorga la potestad al tribunal de menores para que luego de realizado un proceso judicial que termina con el dictado de una sentencia, se celebre una audiencia con un asesor de menores y se pueda bajar la pena, otorgar libertad condicional o hasta determinar la absolución". Salta a la vista que el sistema judicial demuestra distintas facetas para adaptarse a los hechos. El fiscal general Javier de Luca va más allá y plantea que "el sistema judicial se viene comportando en infracción a la ley penal como si los menores fueran una plaga o la causa de miles de males, mientras se les conculcan cantidad de derechos".

Las visiones de la justicia son amplias pero todas confluyen en la

necesidad de que se apliquen reformas de carácter integral entre el ámbito político y el judicial. Así, desde el Foro de Estudios Sobre la Administración de Justicia (FORES), Martín Casares tilda al sistema penal vigente de "obsoleto" e indica que resulta urgente "una reforma que se abarque desde los sistemas de prevención e investigación policial, hasta los de ejecución penal y control de aplicaciones de las penas, pasando por un sistema de enjuiciamiento". Los jueces y el estamento político debaten posturas disímiles, y en medio de la discusión miles de menores aguardan porque sus derechos y garantías sean respectados y atendidos de una vez por todas. "Plantear la responsabilidad penal de los adolescentes sin concretar políticas preventivas y de reintegración social seguramente tendrá efectos sobre la inseguridad: aumentarla al reproducir la exclusión, la marginalidad y la violencia que desde siempre han definido a la justicia penal de los adultos", concluye Beloff". (Editora Sabrina Santopinto. Artículo publicado en el Suplemento de justicia del diario BAE.).

Al respecto, pienso que hoy no están dadas las condiciones para bajar la edad de imputabilidad, porque el Estado tiene muchísimas falencias en cuanto a las respuestas que brinda en los casos con menores responsables, por lo que ingresar más adolescentes en el sistema implicaría agudizar la crisis.

Ante este panorama tan complejo y no encontrando soluciones de consenso, pienso que hoy por hoy, lo urgente no es la reforma legislativa, sino destinar recursos para capacitar a funcionarios y operadores que tengan competencias relativas a niños, niñas y adolescentes, e implementar políticas públicas más eficientes.

A mi criterio, como se perdió la especialización de los Juzgados Penales de Niños y Adolescentes, el Ministerio Público Fiscal, que es el órgano requirente, debería contar con una agencia especializada en menores, igual especialización debería tener el Juez de Ejecución, que es quien debe controlar y/o modificar las medidas socioeducativas, para trabajar coordinadamente con el Consejo Provincial de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, la Subsecretaría de Desarrollo Humano y Familia y el Servicio de Protección de Derechos.

Es un tema para incorporar en la Escuela de Capacitación, la capacitación debería ser continua, para mantener actualización y servir de incentivo para la búsqueda de otras soluciones.

Recomiendo que todos los operadores que tengan competencia en asuntos de niños, niñas y adolescentes incursos en delitos, trabajen con clubes de barrio, juntas vecinales, iglesias, centros de educación no formal, y ONG para acercar a los jóvenes y aprovechar su actuación en el medio, haciendo prevención positiva y logrando resocialización efectiva.

Ya en el ámbito de lo punitivo, con relación a los que ingresan al sistema penal recomiendo insistir, con los programas de libertad asistida, terapia grupal, escuelas de oficios con salida laboral, programas especiales de educación, etc., porque siempre hubo proyectos, pero nunca fueron operativos.

Hay mucho por hacer.

Bajar la edad de imputabilidad y aumentar las penas es la respuesta más fácil y siempre aplaudida.

No olvidemos que el derecho penal nunca fue la panacea para resolver los problemas sociales, ni la prisión asegura que disminuya la inseguridad.

Salidas Alternativas como forma de resolución de conflicto. ¿Una nueva función del Derecho Penal?

Por Roberto Adrián Barrios: Abogado (UBA). Juez Penal de Trelew (Chubut-Argentina). Posgraduado en Derecho Penal (Facultad de Derecho-Universidad de Palermo). Aprobó el Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2009 dictado por el "Centro de Estudios de Justicia de las Américas" (CEJA) patrocinado por la Agencia de Desarrollo Internacional de Canadá (CIDA). Profesor universitario.

Con la reforma procesal penal en la provincia del Chubut, los fiscales, titulares de la acción penal pública, se fueron animando a aplicar salidas alternativas a las causas que ingresan al sistema represivo estatal, y las otras partes comenzaron a entender y explotar esta opción, que en los albores de la reforma, parecían de difícil aplicación, dado que el principio de legalidad justificaba cualquier injustificada negativa a su legal aplicación.

Introducción

Uno de los principales desafíos de la reforma de un sistema inquisitivo o mixto, es comenzar a pensar y operar con el derecho penal, a través de un procedimiento que no conciba solamente a la pena para el imputado como su fin último, sino a emplear otras herramientas que puedan contribuir a una solución pacífica del conflicto social que generan las conductas sociales disvaliosas. El cambio de concepción de las metas del Estado, es naturalmente limitada para determinado tipo de delitos y de personas, y lo cierto es que estas herramientas son válidamente empleadas, y sus variados resultados comienzan a verse. El siguiente análisis pretende destacar las bondades de este cambio, en esta nueva función componedora y conciliadora del Derecho Penal.

1. Sabido es que en la provincia del Chubut, con su vasto territorio, de población en su mayoría migrante de otras provincias que se sumaron a los descendientes de los primeros colonos galeses llegados a la región, en cada una de las circunscripciones judiciales en que se encuentra divida, tiene su realidad particular, aunque hay constantes que se repiten en todas. En cuanto al tema concreto de este trabajo[1], se impone realizar un análisis de lo que, en materia de salidas alternativas como formas de resolución pacífica de conflictos, la ex - ley 3155 con la reforma de la ley 4347 permitía hacer, y luego comparar con las facultades que la reforma ha traído con el sistema de neto corte acusatorio, vigente desde el 30 de octubre de 2006.

2. Para ello, se han de considerar los registros y estadísticas de uno y otro periodo, divididos a partir de la fecha mencionada es decir, del comienzo de la vigencia de la reforma, obtenidos a través de los distintos organismos que se han de reseñar, para interpretarlos y compararlos con otras variantes que considero importantes.

Ley anterior (de corte inquisitivo/mixto) - Datos

3. En el procedimiento penal abrogado, que adjudicaba la titularidad de

la acción penal pública a un juez, la organización y prácticas procesales no distaban demasiado de otras similares en la región. Un cuerpo de funcionarios y empleados no profesionales sostenían el proceso con diligencias rituales que llevaban a modo de rutina, dándoles su titular y único responsable, legalidad a los mismos con la impronta de su firma. En este conocido esquema, la información era una carga mas para completar las tareas del juzgado, llenando planillas y claros, de una manera muy artesanal, a modo de observancia de las exigencias organizativas, sin darle a dicha tarea ni a sus resultados, prácticamente ninguna utilidad en materia de gestión. Si bien existían dependencias especificas que no solo se encargaban de controlar que dichos registros sean clasificados e informados y, dentro de su competencia, procesados, lo cierto es que en el seno mismo de cada dependencia judicial, el devenir de las cuestiones importantes e importantísimas que demandaban una inmediata (e inmediatísima) intervención, hacía de la tarea analizada, una verdadera y pesada carga que se reservaba al momento en que alguien tuviera tiempo de hacerla, relegándola a un muy segundo o tercer plano, quitándole con ello calidad.-

Solo el número de causas ingresadas en un lapso determinado, como así también el numero de causas con o sin autor determinado, con presos o sin ellos, y alguna variante de procedimiento, eran los datos que se asentaban, informaban y archivaban; siendo en el mejor de los casos, consultados al momento de hacer comparaciones con otros juzgados en el mismo periodo, otras jurisdicciones, evocar la cantidad de trabajo que se tenia y como se iba superando, en fin, una forma de registrar y comprobar la tarea que se llevaba a cabo en cada juzgado.

4. Es obvio que en este contexto, se haya vuelto muy difícil obtener datos concretos respecto del tema que se pretende analizar, al menos en lo que se refiere al tiempo de vigencia en esta provincia, del procedimiento inquisitivo/mixto. En los conceptos que se incluían en dichos registros, no se detallaban datos referentes a nuestro tema; quizá están, pero incluidos en otros asientos, como puede ser en *autos dictados*. No es fácil certificarlo.

Otro dato importante que no se agregaba en dicha información, se relaciona con el momento en que las resoluciones fueran tomadas. Solo se asentaba la cantidad de dichos parámetros, sin lapsos temporales de producción. Así, con visión pragmática efectuada a través del prisma de la eficiencia y la eficacia, y a efectos de analizar insumos consumidos y beneficios obtenidos, el parámetro tiempo que tiene directa relación con esos valores, deviene ausente en los registros.

Mediaciones: Conciliación y Reparación Ex Ley 3155 (código procesal anterior)

5. Veamos que pasaba en aquellos tiempos, comenzando con el análisis de lo que en materia de conciliación o mediación se refiere[2].

Haciendo la aclaración que estos institutos serán analizados partiendo de la concepción moderna que de ellos se tiene, es decir como verdaderas respuestas de calidad del derecho penal, en busca de soluciones diversificadas mas racionales que la pena, he de concluir que casi nada de ello era empleado en esta época.

Así es, la inexcusable obligación de investigar cuanto delito cayera bajo la orbita de los magistrados a través de los procedimientos policiales que le eran elevados, o remitidas las denuncias de otros organismos, quitaba cualquier posibilidad cierta de terminar en forma temprana, alguna de estas cuestiones. Menos aun de alguna forma alternativa que no fuese un procesamiento y elevación a juicio, sobreseimiento o bien reserva de la

causa, a la espera paciente del paso del tiempo para que alguien en algún momento, solicite la prescripción y el tema se arregle por otro lado o se olvide, primando ante todo, el principio de legalidad, entendido como persecución penal necesaria y obligatoria.

Es digno destacar que en cada estamento, y en cada tiempo, hubieron y de seguro existen y seguirán operando, personas con ciertas habilidades conciliatorias dotadas de un instinto especial que, sin dejar de elaborar las diligencias necesarias para el expediente se llene de algunos papeles, han intentado y hasta con cierto éxito, logrado la obtención de los resultados alternativos, no específicamente ofrecidos por la ley. Han sido verdaderos grifos de descompresión, que lograban reducir el costo del procedimiento, facilitado la solución concreta del caso: ni más ni menos que las finalidades que hoy, tras la reforma, forman la estructura legal y los fundamentos de las herramientas que se están tratando.

Sin embargo, pese a la invalorable obtención de esos resultados, estadísticamente el caso pasaba a integrar un ambiguo numero de *reservas* o algún otro similar, casi imposibles de ser individualizados si no es a través de una búsqueda manual caso por caso.

6. Sin embargo algo más fungible se puede rescatar de aquella época.

Existía en el libro sexto del código, un capítulo en donde había disposiciones sobre violencia familiar. Entre tales disposiciones, el legislador disponía que toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar (entendido este como el originado en el matrimonio o en uniones de hecho), podía denunciarlos ante el juez *con competencia en la materia* y solicitar medidas cautelares conexas.

Si bien era discutible si efectivamente, un juez de instrucción era quien tenia competencia en la materia, lo cierto es que la clara referencia a algún delito padecido por una persona, a través de la violencia que en el seno de una familia se puede generar, como así también la realidad concreta que en determinadas circunstancias, el fuero penal puede dar respuestas mas inmediatas ante situaciones extremas, imponían que ante ellas sea el magistrado penal quien se avocara y las dispusiera.

En dicho contexto, el juez podía, tras un procedimiento rápido, disponer medidas cautelares provisorias[3], con una duración que se establecía de acuerdo con los antecedentes de la causa. Sin embargo, se debía convocar a las partes y al Ministerio Público, a una audiencia de mediación, instando a las mismas y su grupo familiar a asistir a programas educativos o terapéuticos, dentro de las cuarenta y ocho horas de adoptadas las medidas precautorias.

Esta institución se parece mucho, a la actual facultad dada a Ministerio Público, de dar una diversificada respuesta a los casos que le llegan. La designación de esa audiencia devenía obligatoria para el juez, ya que la precedía alguna medida de coerción, dictada en un contexto familiar cuyo grado de violencia había determinado la decisión inmediata del magistrado, que obviamente importaba un grave trastoque de derechos de alguno de los integrantes del grupo.

Lo curioso es que pese a tal gravedad, y la rápida intervención jurisdiccional, no se ha podido encontrar causas de este tipo que hayan llegado a la instancia de debate. Si bien sí han habido casos de notable *reiterancia*, es decir, denunciantes y denunciados que concurrían con cierta regularidad a dichas audiencias, se puede decir que ninguna de esas causas han avanzado en el proceso hasta llegar a alguna condena.

7. Ahora bien, podemos señalar como principal diferencia que estas

mediaciones no eran discrecionales, sino, como ya dijera, obligatorias para el juez de instrucción.

Empero, no sería errado concluir que en cierta forma, pese al limitado contexto legal que brindaba el procedimiento inquisitivo mixto, esta instancia componedora que incluía una respuesta alternativa, solucionaba el conflicto.-

Lamentablemente no se han obtenidos números que grafiquen cuantas de estas audiencias se hacían, ni por turno de juzgado, mes o año, o circunscripción judicial, y con ello, verificar algún porcentaje de aplicación de estas soluciones en el numero de casos ingresados.

Por lo tanto, mas que la experiencia individual de los operadores y personal subalterno que diligenciaba las mismas, se carece de datos concretos que den parámetros de su empleo, y llegar a través de ellos, a conclusiones empíricas.

Situación de los institutos a la luz de la ley procesal vigente en la provincia

8. El código de procedimiento penal de esta provincia, en su parte general, del libro I, en donde trata de los principios fundamentales, incluye en el titulo que trata de las acciones que nacen de los delitos, una sección que encabeza "Reglas de disponibilidad". En esta sección, principia reglando los criterios de oportunidad (Artículo 44), en los cuales prevé cinco situaciones en donde el fiscal pude plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal; situaciones en las que si se obtiene la homologación del juez**,** la persecución penal por aplicación de dichos criterios impide una nueva persecución del Ministerio Público Fiscal por el mismo hecho, con relación a la persona en cuyo favor se decide[4].

Esta directa incorporación del principio de oportunidad al código hace a las facultades discrecionales del Ministerio Publico, y como se advierte con los presupuestos que contempla, prioriza la descongestión del sistema y la racionalización de los recursos para la carga que importa la persecución publica represiva.

Sin embargo, en la misma sección, también incluye como reglas de disponibilidad, a la conciliación y a la reparación.

De la primera, establece que puede ser aplicada durante el procedimiento y hasta la culminación de la etapa preparatoria**,** en delitos conminados con una pena cuyo mínimo no supere los tres años de prisión, y que hayan sido cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, en los delitos de lesiones leves o en los delitos culposos. En ellos, un juez puede homologar el acuerdo, si correspondiere, y dictar el sobreseimiento, una vez cumplida la obligación asumida, quedando suspendidos los plazos de duración del proceso. También la ley cercena la posibilidad de aplicar esta regla, en los casos de delitos que exijan, para su realización, la calidad de funcionario público como sujeto activo.

En cuanto a la reparación, dice la norma que *"....en los mismos casos y plazo en los que procede la conciliación, la reparación integral y suficiente ofrecida por el imputado podrá ser aceptada por el juez, cuando la víctima no tenga un motivo razonable para oponerse y mediare consentimiento del fiscal, que en este caso será vinculante...." (art.48 del CodProcPenChbt).*

9. Ahora bien, ¿que paso con ellas tras la reforma?.

La primera respuesta es: se aplican, y cada vez mas.

Según el programa de registro informático utilizado por el Ministerio Publico Fiscal, denominado COIRON, en el período que vá desde el 30/10/06 al 31/07/08 (es decir 18 meses), ingresaron al Ministerio Publico Fiscal, circunscripción judicial de Trelew, 12717 casos. Y desde el periodo que va

desde el 1/08/08 al 31/07/09 (es decir 12 meses), ingresaron al Ministerio Público Fiscal de la misma circunscripción, 7.290, a lo que se ha de sumar 604 mas del distrito de Rawson, una regional descentralizada de Trelew creada en este período.

Sin embargo, en dicho espacio temporal, del sistema de registros de causas de las oficina judiciales surge que ingresaron un numero menor de causas, 2016 carpetas para ser exactos. ¿En dónde pués está la diferencia?.

En primer lugar, no todos los casos que llegan al Ministerio Publico Fiscal se formalizan en una investigación que amerite la intervención jurisdiccional. Así, una de las principales razones de la gran diferencia de números que existen en los registros de ambos organismos, es justamente el porcentaje de casos que se archivan[5] y otro tanto los que se desestiman[6] desde la fiscalía.

Es decir, la discrecionalidad de los fiscales para abrir o no la instrucción de una causa, redunda en un porcentaje de casos que no pasa a la oficina de jueces. Sin embargo, un porcentaje de esos casos archivados y desestimados, sí integran un numero de los que se tienen en el registro de los jueces, o dicho de otra manera, son causas que se *judicializaron* y luego, por alguna razón, pasó a archivarse o desestimarse.

Teniendo en cuenta pues, que no todos los casos que ingresan al Ministerio Público Fiscal llegan a las oficinas de los jueces, o requieren audiencia, del total de casos que sí llegan, a casi fines del 2009 un seis por ciento de ellos importa audiencias homologatorias de conciliación, y un tres por ciento de reparaciones.

Intentando interpretar las estadísticas y registros por parte de alguien que no está profesionalmente preparado para hacerlo, como segunda conclusión he de decir que los institutos conciliatorios y reparatorios que hacen a uno de los objetivos de la reforma, cual es la de llevar una respuesta de calidad y mas inteligente que la amenaza represiva, está siendo aplicada en la provincia, superando con la misma practica alguna reserva en su empleo que al principio se tenía.

10. Otro punto importante que deseo considerar en este trabajo, se refiere a la decidida intención de utilizar estos institutos durante el procedimiento, incluso superando la barrera temporal que la ley impone, dejando de lado la construcción de poder que el Estado moderno históricamente fuera construyendo, sobre la confiscación del conflicto a la víctima[7].

La tensión que genera un conflicto especifico entre las partes, provoca que estas ni siquiera deseen concurrir a los llamados de la fiscalía a intentar cerrar un caso con aplicación de estos Institutos, provocando que los fiscales deban abrir investigaciones y, en muchos casos, continuarlas al punto de acusar al imputado y arribar con ello a la audiencia preparatoria del debate o *audiencia preliminar.* Conceptualmente, la etapa de investigación es la época en la cual se deben intentar llegar a una conciliación o reparación[8], y, como se dijera, el dolor de la herida tan recientemente abierta, provoca que estas alternativas en muchos casos se frustren. No ocurre lo mismo cuando transcurre un cierto tiempo, en donde ocurrió una investigación, y tras su finalización, las partes son citadas desde la oficina judicial, y en esta audiencia, tras verse las caras nuevamente victima e imputado, luego de enfriado el conflicto, es factible arribar con éxito a una salida alternativa. Y de hecho, esto ocurre con cierta regularidad.

11. Sin embargo, pese a su utilización y beneficios, es necesario remarcar que igualmente los institutos han tenido ciertos problemas y es posible decir que pese a su juventud, ya han evolucionado.

Uno de esos problemas tiene relación con la garantía de cumplimiento

de los compromisos asumidos en ellos, y las vías de posible ejecución que tiene la víctima ante el incumplimiento.

Al comienzo de la vigencia del procedimiento, la ley decía, que tras la homologación del acuerdo reparatorio, el juez debía dictar el sobreseimiento, conteniendo la resolución *"...la oferta de reparación y el criterio objetivo seguido por el juez para establecer que el imputado la cumplirá. Constituirá suficiente título para perseguir su cumplimiento conforme con las reglas sustantivas del derecho privado y según las previsiones del artículo 401 de este Código...."*

De esta manera, en reparaciones de poca monta, que versaba con el pago de un vidrio, el arreglo de una puerta, etc., y que generalmente se realizaban en audiencias de control de detención, es decir en las audiencias en donde el imputado había sido detenido en flagrancia, los acuerdos reparatorios eran rápidamente consolidados y homologados por el juez, pasándose a resolver la desvinculación total del encartado con la sola consideración del cumplimiento probable del acuerdo. Si tras ello, el sobreseído no cumplía, se generaba una situación de vulnerabilidad de los derechos de la víctima, que pese a poseer latente la facultad de acudir a la ejecución del acuerdo vía civil, la poca cantidad de dinero de los montos a reclamar y la imposibilidad de costear asistencia profesional, determinaban su resignación, generando una sensación de impunidad intolerable.

12. La misma sensación ocurría cuando determinadas personas que históricamente poseen contacto con la ley penal, generalmente en delitos contra la propiedad y casi siempre tentados o de poca gravedad, eran beneficiados con la aplicación de estos institutos en forma constante. Y pese a las severas advertencias que se les hacía ante su reiteración de delitos y los beneficios que se le habían otorgado, pretendiendo con ello asegurar tanto el despegue del imputado de los hechos delictuales, como así también su compromiso personal a cumplir con lo pactado, en la realidad, no se lograban ninguno de los objetivos, ya que seguían apareciendo en los listados de detenidos a controlar y no cumplían los acuerdos reparatorios que pactaban.

Esto determinó a que en una primera evolución del sistema de alternativas que resuelvan el conflicto, se reforme específicamente en este instituto, lo que hace al sobreseimiento inmediato del encartado al momento de la homologación judicial del acuerdo. La idea era que el imputado encontrara en ellos, una salida rápida y sin costo de su situación procesal.

La acción de cambio implicó una modificación legislativa y por la cual ahora el juez solo dictará el sobreseimiento, *una vez cumplida la obligación asumida. Hasta tanto se cumpla la misma, quedarán suspendidos los plazos de duración del proceso*[9].

13. Esta solución ensayada ante el incumplimiento de los acuerdos, fue reforzada con otra medida tomada desde el Ministerio Público Fiscal y que importa una decisión de política criminal. A través de la instrucción general nro.01/09 de la Procuración General de la Provincia[10], instruye a los Sres. Fiscales Jefes y Fiscales Generales a fin de que, previo elaborar una nómina de agentes repitentes de cada OUMPF, la Fiscalía deberá dar sólo una vez el consentimiento para el otorgamiento de soluciones alternativas, y que posteriormente se procurará el juicio y condena de los mismos. Esta política restrictiva se materializa en las audiencias de hoy dia, en las que los fiscales no dan su consentimiento para la aplicación de un acuerdo, invocando como razones justificadas de interés publico prevalente en la persecución, justamente la cantidad de medidas alternativas ya otorgadas al mismo imputado, y sus incumplimientos.

La referida instrucción justifica la necesidad de establecer criterios de

política criminal que permitan maximizar la persecución penal contra la delincuencia habitual o profesional, diciendo que la experiencia acumulada en "*...la aplicación de las soluciones alternativas a la pena reguladas en el nuevo CPP (...) ha permitido relevar la necesidad de establecer reglas de actuación que impidan o desfavorezcan que los autores repitentes accedan más de una vez a dichas soluciones no punitivas. Que la situación en trato -habitualidad-, es de aquellas que requieren unidad de actuación para lograr una intervención eficaz, a través de la definición, implementación y evaluación de resultados de una política de persecución uniforme...".*

14. Aún siguen siendo escasos los parámetros para determinar si el plan estratégico llevado a cabo para afrontar el problema ha funcionado. Sin embargo, la experiencia ha marcado que en aquellas causas en donde obraban acuerdos que han sido incumplidos, comenzaron a ser reabiertas para su continuidad. Y hasta en algún porcentaje, también en esas audiencias de *control por incumplimiento*, los compromisos comenzaron a cumplirse.

15. ¿Como funciona el marco discrecional del fiscal para trabajar estas herramientas?

En entrevistas mantenidas con funcionarios del Ministerio Público Fiscal, se advierte que la intención de arribar a acuerdos conciliatorios y/o reparatorios por parte de los fiscales está cada vez mas patente, sin perjuicio de las condiciones que como vimos, la procuración general le va marcando con la definición de su línea de acción. Y así como con la reforma, noveles abogados preparados en la ciencia jurídica, han tenido que comenzar a entender y hablar el idioma de otros campos del conocimiento, necesarios para cumplir con su carga de investigación por ejemplo, así también han tenido que comenzar a prepararse para esta nueva empresa de la composición de los conflictos, y entender y hablar el lenguaje de la mediación y de la conciliación.

No obstante ello, la misma demanda de situaciones importantes e importantísimas que a diario recibían los jueces de instrucción, la reciben hoy los fiscales. Y la tarea de lograr una instancia que posibilite la resolución pacifica de los conflictos requiere no solo de la disponibilidad temporal y el clima necesario para lograr resultados, sino también de ciertas destrezas profesionales especiales. Y si realmente se quiere a través de estas herramientas, lograr dicha meta, no puede admitirse que los encuentros se realicen en forma improvisada, entre tema y tema que el fiscal en orden de importancia vaya evacuando y descartando en su jornada laboral.

Por estos factores, el Ministerio Público Fiscal de la provincia ha instalado, en cada circunscripción judicial, una oficina de Servicio de Mediación. Si bien existen circunscripciones en donde esta instancia ya funcionaba incluso antes del comienzo de la vigencia de la reforma (Esquel por ejemplo), en otras comenzaron un tiempo después, siendo por ello interesante para ser analizadas. Dicha oficina tiene por función realizar audiencias conciliatorias entre denunciantes e imputados (estos asistidos por sus defensores) en donde se intenta lograr la aplicación de alguna alternativa de solución de su conflicto. El fiscal suele también someterse como parte a la intervención de la profesional, a fin de facilitar de mejor manera el acercamiento de los actores principales, victima e imputado.

La diferencia sustancial que a modo personal, hace a la acertada decisión de incorporar a esta oficina en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, tiene que ver en la carga de quien debe llevar a cabo estos encuentros.

En mi análisis, la decisión de delegar dicha función en una conciliadora, aparejó una profesionalización en el manejo de los institutos, y en que los fiscales puedan dedicarse mejor a otras tareas sin comprometerse con dicha labor. No olvidemos que para que la conciliación o la reparación puedan

ser reales alternativas de solucion de conflicto, la víctima debe ser bien atendida, hacerle saber que es comprendida en su perjuicio y que se está de su lado, intentar construir un puente que sirva para allanar el camino hacia algún eventual acuerdo. Otro tanto ocurre con el imputado, al que pese a la advertencia estatal de estar vinculado a un delito, debe considerar la posibilidad de arreglar su problema de otra manera. Y no parece saludable que sea un fiscal quien lo proponga, sino un tercero. En tiempos en que los fiscales asumían esta instancia alternativa, el imputado era convocado por la parte que en definitiva lo iba a investigar, y podía con ello, exponerse en un encuentro en el que, por mas buena que sea la intención, podía ponerlo en desventaja en la causa donde continuaría perseguido, si el intento de acuerdo fracasaba.

Por otro lado, resulta muy interesante tener en cuenta un dato que fuera obtenido de los registros de este Servicio de Mediación, y que se refiere a un muy escaso porcentaje de incomparecencia a la audiencia a las cuales convoca. A casi fines del año 2009, solo un seis por ciento de las personas no concurrían a esta instancia, lo que nos determina a concluir que a la sociedad en general, desea concurrir al llamado estatal a una oportunidad en donde pueda resolver sus problemas.

Respuesta de la sociedad a estas novedosas herramientas

16. Si ha resultado difícil arribar a conclusiones empíricas respecto de la evolución de tratamiento de los Institutos desde el seno del Poder Judicial, cuanto mas puede serlo respecto de la visión que tiene sociedad ante ellas. Por ello, he de sintetizar muy brevemente mi punto de vista personal del tema y traer un ejemplo que claramente refleja la potabilidad del tema, y su inmenso potencial que merece ser explotado.

La exigencia de Justicia, entendida esta como avidez de condenas privativas de la libertad, impuestas en forma inmediata y neurótica, es la constante común de nuestros pueblos ante elevados grados de violencia social e inseguridad que parece expandirse con increíble facilidad en la sensación de la gente.

En dicho contexto, las críticas al Derecho Penal por parte de distintos actores, tendiente a convertirlo en el real autor de los problemas que nos aquejan, se caracteriza por una inmediata y permanente llamada al Derecho de este fuero para hacer frente a determinadas problemáticas sociales caracterizadas, generalmente, por su repercusión mediática y que fuera adjetivado como *populismo punitivo o penal*[11].

En este marco social, parece al menos difícil que la gente entienda, comprenda y acepte las alternativas que ofrece la visión más moderna del derecho penal, y que no se corresponde con la cárcel que exige. Parte de la sociedad, a ya casi seis años de vigencia del nuevo código, aun no aceptan esta alternativa legal: por poner a la víctima de frente al imputado, al considerar ser obligada a conciliar cuando no tiene la verdadera intención de hacerlo, al interpretar como un nuevo beneficio para los que delinquen. Pese a ello, es dable destacar que existen situaciones en las cuales, tras la audiencia conciliatoria llevada a cabo incluso ante el juez penal, se logran verdaderas soluciones que redundan en beneficios para los principales implicados en el tema (imputado y víctima, claro), que incluso llegan a reaccionar de manera sorpresiva. Para bien por cierto.

Un claro ejemplo de ello, es el ejemplo que se reseña en esta parte del trabajo, referente a una audiencia en la cual la víctima acepta la propuesta reparatoria ofrecida por el imputado, y dona dicha suma a los hijos del encartado, atento considerar que ellas necesitaban más que él el dinero[12].

La conclusión de este ejemplo (que dicho sea de paso, no es el único), es que es necesario que las personas entiendan la importancia y beneficios de la solución alternativa a la pena que le ofrece la ley, para con ello facilitar su empleo y con él, llegar a una respuesta estatal mas racional e inteligente.

Conclusiones

17. Tras la labor efectuada por este trabajo, yendo y viniendo muchas veces a los apuntes de la información obtenida, controlándola en su procesamiento e intentando llegar a un razonamiento deductivo, he de enumerar algunas conclusiones:

a) el sistema de salidas alternativas, está siendo aplicado y funcionando en la provincia del Chubut. Si bien pueden ser confundidas en ocasiones con las facultades discrecionales de racionalización de recursos, existe una concepción bien clara en los operadores que las utilizan, dándo cuenta a través de ello de la verdadera naturaleza de los institutos, y de la voluntad creciente de seguir siendo empleadas.

b) Sin dudas, los resultados obtenidos a través de dichas salidas, son de mejor calidad que la pena tradicional, y atento su contexto legal y su forma de aplicación, resultan ser más positivas en términos de pacificación.

c) Considero muy positivo la posibilidad de contar con registros concretos de estos institutos, a fin que puedan ser comparados e interpretados. Esta nueva labor de procesamiento de la información, marca verdaderamente un cambio.

d) Ha existido una marcada evolución de los institutos, traducida en las líneas de acción que se dispusieron para sortear las dificultades que existieran al principio (como las referentes al incumplimiento de los acuerdos).

e) Hubo realmente un cambio de mentalidad en relación a la importancia del control de gestión, y al vuelco de la concepción legalista del delito, hacia una visión moderna de solución alternativa; visión que se puede conjugar perfectamente con un derecho penal mas equitativo y acaso justo.

f) Se ha logrado aplicar una resolución más rápida a los pequeños conflictos que se plantean en la sociedad. Estimo este es un proceso que recién se inicia, y que no será rápido ni sencillo calar en las personas la creencia de poder encontrar la solución a su problema, en una denuncia penal. Será el desafío de los operadores que intervienen en ella, lograr dicha confianza, puesto que si no podemos erradicar el delito del contexto social, al menos debemos aprender a convivir con él, intentando soluciones racionales.

Gracias por leer.

Notas:

[1] Originalmente elaborado a fines del año 2009, para ser presentado ante el CEJA (Centro de Estudios Juridicos de las Americas), tras el curso de capacitación para la reforma procesal penal que tuve el honor de realizar ese año, junto a colegas y operadores de todo el pais y Latinoamérica.-

[2] Sin perjuicio de la utilización indistinta de ambos términos se efectúe, se ha de hacer constar que no sinónimos: el primero, importa la actividad de un componedor entre las partes que sea absolutamente neutral, mientras el segundo importa la actividad de un tercero a dichas partes que si bien imparcial, actúa ante el conflicto, fundamentalmente proponiendo soluciones, e intentando actuar contra el problema. Esta distinción hecha constar, se ha de relacionar con el acápite conclusiones de este trabajo.

[3] Tales como la exclusión del hogar y la prohibición de acercamiento al domicilio del damnificado como a sus lugares de trabajo, o bien ordenar el reintegro al domicilio, decretar la tenencia, alimentos y derecho de comunicación con los hijos.-
[4] Es mas, si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extienden a todos los intervinientes (art.45).
[5] Es decir, casos en donde no se ha podido individualizar al autor o partícipe, es manifiesta la imposibilidad de reunir elementos de convicción o no se puede proceder (art.271 del CodProcPenChbt).-
[6] Es decir caso en donde el fiscal estima que el hecho no constituye delito.-
[7] En palabras de Matías Bailone, de su trabajo LA ACCIÓN PENAL COMO TEMA DEL DERECHO DE FONDO ARGENTINO, que se puede consultar en http://www.matiasbailone.com.ar/publicaciones/MATIAS_BAILONE2-ARGENTINA.pdf
[8] Como ya se explicara, por imperio del Art.45 del CPPCH.-
[9] Art.48, segundo párrafo del CPPCH.-
[10] Se puede consultar en http://www.mpfchubut.gov.ar/instrucc_01_09.html.-
[11] Sobre el tema, EL POPULISMO PENAL, de **Manuel Miranda Estrampes,** Fiscal.
Profesor de la Escuela Judicial de Barcelona Profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona
[12] Ver Anexo VI, X y XI, y también en http://www.diariojornada.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=18452:obligo-a-un-ladron-a-resarcirlo-pero-el-dinero-es-para-los-hijos-del-delincuente&catid=35:delito-y-justicia&Itemid=59&viewDate=2009-11-01%2023:07:38

Violencia de Género en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Acercamiento y debates teóricos

Por Claudia Hasanbegovic: Ph.D. en Políticas Sociales, por la Universidad de Kent en Canterbury, Inglaterra, Master en Mujer y Desarrollo, por el Instituto de Estudios Sociales, Holanda, Diploma en Cuerpo, Universidad Internacional de la Mujer, Alemania, Abogada, UNLZ, Argentina, ex prosecretaria letrada de la CSJN. Participó en el comité ad hoc de la sociedad civil en el Consejo Nacional de la Mujer, que contribuyó a la redacción de la Reglamentación de la Ley 26.485. Actualmente es Consultora Internacional en Género, Violencia de Género y Derechos Humanos, Docente en la Universidad Nacional de San Martín, y coordina el Equipo de Investigación Feminista en Género, Derecho y Justicia Social, www.claudiahasanbegovic.com.

Introducción[1]

En la lucha por la reivindicación de los derechos de grupos sociales oprimidos y, en particular, de las mujeres, tendemos a creer que la sanción de leyes destinadas a erosionar las desigualdades y la creación de servicios de asistencia integral, y refugios para mujeres víctimas de *violencia de género contra la mujer en la pareja* (VGCM) [2], es un paso importante hacia la solución del problema de la opresión. Sin embargo, al observar la (no) aplicación de la legislación penal para investigar y sancionar los delitos cometidos por los agresores en esta materia en muchos países y jurisdicciones, como también la escasez e inadecuación de servicios de asistencia integral para las mujeres y sus hijas e hijos víctimas de VGCM nuestras expectativas se ven desvanecidas por la realidad del patriarcado institucionalizado en una gran cantidad de juzgados e instituciones. En este trabajo presento los servicios más importantes de asistencia a mujeres afectadas por la VGCM que componen la respuesta de tres instancias estatales (Poder Judicial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); la legislación aplicable en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), y resultados de estudios y estadísticas que señalan lo que en la práctica es una garantía de impunidad que el sistema penal brinda en esta jurisdicción a los hombres que cometen delitos contra sus parejas y ex-parejas mujeres. También, aventuraré las razones por las cuales tal vez son insuficientes los servicios y la respuesta penal, y señalaré a grandes rasgos parte del debate sobre la conveniencia o no de la intervención de la justicia penal en casos de VGCM. Con este trabajo busco dos objetivos: 1) mostrar un acercamiento a la forma en que se responde a la VGCM en el territorio de la CABA, cuál es la dimensión del problema, su marco jurídico, 2) introducir debates teóricos respecto a la intervención, o no, de la Justicia Penal en casos de VGCM. Adelanto que una intervención estatal eficaz debe incluir además de una respuesta penal que sancione los delitos, una adecuada provisión de servicios para brindar asistencia integral a las víctimas en el marco de políticas sociales y habitacionales específicas que sostengan a la mujer en su decisión de dejar al agresor[3], y medidas de re-educación y control para los agresores, todo ello en el marco de un Plan Nacional de Acción de Lucha contra la Violencia contra la Mujer.

El Reporte
RAWSON - CHUBUT
PATAGONIA ARGENTINA
Año 6 - N° 27 - Septiembre de 2012

1) Dimensión del problema.

Las cifras que presento en la Tabla Nº 1 son la punta del iceberg del problema de la VGCM en la CABA ya que las investigaciones coinciden en señalar el alto sub-registro que afecta a las denuncias por este tipo de violencias. Por ejemplo, en El Salvador y en Bolivia solamente el 15% de todos los incidentes de violencia de género contra la mujer son denunciados de alguna forma[4].

Tabla Nº 1

Cifras de atención a mujeres afectadas por la violencia doméstica en la CABA

• **10.295**[5] denunciantes **(80%** del total**)** en la **OVD,** fueron **mujeres.**

• **6.373 medidas de protección** fueron tomadas por la **Justicia Nacional de Familia** en denuncias derivadas por la OVD**.**[6]

• **12.000 llamados** en la **línea 137** entre julio 2006 y 31/1/2009[7].

• **3.015 mujeres atendidas en sus domicilios** por las **Brigadas las Víctimas contra las Violencias**, entre dic 2006 y 31/1/2009[8].

• **7.225 mujeres atendidas por los CIM** de la DGM

• **281**[9] **mujeres fueron víctimas de *femicidio***[10] en la Argentina en 2011 (**10** en la **CABA)**

• **280 mujeres con sus hijas/os** fueron albergados en el **Refugio** de la DGM.

---

2) Respuestas estatales

Al analizar las respuestas estatales a la VGCM se observa las limitaciones que implica carecer de una política estatal de lucha contra la violencia contra la mujer, tanto a nivel nacional como a nivel local. Aquí describo las respuestas que considero más importantes en esta materia y sus mayores obstáculos o problemas que justamente provienen de constituir medidas aisladas, sin articulación y sin una política social que apoye a las mujeres que sufren VGCM. Las recomendaciones del MESECVI[11], recomiendan a los Estados Parte contar con un *Plan Nacional de Acción para Prevenir, Sancionar y Erradicar* esta violación a los derechos humanos de las mujeres. Sin embargo, en la Argentina se ha constatado la falta de una política nacional pública a nivel nacional en esta materia,[12] que junto con un Plan permitiría abordar este complejo problema social y criminológico en forma intersectorial y coordinadamente, optimizando los recursos y brindando mejor asistencia y servicio de justicia a la población.

En la CABA la tradicional respuesta a la VGCM que existía desde comienzos de los años 1990, brindadas por la Dirección General de la Mujer (DGM), y los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Civil se vio modificada a partir de 2006 en adelante. En dicho año, comenzó a funcionar el *Programa las Víctimas contra las Violencias – Línea 137* del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, desde el año 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación abrió la *Oficina de atención de casos de Violencia Doméstica (OVD)*, y el gobierno de la ciudad abrió un nuevo refugio, totalizando así dos refugios para mujeres víctimas de violencia. Tanto la *OVD*, como la *Línea 137*, y la *Línea Mujer de la DGM* **funcionan las 24hs del día los 365 días del año**.

La OVD: brinda orientación legal y recibe las denuncias que formulan personas afectadas por la violencia doméstica (ya sean mujeres, hombres, niñas, niños, adolescentes, y personas de la tercera edad), mediante uno de

sus equipos interdisciplinarios (abogada, psicóloga, trabajadora social, y médica/o) quienes además, elaboran un informe evaluando si se está o no en presencia de violencia intrafamiliar, y su riesgo. Si la persona se presenta con lesiones es examinada por la médica/o quien toma fotografías de éstas y elabora un informe[13]. Con todo lo actuado se confecciona un legajo, que es derivado a las distintas instancias judiciales, administrativas y servicios, según la pretensión de la mujer denunciante y el tipo de delito que surge de su relato. La OVD funciona como punto de recepción y derivación de denuncias. Los registros de la OVD señalan que el 80% de todas las denuncias corresponden a mujeres víctimas de VGCM (66% argentinas y 34% extranjeras), que provienen de todos los barrios de la CABA, y entre el 54% y 46% respectivamente, son de sectores socio-económicos medios y bajos, respectivamente[14]. Las mujeres que viven en villas de emergencia o en situación de calle, no parecen hallar adecuada solución con las medidas cautelares contempladas en las leyes vigentes (ver Tabla Nº 3), tales como la "exclusión del hogar", y la "prohibición de acercamiento", ya que estas medidas asumen que las mujeres a quienes intentan proteger tienen un lugar físico donde vivir y donde estar a resguardo[15]. Esto no se da cuando se vive en la calle, ni cuando se vive en una villa de emergencia, y por ejemplo, en la vivienda contigua reside la familia del agresor. Puedo decir que entre los mayores logros de la OVD se encuentran: a) haber agilizado el tiempo en que se deciden las medidas cautelares civiles por parte de los Juzgados Nacionales en lo Civil, (actualmente entre 48 y 72 hs.[16] cuando antes de la OVD tardaban un mínimo de cuatro meses); b) contar con un registro estadístico que permite tener un panorama de la dimensión de la VGCM y de la respuesta judicial en la CABA y; c) haber fomentado la creación de más OVD en otras jurisdicciones del país, lo que está permitiendo, entre otras cosas ir acercándonos a la dimensión de la VGCM en toda la República Argentina.

El Programa las Víctimas contra las Violencias y su Línea 137: actualmente funciona en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y que coordina la Lic. Eva Giberti[17]. Al igual que en la OVD, y en la DGM, las "brigadas" están integradas por equipos multidisciplinarios. Además, cuentan con oficiales de policías capacitados en la temática. El aspecto más positivo de este programa es el trabajo en la emergencia, acudiendo al lugar donde se encuentra la víctima, acercándole contención y atención interdisciplinaria, orientación, y en muchos casos, traslado hasta la OVD a formular la denuncia.

La DGM: lleva ya dos décadas brindando asistencia a mujeres afectadas por la VGCM. Además de la ***Central de Llamados (0800-66-MUJER - 68537)*** que brinda contención y orientación a las mujeres, sus ***SEIS Centros Integrales de la Mujer*** (CIM) coordinan grupos de auto-ayuda para mujeres maltratadas, y proveen patrocinio jurídico gratuito. La DGM también brinda alojamiento para mujeres víctimas de violencia de género en la pareja en los ***dos refugios (Refugio Mariquita Sánchez y Casa Juana Manso)*** para mujeres mayores de 18 años que sufren VGCM *y* en un ***hogar (Hogar Eva Duarte),*** al que ingresan mujeres menores de 18 años, madres y/o embarazadas con sus hijas, en situación de vulnerabilidad). El primero de los refugios es para casos de alto riesgo y se puede ingresar por derivación de la OVD, o de los CIM. En tanto que al segundo de los refugios, se llega por derivación del Refugio Mariquita Sánchez o de los CIM, y es una "casa de medio camino". Sobre los refugios formulo las siguientes reflexiones.

Refugios /Alojamientos: El alojamiento -seguro- para mujeres afectadas por la VGCM es de vital importancia, y un tema escabroso en materia de políticas públicas y cumplimiento de obligaciones estatales tanto las políticas

de la CABA como las de la Nación. Los alojamientos mencionados tienen capacidad insuficiente para albergar a todas las (potenciales) víctimas. La demanda en estos alojamientos es alta, y en el Hogar Duarte las mujeres deben presentarse desde la mañana ante sus puertas para poder ingresar, por orden de llegada, cuando comienza la admisión a las 18hs[18]. Este requisito, deja afuera a mujeres que huyen de una situación de violencia en cualquier otro momento del día o de la noche, quienes, deben "competir" por un lugar con otras mujeres, quedando durante el día en la calle y por consiguiente en riesgo de ser encontrada por su agresor[19]. En los dos refugios de la CABA, las mujeres pueden ingresar con o sin hijas e hijos. En 2009, de 9.252 mujeres que denunciaron VGCM solamente 284 –mujeres con sus niñas y niños-) fueron alojadas en el entonces único refugio existente (Mariquita Sánchez). Los requisitos para el ingreso al refugio y las condiciones en que quedan allí las mujeres y sus hij@s, muchas veces las impulsan a desistir de esa alternativa y seguir buscando otra posibilidad (o regresar con el agresor). Ello es sin perjuicio del enorme compromiso, buena disposición, amabilidad y buen trato de las personas que dirigen y trabajan en el refugio y que intentan por todos los medios brindar un lugar a la mujer que lo necesita. Existen cuatro requisitos de ingreso que considero problemáticos, y que el *GCABA* en general, no menciona[20]. Estos son:

1) *Obligación para la mujer de formular denuncia por violencia doméstica*; ello además de ser contrario a derecho puede representar para algunas mujeres una presión que, según el estado emocional en la que se hallen a raíz de la violencia, no puedan llevar adelante esta exigencia.

2) *Comprometerse a una estancia mínima de tres meses*; período durante el cual la mujer (y sus hijas e hijos) no pueden tener contacto con el exterior, ni siquiera telefónicamente, lo cual lleva a la interrupción de la vida normal de la mujer y de sus hijas e hijos. La justificación para este requisito es la "seguridad", ya que el refugio está en un *domicilio "secreto" para que los agresores no puedan ubicar a sus víctimas*, y por ejemplo, asesinarlas ante la puerta del refugio[21]. Esta situación hace que las mujeres se encuentren "prácticamente encarceladas", pero con medidas de seguridad más rigurosas que en un cárcel ya que no pueden recibir visitas, ni comunicarse telefónicamente con el exterior.

3) *Límite de edad para el ingreso de los hijos varones de la mujer*, cuya edad no puede superar los 14 años (para el refugio) y 11 años (para la Casa Juana Manso). Este requisito coloca a la mujer en la difícil disyuntiva de tener que elegir entre: a) dejar su hijo con el agresor, que en algunos casos es también el agresor del adolescente, o a quien pueda agredir en represalia por la huida de su madre, o b) volver a la casa con un mayor riesgo para su vida.

4) *Características específicas de salud y condición física de la mujer*, no pueden ingresar mujeres que tengan problemas de adicciones, enfermedades psiquiátricas o alguna capacidad física diferente que requiera de infraestructura o cuidados específicos con que el *refugio* no cuenta.

Los refugios para mujeres que sufren violencia doméstica son muy importantes, en especial dada la actual situación en que los agresores de sus parejas raramente son arrestados y no existen otras medidas alternativas concentradas específicamente en controlar al agresor. En situaciones de alto riesgo **el *refugio* puede salvar vidas**, pero éste debe ser una "alternativa" entre las que la mujer pueda elegir.

También considero imperioso hacernos esta pregunta: si los agresores son tan peligrosos que para seguridad de las mujeres en los refugios se deben tomar medidas de seguridad más rigurosas que si estuvieran en una cárcel común, ***¿por qué dejamos a los agresores sueltos y encarcelamos a***

sus víctimas? En Cuba, donde no existe este tipo de refugios un grupo de médicas y médicos me han increpado "indignados": ***"¿dónde se ha visto que la víctima tenga que escaparse, y esconderse casi como una delincuente?", "Quien debe dejar la casa es el agresor y nosotros, la comunidad, debemos proteger a la mujer en su propia casa[22]".*** Debemos preguntarnos, ¿no sería más apropiado y económico que el Estado controlara al delincuente, lo vigilara y alojara en centros de hospedaje donde recibieran tratamientos de re-educación y se les impidiera perjudicar a sus (ex) parejas e hijas e hijos?[23]

***Patrocinio Jurídico Gratuito: sus limitaciones*:** La asistencia letrada tanto para *asesoramiento* como para *representación y defensa procesal* en forma accesible y especializada son fundamentales para el acceso a justicia[24] de las mujeres VGCM. Si bien los procedimientos en la materia son gratuitos, las investigaciones dan cuenta de que aquellas mujeres que no cuentan con patrocinio letrado en los procesos por violencia familiar se hallan en desventaja procesal respecto de quienes actúan con abogada patrocinante[25]. De acuerdo a las estadísticas de la OVD, el 38% de todas las personas afectadas por violencia fueron derivadas a *patrocinio jurídico gratuito*. Este en la CABA puede ser provisto por la *Facultad de Derecho de la UBA*, de la *Procuración General de la CABA*[26], de los *CIM*, o de la *Defensoría General de la Nación (DGN)*[27] que presta servicios en las instalaciones de la OVD[28], habiendo esta última patrocinado 684 casos (entre febrero a septiembre 2009[29]). Si bien las cifras son estimativas[30], la cantidad mencionada representaría aproximadamente un 19,45% del total de casos correspondientes a mujeres, siendo totalmente insuficiente para cubrir la demanda de patrocinio. En este tema también se observa la ausencia de un *Plan Nacional (y Local) de Acción de Lucha contra la Violencia de Género*[31], ya que con excepción del patrocinio que brindan los CIM y los refugios (patrocinio circunscrito a las medidas cautelares de protección), la variable por la cual una mujer califica para el patrocinio gratuito es la socio-económica de la mujer, y no el haber sufrido violencia de género. Ello hace que solamente las personas "no propietarias" de bienes inmuebles (y con ingresos mínimos) puedan calificar para este recurso y que aún calificando, solo puedan acceder a un tipo de patrocinio por materia, por ejemplo, para las medidas cautelares civiles, o para un juicio de alimentos. Ello es completamente inadecuado para cubrir la compleja realidad de la VGCM que comienza con el control económico de los recursos de la mujer y de la familia, y hace que mujeres de clase media y clase media alta, muchas de ellas propietarias de bienes registrables "no tienen un solo centavo para pagar abogadas"[32] queden excluidas del patrocinio jurídico gratuito. Otro obstáculo es la limitación en la materia del patrocinio. Cuando la VGCM se plasma en procesos judiciales se expresa en múltiples fueros y tipos de juicios. El Gobierno de la CABA podría remediar este estado de cosas creando un **patrocinio jurídico irrestricto para mujeres víctimas de VGCM, tanto en cuanto a ingresos o titularidad de bienes de la mujer, como en razón de la materia**. Esta es además, una obligación que surge del art. 16 de la actual Ley de Protección Integral[33].

3) Marco Normativo

La Argentina ha firmado y ratificado una gran cantidad de convenciones internacionales de derechos humanos que contemplan las diversas formas de violencias contra las mujeres. Estas convenciones, muchas de ellas plasmadas en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, *obligan* al Estado argentino a: *a) abstenerse de cometer violencia contra las mujeres; b) actuar con la debida diligencia; c) investigando seriamente y acabadamente las*

denuncias por violencia; d) sancionando a los agresores; y e) tomando todas las medidas a su alcance para eliminar y prevenir estos flagelos. La VGCM es una violación a los derechos humanos, y constituye toda una serie de delitos a nivel nacional. A continuación, en la Tabla Nº 2 indico algunos de los derechos fundamentales de las mujeres que son violentados por la violencia de género ejercidas por un varón (ex) pareja de la misma y qué tratados y convenciones violan.

Tabla Nº 2[34]
Derecho de la mujer a una vida libre de violencia en la Normativa Internacional

Derechos	*Normativa Internacional que Consagra esos Derechos*
A LA VIDA	Convención Americana s/ Dchos. Humanos; Pacto Inter. de Dchos. Civiles y Políticos, Convención de Belem do Pará
A LA SALUD	Pacto Int. Dchos. Económicos, Sociales y Culturales; Convención Americana s/ Dchos.Humanos y su Protocolo Adicional de San Salvador
A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA	Convención de Belem do Pará
A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA Y MORAL	Convención Americana Dchos. Humanos, Pacto Inter. de Dchos. Civiles y Políticos, Convención de Belem do Pará
A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD PERSONALES	Convención Americana Dchos. Humanos; Pacto Internacional de Dchos. Civiles y Políticos; Convención de Belem do Pará
A SER LIBRE DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN	Convención Int. Eliminación Toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y Convención de Belem do Pará
A SER VALORADA Y EDUCADA LIBRE DE PATRONES CULTURALES ESTEREOTIPADOS BASADAS EN CONCEPTOS DE INFERIORIDAD O SUBORDINACIÓN	Convención Int. Eliminación Toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y Convención de Belem do Pará

En la CABA la Justicia Nacional (de Familia, Correccional y de Instrucción) y el Ministerio Fiscal de la CABA, responden habitualmente a denuncias por VGCM. Dichas denuncias se encuadran normativamente en la ley 24.417 de Violencia Familiar, la Ley 26.485, la Ley 1.472 de CABA, la Ley 26.357 de transferencia de competencias de Nación a CABA, y el Código Penal de la Nación. En la Tabla Nº 3, presento en forma sintética la legislación vigente en la materia y varios de los tipos penales que contemplan formas en violencia de género contra la mujer en la (ex) pareja como "delitos".

Tabla Nº 3[35]
Normas de aplicación en casos de VGCM

FUERO	Justicia Nacional de Familia	Cualquier Fuero	Ministerio Público Fiscal CABA		Justicia Nacional Correccional o de Instrucción
LEY	**Ley 24.417** Violencia Familiar Art 4	**Ley 26.485** Protección Integral a la Mujer contra la Violencia Art. 26 a) y b	**Ley 1.472 (CABA)**	**Ley 26.357**	**Código Penal Nación**
MEDIDAS Y DELITOS A INVESTIGAR	**MEDIDAS CAUTELARES URGENTES**		**DELITOS FALTAS**	**DELITOS transferidos a CABA**	**DELITOS**
	Exclusión del Hogar		**Art.52.** Hostigar, maltratar, intimidar.	Amenazas **(art.149 bis 1º párr. CP)**	Amenazas coactivas o con armas **(art. 149 bis, 2º y 3º párr.)**
	Prohibición de Acercamiento		**Art. 65** Discriminar.	Violación de domicilio **(art.150 CP)**	Lesiones **(arts. 89 a 94)**
	Alimentos Provisorios		**Art.72** Falsa denuncia.	Usurpación **(art. 181 CP)**	Instigación al suicidio **(art.83)**
	Tenencia Provisoria de Hijas e hijos			Incumplimiento Asistencia Familiar **Ley 13.944, 14.346 y art. 3º de la Ley 23.592.**	Homicidio **(arts. 79, 80)**
	Suspensión provisoria visitas			Abandono de persona **(arts. 106 y 107, CP)**	**Ley 24.270** Impedimento de Contacto
				Omisión de auxilio **(art.108 CP)**	Abuso sexual **(art. 119, 120)**

No es finalidad de este trabajo explorar la Ley 26.485, de Protección Integral a la Mujer contra la Violencia que entró en vigencia en abril de 2009. Alcance con mencionar que esta norma incrementó las opciones de medidas cautelares a solicitar, amplió los fueros a cuales pedir medidas de protección urgentes (art. 21), y dispuso la amplitud probatoria (art.16.i). Esta ley ***prohibió específicamente las audiencias de mediación o conciliación*** (art. 28) que eran práctica común, expandió la definición de violencia contra la mujer extendiendo así a más mujeres víctimas de otros tipos de violencia de género el acceso a protección. Esta ley está más en consonancia con lo normado por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará), y, aunque aún carece del presupuesto adecuado para sensibilizar a la población y capacitar a todo el poder judicial sobre su funcionamiento y principios, constituye un avance en la lucha contra la violencia de género[36]. La Ley 26.485 se viene aplicando en todo el país aún antes de su reglamentación en el año 2010, ampliando el goce de derechos para las mujeres[37].

4) Aplicación de la legislación

La VGCM es un "proceso" de actos de violencia, por lo general, intercalados con espacios de no violencia. Cada repetición de la violencia puede aumentar en virulencia y gravedad llevando a un incremento progresivo del riesgo para la vida de la mujer, y de mayor traumatización psicológica[38] (física, sexual y patrimonial) para la misma. Por todo ello es crucial priorizar la seguridad de las mujeres víctimas y de sus hijas e hijos (que también son víctimas[39]), y que quienes interpreten y apliquen las leyes vean el delito denunciado dentro de un contexto de "violencia de género". Esto implica, concebir el delito específico dentro de un proceso de agresiones, con repetición de delitos[40] todos intencionales[41], y que tiene por víctima especial a la mujer. Estudios estadounidenses señalan que *"l@s funcionari@s públic@s deben recordar que las víctimas de violencia doméstica, a diferencia de víctimas de otros muchos delitos, son las más elegidas para ser abusadas una y otra vez, a menudo con creciente severidad. Por lo tanto,... las víctimas son los miembros del público que mayor necesidad tienen de respuesta efectiva y sensible de la policía y la justicia[42]".* Este cuidado es imprescindible para evitar los *femicidios íntimos*[43] ya que **el mayor riesgo de ser asesinada por una mujer está comprendido desde que se separa y hasta después de un año de haber dejado a su agresor[44].**

Del marco jurídico descrito más arriba (y Tabla Nº 2) surge que el Estado, tanto nacional como el de la CABA, tiene la obligación de aplicar la ley (incluyendo la penal) para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. En el primer año de funcionamiento de la OVD el 89% de las denuncias penales remitidas desde esa dependencia a la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional y de Instrucción, y al Ministerio Fiscal de la CABA, fueron archivadas sin que se *investigara debidamente y de acuerdo a los estándares internacionales, las denuncias que involucran delitos cometidos por hombres contra sus (ex) parejas mujeres[45]*. Esto corrobora una *respuesta judicial en lo penal discriminatoria hacia las mujeres* identificada en investigaciones previas. Un trabajo examinó 1.136 causas de la Justicia Nacional Correccional y de Instrucción y halló que el 25,5% de las mismas correspondían a violencia doméstica. El mismo notó que *"ante igual delito se archivaron el 90% de las causas de Violencia Doméstica y tan solo el 10% de las causas que no lo eran"[46]***.** Otra investigación encontró que *"(la justicia nacional en lo penal)... brinda un tratamiento distinto del que brindan a otras víctimas. Este trato diferenciado implica una discriminación, que asegura la impunidad de estos crímenes y propende a su perpetuación (...) se basa en la concepción según la cual la violencia contra las mujeres en el ámbito de las relaciones interpersonales constituye una cuestión ajena a la órbita del derecho penal[47]. Esta concepción, que elimina el control público del ámbito privado, presenta a la familia como una "zona franca" que (...) se traduce en una total libertad a algunos de sus integrantes para actuar y ejercer violencia"[48]*(el subrayado me pertenece). Asimismo, otro trabajo[49] analizó la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en el período 1994-1997 y constató que 2,7% de los homicidios constituían *femicidios* (contra 0,5% homicidios contra el esposo o concubino), y señaló que en todos estos casos la justicia demostró el carácter 'especial' que tienen los delitos cometidos al interior de la familia, y las y los jueces profesan extrema comprensión y discutible favorabilidad a quienes agredieron a sus parejas, generando con ello un equívoco mensaje de impunidad que incide en la seguridad de las mujeres en el hogar. Como dice el juez Carlos Rozanski, *"Cuando en la práctica, quienes deciden matar a una mujer no son castigados, o cuando luego de matar a cuatro mujeres –caso Barreda-,*

pocos años después se van a su casa, la cultura de impunidad de los femicidios se irradia y muchas veces genera nuevos crímenes. Eso, a su vez, condiciona a los operadores, que influenciados por aquellos mitos, estereotipos y prejuicios de género que atraviesan el fenómeno realizan intervenciones que con frecuencia favorecen a los asesinos y contribuyen a la impunidad. (...)[50]". Debo agregar que habiendo sido conocida el día 14/6/2012 la sentencia del Tribunal Oral Criminal No. 20 a Eduardo Vázquez, ex baterista de la banda "Callejeros", por el femicidio por medio del fuego a su esposa Wanda Taddei, en el que se lo condena a 18 años de prisión, por haber aplicado el "atenuante de emoción violenta" -cuando ésta no fue esgrimida ni solicitada por la defensa en momento alguno, y Vázquez recordó en todo momento lo que sucedió- la Justicia está sembrando las semillas de nuevos femicidios en nuestra sociedad[51]. Esta aseveración no es apresurada si tenemos en cuenta que desde que se conoció y difundió por los medios de comunicación que Vázquez había incinerado a Wanda Taddei en febrero de 2010, 50 mujeres más fueron incineradas por sus (ex) parejas íntimas en el país[52]. *Las sentencias no son solo para los sentenciados sino que también lo son para toda la sociedad.*

5) Debate sobre la conveniencia o no de la intervención de la justicia penal en los delitos por VGCM y Conclusión

Si bien la falta de capacitación específica en violencia de género y una ideología de género sostenida por las y los operadores jurídicos, constituyen un factor importante de la respuesta juidicial penal discriminatoria contra la mujer[53], considero que hay cuestiones de carácter político e ideológico-jurídico que cumplen un rol fundamental. Desde un acercamiento político, en toda la región latinoamericana que adhiere a la *Convención de Belem do Pará*[54] se ve claramente una falta de voluntad política por parte de los Estados, que según el MESECVI se expresa en cuatro áreas: presupuesto, coordinación intersectorial, monitoreo y evaluación, sanción a los agresores y a los(as) funcionarios(as) que incumplen con el Plan Nacional de Acción y las leyes en materia de violencia contra la mujer[55]. A decir de algunas autoras, *"se trata de lograr la efectiva aplicación de estas normas y la eficacia de los procedimientos administrativos y judiciales vigentes. son las carencias de políticas tendientes a asegurar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia lo que dificulta la aplicación concreta de las normas diseñadas para ponerle un freno[56]".* Por otra parte, las posiciones sobre si el derecho penal "debe", "es conveniente" o no, intervenir en casos de violencia de género, son múltiples, y han prevalecido en nuestro medio las que sostienen que las *"cuestiones de familia no deben ventilarse en la justicia penal"*. Entre quienes están en contra de la intervención se encuentran entre otras Birgin[57], Zaffaroni[58], van Saaningen[59], Larrandart[60], Larrauri[61], Pitch[62]. Las ideas de estas autoras confluyen en sostener que el feminismo y las mujeres víctimas de violencia de género no deben albergar esperanzas en el sistema penal, ni esperar que la justicia penal las proteja de la violencia patriarcal. Movilizar al derecho penal tiene algún valor simbólico, pero en la práctica el resultado es el mismo.[63]. Aún más, Larrauri, Zaffaroni y van Swaaningen señalan que los problemas denunciados por las mujeres tienen su base en las estructuras de la sociedad patriarcal, y que el sistema penal es una institución patriarcal, y por consiguiente, es incoherente pensar que una criminalización o un incremento en la severidad de las penas podría "solucionar" estos problemas. Zaffaroni como van Swaaningen sostienen que el feminismo debería utilizar al derecho penal "tácticamente" dentro de una estrategia mayor de transformación de la realidad de discriminación, algo así como "utilizar la fuerza del enemigo". Sin embargo, el problema es que cuando el sistema penal y la policía no

intervienen "el enemigo se fortalece[64]". También sugieren las partidarias de la no intervención del derecho y la justicia penal en la violencia de género, que la solución a este problema debiera ser cultural, de políticas sociales que incrementen la autonomía económica de las mujeres víctimas de violencia y la cantidad de refugios. Finalmente, Zaffaroni, con gran claridad sostiene que el sistema penal no se ocupa de las mujeres porque siendo éste una institución patriarcal, deja el control de las mujeres en manos de los hombres particulares: *"El poder patriarcal controla a más de la mitad de la población: a las mujeres, los niños, los ancianos. Por ello, el poder punitivo se ocupa preferentemente de controlar a los varones jóvenes y adultos, o sea, controla a los controladores[65]" "(...) la discriminación y el sometimiento de las mujeres al patriarcado es tan indispensable como el propio poder punitivo. Por un lado, el poder punitivo lo asegura, al vigilar a los controladores para que no dejen de ejercer su rol dominante. Por otro, si se perdiese ese rol dominante, se derrumbarìa la jearquizaciòn misma porque las mujeres volverìan a interrumpir la transmisiòn cultural que legitima el poder punitivo y el saber señorial que se logrò con el primer ejercicio de poder punitivo en los siglos de su configuración originaria[66] ".* Esto lleva a preguntarnos: los jueces y juezas en lo penal ¿aceptarán ser cómplices de esta situación descripta, o decidirán democratizar y dignificar el sistema penal desde adentro?

Quienes estamos a favor de la intervención del derecho penal y de la justicia penal en los casos de violencia de género[67] sostenemos que: a) ésta intervención no debe ser única y aislada de otras respuestas de carácter civil, psicológico, social y cultural; b) hacemos visible que ante la presencia de las lesiones, amenazas, y feminicidios cotidianos que sufren las mujeres, y teniendo leyes que los tipifican como delitos, no es legítimo cuestionar si la justicia penal debe o no intervenir, dado que está obligada a hacerlo. Consecuentemente la "no intervención" no existe en materia de VGCM, ya que el Estado tiene obligaciones positivas de intervenir. Las mujeres acuden a la policía y a la justicia penal para frenar a sus agresores porque ellas solas no pueden hacerlo, ni escaparse, y temen por sus vidas. Pero se observa en la práctica que, cuando alguna de las víctimas, en situaciones extremas, se defiende del agresor y lo ultima, entonces sí la justicia penal interviene severamente para sancionarla. Es decir la supuesta "no intervención" en casos de personas relacionadas íntimamente entre sí, y que dejaría la protección de las mujeres en manos de las propias mujeres, no solamente no existe, sino que cuando interviene suele sancionar a las mujeres que se defienden por sí mismas de los agresores[68]. Si el sistema penal es una institución patriarcal, pues debe ser transformado y democratizado. ¿O acaso es dicho sistema un dogma de fé, inamovible e inexpugnable? Finalmente, y en contrario de lo sostenido por algunas investigadoras que entiendo han analizado sesgadamente informaciones sobre la efectividad de la intervención policial en Estados Unidos[69], sostengo que en países como Estados Unidos[70], Cuba[71], e Israel[72], esta intervención penal y policial - acompañada de políticas sociales y de una estrategia de control del delito- ha sido efectiva en disminuir los femicidios, evitar las repeticiones de actos violentos, y modificar conductas violentas, respectivamente. Si ellos pudieron, nosotras y nosotros también podemos.

Notas:

[1] Agradezco al Lic. Guillermo José Dellacasa la lectura de un primer borrador, colaboración en la edición del texto final y útiles discusiones sobre el mismo.

[2] VGCM son las siglas que utilizo para el término violencia de género contra la mujer en la (ex) pareja. Término que construyo a partir del concepto utilizado por Marcela Lagarde, violencia de género contra la mujer, para caracterizar la especificidad de la violencia contra la mujer debida a razones de género. Esta debe leerse como sinónimo de *violencia de género, violencia doméstica, violencia contra la mujer, violencia intrafamiliar (contra la mujer), violencia marital, violencia conyugal,* que son términos comunes en nuestro país, y en nuestra legislación desde comienzo de los años 1990 en adelante. Este término es aún un término en disputa, y para una lectura crítica y conocimiento de los debates existentes en América Latina en torno al mismo, sugiero leer Muñoz Cabrera, Patricia, 2011, Violencias Interseccionales: Debates Feministas y Marcos Teóricos en el tema de Pobreza y Violencia contra las Mujeres en Latinoamérica, CAWN, accedido en: www.cawn.org

[3] En línea similar se hallan Birgin, H. y Gherardi, N., 2008, *Violencia contra las mujeres y acceso a la justicia: la agenda pendiente*. En: Birgin, H. y Gherardi, N. (comp) La Garantía de Acceso a la Justicia: Aportes empíricos y conceptuales. Colección Género, Derecho y Justicia Nº. 6.

[4] ISDEMU, 2010, II Informe Nacional sobre la Situación de las Mujeres, El Salvador: Instituto Nacional de las Mujeres; y Rca. de Bolivia, 2011, Ley Integral para garantizar una vida Libre de Violencia a las Mujeres. La Paz: Mesa Nacional impulsora de la Ley Integral.

[5] CSJN, OVD, estadísticas a dos años de funcionamiento, 15/9/2008 al 15/9/2010, en www.csjn.gov.ar

[6] Las medidas fueron mayoritariamente las siguientes: 3.425 Prohibiciones de Acercamiento, 540 exclusiones del hogar. Es difícil hallar la cifra exacta para la violencia doméstica contra las mujeres puesto que las estadísticas de derivaciones en la página web no discrimina por el género de la persona afectada. Por ello, estimativamente, y tomando los porcentajes como aplicables a 9.252 denuncias de mujeres (el 86% de 10.758 totales), arrojan los números arriba mencionados.

[7] Giberti, Eva, en Página 12, 12/03/2009.

[8] Giberti, Eva, 2010, *El Programa las Víctimas contra las Violencias del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación*. En: MPD, Discriminación y Género. Las formas de la Violencia. Encuentro Internacional sobre Violencia de Género. CABA.

[9] Informe Femicidios 2011, Asociación La Casa del Encuentro, www.lacasadelencuentro.com.ar

[10] *Femicidio* es el "homicidio" de una mujer por razón de su género", y es una forma de violencia de género (Corte Interamericana de Derechos Humanos). Fuente de la estadística: www.lacasadelencuentro.org

[11] MESECVI es la sigla que identifica al Mecanismo de Seguimiento del Cumplimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, es organismo dentro de la Organización de Estados Americanos creado en 2006. Ver sus Recomendaciones en el I y II Informes Hemisféricos (2008 y 16/4/2012). Más información: www.oas.org/es/mesecvi/

[12] ELA, 2009, Violencia familiar: Aportes para la discusión de Políticas Públicas y Acceso a la Justicia. Bs. As.: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Accesible en: www.ela.org

[13] Ver www.cij.gov.ar 23/3/2010

[14] Estadísticas OVD, 11/11/2009.

[15] Presentación oral de mujer en situación de calle, integrante del G 7 de gente en situación de calle, durante la conmemoración del Día de la Mujer, 8/3/2010, frente al Congreso.

[16] Constatación personal durante mi trabajo en la OVD, como coordinadora de equipo de atención de casos.

[17] Para una lectura en profundidad sobre este programa, ver: Giberti, Eva, 2010, op.cit.

[18] GBA, 2011, Guía de Servicios para la Mujer. En esta guía no se hace mención a este requisito, sino solamente a ser adolescente menor de 18 años, y/o encontrarse embarazada (p.22). Bs.As.: CIOBA.

[19] Información basada en mi trabajo profesional como coordinadora de equipo de atención interdisciplinaria en la OVD, y articulando con la DGM para pedir alojamiento para las mujeres que atendíamos.

[20] Información recogida de mi práctica profesional a cargo de un equipo de atención en la OVD, en el transcurso de mi articulación con los refugios y hogares para solicitar el ingreso de mujeres y sus hijos/as, en situación de alto riesgo.
[21] Conversación de la autora con personal del refugio de mujeres de Bremen, Alemania, agosto 2000, donde un agresor rastreó y encontró a su (ex) pareja, y la ultimó en la puerta del refugio.
[22] Hasanbegovic, Claudia, Informe de Consultoría a War on Want sobre capacitación a profesionales cubanas/os, en La Habana, 1999 (mimeo).
[23] En este sentido, el hostal para hombres agresores Beit Noam en Israel, y que funciona desde 1996, es un ejemplo que apunta a focalizar la atención en controlar y re-educar a los agresores, en vez de obligar a sus víctimas (mujeres e hijas e hijos) a tener que escaparse, esconderse y encerrarse como forma de salvar sus vidas. (Hartaf, H., 2000, Beit Noam: a new direction for Abusive Men).
[24] Para mayor lectura sobre "acceso a justicia" ver: Birgin, H. y Gherardi, N., op. cit.
[25] Birgin, Haydee, 1998, Imagen y percepción de la ley de violencia. Informe final de investigación, Bs.As. (mimeo).
[26] Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz (comps.), 2006, Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas. Bs. As.: Biblos. Estas autoras identificaron que las mujeres utilizaban en mayor medida los servicios de la Procuración General de la CABA, y presentaban un 90% de satisfacción con el servicio.
[27]Convenio marco entre la CSJN y la DGN, del 23 febrero 2009, http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons_temaovd.jsp?temaID=K184 accedido 14/4/2010.
[28] Ver estadísticas de la OVD a los dos años de funcionamiento, 31/10/2010, www.csjn.gov.ar
[29] Estadísticas OVD del 13/10/2009.
[30] Dado que las estadísticas de la OVD, no desagregan por género respecto a las derivaciones, este 38% es solamente estimativo. Las derivaciones pueden haber incluido los casos de denunciantes hombres, y los abogados de la DGN solamente pueden atender casos de mujeres adultas, según me consta personalmente.
[31] Como se sostiene, *"Los servicios de patrocinio jurídico gratuito están superados por la demanda, su cobertura es pequeña y suele limitarse a las áreas urbanas. (...) no existe un programa social integral de asistencia legal."* En: Motta, Cristina y Rodríguez, Marcela V., 2005, Mujer y Justicia. El caso Argentino. Bs. As.: Banco Mundial, p.103.
[32] En base a mi experiencia profesional representando mujeres de clase media y alta, víctimas de VGCM; también ver Hasanbegovic, C, 2004, op.cit.
[33] Art. 16 Ley 26.485: El Estado garantizará … a) la gratutdad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado).
[34] Elaborado en base a información provista en Rioseco Ortega, L, 2005, Buenas prácticas para la erradicación de la violencia doméstica en la región de América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: ONU.
[35] Elaboración propia de la autora.
[36] Para críticas y análisis exhaustivos de la Ley 26.485 ver: Gherardi, Natalia et. al., 2012, *La ley de Protección integral contra la violencia hacia las mujeres: una herramienta para la defensa en la ciudad de Bs.As.*. En: Chinkin, C. (et. al.) Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de las mujeres. Bs.As.: Defensoría General de la Nación; y, Rodríguez, Marcela V., 2010, *Ley de protección integral contra la violencia de género: aciertos, retrocesos y desafíos*. En: Ministerio Público de la Defensa, Discriminación y Género. Las formas de la violencia. Encuentro Internacional sobre Violencia de Género. Bs.As.: MPD:
[37]Ver: *Síntesis Jurisprudencial Ley 26.485*, Hasanbegovic, 2010, en:www.claudiahasanbegovic.com
[38] Para un análisis de las consecuencias psicológicas y emocionales de la violencia de género en la pareja ver Hasanbegovic, Claudia, 2011, *El Mismo Horror la Misma Responsabilidad: perspectiva de género sobre la tortura*. En El Reporte Judicial No.24, Año 6, Septiembre.
[39] Para mayor información sobre la creciente aceptación de que los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género en la pareja, son también víctimas directas

de dicha violencia, ver Hasanbegovic, Claudia, 2011*, Infancias Robadas. Niñez, violencia de género y femicidio*, en Ripa, M., Humanas con Derecho. Bs.As.: Dunken.

[40] Women´s Aid, 2009, Statistics: Incidence and Prevalence of domestic violence: general *"En los delitos repetidos al menos cuatro veces, el 89% de las víctimas fueron mujeres"*. En: http://www.womensaid.org.uk/domestic_violence_topic.asp?section=0001000100220041, accedido el 13/06/2012.

[41] Ramírez, Fernando, 2003, El tratamiento de la "violencia doméstica" en la justicia ordinaria de la Capita Federal, en: www.amja.org.ar

[42] Han, Erin L s/f. **,** Mandatory Arrest and No-Drop Policies: Victim Empowerment in Domestic Violence Cases.

[43] *Femicidio* es el "homicidio" de una mujer por razón de su género", y es una forma de violencia de género (Corte Interamericana de Derechos Humanos). Femicidio íntimo, se refiere a cuando estas muertes son efectuadas or los (ex) compañeros íntimos de las víctimas. Russell, Diana, 2006, Definición de feminicidio y conceptos relacionados, en: Russell, D. y Harmes, Roberta, Feminicidio: una perspectiva global. México DF, CIIH, Universidad Autónoma de México.

[44] Dugan, L. et. al., 2003, *Do Domestic Violence Services Save Lives?* En: NIJ Journal. Issue Nº 250. Women´s Aid, 2009, op.cit.

[45] Highton, Elena, 05/11/2009, en: www.cij.gov.ar

[46] Ramírez, 2003, op.cit.

[47] Esto también fue confirmado por una investigación doctoral que empleó técnicas etnográficas, Daich, Deborah E., 2010, *Familias, Conflictos y Justicia*. Tesis doctoral en Antropología Jurídica, Facultad de Antropología, Universidad de Bs.As..

[48] Ascensio, Raquel et. al., 2010, Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género, Bs.As.: MPD., p.141 a 143.

[49] Motta, Cristina, y Rodríguez, Marcela, 2005, op.cit. p. 60, 57, y 55.

[50]Rozanski, Carlos, 2011, La incorporación de la figura del femicidio en el Código Penal, en: (http:/3.bp.blogspot.com/5eM7b8pbawY/Sum2EWVx9BI/AAAAAAAAB5A/wfZaKYtpteQ/s1600/imageshassan>Accedido el 12/02/2011.

[51] El 16/4/2012 la Cámara de Diputados dio media sanción a un proyecto de ley que incrementa la pena del homicidio, cuando el mismo constituye feminicidio, a "cadena perpetua". Con el tipo de cultura judicial expresada en las sentencias de Barreda y Vázquez, se hace difícil pensar que de prosperar este proyecto de ley vaya alguna vez a ser aplicado por nuestros tribunales de la Nación o de la Provincia de Buenos Aires.

[52] Informe Femicidios del Observatorio Marisel Zambrano www.lacasadelencuentro.com, ver también nota: Por una Justicia sin Vendas en los Ojos, en: http://www.facebook.com/la.delencuentro accedida el 15/6/2012.

[53] En trabajos anteriores hallé que "*las y los operadores jurídicos que intervienen en casos de violencia de género creen: a) que la violencia doméstica no es un delito; 2) que el agresor no es un delincuente; 3) que el agresor es una "víctima" de su infancia, del alcohol, de los problemas laborales, drogas o es un enfermo; 4) que la mujer es "víctima de la mala suerte en su matrimonio"; 5) que jueces/juezas de familia jerarquizan más la idea de "mantener la familia unida" antes que "la integridad psico-física de las mujeres" que denunciaban*. La falta de capacitación específica en todas las funcionarias y funcionarios entrevistados también fue constatada en éste, como un obstáculo en el ejercicio de sus funciones, y también lo identificó otro trabajo, con el que coincidimos que las y los operadores jurídicos al no tener instrucciones ni conocimientos precisos sobre cómo responder en causas penales que involucran violencia de género contra la mujer, tienden a llenar esos vacíos con sus ideas personales sobre el tema, que están atravesadas por los mitos, prejuicios y falsas creencias de toda la sociedad patriarcal, además de considerar que "la justicia penal no debe intervenir en casos de familia". Hasanbegovic, C., On Love and the State: State Responses to Domestic Violence in Argentina and Cuba. Ph.D.Thesis on Social Policy, UKC, Gran Bretaña, 2004, y Daich, D., op.cit

[54] Cuba fue expulsada de la OEA en 1967 y por lo tanto no está incluida.

[55] MESECVI, 2008, y 2012, I y II Informe Hemisféricos, en: www.oea.mesecvi.org (accedidos el 20/05/2012).

[56] Birgin, Haydee y Gherardi, Natalia, op.cit..

[57] Birgin, Haydee, 2000, *Introducción.* En: Birgin, H. (comp). Las trampas del poder

punitivo: el género del Derecho Penal. Bs.As.: Biblos.

[58] Zaffaroni, E.R., 2000, *Discurso feminista y poder punitivo del estado*. En: Birgin, H. (comp). Las trampas del poder punitivo: el género del Derecho Penal. Bs.As.: Biblos.

[59] van Swaaningen , R., 1993, *Feminismo y Derecho Penal ¿Hacia una política de abolicionismo o galantismo penal*? En: Rodenas, A. (direc.) Criminología crítica y control social., Rosario, Juris, 1993, Volumen: 1.

[60] Larrandart, L., 2000, *Control social, derecho penal y género.* En: Birgin, H. (comp). Las trampas del poder punitivo: el género del Derecho Penal. Bs.As.: Biblos.

[61] Larrauri, Elena, 2008, Mujeres y sistema penal: violencia doméstica. Bs.As.. B de F., Larrauri, Elena, 2007, Criminología crítica y violencia de género. Madrid: Trotta.

[62] Pitch, Tamar, 2003, Un Derecho Para Dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Madrid: Trotta.

[63] Adriessen, 1982 citado por van Swaaningen, op.cit, p.132-133.

[64] Ver Hasanbegovic, Claudia, 2009, Violencia Marital en Cuba, Bs. As.: Dunken, uno de los hallazgos del estudio muestra que la intervención policial-judicial facilita el empoderamiento de las mujeres al frenar a los agresores, y, por el contrario, como hallé para el caso argentino en On Love and the State, State Responses to Domestic Violence in Argentina and Cuba, se "empodera a los agresores".

[65] Zaffaroni, E.R., 2000, op.cit., pág.25.

[66] Zaffaroni, E.R., 2000, op.cit., pàg. 25-26.

[67] La CEDAW (siglas en inglés del Comité de Seguimiento de la Implementación de la Convención Internacional para la Eliminación de toda Forma de Discriminación hacia la Mujer - ONU), el MESECVI y otras, además de la autora

[68] Hasanbegovic, C, 2004, op.cit. en base a investigación empírica, hallé un patrón de intervención de la justicia civil y penal en la CABA y Provincia de Buenos Aires, solamente cuando la solicitaba el varón.

[69] Larrauri, 2008, op.cit.

[70] Dugan, L. et. al., op.cit., Han, Erin L., op.cit., Iyengar R, 2007, *Does The Certainty Of Arrest Reduce Domestic Violence? Evidence From Mandatory And Recommended Arrest Laws?* Working Paper 131862007 y otros.

[71] Ver: Hasanbegovic, Claudia, 2009, Violencia Marital en Cuba. Bs.As.: Dunken; Hasanbegovic, Claudia, 2007, *El Amor y el Estado ¿violación a los derechos humanos en casos de violencia masculina contra la mujer?* En: Delgado de Smith, Y. y González, M.C. (comp) Mujeres en el Mundo. Carabobo: Universidad de Carabobo. Accesible en: www.claudiahasanbegovic.com/publicaciones/mujeresenelmundo

[72] Israel Ministry of Foreign Affaris, 1995, The BEER SHEVA Multi-organizational treatment model. The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders in Israel: 1995. Report.

Reflexiones acerca de la prueba testimonial. El proceso psicológico del recuerdo. Algunas luces y sombras de la prueba testimonial.

Por Luis Raúl Rossi Baethgen: Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho (Universidad de la República, Uruguay). Ejerce la profesión liberal en su país y es Profesor Adjunto efectivo (Gdo. 4) en Técnica Forense y Evolución de las Instituciones Jurídicas (Facultad de Derecho, Universidad de la República). Es Titular en los cursos de grado en las mencionadas asignaturas en la Universidad Estatal, en la Regional Norte (Ciudad de Salto) y en Montevideo.

"...no es sólo cuestión de querer decir la verdad, sino de poder y de saberla decir.
Al testigo necesitaría conocérselo. Sin embargo, en la mayor parte de los casos de él debería decirse: ¡el testigo, ese desconocido!
(Francesco Carnelutti).

El testimonio es un acto humano dirigido a representar un hecho no actual, un suceso del pasado, que se trae al presente.

Las aseveraciones del ilustre Profesor italiano de la cita inicial (1) invitan a preguntarse ¿Quién es este desconocido testigo, ese ser humano?

En general podríamos responder que un testigo, por ser humano, es un ser falible, perfectible, capaz de acertar y de errar en este caso en un objetivo: el de ilustrar acerca de circunstancias y sucesos que permitan dilucidar lo ocurrido con respecto a una cuestión vinculada al objeto del proceso y de la prueba.

¿Cuánto juegan las emociones, cuánto la interferencia de las mismas u otros movimientos psicológicos internos en su proceso de registro o de transmisión?

Aun el ser humano probo, de buena fe, serio, puede equivocarse y -sin advertir su error- puede reafirmarse en sus dichos por reacción instintiva -por ejemplo- frente a un examen de su veracidad, cuando se le piden detalles y cree que ese pedido está motivado en dudas acerca de la fidelidad de su relato.

En el mismo procedimiento de examen o registro del testigo, cabría preguntarse también cuánto pueden llegar a interferir -además de las emociones- los preconceptos, el caudal de experiencias anteriores análogas ("completando" lo que la memoria no recuerda, a fin de darle completitud a lo que transmite), la sobreestimación de si mismo (considerándose inmune a las influencias de la sensibilidad o de las impresiones), etc.

Podríamos convenir que a pesar que un conjunto de seres "vieron" lo mismo (valdría lo mismo expresar "presenciaron", "oyeron", "gustaron", "tocaron"), no todos observaron lo mismo, ni entendieron lo mismo a partir de lo que observaron. Para explicarnos por qué pueden producirse estos procesos psicológicos diferenciales, deberían identificarse las causas que los producen. De tantas de ellas podemos citar éstas:

a. las características psicológicas de cada ser (sagaz, distraído, observador, influenciable, equilibrado, olvidadizo, predispuesto o no a ser

El Reporte
RAWSON - CHUBUT
PATAGONIA ARGENTINA
Año 6 - N° 27 - Septiembre de 2012

objetivo, prejuicioso o crédulo, permeable por vanidad y otras deficiencias o destacable por evidenciar ciertos valores como veracidad, honestidad, ecuanimidad) (2)

b. las que pueden resultar de las circunstancias que llevan a que fuera testigo de un suceso o que -habiéndolo presenciado como tantos otros- sea escogido o indicado como tal ¿Qué significa para una persona ser testigo en una causa? Puede halagarle por el protagonismo que cree que adquiere o bien retraerle por ese mismo motivo; puede despertar su sensiblería o afectar su sensibilidad pues no quiere evocar algo o no quiere dañar con sus relatos y, tal vez por ello, morigera la intensidad del recuerdo.

c. influyen también los conocimientos que posee cada ser. Un precipitado químico o el color de una llama ardiendo no se ve de igual forma y con igual inteligencia por un experto que por quien desconoce los procesos químicos. Para uno el color o el resultado puede explicarle la causa probable que produjo el suceso. Para otro podrá haber sido algo mágico e inexplicable cuyos detalles no puede relatar con precisión.

Estos tres aspectos (y como dijimos no son los únicos) interactúan además entre sí. Por ejemplo un ser frente a la misma experiencia química puede tener diferencias de percepción, porque un día las circunstancias internas o ambientales externas influyen para que esté más sugestionable que otro. También pueden ocurrir variaciones en una persona experta según esté sufriendo el influjo de una deficiencia caracterológica como la vanidad o goce de un momento especial de gran equilibro emocional que lleve a que sobresalga en él, en ese momento, una virtud como la humildad y sorprenda a quienes no esperaban que fuera moderado en sus afirmaciones. (3)

Cabe traer al recuerdo aquí una referencia del autor austriaco Otto Tschadek (4) quien en su libro "La Prueba" comenta que en sus clases generaba, sorpresivamente, un incidente grave protagonizado por actores en donde se producía un enfrentamiento y salía a relucir, en medio de la agitación, un arma. Luego de aclarar a los presentes (estudiantes de Derecho) que lo visto era un ejercicio simulado, les pedía que explicaran lo que habían visto, cómo había comenzado, cuál fue su desenlace y la participación de los actores. Señalaba que era usual que hubiese más de una visión del mismo suceso, aún contradictorias. Desde otros enfoques y otras disciplinas que estudia la psicología humana, sería interesante valorar cómo afectan las deficiencias caracterológicas la psiquis individual. Es el caso de la susceptibilidad, que desfigura palabras y actitudes o la vehemencia que puede llevar a sostener datos falaces y citas apócrifas (5)

En suma, el interrogatorio al testigo con el fin de lograr una mejor comprensión del valor de un testimonio, supone conocer la situación, características y estados del mismo y la incidencia de factores como los tres citados: las características psicológicas, sus conocimientos y las circunstancias en las que se hallaba al tiempo de presenciar lo que habrá de declarar o en las que se encuentra al tiempo de prestar testimonio. La claridad con la que podamos discernir sobre estos aspectos contribuirá a lograr mejores resultados al recibir, interrogar y valorar al testigo y a su testimonio.

Es razonable comprender cuán apreciable es la prueba testimonial por lo que ella implica pero, a su vez, cuán delicada resulta su valoración adecuada por diversas razones como las ya señaladas y, entre otras, una más: no puede soslayarse que, también en nosotros, operan diversos factores; y porque –además- puede haber una parte ignota de la propia psicología, que puede llegar a sorprendernos cuando interviene y que anhelamos ir aprendiendo a descubrir y entender en nuestro avance por la vida.

Acerca del vigor y la objetividad de los recuerdos.

En general quienes abordan el tema de la prueba testimonial se encargan de señalar lo complejo que es para un testigo recordar hechos que presenció sin haberse preparado, salvo casos especiales, para observar las circunstancias sobre los que será –luego- interrogado. Es natural suponer que en muchos casos un ser humano no habría previsto que presenciaría algo sobre lo que se le requeriría su versión; menos aún que se le pregunte y se aspire a que sea claro y lúcido relatando -tal vez muchos meses o años después- lo ocurrido en cierta ocasión lejana. Tampoco es previsible para un ser humano comprender con cuánta expectativa se esperan –además- los precisos detalles que debería "desagotar" de su recuerdo (nos apropiamos, para hacer algo más dramático, el verbo que utiliza alguna normativa mexicana sobre declaración de testigos).

Se espera que el testigo brinde los elementos que permitan comprender una realidad pasada que se quiere reconstruir mentalmente. Que venga reproducida fielmente al presente y que sea presentada en forma natural y no interesada. ¿Cuán posible es? ¿Qué y cuánto ocurre en el testigo desde que presencia algo hasta que declara lo presenciado?

El proceso psicológico intelectivo – retentivo del testigo.

Se mencionan diversos aspectos esenciales de la composición psicológica de la prueba testimonial. Eduardo J. Couture (6) señala los siguientes:

- la percepción,
- la conservación del recuerdo en la memoria y
- la evocación o sea el relato.

En cuanto a la percepción de los hechos, se trata -en muchos de los casos- de una circunstancia no premeditada. El azar de las circunstancias puede poner al testigo frente a los hechos. Pero esto no es necesariamente así: hay casos en los que su participación como testigo es justamente deliberada. Es el caso del testigo en un testamento cerrado, de un acontecimiento histórico familiar, social, económico o de otra naturaleza que le lleva a presenciar un hecho y lo hace en forma medianamente atenta y voluntaria. La percepción, como función psicofísica podrá siempre ocurrir y será con la participación de uno o varios sentidos (oído, vista, olfato, etc.). Pero el testigo, según sea su psicología o el estado en el que ella se encuentre, podrá ingresar lo percibido conectándolo a su imaginación. Ésta puede "completar", como ya mencionamos antes, o deformar lo estrictamente percibido del punto de vista objetivo ("…venía como un rayo"), o bien conectar lo percibido con otras funciones mentales que coadyuvarán o afectarán la "materia prima" percibida. Cabe recelar (dice Couture en la obra citada) del testigo que llena los claros de su percepción con la imaginación.

Es interesante en esta faz, advertir cómo lo observado no sólo puede ser percibido con dificultad (y llenado o matizado con su imaginación) sino también obstaculizado y tergiversado en forma no consciente. En efecto; así como no se percibirán claramente los colores de lo que se observa si se tienen lentes oscuros, un ser humano puede ver mal si tiene "los anteojos del prejuicio" (7). La situación será de más complejidad cuanto más sean las facultades mentales involucradas en el acto de la percepción y los factores que pueden alterar el funcionamiento de cada una de ellas (vale para la misma facultad de percibir como para las de observar, entender, comprender, discernir, reflexionar, pensar, entre otras).

Es por tanto que, a la segunda fase que consiste en la retención, la conservación de lo percibido, puede estar llegando un "material" cuyas muestras ya han sido "contaminadas", en el mismo acto de la percepción, sin que el mismo testigo lo advierta. De modo que en el material que pasa al recuerdo, ya puede haber una "muestra" extraída con problemas o interferencias y posiblemente sea "guardada" como buena.

En la etapa de la conservación de lo percibido, entra a jugar su rol una facultad mental específica: la "memoria" o la facultad de recordar. Se ha experimentado que la memoria no siempre logra conservar con valor homogéneo o lozanía los objetos que colecciona o los que el individuo le proporciona. Haciendo la analogía con un sistema de conservación de alimentos, no siempre se logran mantener las condiciones biofísicas (color, textura, valor proteico, etc.) de una muestra. Pues bien, así como hay técnicas y recursos para congelar productos sin que pierdan su valor nutritivo, así debería haberlas para preservar la mayor calidad y autenticidad de una vivencia a testimoniar.

Sin entrar en honduras históricas, técnicas y filosóficas, se entiende que una de esas técnicas ha sido posiblemente el relato realizado a través del lenguaje oral, uno de los rasgos característicos del avance en la primera etapa de evolución histórica de la humanidad; un medio para que lo percibido, sentido, visto llegue de unos a otros. Otro recurso, más fiel en su conservación que la tradición oral, lo constituye el descubrimiento de la escritura. Claro que, como se decía recién, si la "muestra" está contaminada, se trasladan a través del relato oral o escrito datos erróneos que se describen de una forma que no coincide con lo que objetivamente ocurrió.

¿Cuánto hay que opera dentro del hombre, ese desconocido, que influye en el recuerdo?

Sin dudas influyen también muchos aspectos y, en modo importante, el transcurso del tiempo que afecta el mantenimiento de la calidad del recuerdo. ¿Ocurre algo análogo a lo que acontece con los alimentos y medicamentos? ¿Tienen una fecha prefijada de validez? No parece sea en base a un riguroso calendario y lapsos preestablecidos, pero sí puede darse la analogía con lo que ocurre con los productos que se abren de su empaque original. Si un recuerdo se "abre", luego de abierto debe quedar sometido a tratos específicos para no perder sus cualidades. Efectivamente: no es extraño que la misma reiteración de un relato, "abierto" y comentado una y otra vez, genere una cierta retro-alimentación que no beneficie a la pureza de lo percibido y recordado y que, lo que se evoque luego, ya no sea el hecho original inicialmente relatado. Pueden allí haber actuado otra vez algunas facultades mentales en modo eficiente o no tan eficiente y, especialmente, la imaginación (¡otra vez la imaginación!) que suple lo que no se recuerda y a veces "adorna" inconscientemente lo percibido. Mittermaier -citado por el destacado jurista Dr. Gustavo Mirabal (8)- expresaba: "*El intervalo transcurrido entre el acontecimiento y la declaración puede modificar notablemente su naturaleza. La imaginación altera fácilmente el recuerdo de los hechos confiados a la memoria; y aún cuando ciertos pormenores o detalles se olviden, y otros aparezcan con colores más vivos, puede suceder que todo esto sea obra quimérica de la imaginación, que muchas veces se apresura a llenar los vacíos de la memoria, haciéndose en tales momentos muy difícil distinguir lo que es verdadero de lo que sólo es imaginario. Con la mejor voluntad del mundo, el testigo llamado a declarar mucho tiempo después del suceso, no sabe combinar la observación real con las creaciones fantásticas de la imaginación*."

Más complejo resulta el panorama si lo observado adquiere relevancia o interés; pues al producto de la observación se le infiltran externamente

los resultados expresados por otros observadores vinculados al presunto hecho, documentos o supuestos documentos que refieren a los hechos (fotografías, grabaciones, etc.) y aún opiniones de comentaristas del mismo y hasta las propias evocaciones de casos análogos, emociones y vivencias posteriores del mismo testigo.

Ni que hablar, como ya lo mencionamos, de las dificultades que pueden causar las deficiencias o propensiones personales que, aún queriéndolas apartar de la función retentiva y del recuerdo, pueden influir de modo inconsciente también en el momento de la conservación del recuerdo (son ejemplos de ello la incidencia de la propensión a la exageración, el desinterés, la cortedad, la rigidez, la terquedad, etc.), que pudieron influir en el acto de captación y que -ahora- podrán hacerlo en el acto conservación y también en el siguiente.

Como tercer aspecto, tenemos la evocación o el relato.

El mismo, pensando en el proceso judicial, resultará de la invitación (tal vez no sea lo mejor utilizar el vocablo con fuerte tono imperativo que utiliza el Código General del Proceso uruguayo en su art. 161: "***exigirá***") que realizará el Tribunal al testigo, luego de preguntarle sobre aspectos de su personalidad, y antes de las preguntas que realice el Tribunal y aquellas que luego formulen los abogados de las partes y el Fiscal, en su caso.

Mirabal Bentos, en su obra citada, estudia los factores circunstanciales que inciden en los testigos e incluye la "*consolidación*". Cita al respecto a Gorphe quien expresa que "*la declaración fija los recuerdos en una forma verbal, en una cristalización"* y precave acerca de que *"la importancia concedida al informe inicial debe incitar a recogerlo con mucha precaución*."

Este aspecto es de especial significación a la hora de procurar las declaraciones.

Al respecto queremos señalar un asunto relevante a considerar vinculado a la evocación o el relato y a esa consolidación referida por el Dr. Mirabal.

Parece ser un valor entendido que el testimonio es -debe ser- objetivo y espontáneo. Pero estas condiciones se enfrentan a una dificultad: es el "*desgaste*" del testigo. El testigo relata una y otra vez. Lo hace en forma voluntaria o, a veces, a instancias de conocidos, relata a las autoridades administrativas o policiales, al o a los abogados y, finalmente, a veces por último (en especial en materia civil), lo hace ante el Juez. Cuando relata ante el Juez puede ocurrir que su relato no tenga ni la firmeza ni el vigor ni la fuerza de convicción inicial, por el simple hecho de que la reiteración deja en el ser que va a declarar la idea de que "ya lo dijo". Su relato, pues, puede distar mucho de la expresión fresca y viva de lo vivido, de lo percibido. Puede limitarse a entregar un "material" apelmazado a diferencia de lo que ya dijo antes a conocidos, familiares, autoridades del momento, una y varias veces, expresado en aquél entonces con una lozanía o espontaneidad que parece haber perdido.

Este problema merece especial cuidado de todos, en especial de quienes colaboramos en una u otra forma con la prestación del servicio de Justicia. Al respecto cabe valorar la actitud de quienes, al interrogar, atienden el propósito de preservar la autenticidad del relato, colocan al testigo en un ambiente psicológicamente propicio para que vuelva a conectarse con su percepción directa y, si es del caso, orientan el testigo propiciando desestructure aquello que, habiendo sido un día la expresión viva de una observación, puede presentarse al tiempo de la declaración como un compendio frío de observaciones sistematizadas, completadas con opiniones ajenas, aspectos imaginarios que suplen los olvidos y falencias propias del pasaje del tiempo y el cansancio o resistencia psicológica.

Este aspecto, sin perjuicio del valor de las técnicas y los procedimientos, no parece ser solo un tema científico; también se presenta como un arte que se aprende y que se valora cuando se pone al servicio del ideal de justicia.

Notas:

(1) Carnelutti, Francesco en "Il testimone, questo sconosciuto!. Estudios en memoria de Eduardo J. Couture de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, Uruguay. 1957).
(2) González Pecotche, C.B.. Deficiencias y propensiones del ser humano. Bs. As. 1962, pag. 31-32.
(3) Gonzalez Pecotche, C. B. Ob. Cit. ,pags. 63-64
(4) Tschadek Otto , "La prueba" Ed. Themis. Colombia. 1999.
(5) Gonzalez Pecotche, C. B. Ob. Cit. ,pags. 49 y 134.
(6) Couture, Eduardo J. Procedimiento. Primer Curso T. II, Juicio ordinario. (Editorial Medina
(7) González Pecotche, C.B. Biognosis, Ed. López, 1940 Buenos Aires,
(8) Mirabal Bentos, Gustavo "Testigos: aproximación desde la psicología forense." Ed. Amalio Fernández, 1998. Montevideo Uruguay.

Juicio Abreviado: Introducción

Por María Alejandra Hernández: Funcionaria de Fiscalía MPF Puerto Madryn (Chubut). Docente de Derecho Penal II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Puerto Madryn (Chubut).

La sobrecarga de trabajo de las autoridades de la persecución penal y; como consecuencia de ello, la excesiva duración de los procesos en el tiempo, nos ha llevado a adoptar algunos mecanismos que simplifican y aceleran esos procesos para de alguna forma contrarrestar esos problemas. Fue así que en nuestro país, en el año 1994 por la Ley 24.316 se introdujo a nuestro Código Penal el beneficio de Suspensión de Juicio a Prueba (art. 76 bis a 76 quater), y posteriormente en el año 1997 el Juicio Penal Abreviado en la legislación procesal nacional (Ley 24.825).

Podemos definir a la figura jurídica del juicio abreviado como el juicio que se le hace a un imputado donde se le impone una pena, por la comisión de hecho delictivo, prescindiendo de la oralidad, la contradicción, la publicidad y la producción de prueba, previo a la conformidad entre el Ministerio Público Fiscal y el imputado. Dicho modelo de procedimiento tiene una función interesante dentro de lo que se puede llamar política en la administración de justicia y se orienta en criterios económicos buscando rapidez y eficiencia. El juicio abreviado tiene su fundamento sustancial en la confesión que hace el imputado en forma libre y sin presión, se supone, del Ministerio Público Fiscal, esta confesión le da la oportunidad al imputado de que el fiscal tenga que solicitarle al juez la imposición de la pena mínima del delito imputable. Es decir que con la confesión que le proporciona el acusado por la comisión de un delito penal, el fiscal a cambio le garantiza que el tribunal de juicio le impondrá solo la pena solicitada por el fiscal, de ahí el concepto de justicia negociada. Con esta forma de juicio el imputado previo su consentimiento evita someterse a un juicio ordinario y así no tiene la incertidumbre de que se la va a aplicar una pena máxima, todo lo contrario, sabe de antemano y tiene la certeza que pena se la va aplicar, siendo en este caso la aplicación de una pena menor que la que recibiría si se realizara el juicio oral y público.

En el desarrollo del presente se procurara efectuar una valoración del procedimiento Abreviado, analizándolo en el orden nacional y comparándolo con legislación internacional y legislación provincial, para luego si confrontarlo con la normativa de jerarquía constitucional, buscando analizar si el mismo no transgrede garantías y principios de nuestra Constitución Nacional.

El Juicio Abreviado en CPPN y su comparación con otras legislaciones

El instituto del Juicio abreviado esta previsto en el art. 431 bis CPP Nación, y nos dice que si el Ministerio Público Fiscal, en la oportunidad prevista por el art. 346, estima suficiente la imposición de una pena privativa

de libertad inferior a 6 años, o de una no privativa de libertad aun procedente en forma conjunta con aquélla, al formular el requerimiento de elevación a juicio, que se proceda según el "juicio abreviado". En tal caso, debe concretar pedido expreso de pena (inc. 1). Para que esa solicitud sea admisible debe estar acompañada de la conformidad del imputado (asistido por su defensor) sobre la existencia del hecho y su participación en él, descriptas en el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación legal recaída (inc. 2). En las causas de competencial criminal, el acuerdo al que se refiere el art. 431 bis podrá también celebrarse durante los actos preliminares del juicio, hasta el dictado del decreto de designación de audiencia para debate (inc.1). El juez debe elevar la solicitud y la conformidad prestada al tribunal de juicio, el que debe tomar conocimiento de visu del imputado y escucharlo si este quiere hacer alguna manifestación (inc.3). El tribunal puede rechazar la solicitud por dos motivos; por la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o por su discrepancia fundada con la calificación legal admitida (inc.3). Se debe proceder según las reglas del procedimiento común y remitir la causa al tribunal que le siga en turno en este caso. Es así que la conformidad prestada por el imputado junto a su defensor no puede ser tomada con un indicio en su contra, ni el pedido de pena formulado vincula al fiscal que actué en debate (inc. 4). Si el tribunal no rechaza la solicitud, llama a autos para sentencia y debe dictarla en un plazo máximo de diez días (inc. 3). La sentencia debe fundarse en las pruebas adquiridas durante la instrucción y, en su caso, en la conformidad a que se refiere el inc. 2, y no podrá imponer una pena superior o más grave que la requerida por el fiscal (inc.5). Contra la sentencia impuesta es admisible el recurso de casación según las disposiciones comunes (inc.6). En el supuesto de conexión de causas, para la aplicación del juicio abreviado, el imputado debe admitir el requerimiento fiscal respecto de todos los delitos allí atribuidos, salvo que se haya dispuesto la separación de oficio. Y cuando fueran varios los imputados en la misma causa, el juicio abreviado solo podrá ser aplicado si todos ellos prestan su conformidad (inc. 9).

A nivel internacional, Costa Rica, prevé en su Código Procesal el trámite de juicio abreviado, concretamente en su art 373, admisibilidad, dice "*en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando: A) el imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento; B) el MPF y el querellante manifiesten su conformidad"; luego en su art. 374 prevé su tramite "El MPF, el querellante y el imputado, conjuntamente o por separado, manifestaran su deseo de aplicar el procedimiento abreviado y acreditaran el cumplimiento de los requisitos de ley. El MPF y el querellante, en su caso, formularan acusación si no lo han hecho, la cual contendrá una descripción de la conducta atribuida y su calificación jurídica; y solicitaran la pena a imponer. Para tales efectos, el mínimo de la pena prevista en el tipo penal podrá disminuirse hasta en un tercio. Se escuchara a la victima de domicilio conocido, pero su criterio no será vinculante".* Luego en su art. 375 termina diciendo que la *"...sentencia contendrá los requisitos previstos en el Código de modo sucinto y será recurrible en casación".*

En el orden nacional el CPP de la Provincia del Chubut, en su art. 355 reza:" *En los delitos de acción publica, si el fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad de ocho años o inferior a ella, o una pena no privativa de libertad, aun en forma conjunta con aquella, podrá solicitar que se procesa abreviadamente, concretando su requerimiento en la acusación. Para ello, el fiscal deberá contar con el acuerdo del imputado y de su defensor, y, en su caso, del querellante, acuerdo*

que se extenderá a la admisión del hecho descripto en la acusación, a la participación del imputado en él y a la vía propuesta. La existencia de varios imputados en un mismo procedimiento no inhibirá la aplicación de estas reglas a alguno de ellos. El juez controlará la existencia y seriedad de estos acuerdos durante la audiencia preliminar…"; "… Si el juez para un mejor conocimiento de los hechos o ante la posibilidad de que corresponda una pena superior a la requerida, no admitiere la vía solicitada, y estimare conveniente continuar el procedimiento, la audiencia preliminar continuará su curso en la forma prevista. En ese caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al tribunal, ni a los acusadores en el debate…"

Se suma a estas legislaciones el CPP de Córdoba; el cual prevé que el juicio abreviado procede en caso de flagrancia o confesión llana y circunstanciada del imputado. Concretamente su art. 356 prescribe "*En caso de flagrancia o cuando el imputado confesara circunstanciada y llanamente su culpabilidad, el fiscal, a pedido del defensor, podrá omitir la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, y requerirá, sin más tramite la citación a juicio";* y en su art. 415 dice que "*si el imputado confesare circunstanciada y llanamente su culpabilidad, podrá omitirse la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, siempre que estuvieren de acuerdo el Tribunal, el Fiscal y el Defensor…La sentencia se fundara en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el fiscal*".

Haciendo una comparación, si se quiere, entre las diferentes previsiones, podemos advertir, en primer lugar, que en el sistema procesal en orden nacional la pena para solicitar un abreviado no debe superar los 6 años, y en el sistema del Chubut, la pena es un poco más elevada, no debe superar los ocho años, máximo que amplía la cantidad de delitos a abreviar, incluyendo delitos graves como un homicidio o un abuso sexual, permitiendo de alguna manera su uso abusivo.

Otro punto de comparación es que pasa con la opinión de la víctima y/o querellante; en el CPP Nacional, el acuerdo debe estar acompañado de la conformidad del imputado (asistido por su defensor) sobre la existencia del hecho y su participación en él, descriptas en el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación legal recaída, a diferencia, la legislación de Costa Rica, la que por ejemplo, requiere que tanto el MPF como el querellante manifiesten su conformidad, rezando también que se escuchara a la victima, sin perjuicio de que su criterio no es vinculante, es decir aparece otro sujeto importante, la víctima, dándole un papel en el proceso penal.

En el mismo sentido el CPP del Chubut nos dice que el fiscal deberá contar con el acuerdo del imputado y de su defensor, y, en su caso, del querellante, Y esto es porque con la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento procesal chubutense, Ley 5478 en el mes de septiembre del 2006, se ha dado un papel importante a la víctima, que deja de ser objeto para ser considerado sujeto del proceso. En el Título III capítulo I, art. 99 se prescriben los derechos fundamentales de la víctima, a recibir un trato digno y respetuoso; a que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación; a requerir medidas de protección; a intervenir en el proceso penal; a ser informada de los resultados del proceso, a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal; a impugnar, entre otros[1].

Lo criticable al sistema nacional en este punto es que relega a la víctima, sometiéndola a un doble sistema de victimización, primero es víctima del delito para luego convertir en víctima del proceso que la ignora y menosprecia. Si el fiscal representa de alguna manera los intereses de la

víctima, resultaría prudente que su punto de vista fuera recabado con anterioridad al inicio de toda forma de negociación, es decir su opinión tendría que tener alguna incidencia en el pacto, sin llegar a ser vinculante.

Introducción al problema de los derechos y garantías

El Estado de Derecho importa un sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales[2]. Así las garantías son instituciones, procedimientos de tutela de un derecho subjetivo, incluidos los derechos subjetivos fundamentales, entre ellos los de libertad; o sea, medios que hacen efectivo su goce[3]. Y esas garantías procesales y los principios que las expresan, guardan relación con las formas sustanciales del juicio, que fueran reconocidas en materia penal por nuestra Corte Suprema de Justicia de la nación desde que en 1912, en el fallo "Criminal c/ Porta, Juan" se sostuvo que aquellas son las "relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales del reo".

A su vez el juicio penal es para la Corte un garantía que forma parte de otra mas genérica, que es la garantía del debido proceso legal, que también nuestro más alto tribunal viene reconociendo desde tiempo como derivación de los art. 18 o art. 33 de la Constitución Nacional, entendida como residual, capaz de atrapar hipótesis no alcanzadas por otras garantías, y con un rol complementario con respecto de aquellas[4].

La institución del Juicio Abreviado se relaciona íntimamente con el Derecho Constitucional, justamente porque este instituto es parte del Derecho Procesal Penal; y éste guarda una relación de subordinación con el Derecho Constitucional, ya que la Constitución contiene normas que constituyen la primera manifestación jurídica de la política en general, por lo que la Constitución establece el marco al cual deberá sujetarse la ley procesal penal.

Esos vínculos entre ambos derechos se evidencia porque uno de los propósitos del Derecho Procesal Penal es el de preservar las garantías individuales del imputado como así también de la persona ofendida.

A partir de la reforma constitucional de 1994 y la consecuente incorporación de los tratados internacionales, se han visto reforzados las obligaciones del Estado y los límites a su poder penal, a la vez que se precisan con mejor alcance los derechos que se reconocen a la victima del delito y al sujeto que es perseguido penalmente. Esos derechos y garantías tienen como fundamento a los atributos de la persona humana y emanan de su dignidad inherente, siendo reconocidos por el sistema constitucional, que establece a la vez instituciones jurídicas para proteger esos derechos esenciales del hombre.

Esas garantías procuran asegurar que ninguna persona pueda ser privada de su derecho de defenderse de un delito y reclamar su reparación ante la justicia, como así también que ninguna persona sea sometida a un procedimiento ni pena arbitraria. Es decir, en un proceso penal, las garantías se relacionan con quien ha resultado víctima de la comisión de un delito, a quien se considera con derecho a la tutela judicial del interés que ha sido lesionado por el delito, según los art. 1.1; 8.1 y 25 CADH, y por lo tanto con derecho a reclamarla ante los tribunales penales. También surgen como resguardo de los derechos del imputado frente a posibles resultados penales arbitrarios.

Es así que se puede hablar de una bilateralidad de derechos y garantías; es decir para la victima y para el imputado; en primer lugar el Estado debe perseguir el delito para cumplir con su obligación de garantizar el derecho

a la justicia a las víctimas, y luego debe ejercer su poder sobre el imputado, pero no sin ningún límite o valiéndose de cualquier procedimiento, sino sujetándose al derecho o la moral.

Esa bilateralidad se manifiesta en nuestro sistema por la existencia de garantías que son comunes para la víctima y el imputado, tales como la igualdad ante los tribunales, acceso a la justicia y defensa en juicio, e imparcialidad de los jueces.

De acuerdo al art. 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos *"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".*

De lo expuesto queda claro que la tutela judicial efectiva le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito, quien tiene el derecho, derivado simplemente de su condición de víctima, de reclamar al Estado el enjuiciamiento del autor y de lograr la aplicación de las sanciones correspondientes previstas por la ley penal.

La tutela que se logra mediante el dictado de una sentencia definitiva que exhibe probados todos los extremos de la responsabilidad penal, y que en consecuencia, aplica la sanción prevista legalmente al infractor, debe producirse en el tiempo oportuno. El tiempo que por desidia o inoperancia oficial separa el hecho de la respuesta penal, debilita o anula la protección que la normativa constitucional ha procurado para la víctima.

En síntesis, la torna por falta de rapidez, ineficaz. Por ello el tránsito del proceso en un tiempo razonable es también para la víctima un derecho que tiene justificación constitucional.

La igualdad ante los tribunales o ante la ley esta contenido en el art. 16 de la Constitución Nacional, pero como si fuera poco los tratados internacionales también lo mencionan al establecer que "todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia"[5] . Esto significa que tanto el imputado y la víctima en un proceso penal deben recibir un trato igual, cualquiera sea su condición personal, no pueden existir privilegios ni discriminación de ninguna naturaleza. Así deberá asegurarse tanto a la víctima que lo necesita para reclamar penalmente[6], como a cualquier imputado, el acceso igual a las posibilidades de una defensa técnica eficaz[7], que deberá ser provista por el Estado en caso de pobreza.

En el proceso penal esta igualdad de las partes se expresa de mejor manera cuando se respeta el principio contradictorio, el cual exige no sólo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya hipótesis origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere además, reconocer a las partes, acusador, defensa e imputado atribuciones iguales para producir pruebas de cargo y de descargo, poder controlar activa y personalmente todos los elementos probatorios. También como garantía de igualdad se debe impedir al tribunal iniciar por sí el proceso, o condenar si el acusador no lo pide, y se le debe privar también de facultades probatorias, tanto en la investigación preliminar como en el propio juicio, debiendo solo controlar esos tramites para garantizar de esa manera la igualdad entre las partes.

La defensa en juicio y en acceso a la justicia, es la posibilidad que tiene toda persona de acceder a los tribunales para reclamar el reconocimiento de un derecho[8] y demostrar el fundamento del reclamo, así como el de argumentar y demostrar la falta total o parcial de fundamento de lo reclamado en su contra, de esto no habla el preámbulo de la C. Nacional cuando dice "afianzar la justicia".

La imparcialidad de los jueces no solo ampara al acusado de un delito penal, sino que también alcanza a cualquier persona que procure una determinación judicial sobre sus derechos, lo que abarca sin lugar a dudas, el derecho de la víctima a intentar y lograr la condena del responsable del delito. El juez conduce el proceso ejercitando su poder jurisdiccional, debiendo controlar que se respeten los derechos individuales, decidiendo a base de las pruebas ofrecidas por el acusador y el acusado sobre la existencia del hecho y la participación o no.

El derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima; comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre la cuestión, el derecho a la utilización de los recursos y el derecho a que la sentencia se ejecute.

Lo cierto es que la víctima, así como el imputado, debe contar con una protección penal, así se ha expresado que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas[9]…, entendiendo a la persecución penal, como un corolario necesario del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación de sus derechos, se identifique a los culpables y se les imponga las sanciones correspondientes[10].

Así se habla de que el derecho penal debe ser un derecho protector, que sirva para prevenir delitos y al suceder los daños, en devolverles a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos, a través de un remedio institucional re dignificante, como es la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso penal.

Esto nos lleva a pensar, en palabras de Cafferatas Nores, en un Ministerio Público Fiscal ubicado al lado de la víctima, tanto ayudándola cuando ésta se constituya en querellante, como cuando ella no quiera o no pueda asumir esa condición, cumpliendo una función de representante de ella, sea que haya sido perjudicada en su condición de persona individual, como en los delitos contra la libertad o integridad corporal, sea que lo haya sido en su condición de integrante de una sociedad, como en los delitos contra la administración publica[11].

En concordancia con lo dicho anteriormente, algunos códigos provinciales contienen disposiciones dando cumplimiento a la tutela de la victima. El CPP chubutense establece en su art. 15 que "la víctima tiene derecho a la tutela judicial, a la protección integral de su persona y bienes frente a las consecuencias del delito…y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto y reparado su perjuicio"; y en su art. 100 nos dice que la víctima para el ejercicio de sus derechos, podrá designar a un abogado de su confianza. Si no lo hiciere se le informará que tiene derecho a ser asistida técnicamente.

Hemos visto que en la mayoría de las previsiones que contienen los códigos de procedimiento penal respecto al Juicio Abreviado se olvidan de una parte importante del proceso, la victima, la cual tiene derechos como los tiene el imputado. Todos nos hablan del acuerdo entre el Fiscal, imputado y Defensor, pero muy pocos toman en cuenta la opinión del ofendido. No se debe olvidar que el fiscal representa a la víctima y por lo tanto ésta al menos debería ser consultada.

A) Debido Proceso

Es una actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será dilucidar si el imputado es culpable o no dictándose sentencia. Dicha actividad debe contener ciertas garantías mínimas que aseguren al imputado ciertos derechos, art. 18 C.N. Es así que los requisitos mínimos que debe contener el debido proceso, que no sólo lo convierten en legal o debido, sino fundamentalmente en justo; son: el juez natural; derecho a ser oído; duración razonable del proceso, publicidad y prohibición del doble juzgamiento.

Al respecto algunos tienen dicho que el juicio abreviado viola el debido proceso. Así por ejemplo se sostiene que la supresión, y no abreviación como se proclama, de la etapa de juicio importa colisionar frontalmente con la premisa inicial del art. 18 C. Nacional; que el requisito de la virtual conformidad del imputado respecto de la existencia del hecho y de su participación en el mismo, así como la calificación legal escogida por el Fiscal, violenta la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo; y que roza insalvablemente el derecho de defensa en juicio un mecanismo ritual en el que la paridad de armas propia de un juicio contradictorio deja paso al protagonismo hipertrofiado de un acusador que investiga, decide acerca de la existencia del ilícito y su autoría, fija la pena, convoca al imputado, logra su conformidad, persuadiéndolo de que, de no prestarla, la respuesta penal será más dura, y presenta su propuesta, así configurada, para la homologación judicial correspondiente, sin que medie acto alguna de defensa material ni técnica, ni sustanciación de prueba, ante el tribunal que convalida los actuado por aquel funcionario[12].

En otro extremo, Cafferata Nores ha señalado que en el denominado "juicio abreviado" estas etapas del debido proceso, se respetan ya que hay acusación, una defensa que se ejercita por medio de un reconocimiento de participación en el delito libremente formulada y estimada conveniente a su interés por el imputado –debidamente asesorado por su defensor—; prueba que fue recibida en la investigación preparatoria y fue estimada idónea por las partes y el tribunal; y sentencia que decidirá el caso fundada en dichas pruebas y en el reconocimiento corroborante del imputado; existiendo también la posibilidad de recursos para las partes procésales.

A.1) Juicio Previo:

"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso" nos dice el art. 18 de la C. Nacional, sumado a lo establecido por los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Juicio previo significa que no hay juicio sin ejercicio de la acción, sin acusación, de modo tal que el juicio forma parte del debido proceso pero no lo agota, ya que esta ultima garantía abarca procedimientos anteriores, como son la etapa de investigación, la etapa de impugnación y de ejecución de pena.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que las formas sustanciales del juicio son las relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictadas por los jueces naturales del reo, resultando pertinente poner de resalto que esto es lo que Carrara considera como condiciones esenciales del juicio, en el entendimiento de que los actos que han de hallarse siempre en el juicio penal son cuatro; el apercibimiento de la acusación, la prueba, la defensa y la sentencia, en tanto condiciones que no deben faltarle sin que el derecho penal degenere en un abuso de fuerza[13]

Cafferata Nores, entiende que significa no sólo que un juicio debe preceder inevitablemente a la pena, sino que, además, no puede imponerse

una pena por fuera, ni configurar una pena en si mismo, lo cual no excluye la posibilidad excepcional de condenar con proceso, pero sin debate, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones de consenso especiales (juicio abreviado)[14].

En dicho caso el juicio abreviado corresponde para casos que no revistan complejidad de prueba y que su evidencia obvie la recepción de toda otra prueba por innecesaria, en los que el material probatorio legalmente colectado en la investigación penal preparatoria, puede dar base a la sentencia, prescindiendo de una reiteración que los mismos sujetos esenciales del proceso reputan estéril. No se trata de un acuerdo entre partes sin sustento probatorio, sino de casos en que todo ha sido perfectamente aclarado en la etapa instructoria[15]. El acuerdo significa la renuncia del "juicio como acto", lo que para Cafferata conlleva que el tribunal deberá controlar la voluntariedad y pleno conocimiento de sus consecuencias que deberá tener la confesión.

En el proceso abreviado no se deja a un lado el poder penal del Estado, la acción se promueve y ejercita, y sólo se renuncia a meras alternativas procedimentales, pero remplazándolas por otras.

A.2.) Derecho a ser oído. Defensa en juicio- ¿Confesión o conformidad?

Este derecho puede ser definido como la facultad que tiene todo imputado a ser escuchado por el órgano competente y se relaciona con el derecho de defensa, el cual significa que todo imputado tiene la facultad de manifestar y demostrar su inocencia o atenuar su responsabilidad. Dicho derecho encuentra su consagración en el art. 18 de la C. Nacional cuando señala que "es inviolable la defensa en juicio de la persona y sus derechos" como así también en los diferentes tratados internacionales incorporados a la Carta Magna[16].

Algunos opinan que en el juicio abreviado no existe defensa, si entendemos por tal la posibilidad de responder a las imputaciones de que se es objeto ante los jueces naturales, en un acto formal, sumada a la oportunidad de la defensa técnica de ejercer su ministerio por separado, con posterioridad a la presentación de la acusación.

Otros en cambio consideran que en el trámite del juicio abreviado está la presencia del abogado defensor, quien asesora al imputado, y dicho derecho se ejercita a través del reconocimiento de participación en el delito libremente formulada y estimada conveniente a los intereses del imputado asesorado por su abogado defensor, debiendo estimar también la idoneidad de la prueba recogida en la instrucción.

Relacionado íntimamente con el derecho a ser oído y la defensa en juicio hallamos el tema de la conformidad del imputado que requiere el acuerdo del abreviado.

Una de las primeras cuestiones a considerar es si estamos o no, ante una verdadera confesión. Es que, de no encontrarnos ante una declaración auto incriminatoria, sino ante un simple avenimiento de la voluntad de una persona que importa su confesión no estaría involucrado el resguardo en cuestión.

A diferencia de EE.UU nuestro país es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Comité de Derechos Humanos ha dicho, respecto al derecho de toda persona acusada de un delito "A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable", que tal disposición añade a las formas de coacción ilícita, toda "coerción que se ejerza mediante amenaza de aplicar medidas no ilícitas en si, como por ejemplo la amenaza de expulsión de un extranjero, o la practica de obtener confesiones mediante

la promesa de no procesar al reo por las acusaciones mas graves que pesan en su contra[17].

Martínez[18], señala al respecto que, en una confesión nos encontramos ante una situación activa por parte del imputado, que relata personalmente los hechos por lo que se auto incrimina; mientras que en la conformidad, el imputado hace una declaración de voluntad, reconociendo su participación en un hecho relatado por otro, es decir el fiscal en un pieza procesal.

En este sentido, por conformidad debiera entenderse un acto unilateral del autor, por el cual pone fin al proceso penal. De esta manera, es que se sostiene que, el acuerdo del art. 431 bis CPPN, debe ser entendido como un otorgamiento de conformidad y no como una confesión.

Bovino, en cambio sostiene que nos encontramos ante una verdadera confesión; que pese a que el art. mencionado se refiere a la conformidad del imputado, su manifestación por escrito, es valorada como una confesión.

Más allá de que consideremos si es una confesión o una conformidad, lo cierto es que la ley nos dice que la admisión de responsabilidad por parte del imputado puede ser parte de la valoración para fundar una sentencia condenatoria. Por eso se debe evaluar si dicha confesión o conformidad es prestada libremente por el imputado o es producto de algún medio que lo haya obligado o sentirse obligado a declarar en su contra.

La libertad que el imputado debe gozar en toda su declaración, no permite ningún acto o situación de coacción, ya sea física o moral. No sólo la tortura y el tormento deben entenderse como actos de coerción, sino también todo tipo de amenazas, juramento, promesas ilegitimas, engaños u otras circunstancias que menoscaben, en la declaración de una persona, esa libertad.

Se sostiene por algunos autores que la coacción propia del juicio abreviado consiste en la reducción de la pena que ofrece el fiscal a cambio de la confesión. Se ha dicho que el carácter inquisitivo del Juicio Abreviado pone de manifiesto la intención de condenar sobre la base de la confesión extraída coercitivamente, y de pruebas recolectadas sin control de la defensa. En ese sentido ha dicho Almeyra que "…el procedimiento abreviado supone una clara regresión al juzgamiento escrito y reverdece la figura de la confesión, tan cara a la ideología del inquisitivo[19].

Vitale, considera útil referirse y tratar dogmáticamente los procesos abreviados en los que el imputado, puede, dentro de su dinámica, discutir su falta de responsabilidad penal en un proceso más sencillo o prestar conformidad con un acuerdo de partes sobre los hechos, fijando las partes la calificación jurídica de esos hechos y la pena a imponer, en el entendimiento de que un proceso en el cual el imputado deba necesariamente reconocer su participación en el hecho atribuido o su responsabilidad penal no es un proceso admitido en un Estado constitucional de derecho[20].

A lo dicho por Vitale se podría acotar que, incluso en los casos que objeta si la decisión fue tomada por el imputado en libertad y debidamente asesorado por su abogado de confianza, la cuestión dependerá de la posición que se adopte en cuanto a la posibilidad de que el mismo pueda renunciar a determinadas garantías estipuladas a su favor, que en principio es posible siempre y cuando no se trate de aquellas que comprometan la dignidad del ser humano o que por motivos de similar envergadura resulten indisponibles.

Se dice que la aquiescencia del encausado proviene de una negociación o acuerdo con el fiscal, pero que no es una suerte de transacción entre dos amistosos particulares que, libres y plenipotentes, procuran arribar a un acuerdo beneficioso para ambos. Aquí existe un proceso incoado contra una persona al que la C. Nacional le ha garantizado un juicio previo a cualquier imposición de pena. Por lógica, esa persona no es libre ni

plenipotente; está condicionado por la amenaza de sufrir una privación de bienes jurídicos fundamentales; y es en ese contexto, en aras a la economía procesal, el des congestionamiento

Otros en cambio, consideran que una confesión no siempre vulnera el resguardo constitucional, en razón de ser uno el único titular de la garantía y por ende, del poder de su disposición, debiendo el Estado solo velar por su respeto. Así, una vez renunciado el derecho de una persona a callar son otros los resguardos a los cuales debe someterse una declaración, entre ellos, por ejemplo, el conocimiento previo de la imputación, la declaración judicial y la asistencia técnica. Este ultimo, la efectiva presencia del abogado defensor es la variable mas trascendente a hora de establecer si una declaración ha sido prestada en forma voluntaria.

En nuestro caso, la única manera de compensar lo coactivo de la situación en la cual se halla el sujeto, al serle ofrecido una quita en la posible sanción que puede sufrir, consiste en que éste tenga garantizado cierto ámbito de autodeterminación, el cual sólo puede tener lugar si se encuentra el libertad, y si además cuenta con la presencia de su abogado defensor ejerciendo efectivamente el derecho de defensa de su asistido. Y justamente la presencia de su defensor es lo que garantiza la voluntariedad de un individuo a confesar, como consecuencia de la libertad que posee de hablar.

En cuanto a la circunstancia de encontrarse la persona que brinda la conformidad en libertad, Bovino a realizado observaciones, en cuanto que un elemento de coerción mayor estaría presente en todos aquellos casos de presos sin condena. Ello, en virtud, de que no puede aparecer como válida la observación de que el juicio abreviado los beneficiaria, por ser esta afirmación falsa en razón de convenirse una culpabilidad cuando los representantes del Estado no tuvieron la capacidad, el tiempo o el interés de ratificar o no el estado de inocencia que ostenta toda persona. De convalidar esto, estaríamos alentando a los acusadores a nunca llevar adelante el proceso, dejando que el tiempo en prisión opere como un medio más en la negociación de la responsabilidad penal[21]

También se podría objetar que el lugar donde se presta esta conformidad, en alguno de los rincones del proceso penal, es coercitivo. Ninguna duda cabe de ello. Por más que los resguardos constitucionales constituyan vallas que impregnen de libertad al proceso, lo cierto es que siempre éste posee un elemento coercitivo.

En palabras de Díaz Cantón, “es ilusorio pensar que la coerción puede ser eliminada del proceso, ya que la misma existencia del proceso la implica necesariamente[22]

Una situación diferente presenta la provincia de Buenos Aires, ya que la ley no requiere ni confesión ni conformidad del imputado en cuanto al hecho y la participación, sino sólo respecto de la pena y la calificación legal del supuesto sucedo que la fiscalía entiende ocurrido, art, 396. Así también, la Ley orgánica del Ministerio Público Fiscal, ley 12.061 dispone que para solicitar el juicio abreviado, el fiscal deberá considerar las probanzas recogidas durante la investigación penal preparatoria “no siendo necesario la confesión del imputado” (art. 69).

Marino Aguirre, señala que según esta regulado el juicio abreviado en el Código Bonaerense, el mismo no requiere ningún tipo de aceptación de responsabilidad del imputado por los hechos, sino sólo una conformidad con la pena acordada con el fiscal, como consecuencia de lo cual debería quedar al margen las discusiones relativas a al obligación de admitir o aceptar los hechos por parte del imputado[23].

Otro punto importante a considerar sobre la confesión o conformidad que debe prestar el individuo, es que no es el propio acusado el que viene a

reconocer los hechos y su participación sin que nadie lo invite, sino que es el Estado a través de la fiscalía que sale en busca de ese reconocimiento por medio de una oferta. Al respecto Ferrajoli nos habla de la perversión de ese pacto; "el pacto en materia penal, de hecho, no puede sino fundarse en un intercambio perverso. ¿Qué puede dar el sospechoso, en su confrontación desigual con la acusación, a cambio de la reducción de la condena, sino la propia declaración de culpabilidad o la admisión, incluso fundada, de haber codelinquido con los demás acusados?. Entiende que existe el peligro de que la práctica del pacto pueda provocar una importante perversión burocrática y policial de una buena parte de la justicia penal, transformando el juicio en un lujo reservado sólo a quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y riesgos. Y de que el proceso pueda quedar reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente, se coloque ante la disyuntiva entre condena a una pena reducida y el albur de un juicio ordinario que pueda cerrarse con la absolución pero también con una pena mucho más grave. Concluyendo que todos los principios en que se basan su sistema garantista: esto es legalidad; jurisdiccionalidad; inderogabilidad de la acción, y del juicio e indisponibilidad de las situaciones penales se desvanecen en esta negociación desigual, dejando lugar a un poder enteramente dispositivo que desemboca necesariamente en el arbitrio[24].

Como otro punto a analizar también, y relacionado con el anterior, es que algunos opinan que no es la confesión lo anticonstitucional, sino en el ofrecimiento de algo a cambio de ella, una pena menor. Al respecto Salazar Rodríguez refiere que, la declaración con sí mismo no resulta inconstitucional si el imputado declara en forma voluntaria, "desde luego eso es una facultad que el imputado puede utilizar si así lo desea. El problema de inconstitucionalidad referido se ubica en la exigencia de esa declaración para hacerse acreedor de la aplicación de un proceso abreviado y la eventual reducción de la pena y no en el acto por si mismo, lo otro sería negarle al imputado la posibilidad de confesar su ilícito y con ello expiar su culpa, lo cual es absolutamente irracional[25].

Al respecto debemos tener en cuenta que nuestro sistema procesal no contiene ninguna instancia que podamos equipararla a la audiencia de arraigo del sistema estadounidense, en donde tiene lugar ese reconocimiento de culpabilidad conocido como guilty plea; acá se sale a buscar esa confesión, se ofrecen descuentos, para entonces crear ese momento que permita darle a la confesión ese alcance propio de un allanamiento en sede civil.

En este sentido, el procedimiento previsto en el CPPN art, 431 bis, no es otra cosa que una vuelta a aquellos métodos inquisitivos que fueran los antecedentes tomados en cuenta para el establecimiento de la prohibición a los agentes estatales de inducir u obligar de cualquier manera al imputado a auto incriminarse. Ninguna diferencia existe en salir a preguntar, con el fin de encontrar una respuesta incriminatoria, que salir a ofrecer cierta indulgencia a cambio de ella.

Lo aconsejable sería que, como ocurre en el instituto de la suspensión de juicio a prueba, sea el imputado, quien debidamente asistido por su abogado defensor impulse la opción del juicio abreviado y no el fiscal quien convoque y proponga prescindir del juicio previo.

A.3.) Doble Instancia- Impugnación de la Sentencia

Para que los recursos legislados por la normativa procesal sean admisibles deben ser interpuestos con indicación de los motivos de agravio que exhibe la resolución atacada (art. 438 y 445 CPPN), es decir, debe precisar las causas o razones, fácticas o jurídicas, en virtud de las cuales ella se objeta.

Es, por ende, un recaudo necesario para todo recurso la existencia de un gravamen para el recurrente, o sea, que haya ausencia de concordancia, total o parcial, entre lo resuelto y lo solicitado, no basta el derecho de impugnación en abstracto reconocido por la ley a un determinado sujeto, sino que es necesario que éste tenga, en concreto, interés en impugnar la resolución de que se trate, y ese interés debe tenerse configurado cuando el recurso se presenta como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado[26].

El interés directo al que hace referencia el art. 432 párrafo 2º del CPPN, remite a la disconformidad entre la posición adoptada por la parte y el contenido de la resolución, o sea al vencimiento, y debe por lo tanto apreciarse desde el punto de vista del ordenamiento jurídico y no según el criterio subjetivo del recurrente, quien, verbigracia, no podría agraviarse de la sentencia absolutoria fundada en la concurrencia de una causa de justificación porque adujo que el hecho no constituye delito o éste no se cometió, y mucho menos, desde luego, porque hubiese preferido la condena[27].

En el juicio abreviado presta su conformidad y firma un acuerdo con el fiscal, entonces ¿es posible que pueda agraviarse por la sentencia que lo condenó, respetando los términos del acuerdo firmado?

Para dar respuesta, primero debemos distinguir entre sentencias de juicio abreviado que se ajusta a lo aceptado mutuamente por las partes en el acuerdo; sentencia que se apartan en algún punto del pacto; y sentencias de juicio abreviado dictadas según lo acordado, a pesar de faltar alguno de los presupuestos de admisibilidad del instituto.

Al respecto se ha sostenido que la sentencia de conformidad verdadera, es decir la que se dicta sin modificación alguna la conformidad propuesta por las partes, no es susceptible de ser recurrida en apelación o casación; y por el contrario la sentencia de conformidad alterada, es decir la que falla de modo diferente al contenido al contenido de la propuesta de conformidad de las partes, como la sentencia de conformidad aparente, o sea, aquella que, aun fallando de estricta conformidad, omite alguno de los presupuestos que la permiten, serán recurribles de acuerdo con el régimen ordinario[28].

En el ámbito de nuestra legislación el imputado puede alegar agravio contra la sentencia, pues de lo contrario ésta seria un mero acto homologatorio de un acuerdo de las partes, e imposible la absolución. Implicaría en ultima instancia, que la acusación por un hecho atípico, que no constituye delito, si fue aceptada en una acuerdo de juicio abreviado que pasó el filtro de admisibilidad, y se plasmó luego en una condena, no podrá ser revocada.

Existe una tesis restrictiva, según la cual el imputado que pacta el juicio abreviado reconoce el hecho y la autoría, lo que en el ámbito recursivo lleva a concluir que, si el juez no se aparta de lo acordado, no existe interés para recurrir la calificación, la pena, el hecho ni autoría[29].

Otros en cambio consideran que se entiende que acordar el juicio abreviado sólo implica renunciar al debate oral y al cuestionamiento de las consecuencias jurídicas de la imputación.

El hecho y la autoría deben acreditarse sólo mediante las constancias de la investigación preparatoria, sin que la formalización del acuerdo pueda considerarse ni una confesión ni indicio de participación.

Si bien el art. 431 bis inc 6º del CPPN expresa que "contra la sentencia de juicio abreviado será admisible el recurso de casación según las disposiciones comunes", para un sector de la doctrina dicho recurso, como regla, sólo es admisible, respecto de la cuestión penal, cuando es interpuesto por el MPF o el querellante contra la sentencia que aplica una pena inferior a la acordada, o absuelve al imputado, mientras que debe reputarse

irrecurrible para el imputado, a causa de la ausencia de interés jurídico derivado del acuerdo de juicio abreviado, salvo que invoque causal de nulidad del pronunciamiento[30].

Se ha dicho que acordar el recurso de casación para el imputado en este supuesto, no es más que un formalismo para cumplir con el requisito de impugnación de toda sentencia condenatoria contemplada en la Convención Americana de Derechos Humanos, que no produce ningún efecto, pues, aun y cuando la sentencia adoleciera de vicios graves, por no causar ningún perjuicio al imputado, no sería recurrible[31].

Al respecto, en la sentencia dictada en la causa "Ochoa", se expreso que, si bien en inc. 6 del art. 431 bis CPPN se establece el derecho a recurrir, lo cierto es que, al ajustarse estrictamente la sentencia al acuerdo de juicio abreviado, es evidente la inexistencia de agravio para el impugnante[32]. En concreto en el fallo citado se dijo que no se observa que el imputado haya sufrido un perjuicio con motivo de la resolución que impugna, por cuanto al llevarse a cabo el acuerdo previsto por el art. 431 bis CPPN, el imputado, en compañía de su defensor, admitió los hechos que se le imputan y su participación en los mismos de acuerdo al requerimiento de elevación a juicio, prestando conformidad con la calificación penal allí propuesta y con la pena que en definitiva se le impusiera; lo que obsta a la viabilidad del recurso de casación.

Es decir que habiéndose optado por el trámite del juicio abreviado, las posteriores objeciones al elegido procedimiento puestas de manifiesto por el procesado y su defensa, son incomprensibles e inaceptables.

En sentido opuesto, Pereyra ha dicho que la conformidad que presta el imputado en el juicio abreviado no incluye la renuncia a su derecho a una sentencia de condena fundada en los hechos y en derecho. El imputado nunca renuncio a que el juez o tribunal analizara la imputación y los elementos facticos y normativos que la sostienen y arribara así a una decisión justa en términos racionales[33].

En posición contraria se ha expedido el Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala III en la causa Nº 15.368 en el año 2006, al expresar que "el procesado o su defensa podrán recurrir en casación de la sentencia dictada en un juicio abreviado cuando ella modifique en perjuicio del imputado la calificación legal y/o la pena acordada; cuando considere que la sentencia debió ser absolutoria, por no haberse acreditado los extremos facticos de la imputación, o cuando los hechos que se tiene por acreditados no encuentran adecuación típica; y cuando estimen que de conformidad con el hecho que se tuvo por probado el a quo debió aplicar una calificación legal más beneficiosa que la acordada; pudiendo razonablemente caber en este caso una reducción de la pena como reflejo de la a minoración del injusto.

La verdad en el proceso penal

La búsqueda de la verdad se ha considerado siempre, en la doctrina, en la práctica procesal y jurisprudencial, como objetivo natural y necesario del proceso penal y, particularmente, de la actividad probatoria. La realización de la ley penal sustantiva o, en otras palabras, la aplicación de una sanción penal a una persona, supuso por ello, la verificación previa de la realidad de la producción de los hechos ilícitos individualmente atribuidos.

Sin embargo, con la aparición de Juicio Abreviado, ha nacido la discusión en torno a si él respeta o no el principio fundamental de la búsqueda de la verdad en el proceso penal.

La mayor parte de la doctrina advierte en este tipo de proceso una

franca violación a este principio y al deber judicial de esclarecimiento de los hechos.

Hoy en día se entiende que la búsqueda de la verdad es una de las metas del proceso penal, entendiéndose por tal el intento de conocer la verdad acerca de una hipótesis histórica que constituye el objeto del procedimiento[34]. El concepto de verdad representa un juicio sobre una relación de conocimiento, esto es, el juicio de que esa relación de conocimiento entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer ha culminado con éxito, conforme a su finalidad, pues existe identidad, adecuación o conformidad entre la representación ideológica del objeto por el sujeto que conoce y el objeto mismo, como realidad ontológica. El concepto de verdad contiene así una noción subjetiva, psicológica, relativa al sujeto cognoscente, por la cual se expresa el éxito o el fracaso de la actividad emprendida, conforme a su finalidad. De esta manera, se sostiene que según que el resultado de la actividad emprendida se haya acercado en más o en menos al conocimiento de la verdad, se hablará entonces de certeza (quien conoce está convencido de haber alcanzado el conocimiento de la verdad), probabilidad (el sujeto considera que se ha aproximado en gran medida a ella, peor reconoce que no la ha alcanzado totalmente), o duda (quien ha emprendido la actividad de buscar la verdad reconoce su total fracaso)[35].

Se han distinguido varios tipos de verdades; la verdad real o histórica ha sido adjudicada al proceso penal y la verdad formal al proceso civil. Y esto porque en el derecho privado rige el principio fundamental de la autonomía de las partes y no se tiende a la búsqueda de la verdad en forma autónoma para resguardar la imparcialidad del juzgador frente a los interese de las partes; el juez no tiene poderes de instrucción. En cambio en proceso penal se busca más la averiguación de la verdad por la transparencia que en él tiene el interés publico, el cual desplaza al interés privado por la averiguación de la verdad. Su búsqueda no es subjetiva, en el sentido de que no depende de la voluntad de los sujetos intervinientes en el procedimiento.

También se ha diferenciado entre verdad correspondencia y verdad consensual; la primera es aquella verdad como adecuación del intelecto a las cosas, esto es, con el mundo existente fuera del sujeto e independientemente de su conciencia. Esta verdad implicaría que toda verdad objetiva es, por ser tal, absoluta, puesto que si el intelecto refleja adecuadamente la realidad, ese reflejo ha de ser absolutamente verdadero. Es decir esta verdad sería aquella que implica una perfecta concordancia entre el pensamiento y el objeto pensado[36].

Y la verdad consensual es aquella a la cual se arriba por el acuerdo de las partes involucradas en el proceso acerca de cómo sucedieron los hechos. La misma ha sido criticada por la doctrina, la cual ha afirmado que la aceptación de este tipo de verdad conduciría a admitir la disconformidad entre lo efectivamente ocurrido y lo que las partes acuerdan que ocurrió, con lo cual difícilmente podría afirmarse que por intermedio de la sentencia basada en dicho acuerdo se hiciera justicia, si las partes acordaran como ocurrió el hecho e ignorasen las pruebas que acreditasen la existencia de un acontecimiento de la vida real, debemos concluir elementalmente que darían vida a una no-verdad, es decir a una mentira. Aparece como inaceptable que una sociedad se organice jurídicamente para obtener sentencia sobre hechos inexistentes[37].

Ferrajoli habla de una verdad procesal, la cual dice que es la verdad buscada en el modelo formalista como fundamento de una condena; que es una verdad alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativas sólo a los hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. La

misma está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de defensa. Se circunscribe a las tesis acusatorias formuladas conforme a las leyes, debe estar corroborada por pruebas recogidas a través de técnicas normativamente preestablecidas, y será siempre una verdad opinable y probable, y ante la duda, o falta de acusación o de pruebas ritualmente formadas, prevalecerá la presunción de no culpabilidad, o sea, la falsedad formal o procesal de las hipótesis acusatorias. Éste es el valor que paga el formalismo, que en el derecho y en el proceso penal preside normativamente la indagación judicial, protegiendo la libertad de los ciudadanos precisamente contra la introducción de verdades sustanciales tan arbitrarias como incontrolables[38] .

El citado autor ha expresado también que este tipo de verdad es solo una verdad aproximativa respecto del modelo ideal de la perfecta correspondencia.[39]

La aceptación de esta verdad procesal como meta del sistema acusatorio, permite desechar el sofisma de que no existen alternativas entre la verdad como correspondencia, entendía como verdad objetiva y absoluta, y verdad consensual. Esta verdad procesal es aquella que se obtiene en el respeto de las reglas de enjuiciamiento, y por lo tanto, será inevitablemente limitada, al caracterizarse por ser el producto de un proceso de conocimiento que adopta como punto de partida el principio de presunción de inocencia.[40]

Con la aparición del Juicio Abreviado se han presentando algunos inconvenientes al tratar de adecuarlo a ese fin del proceso penal, el descubrimiento de la verdad.

Se lo ha criticado, ya que el mismo concluye con la sentencia dictada en función del acuerdo que las partes han formalizado respecto de cómo sucedieron los hechos, aunque éste debe ser coherente con los hechos acreditados durante la etapa de la instrucción, y no en un juicio oral, público y contradictorio en el cual el imputado pueda ejercer todos sus derechos y ofrecer las pruebas que considere útil.

Se dice que se ha reemplazado con este instituto la verdad correspondencia por la verdad consensual.

Se critica también que la conformidad del imputado ha venido a afectar el descubrimiento de la verdad y choca con el deber judicial de esclarecer los acontecimientos.

Al respecto Schùnemann sostiene que esas confesiones escritas en que se convierten las conformidades, no serían entonces otra cosa que en un "guilty plea negociado", lo que no puede significar, de ninguna manera, una prueba concluyente de la existencia de un determinado supuesto de hecho. La confesión debería suponer que el órgano jurisdiccional debe comprobar, con todos sus medios, su verdad, con lo que la finalidad del acuerdo de las partes, que es precisamente una canalización consensuada de la materia del proceso, resultaría innecesariamente frustrada[41].

El juicio abreviado, al eliminar el debate, impone al juez la difícil tarea de homologar un acuerdo basado en pruebas, escasas o no convincentes en cuanto a la acreditación de la materialidad del ilícito, y la responsabilidad del imputado. Es así que se ha dejado de lado la búsqueda de la verdad y se ha admitido en su lugar al acuerdo entre las partes como instrumento suficiente para aplicar una condena.

Al respecto D'Albora sostiene que no resulta afectado el principio de la verdad material, ya que no se admite una verdad consensuada, pues la sentencia deberá sustentarse en la prueba recogida durante la instrucción y no en la mera confesión, aunque en la realidad pueda ocurrir [42].

No parece posible, hoy en día, sustituir completamente la finalidad de lograr la verdad histórica objetiva, que dio nacimiento el derecho penal y a

su instrumento característico, la pena estatal, por la voluntad de los protagonistas del conflicto social que conforma la base del caso penal. Pero tampoco parece posible, para la política criminal actual y futura, ignorar estos mecanismos nuevos de solución del conflicto, que conducen a la simplificación del rito, al ahorro de recursos humanos y materiales en la administración de justicia penal y, en definitiva, a soluciones más justas.

Conclusiones

En resumen, la institución del juicio abreviado puede definirse como el procedimiento especial que se utiliza para dictar sentencia, sin debate oral, es decir que en él se omite la realización de juicio oral y público, y como consecuencia no existe recepción oral y pública de prueba; lo cual obliga a fundamentar la sentencia definitiva en la información recabada en el investigación inicial y preliminar que se considere idónea para resolver el caso. A dichos efectos siempre el imputado tiene que admitir los hechos, y en ese sentido la decisión de omitir la realización de juicio surge de un acuerdo entre el imputado y el acusador, como manifestación propia de las facultades discrecionales conferidas a éste ultimo. De ahí, que ese acuerdo significa la renuncia del juicio como acto por parte del imputado, remarcándose que con la existencia de este tipo de procedimientos no significa la depredación de las garantías constitucionales reconocidas a su favor.

Cafferata Nores, ha señalado seis objetivos que a su entender hacen necesaria la consagración del juicio abreviado en el ámbito penal: 1) lograr una racional distribución de los recursos que el Estado afecta al proceso penal; 2) llegar a condenas judiciales en el sistema procesal en el cual son muchos más los presos sin condena que aquellos que están cumpliendo una;3) agilizar los procesos penales; 4) abaratar considerablemente el costo del juicio penal; 5) aliviar la tarea de los tribunales orales saturados por la gran cantidad de causas que tiene que resolver; y 6) tomar en consideración el interés del acusado, quien mediante colaboración prestada en el acuerdo puede obtener una reducción de la pena, dentro de los límites de la escala[43].

Al respecto podemos decir que el procedimiento abreviado se convierte en una respuesta positiva a los problemas que la administración de justicia presenta hoy en día por múltiples motivos; razones de político criminal, carencias de recursos materiales o humanos, mora y deficiencia de los sistemas comunicadores del delito, toda vez que el referido procedimiento se convierte en una practica intensiva que permita el ahorro de esfuerzos jurisdiccionales en causas que verdaderamente no lo merecen, sin menoscabo de las garantías procesales y constitucionales, de tal forma que los esfuerzos se orienten a otras causas que sí demandan mayor atención y dedicación por parte de los tribunales de justicia.

Además, se debe decir que la razón que fundamenta la existencia del juicio abreviado en nuestra legislación se centra en la necesidad de acelerar los procesos penales con beneficio para las partes; en cuanto al imputado, elimina la incertidumbre que puede tener al no encontrarse definida su situación procesal, evitará la penalidad adicional que conlleva todo juicio oral y público para la imagen social que posee. Por otro lado beneficia al Estado, ya que cumplirá con la tarea de administrar justicia en menor tiempo, y además reducirá los costos que significa la tramitación completa en un juicio oral y público. Y no debemos dejar de mencionar que frente a la resolución del caso penal en menor tiempo, el imputado también encontrara respuesta a su reclamo de justicia, dándole vida al principio de pronta justicia.

El mismo es una herramienta útil, y para no ser cuestionado bastaría

que el imputado preste su "aquiescencia" para que sea procedente el instituto. Pese a que la discusión sobre si es confesión o conformidad seguirá a lo largo del tiempo, la regulación del art. 431 bis del CPPN no exige ningún relato por parte del imputado, sino simplemente una manifestación por la que acepta el contenido de la acusación fiscal.

Entiendo que si fuera proposición del imputado someterse al procedimiento especial, como sucede con el beneficio de la Suspensión de Juicio a Prueba, y no del fiscal, mermarían sus críticas.

Pero lo cierto es que ese acuerdo al imputado le resulta beneficioso en cuanto a que el aprovecha la previsibilidad de que no corre riesgos de ser condenado, más allá de lo convenido con el fiscal, sumado a que tendrá resuelta su situación procesal rápidamente sin padecer los tormentos de la incertidumbre que todo juicio encierra.

Referido al tema de la verdad, no debemos olvidar que el proceso penal aspira a lograr una reconstrucción de los hechos que son su objeto, procurando una concordancia entre lo ocurrido y lo que se conoce al respecto, la verdad correspondencia, que se reduce por las dificultades fácticas a una verdad procesal. El juicio abreviado no pretende prescindir esa búsqueda de la verdad o sustituirla por una verdad consensuada, ya que la sentencia que se dicte estará fundada en las pruebas recogidas en la investigación preparatoria y no en la confesión que pudo haber prestado el imputado.

No parece posible, hoy en día, sustituir completamente la finalidad de lograr la verdad histórica objetiva, que dio nacimiento el derecho penal y a su instrumento característico, la pena estatal, por la voluntad de los protagonistas del conflicto social que conforma la base del caso penal. Pero tampoco parece posible, para la política criminal actual y futura, ignorar estos mecanismos nuevos de solución del conflicto, que conducen a la simplificación del rito, al ahorro de recursos humanos y materiales en la administración de justicia penal y, en definitiva, a soluciones más justas.

Entiendo que si bien, con la aplicación del referido procedimiento especial no se vulneran las garantías mínimas procesales, quedando inalterado el debido proceso; existiendo en todo caso una renuncia a un tipo procedimental determinado (procedimiento común), para sustituirlo por otro (procedimiento abreviado) en virtud de un derecho que le franquea la ley al imputado y que lo beneficia; y si bien el juicio abreviado omite el principio de la oralidad y publicidad de alguna manera, no así el principio de inmediación, que queda garantizado por el conocimiento y control jurisdiccional que toma del caso el juez; y el mismo seria menos criticado si receptara las reflexiones expuestas, debiendo tal vez recogerse en el Código Penal, como el beneficio de la Suspensión de Juicio a Prueba, porque ambos hacen al ejercicio de la acción penal, y si bien no es una mejor solución en un Estado Constitucional de Derecho, al menos constituye un paliativo contra la mora en la resolución del conflicto penal.

Como corolario podemos concluir que los casos que debieran someterse a los procedimientos abreviados, serían supuestos de flagrancia, donde la prueba esta a la vista y resulta suficiente; casos que no revistan complejidad y que toda su evidencia obvie la recepción de toda otra prueba innecesaria, en los que el material probatorio legalmente colectado en la investigación preliminar pueda dar base a la sentencia, y los que tengan una escala penal inferior a seis años, para no poder resolver delitos graves, tales como homicidios o abusos sexuales, con un juicio abreviado como sucede en la actualidad con la legislación procesal del Chubut.-

Bibliografía General

Carlos Enrique Edwards, "Garantías Constitucionales en Materia Penal" Editorial Astrea.-

Diego Del Corral, "Juicio Abreviado" Editorial Astrea.-

Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (comps.) "El procedimiento Abreviado" Editores del Puerto.-

Julio B.J. Maier, "Derecho Procesal Penal"

Alberto Bovino, "Simplificación del procedimiento y Juicio Abreviado" En cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.-

José L. Cafferata Nores, "Proceso Penal y derechos humanos" Editores del Puerto.-

José L. Cafferata Nores, "Juicio Penal Abreviado".-

Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón".-

Código Procesal penal de la Provincia del Chubut, Ley 5478.-

Código Procesal Penal de Costa Rica.-

Doctrina y Jurisprudencia.

Notas:

[1] Art. 99 CPP Chubut: la victima tendrá los siguientes derechos: 1) a recibir un trato digno y respetuoso y que se hagan mínimas las molestias derivadas del procedimiento; 2) a que se respete su dignidad en la medida que no obstruya la investigación; 3) a requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes y ser asistida en forma integral y especializada con le objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social; 4) a intervenir en el procedimiento penal y en el juicio, conforme lo establecido en este código; 5) a ser informada de los resultados del procedimiento, aún cuando no haya intervenido en él; 6) a examinar documentos y actuaciones, a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado; 7)a aportar información durante la investigación; 8) a ser escuchada antes de casa decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite expresamente; 9) a recusar por los motivos, forma y procedimientos previstos en este Código; 10) a requerir la revisión de la desestimación o archivo dispuesto por el fiscal, aún cuando no haya intervenido en el procedimiento como querellante; 11) a impugnar el sobreseimiento, siempre que haya solicitado ejercer este derecho, y la sentencia en los términos del art. 379, II párrafo; 12) a ser notificada de las resoluciones que pueda impugnar o requerir su revisión. La víctima será informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento.

[2] Ferrajoli "Derecho y Razón" p. 859).

[3] Bidart Campos "Manual de derecho Constitucional argentino"

[4] La corte señalo "que todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso consagrada en el art. 18 de la C. Nacional, sea que actué como acusador o acusado, como demandado o demandante; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si este existe y tiene fundamento en la constitución, puesto que ella garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento de que se trate. CSJN 16/9/08 "Tarditi Matías e. S/ homicidio agravado".

[5] Corte IDH caso Yatama vs. Nicaragua 23/6/05.-

[6] "Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la convención le garantiza, encuentra que su posición económica, en este caso, su indigencia, le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición

económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley" Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10/VIII/90.-

[7] En consecuencia, "…considera el tribunal que, ante la ausencia de previsiones en el CPP acerca de la forma de proveer al patrocinio letrado del querellante carente de recursos, debe acudirse al C.P.C.C, ya que se trata de un derecho, y no de un beneficio, que la ley procesal crea para asegurar a toda persona física o jurídica el acceso a la justicia que impone la defensa en juicio del art. 18 de la C. Nacional" (CNCrim. Y Corr., Sala I; Krassnov, 29/5/2001)

[8] "La corte ha sostenido que, según la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las victimas de violaciones de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1) (Corte IDH, caso Masacre de Mapiripan vs. Colombia, 15/9/2005).-

[9] Cf. Comisión IDH, informe nº 34/96, casos 11.228 y otros.-

[10] Cf. Comisión IDH informe Nº 5/96 caso nº 10.970.-

[11] Cafferata Nores "Proceso Penal y derechos humanos" p. 65.-

[12] Voto del juez Luis F. Niño Trib. Oral en lo criminal Nº 20 "URRUTIA VALENCIA Marcelo Alejandro s/ robo agravado" Expte. Nº 3489, 23/03/11.-

[13] Carrara, "Programa de Derecho Criminal", T II, p. 287.

[14] Cafferata Nores, "Garantías y sistema Constitucional", Revista de Derecho Penal 2001.

[15] Cafferata Nores, "Garantías y sistema Constitucional", Revista de Derecho Penal 2001.-

[16] La declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10); la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre (art. XXVI); el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8 ap.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.ap.1).-

[17] O'Donneli, "Protección Internacional de los Derechos Humanos" p. 174.-

[18] Santiago Martínez, "¿Confesión en el Juicio Abreviado", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal año V T.9-B

[19] Almeyra; "Juicio Abreviado ¿o la vuelta al inquisitivo?" p. 6.-

[20] Proceso Penal Constitucional (libertad durante el proceso, juicio abreviado), en Zaffaroni y otros "El sistema Penal frente a las exigencias presentes" p. 144 y 145.-

[21] Bovino, "Juicio Abreviado y juicio por jurados" punto VII.

[22] Díaz Cantón, "Juicio Abreviado vs. Estado de Derecho" p 2.-

[23] Marino Aguirre "Juicio Penal abreviado" p. 47.-.

[24] . Ferrajoli, "Derecho y Razón" p.748 y 609.

[25] Salazar Rodriguez "Suspensión del juicio a prueba y procedimiento abreviado, un problema de constitucionalidad" p. 567/568.

[26] Palacio, "Los Recursos en el Proceso Penal" p. 14.

[27] Palacio, "Los Recursos en el Proceso Penal" p. 17 y 18.-

[28] Verdejo Moreno, "La Conformidad en el Proceso Penal: especial referencia al procedimiento abreviado y juicio rápido.-

[29] En este sentido, TCasPenal Bs As Sala I causas 807; 1495; 2242; 7096 y 10.015.-

[30] Palacio, "El Juicio penal abreviado"

[31] Salazar Rodriguez; "Suspensión del procedimiento a prueba y proceso abreviado. Un problema de constitucionalidad" p. 565 y 566.-

[32] CNCas Penal, sala III causa 2522.-

[33] Pereyra, "Los alcances de la conformidad del imputado en el juicio abreviado: El reflejo de una confrontación desigual".-

[34] Maier "Derecho Procesal Penal T I, Fundamentos. P. 852.-

[35] Maier, Derecho procesal Penal t I cit. P. 843.-

[36] Tomas Vives Antón, "Comentario a la Ley de Medidas urgente de reforma Procesal, II La reforma del Proceso penal, p. 252.-

[37] Luis Ferreyra Viamonte "El Juicio Abreviado en el Código Procesal Penal de Córdoba" p. 51.-

[38] Ferrajoli, "Derecho y Razón" P. 45 y ss.

[39] Derecho y Razón", Cit. P. 50 y ss.-
[40] Andrés Ibáñez, "Ni fiscal instructor, ni Habermas procesalista" p. 56, obra citada en p. 285 Maier y Bovino "El procedimiento abreviado".-
[41] B. Schùnemman, "¿Crisis del Procedimiento Penal?"(¿Marcha triunfal del Procedimiento Penal Americano en el mundo?) Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal año IV p. 425 y 426
[42] F. D'Albora "El proceso Penal y los Juicios Abreviados" en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal año IV
[43] Cafferata Nores "El Juicio Abreviado" Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales Costa Rica, año 8, Nº III, p. 70.-

Una correcta interpretación elimina errores y defectos

Por Cecilia Avellaneda: Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Agente en la Oficina Judicial de Trelew, sede Rawson (Chubut).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de último intérprete de la Constitución Nacional y de las leyes, sentó, con un claro criterio docente[1], los lineamientos para una vasta interpretación del art. 86 inc. 2 del Código Penal, a fin de que no se vulnere la operatividad y eficacia de un derecho expresamente reconocido por el legislador: el de "toda mujer que haya sido víctima de una violación".

Si bien la intervención de la Corte fue luego de que el planteo originario tuviera acogida favorable por el máximo tribunal de la Provincia del Chubut, aquella precisó que su intervención lo fue a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y evitar frustraciones de derechos por parte quienes procuren ejercerlos.

Son dos las cuestiones medulares analizadas por la Corte Suprema en su fallo: una relativa a quienes son los titulares del derecho y otra concerniente a la exigencia o no de requisitos previos para acceder al mencionado derecho.

Es sin lugar a dudas un fallo de alcance significativo, por cuanto no es ajeno a la realidad, que se han protagonizado casos en donde ante una falta de información, errónea interpretación o procesos burocráticos *contra legem* se ha visto diluirse el derecho de tota mujer que ha sido víctima de una violación con resultado de embarazo. De ello se desprende con una prolijidad destacable una interpretación amplia de la norma en cuestión, que permite dejar de lado confusiones interpretativas, dándole plena eficacia y operatividad a una norma:

1- que no excluye a aquella mujer que no es idiota o demente;

2- que expresamente individualiza como actores protagónicos en esta circunstancia a quien es médico diplomado y a la mujer encinta, con exclusión de otra persona, organismo u operador judicial, y

3- que no requiere más que el consentimiento de la mujer en cinta o de su representante legal en caso de que esta sea idiota, demente o menor de edad.

Una interpretación contraria implicaría ir contra los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, establecer requisitos no exigidos por la norma y desconocer el principio de reserva legal[2].

Quienes promueven la errónea interpretación restrictiva del inciso segundo del artículo 86, sustentan esa conclusión, en una lectura del texto que, alegan, indica un uso del castellano que coloca las palabras "violación" y "atentado al pudor" como refiriendo un único caso; reforzando su postura, con reseñas de las distinciones existentes en el proyecto suizo, los debates de los legisladores al momento de redactar la norma y la ausencia de una coma en la versión argentina, que sí existía en el proyecto que se tomó como modelo; revelando la redacción del inciso, que la permisión genérica

El Reporte
RAWSON - CHUBUT
PATAGONIA ARGENTINA
Año 6 - N° 27 - Septiembre de 2012

es sólo para los casos de violación de mujer "idiota o demente", resultando no encontrar esta conclusión, fundamento alguno en los principios del derecho penal o la Constitución.

Si concediéramos que la redacción del inciso 2 es ambigua sintácticamente y que por esta razón es dudoso identificar, a partir del texto, si hay uno o dos permisos, deberíamos, entonces recurrir a la primera regla de interpretación penal frente a la ambigüedad de las permisiones, el "principio de legalidad", que le impone al intérprete de la ley penal abstenerse de condenar si existe duda acerca de la intención penalizadora de la ley y de resolver a favor de la permisión cuando se encuentra frente a una norma que la contempla; debiendo en este caso, estarse a favor de la interpretación más generosa, es decir, aquella que reconoce un permiso más amplio y no uno limitado, resultando lo contrario, ser una lesión a las garantías y los derechos reconocidos por nuestra ley suprema[3].

La Corte explicó que de la mera lectura del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a "…(s)i el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente" (énfasis agregado), previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza.

Indicó asimismo, que debe descartarse la tesis restrictiva en tanto otorga una indebida preeminencia a una de las partes de la norma dejando inoperante sus demás previsiones; poniendo de resalto, que el derecho al ejercicio de un derecho que por su naturaleza no admite dilaciones innecesarias no debe estar supeditado al otorgamiento de una autorización judicial, por cuanto nunca fue voluntad del legislador la exigencia de la misma en los casos de abortos no punibles; manteniendo incólume el Principio de Reserva[4] con plena aplicación de los principios hermenéuticos de interpretación, indicando que desde tal perspectiva y a la luz de dicho principio constitucional, la realización del aborto no punible allí previsto, no esta supeditada al cumplimiento de ningún trámite judicial.

Es claro que no se permite entender susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción a fin de obtener una autorización judicial que solo esta prevista para el caso de mujeres idiotas o dementes dado que para todo acto actúan validamente a través de sus representantes legales; deteniéndose la Corte en este aspecto y diciendo que "...si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de "casos fabricados", considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, —que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud; siendo la finalidad perseguida con los extremos que detalla, directamente dirigida a los profesionales de la salud y a los diferentes operadores de los distintos poderes judiciales del país, no pudiéndose dejar al libre albedrío de los operadores del derecho o del servicio de salud; refiriendo asimismo en su considerando 29°, a la problemática sobre la ausencia de pautas objetivas y exhortando a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos mediante normas del mas alto nivel nacionales y provinciales, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos.

Advierte que el querer del legislador aparece claro ante la ausencia de reglas para acceder al aborto permitido en caso de una violación.

Indica que el art. 86 inc. 2 no exige ni la denuncia ni la prueba de la

violación como si tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación; bastando que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal.

Notas:

[1] "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", F. 259. XLVI; REX; 13-03-2012).-
[2] Art. 19 Constitución Nacional.-
[3] "El aborto no punible en el Derecho Argentino" por Paola Bergallo y Agustina Román Michel –Hoja Informativa N° 9/Abril 2009.-
[4] Art. 19 Constitución Nacional.-

Concluyó con éxito la Jornada de "Cobertura Periodística de Temas Judiciales"

Organizadas por el Superior Tribunal de Justicia y el Foro de Periodismo Argentino -FOPEA-, se llevaron a cabo en la Escuela de Capacitación Judicial, en Rawson. Alrededor de 30 personas debatieron durante siete horas sobre la relación entre prensa y justicia. Participaron periodistas de Rawson, Trelew, Esquel, Comodoro Rivadavia y Puerto Madryn, junto a jueces de familia, penales y civiles.

El Superior Tribunal de Justicia informa que concluyó con total éxito la Jornada que durante el viernes 8 de junio del corriente se llevó adelante, entre las 14.00 y las 21.00 en el aula de la Escuela de Capacitación Judicial (Rivadavia y Jones, Rawson).

El evento contó con la participación de alrededor de 30 personas, entre periodistas de toda la provincia, jueces, funcionarios de la justicia y estudiantes de la carrera de Locutor Integral de Radio y Televisión que se dicta en la Escuela 805 de Trelew y cuyo título es expedido por el Instituto Superior de Enseñanza Radiofónica de Buenos Aires, quienes participaron tanto del taller **"Cobertura Periodística de Temas Judiciales**" que dictó la periodista Lorena Maciel, como del debate posterior que se desarrolló en una mesa redonda que tuvo por objeto discutir sobre **"La relación entre jueces y periodistas en Chubut".**

Firma de Convenio

La apertura de la jornada estuvo a cargo del Dr. Fernando S.L. Royer -titular del Superior Tribunal de Justicia de Chubut- y la periodista Paula Moreno -periodista de Esquel e integrante de la Comisión Directiva de FOPEA- quienes en la oportunidad se refirieron a la importancia de llevar a cabo encuentros de estas características a fin de comenzar a dialogar sobre

los temas comunes de los dos universos que representan tanto el Poder Judicial como la Prensa.

Luego el Dr. Fernando S.L. Royer y Paula Moreno firmaron un C**onvenio de Cooperación** mediante el cual ambos institutos promoverán el desarrollo de actividades conjuntas de capacitación, seminarios de análisis de la problemática periodística y comunicacional del quehacer de la justicia, y otras acciones conjuntas.

Taller de cobertura periodística en temas judiciales

A continuación se desarrolló el **"Taller de cobertura periodística de temas judiciales",** que fue dictado por Lorena Maciel, experimentada periodista de Buenos Aires especializada en temas judiciales y conductora de Todo Noticias y Canal Metro, quién trabajó, a modo expositivo pero también con preguntas de todos los asistentes sobre la relación entre prensa y justicia, sus principios generales; los inconvenientes que plantea la demanda de información judicial, la cultura del secretismo, la complejidad del discurso jurídico y los cambios en la relación entre la prensa y la justicia.

Mesa redonda

El último segmento de la capacitación fue una mesa redonda en donde se debatió sobre **"La relación entre jueces y periodistas en Chubut**"; la misma estuvo integrada por los Dres. Jorge Pfleger y Alejandro Panizzi - ambos ministros del STJ- y los periodistas: Adrián Sandler (Secretario de Redacción de diario Jornada), Lorena Maciel (conductora de Todo Noticias y Canal Metro), Sonia Vaamonde (comunicadora institucional del Ministerio Público Fiscal de Esquel) y Silvina Martínez (periodista free-lance) quién tuvo el activo rol de moderadora.

En este espacio hubo una exposición de 10 minutos de cada integrante sobre los problemas frecuentes y las posibles soluciones en la relación de la prensa y la justicia, los medios de comunicación y su influencia en los ciudadanos y en el Poder Judicial, la responsabilidad civil de los periodistas, la relación del Poder Judicial con la seguridad pública, el derecho a la información y el derecho a la reserva de la información para la investigación judicial, entre otros temas. Luego el panel respondió las preguntas del público.

Los organizadores coincidieron en afirmar que el éxito alcanzado en este encuentro se observa claramente en la riqueza de los debates ocurridos, el alto nivel de los expositores y las temáticas que fueron seleccionadas para ofrecer este punto de inflexión en la relación del Poder Judicial con la Prensa.

El Ministerio Público Fiscal en un proceso acusatorio adversarial: La Gestión y cinco pasos posibles para lograr un rol eficiente.*

Por Martín Eduardo Zacchino: Abogado (UBA). Fiscal General, Oficina Única del Ministerio Público Fiscal de Esquel (Chubut). Miembro Titular de la Junta de Gobierno de la Federación Argentina de la Magistratura. Ex presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales del Chubut.

I.- Ubicación constitucional del MPF y el sistema acusatorio

Bien sabido es que la Constitución de la provincia del Chubut ha sido reformada en el año 1994 y de la mano de aquélla reforma, el MPF ha sido posicionado adecuadamente *"en clave constitucional"*. Pero, tan importante como lo anterior, será reconocer que ésta ubicación constitucional es la que recepta al "*acusatorio",* toda vez que la CCh ha diferenciado inequívocamente los tres roles necesarios para que se verifique el *juicio* a que se refiere el art. 18 de la CN con los alcances que le ha asignado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su doctrina[1]: *"Las garantías que en materia criminal asegura y consagra el art. 18 de la Carta Fundamental consisten en la observancia de las formas substanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales del reo".*

Desde ésta óptica, entonces, y marchando por esta senda, comenzaremos ubicando al Ministerio Público Fiscal como *parte* del Poder Judicial, con *autonomía funcional*, debiendo ejercer sus funciones con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad[2], unidad de actuación y dependencia jerárquica (C.Ch, art. 194). Y le corresponden, como funciones constitucionalmente demarcadas: **preparar y promover** la acción judicial en defensa del interés público y de los derechos de las personas …(art. 195, inc. 1º); … la eficiente prestación del servicio de justicia, **procurando** ante los tribunales la satisfacción del interés social (inc. 2º); **promover** y **ejercitar** la acción penal pública ante los tribunales competentes… (inc. 3º). La constitución provincial ha trazado de este modo los presupuestos de implementación de un sistema procesal penal acusatorio basándose, como vimos, en la **diferenciación de los roles** dentro del proceso, lo que "*…supone la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como partes en la causa y el tercero super partes: el acusador, el defensor y el juez. Esta estructura triádica constituye (...) la primera seña de identidad del proceso acusatorio"* [3].

Estas puntualizaciones presuponen una potestad (natural, legal y constitucional) del Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción penal pública, de llevar adelante, desde el inicio –entre otras tanta funciones- toda la investigación, preliminar o ya posterior a esa instancia[4], hasta culminar su labor excitando al órgano jurisdiccional para obtener un pronunciamiento determinado.

Así, comprender la dinámica procesal *desde* el seno del MPF implicará asumir un desenvolvimiento integrador, como vimos, de dos obligaciones básicas e indiscutibles dentro de su órbita de actuación en el proceso penal: 1) por una parte, el apego irrestricto al sistema de garantías individuales y

El Reporte
RAWSON - CHUBUT
PATAGONIA ARGENTINA
Año 6 - N° 27 - Septiembre de 2012

el indeclinable velar por la vigencia de los DD.HH. en todas y cada una de sus actuaciones. Y, por otro lado, 2) el permanente y natural tránsito hacia una investigación eficiente, es decir, aquélla que permitirá esclarecer los hechos delictivos denunciados o que han sido puestos bajo su órbita de conocimiento.

Si bien es cierto que todos los estamentos del Poder judicial se enrolan en torno a hallar el punto exacto de tensión entre *eficiencia y garantías*, no menos lo es que pesa o recae sobre las espaldas del MPF el gran desafío de llevar adelante investigaciones exitosas manteniendo indemne aquel sistema de protección.

II.- El primer paso: estructuración necesaria

La asunción de aquéllas responsabilidades no implica solamente tomar cautelas dogmáticas para no incurrir en errores jurídicos que puedan invalidar los actos procesales que se ordenen y se lleven a cabo, sino que amerita un profundo análisis de las estructuras con que habrá de dotarse al MPF, reacomodamientos y descubrimiento de identidades que se correspondan con los objetivos trazados: tanto por la constitución como por la propia organización.

Con la sanción de la Ley V n° 94 (antes, Ley 5.057) se crearon en la provincia del Chubut las **"Oficinas únicas del Ministerio Público Fiscal"** –en adelante, OUMPF-. El concepto de "Oficina Única" y su materialización en cada una de las circunscripciones judiciales, en relación a la organización del MPF vino a quebrar, primeramente, la ideología de "pertenencia" enraizada en la cultura inquisitiva: si existe una característica propia de las Fiscalías en la tradición judicial de nuestro país, ésta ha sido la de controlar la legalidad del procedimiento, o mejor dicho, *fiscalizar* el trabajo hecho por otro, v.gr. el juez de instrucción, haciendo una interpretación acerca de la prueba colectada en el sumario, darle un alcance normativo típico, individualizar a sus autores, señalar circunstancias atinentes a su responsabilidad penal, etc. Actuando bajo los lineamientos de un código procesal de los denominados "mixtos", ya en juicio, el fiscal actuante en esta instancia (el plenario) desarrollará la "prueba" –que no será más que ir homologando o verificando lo ya actuado en el expediente- para inclinarse en el alegato final por la absolución o la condena y, en este último supuesto, mensurando la pena a imponer.

Todo esto sintéticamente abordado, implica no solo una división de funciones explicable solamente si tenemos en cuenta el "gobierno del expediente" (es decir fiscales de primera y de segunda instancia, del sumario y del plenario) sino que además cuál rémoras o apéndices del sistema, los fiscales *pertenecen* (casi en propiedad) a un juzgado o número de juzgados determinados, o a la Cámara o Tribunal de Juicio correspondiente (p.ej. Fiscal *de* Cámara). Esta división o jerarquización (depende desde donde se lo mire) es el primer obstáculo a vencer -léase destruir- impuesto por ésta lógica anacrónica que responde lisa y llanamente a otros principios: nótese que la ilación o línea lógica de tiempo de un proceso determinado y todos sus pasos procedimentales, vienen dados por la propia recopilación actuarial y escrita, sacra e inmutable. De allí que poco importe qué fiscal interprete este cúmulo de evidencias, pues otro funcionario de "más arriba" en otro tiempo y sobre las mismas actas podrá volver a opinar, inclusive de modo contrario.

En este orden de ideas y como su lógica consecuencia, se escinden las funciones de la instrucción y las de juicio, diferenciación propia de la mixtura del sistema del Código. El fiscal de instrucción -o procurador fiscal ó agente

fiscal- se desentiende (por decirlo de algún modo) del caso una vez requerida la elevación a la "instancia" procesal subsiguiente; el fiscal de juicio o fiscal de cámara, hasta ahora ajeno al proceso, reproduce en un debate (de dudosa oralidad) las pruebas cuya producción le había sido extraña.

Esta organización, descripta muy superficialmente, se origina en la ubicación institucional del Ministerio Público Fiscal como una suerte de apéndice de la administración de Justicia, observándose en su estructura una organización refleja a ésta: se ordena como si conceptos tales como el de "competencia" -que tienen sentido respecto de la judicatura ya que están en juego principios básicos como lo es el del juez natural- tuvieran razón de ser dentro del MPF, lo que impide una organización *dinámica* que esté pensada desde sus propias características y de sus propias necesidades de coordinación y de lucha eficiente contra la criminalidad. Lo que es aún peor es que al caos organizativo se le suma, en el plano de la realidad forense, una administración de tareas judiciales mermadas en su calidad, con funcionarios del Ministerio Público que, sumidos en sus propios roles, tareas, actividades y obligaciones legales, comandan los distintos cuerpos de personal administrativo asignado a sus oficinas, quienes a su requerimiento hacen el trabajo propio de los fiscales, por razones obvias de tiempo y cúmulo de tareas (delegación).

Esto no hace más que confirmar y reafirmar que toda esta tradición estructural/funcional que, entre nosotros, ha erigido una fuerte cultura procesal, un modo de realizar el poder penal del estado, solo podrá modificarse si se hace base seriamente en la comprensión de que si el *proceso* no es el "debido" (*debido proceso legal)* se estará navegando sobre aguas inquisitoriales, mucho más profundas que el simple modelo; abarcativas también de una forma global de pensar, razonar y resolver; en suma, ejercer el poder real.

El cambio radical que se pregona no es caprichoso. Las nuevas Fiscalías deben afrontar problemas nuevos, otros desafíos imposibles de anticipar y abordar adecuadamente con las vetustas estructuras. Más aún, deberá cuidadosamente medir su carga de trabajo pues, de lo contrario, y sin racionalizar los recursos tanto humanos como técnicos y materiales en forma correcta, al poco de andar sufrirá un colapso de tal magnitud que hará fracasar –a no dudarlo- todo intento de cambio. Y de éxito.

De allí la justificada creación de las OUMPF: Una organización dependiente de un órgano central (la Procuración General) signada por tener una estructura vertical en lo administrativo (dependencia jerárquica) horizontal y dinámica en la faz procesal (unidad de actuación). Ello implica, ni más ni menos, una estructuración no formal de trabajo que permita, a requerimiento de la tarea a emprender, conformar equipos de trabajo con más o menos integrantes, y al mismo tiempo diseñar estratégicamente un ordenamiento organizacional que contenga, supervise, apoye, etc., la labor de estos equipos. En otras palabras, desformalizar el trabajo pero sin informalidad. Con orden y con metas concretas.

Esta situación será mucho más comprensible si comparáramos estas grandes oficinas con un gran "estudio jurídico". En primer lugar, a nadie se le ocurriría visualizar "abogados de primera o segunda instancia" sino que cada estudio, ya sea como un pequeño consultorio o una gran empresa se organizará de acuerdo a algunos parámetros básicos dentro de los cuales se podría mencionar: la cartera de clientes, el tipo o complejidad de pleitos o asuntos que éstos clientes han llevado para su tratamiento, la planta de abogados con la que se cuenta -que no siempre es la que se necesita- la experiencia de cada uno de ellos, el fuero en el que mejor se mueven o se han especializado, los insumos informáticos dispuestos en el estudio para

que todos o algunos trabajen con comodidad y, en caso de escasez, como sortear el problema; la cantidad de juicios ya iniciados ya sean como actores o demandados, el modo de cobrar honorarios, la movilidad; las comunicaciones entre los integrantes del estudio y con los clientes; atención al público; la relación con otros estudios e inclusive, la elección del momento propicio para tomarse un descanso o vacaciones, etc.

Desde ésta óptica, cada una de las OUMPF tendrán en cuenta para su organización, en primer lugar, los lineamientos generales de política criminal emanados de la Procuración General; la cantidad de población de la circunscripción de que se trate, su densidad, y la relación existente con la cantidad de fiscales que la componen; flujo de casos estadísticamente evaluados (cantidad, tipo, complejidad, etc.), las necesidades y características de la propia circunscripción –que pueden ser muy distintas de una a otra- y con ello los propios lineamientos político criminales, las habilidades de cada uno de los Fiscales y demás funcionarios con el objeto de asignar tareas acordes con ellas y sopesando el éxito de cada una, entre otras circunstancias.

Con lo que llevamos dicho, podemos aproximarnos a la idea que pese al mandato constitucional, en el plano *teórico* no hubiese sido posible pretender alcanzar el ideal "acusatorio" sin lograr ubicar al Ministerio Público Fiscal como el verdadero titular de la acción penal y, en la faz *práctica*, un acomodamiento inteligente que, en sintonía con el ideal a alcanzar, debía realizarse en su estructura.

III.- El segundo paso: elección y capacitación de los integrantes del Ministerio Público Fiscal

Si desde la faz objetiva (la constitución provincial, el modelo de la nueva estructura y la normativa que habrá de regirla), como se ha visto, han sido necesarias oportunas readecuaciones legales, presupuestarias y estructurales para ver en la praxis al MPF devenido en el *motor* de la reforma hacia un nuevo modelo procesal penal acusatorio y adversarial, y continuando con el enfoque que proponemos *desde* su seno, debemos poner el acento en lo que a la elección de los miembros de las distintas OUMPF concierne.

En efecto. No debe perderse de vista que más allá de las estructuras, los fiscales y funcionarios del MPF se han nutrido desde antaño de un modo de pensar el derecho procesal que es, precisamente, el modelo que se pretende cambiar. Vale ello decir que por más ahínco que se destine a los diseños externos, si no existe una adecuada planificación académica en las universidades y un adecuado sistema de selección de los nuevos integrantes, todo habrá de ser en vano o más dificultoso que lo estrictamente necesario; afirmación ésta que no obedece solamente a pronósticos, sino que se han detectado ya en el diario acontecer de los tribunales y fiscalías, intentonas de inconcientes *boicots* dirigidas a impedir el avance de los nuevos aires. Así, dichas intenciones -que podríamos dar en llamar *flaquezas del convencimiento*- movidas tal vez por el temor a lo que por estas horas se avizoraba como inalcanzable, "imposible", peligroso, riesgoso, incierto, y dándole preferencia a lo ya conocido (aunque malo, conocido), se materializaron como sensaciones que afloraban espasmódicamente en todos y cada uno de los integrantes del poder judicial al momento de resolver los distintos supuestos de actuación -con las "nuevas herramientas"-, extremos que han exigido y aun hoy exigen un enérgico desaliento. Poco a poco, con algunas mínimas actuales resistencias, la idea prevaleciente fue la de ir abandonando, lentamente, no solo las viejas prácticas sino mas bien la

ideología que las sustentaba; se fue imponiendo un nuevo horizonte –como era de esperar- como una idea/fuerza (¿mística?) que no vacila en encender las alarmas cada vez que se detecten resabios de lo que se quiere, en forma triunfal, dejar atrás.

Ejemplos de ello ó casos testigos acerca de lo que hablamos, sobran: ritualismos y formalidades cuyo aparente incumplimiento (sacramental) han conducido a soluciones "jurídicas" poco menos que inaceptables o anacrónicas; legajos fiscales construídos cual si realmente fueran expedientes, cosiéndolos, foliándolos; acusaciones elaboradas en la confianza de que el "expediente" (¿?) hable por sí solo, y por ende derrotas jurídicas por inexperiencias –en algunos casos desidias- en el campo de la litigación; defensas defectuosas articuladas solamente en la "argumentación" –es decir, sin sustentos fácticos o bien probatorios de otra índole-; sentencias que han receptado acusaciones defectuosas –supliendo inactividades o deficiencias de la parte acusadora- o bien sentencias que abrazaron defensas basadas únicamente en la argumentación –reemplazando en este supuesto la inactividad o deficiencias de los abogados defensores-; etcétera.

La solidez profesional de ésta nueva generación de Fiscales y del cuerpo administrativo que en su conjunto habrán de constituir las OUMPF (incluyéndose en ello el escalafón de la policía judicial de investigación) debe estar caracterizada no solo por capacitación jurídica clásicamente entendida, sino también, ahora, por necesarios perfiles y destrezas en *gestión, investigación y litigación*. Estos nuevos perfiles –en el caso de los Fiscales- tendrán que integrar los programas de evaluación del Consejo de la Magistratura y del Consejo de Fiscales, a fin de apontocar un cambio integral y sólido. Serán así, los fiscales, una suerte de garantes del nuevo modelo.

Demás está aclarar que -igual que cualquier otra rama del derecho- la evolución que se requiere se advierte diariamente; los cambios son dinámicos y tendrán relación con los hechos, el derecho y fundamentalmente con la estratégica visión de las misiones y funciones del MPF. Por ello, la capacitación también habrá de ser una prioridad política a tener en cuenta a la hora de exigir resultados socialmente aceptables, desempeños profesionales de excelencia, oportunas y eficientes asistencias victimológicas, aportes a la seguridad ciudadana, construcción inteligente de la política criminal del estado, entre otras.

IV.- El tercer paso: la Gestión

De todo lo que llevamos dicho, es fácil advertir que entre los objetivos del MPF se destaca mejorar su desempeño en favor de los ciudadanos en general y de las víctimas de delitos en particular. En base a ello, es necesario como tercer paso establecer una forma de gestión que permita implementar efectivamente estrategias para alcanzar aquéllos objetivos de política criminal (la ley y las instrucciones emanados de la Procuración General), a través de modernos métodos de administración que posicione a cada una de las OUMPF adecuadamente frente a los cambios de contexto, reconociendo así la necesidad de contar con nuevas herramientas para motivar el desempeño de todas las personas que la integran.

Para lograrlo, debe tenerse en claro, además, que una tarea clave para el funcionamiento de un sistema de persecución penal moderno y eficaz, será la producción de información que permita tener un conocimiento muy detallado y actualizado de los principales resultados obtenidos y del desarrollo de su gestión. Ello no implica una simple referencia a estadísticas generales del funcionamiento de la OUMPF sino a un *sistema pensado para generar información que permita conocer, de manera concreta y en*

forma permanente, el desempeño de la institución como tal y de todos sus integrantes en particular para, de ese modo, poder incidir en la calidad y productividad. Se tratará entonces de la producción de información empírica detallada acerca de la realidad del trabajo de los fiscales con el objeto de hacer un seguimiento cotidiano de la misma; obtener información estadística básica acerca de temas como la carga de trabajo de la institución, el flujo y el destino de los casos, la distribución y asignación de personal, entre otras. Como correlato, su utilización en la *planificación* y *corrección* del trabajo de los fiscales o *evaluación* del mismo.

Toda esta información recopilada y estratégicamente evaluada requiere -para su recolección y procesamiento adecuado- gestión profesionalizada; vincularse ineludiblemente con los diseños relativos a los "procesos de trabajo" adecuado a las funciones del MPF y con la "definición de metas" concretas en la labor del MPF en general y de los fiscales en particular. Obviamente que ello no habrá de ser posible si no se utilizan métodos de administración y, estos métodos, aplicados por profesionales del área que no necesariamente deben ser abogados, toda vez que el fin perseguido en este caso tiene más que ver con la organización estructural institucional que con el derecho o la política.

La recopilación propuesta deberá referirse a la medición del flujo de casos (cantidad ingresada y depurada en cada OUMPF); medición del reparto de casos en las distintas dependencias de la OUMPF (agencias) medición que habrá de hacerse por cantidad, por proporción y por complejidad. Deberá ser estimada también la duración de los procesos; la carga de trabajo medida tanto por agencia como por funcionario individualmente considerado y esta carga, a su turno, vinculada con los siguientes datos: relación dada entre funcionario y cantidad de casos (por duración, complejidad, cantidad de resultados favorables a las distintas actuaciones -caso abiertos y acusados- tal como pueden serlo las sentencias condenatorias). Dado el sistema implementado "por audiencias", obvio será tabular también su cantidad, tipo y duración.

Paralelamente, deberán ser puestos en práctica métodos de comunicación institucional interna en el afán de convertir los conocimientos y experiencias tácitos en explícitos y propiciar ámbitos apropiados para compartirlos, contrastarlos y enriquecerlos.

V.- El cuarto paso: la Planificación

Si una característica acentuada ha tenido la actuación y desempeño del MPF (y del poder judicial en general) ha sido pretender dar respuesta a la totalidad de casos ingresados al sistema, sin contemplación o distinción acerca de las posibilidades reales de hacerlo adecuadamente. Cimentar una organización como la del MPF en una ficción semejante, no hará más que dilapidar los recursos económicos y técnicos y saturar indebidamente los humanos en la búsqueda de dar respuestas que a la postre serán inconexas, incoordinadas, en muchos casos inútiles o tardías y, fundamental y probablemente, alejadas del ideal constitucional que pone en cabeza del MPF sus propias misiones y funciones.

Una moderna estructura, tiene inexorablemente que actuar y desenvolverse motivada en objetivos trazados a corto, mediano y largo plazo. Solo de este modo su proactividad tendrá un sentido vinculado con la persecución penal eficiente, con la prevención delictiva, con la lucha contra la inseguridad, con adecuada contención y asistencia victimológica y, fundamentalmente, concretar lo que está en condiciones de cumplimentar.

La planificación necesita de un soporte estructural adecuado (OUMPF), de personal eficientemente entrenado (fiscales, funcionarios, administradores, planta administrativa, policía judicial), de un sistema capaz de detectar cargas y sobrecargas de trabajo, que pueda medir y corregir los fracasos; que pueda medir y sacar provecho de los éxitos, adecuado enlace y apoyo informático que permita optimizar tiempos y recursos, cuando no mejorar la comunicación con organismos externos (policía, salud, bancos, registros, empresas, prensa -televisión, radios, periódicos- etc.).

Solo a través de esta planificación estratégica podrá sopesarse el éxito o fracaso de la gestión y desempeño del MPF y, en todo caso, realizar en tiempo oportuno los ajustes, apoyos y readecuaciones necesarias. La conformación de equipos de gestión en su seno, integrados con personal capacitado en administración y el aporte de las distintas jefaturas de la OUMPF podrán ir trazando planificaciones adecuadas, en la sapiencia de si la marcha de las cosas siguen en los andariveles correctos.

VI.- El quinto paso: Evaluación y rendición de cuentas

Para comprender y analizar la marcha de la institución, es obvio que debe ser considerada en el sano y necesario confronte de su desempeño con el logro de los objetivos que se hubo trazado para cumplir y los mandatos legales y constitucionales. De allí que la evaluación, en todas sus facetas posibles sea una herramienta necesaria para la evolución institucional; para planificar apoyos ante las deficiencias funcionales (y no necesariamente sanciones), compartir aciertos y errores en el desempeño particular de los funcionarios que componen la OUMPF. En síntesis: sin una evaluación concienzudamente realizada por personal idóneo no será posible comprender ni la marcha ni el cumplimiento de los objetivos que la institución se ha trazado. No podrán descubrirse las falencias, las inconveniencias, y no serán adecuadamente capitalizados los éxitos en cualquiera de las áreas (litigación, gestión, prevención, sanción, investigación, etc.). Por ende, la evaluación será parte necesaria e indispensable de la marcha institucional, haciéndola día a día, mes a mes y año a año, de acuerdo a los parámetros rectores que se escojan estratégicamente.

De la mano de lo anterior, deberá ir la obligada rendición de cuentas, novedad que se decanta de la estructuración propuesta. En este trabajo, debemos mencionar una doble rendición de cuentas: externa e interna. Respecto de la primera, debe decirse que se verifica hacia la Procuración General en lo que concierne al cumplimiento de las directivas e instrucciones que se hubieran impartido y hacia la sociedad en general, a fin de que sea conocido adecuadamente el rol desempeñado por el MPF, sus logros, sus aportes a la lucha contra la criminalidad y la seguridad ciudadana, la administración de sus recursos económicos, sus proyecciones de futuro.

En cuanto a la segunda, nos parece adecuada la implementación de una jefatura rotativa (anual, bianual, etc.) a fin de lograr, por un lado compartir entre los fiscales entrenados y capacitados para ello, la carga que implica comandar la gestión de la estructura, y por el otro, lograr que el jefe saliente deba rendir cuentas de su gestión al entrante, ya sea para mostrar el camino transitado o bien para señalar las tareas pendientes o aplazadas, evitándose así comandancias teñidas de autoritarismo, escindidas de una realidad institucional global, o que no se ajusten a los objetivos que la propia estructura se ha trazado en forma responsable y meditada.

VII.- Colofón

El abordaje de este y tantos otros temas vinculados al desempeño del MPF dentro de un proceso acusatorio y adversarial exceden, evidentemente, el marco previsto para este trabajo. Sin embargo, hemos pretendido erigir una verdadera columna vertebral en lo que consideramos puntos neurálgicos para lograr las mutaciones necesarias en el plano ideológico y estructural, enfoque que se propone desde la médula del propio MPF. Dejar de ser la quinta rueda del carro, para transformarse en el motor de la reforma –si se nos permite la metáfora automotriz- puede ser una posible solución para lograr en tiempo oportuno una pospuesta constitucionalización del proceso penal en la mayoría de las jurisdicciones de nuestro país.

Comprender un MPF distinto, fuerte, inteligente, capaz, controlado y con metas de actuación públicas y claras, habrá de ir empujando a una sociedad adormecida hacia el logro del ideal *justicia* acorde a las necesidades de momento y a las que fueran relegadas desde nuestro surgimiento como país, reforzando el ideal republicano que hace a las bases de su existencia.

Notas:

*** Autor chubutense premiado en el "Certamen Académico: Justicia de la Patagonia de cara al siglo XXI", organizado por el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia, durante el año 2011.**

[1] "*NUÑEZ, Manuela c/ ROCCA de OMINELLI, Manuela. AYBAR SOBRECASAS, Francisco", Fallos 125:10, 127:36,* entre muchos otros.

[2] El principio de "imparcialidad", como veremos, no está contemplado en la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal V, nº 94 (antes nº 5.057) donde se indica que *"ejercerá sus funciones con arreglo a los principios de legalidad,* ***objetividad,*** *unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 2º)"* de donde se desprende que ambos conceptos no parecen ser sinónimos. Se ha dicho que el Ministerio Público Fiscal es el actor penal, es decir, la parte requirente, investigadora y persecutora en el proceso de acción pública. Su moderna concepción, si bien –obviamente- le respeta su rol o poder definido respecto del interés del Estado, interés subjetivo e inmediato que plasma en su desarrollo funcional, le exige también un desempeño objetivo, es decir, ya muy diferente del clásico fiscal acusador "a ultranza", aquella figura siempre inquisitiva que buscaba, en todos y cada uno de los casos, la condena del imputado, no importaba a qué precio ni en que circunstancias. Hoy, por el contrario, la ley le exige una labor "objetiva" y ello hace que ya no sea aceptable una concepción en la cual pudiera describirse su rol como "actor penal" irrenunciable (cf. HECTOR M. GRANILLO FERNÁNDEZ. *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado.* Ed. LA LEY, octubre de 2005, p. 180 y 181).

[3] FERRAJOLI, Luigi *"Derecho y razón",* p. 581.

[4] En el actual ordenamiento procesal penal de la provincia del Chubut (Ley 5.478) la investigación preliminar se formaliza en la audiencia prevista en el art. 274.

Fallas en el Uso de Correo Electrónico en Notificaciones Digitales*

Por Alejandro Javier Biaggio: Licenciado en Informática. Subsecretario de Sistemas de Información en la Secretaría de Informática Jurídica, Planeamiento y Gestión, del Superior Tribunal de Justicia de Chubut.

Objeto:

En virtud de los avances sobre la implementación de notificaciones digitales utilizando el correo electrónico se hace necesario analizar los problemas e inconvenientes que pueden afectar el uso de esta herramienta en el contexto de asegurar el envío y recepción de las notificaciones.

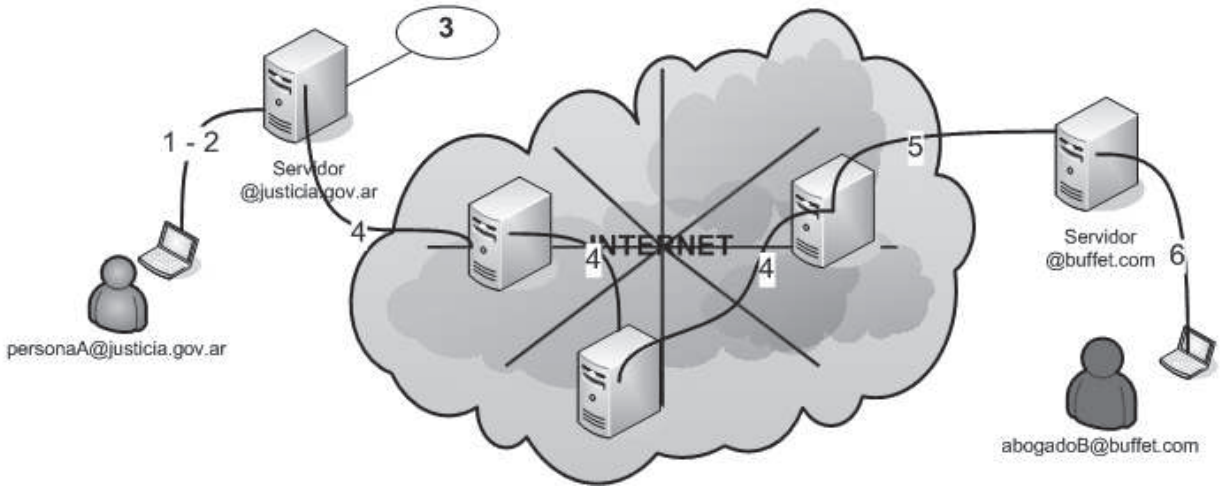
Contexto del análisis:

Se analiza el uso del sistema de correo electrónico actualmente en uso en Internet donde los participantes en el esquema de notificaciones tienen cuentas de correo electrónico de distintos proveedores de este servicio, tanto empresas particulares como Hotmail, Yahoo, Gmail y organismos oficiales como Poderes Judiciales, Gobierno, Universidades, etc. Los procesos analizados incluyen el envío desde organismos oficiales de notificaciones mediante mensajes de correo electrónico a los letrados, testigos o cualquier agente de la justicia que constituya una dirección de correo electrónico para recibir las notificaciones judiciales.

El correo electrónico actualmente en uso en Internet utiliza un protocolo denominado SMTP (Protocolo de Transferencia Simple de Correo - traducción del acrónimo en Inglés) para el envío de mensajes entre distintos servidores (equipos de uso común por un gran número de usuarios en Internet).

Proceso de envío y recepción de correo electrónico

Para el análisis posterior es necesario comprender como es el proceso de envío de mensajes. Internet más allá de su impacto social constituye un logro técnico único en la historia donde la definición de estándares técnicos internacionales ha posibilitado la interconexión de alcance global. Funciona en un ambiente heterogéneo con equipamiento e instalaciones que pueden ubicarse físicamente en cualquier lugar del planeta Tierra y donde cada instalación de servicios tales como portales web, correo electrónico, etc. es administrada e implementada por distintas organizaciones sobre las cuales puede no tenerse ningún poder de jurisdicción. La siguiente figura muestra el proceso de envío de un mensaje de correo electrónico desde la Persona A cuya dirección es personaA@justicia.gov.ar a la Persona B cuya cuenta de correo electrónico es abogadoB@buffet.com.



Como se muestra en el gráfico los pasos para el envío del mensaje incluyen en orden:

1) personaA@justicia.gov.ar envía un mensaje conteniendo una notificación a abogadoB@buffet.com utilizando el sistema de correo electrónico del organismo cuyo dominio es justicia.gov.ar.

2) El equipo central o servidor de justicia.gov.ar recibe el mensaje y lo almacena para su procesamiento mediante el cual decidirá a qué equipo en Internet debe ser enviado el mensaje.

3) Durante el procesamiento y dependiendo de la configuración del sistema de correo de la empresa justicia.gov.ar puede ser procesado por distintas aplicaciones implementadas por la empresa. Por ejemplo: puede ser procesado en busca de virus informáticos, analizador de correo basura (SPAM), reglas de almacenamiento de mensajes de la empresa, etc.

4) Si el procesamiento lo considera un mensaje a enviar determina a que equipo debe ser enviado en la red Internet. Una vez determinado este camino el mensaje es enviado por Internet al equipo destino.

5) El equipo destino, que podría no ser un servidor intermedio, realiza las mismas operaciones del punto 3 y 4 hasta que finalmente el mensaje es recibido por el equipo que registra la cuenta del destinatario abogadoB@buffet.com y este lo almacena en el espacio asignado para mensajes nuevo de la cuenta de correo.

6) El usuario abogadoB@buffet.com se conecta a su computadora y utilizando un programa de correo recibe los mensajes nuevos.

Posibles Fallos a tener en cuenta:

A continuación se detallan los problemas técnicos que pueden afectar el proceso de notificación digital mediante correo electrónico y que en perspectiva aclaran los inconvenientes que su implementación sin tener los recaudos necesarios.

Problema 1: Pérdida de mensajes

Como se observa en el proceso de envío de un mensaje pueden verse involucrados múltiples equipos que recibirán, almacenarán temporalmente, procesarán y enviarán el mensaje. Seguramente pertenecerán a empresas distintas, estarán dispersos en el mundo y no se tendrá la certeza del procesamiento que realizan sobre los mensajes. Cualquier equipo que contengan el mensaje podrá descartarlo por razones varias que van desde su mal funcionamiento, considerar el mensaje como peligroso por su

contenido posible de virus, considerarlo correo basura (spam), etc. Este descarte puede no ser reportado al emisor del mensaje con lo cual no queda constancia de esta acción. Por ejemplo: si un procesamiento descarta un mensaje por considerarlo correo basura (spam), en general, el mismo es descartado sin más notificaciones al emisor para justamente evitar generar más tráfico de correo no deseado.

Fallo producido: el mensaje es descartado sin notificar al emisor del problema. El emisor tiene el mensaje como enviado y el destinatario no lo recibe.

Problema 2: Falta de confirmación de recepción/lectura del mensaje

Al enviar un mensaje, dependiendo del programa utilizado se puede solicitar una confirmación de lectura del mismo. Esto generará un nuevo mensaje desde el destinatario al emisor con un ticket de lectura. El inconveniente es que para el funcionamiento se depende de que los programas cliente de cada uno de los participantes en la comunicación cumplan con este requisito. Es más, la mayoría de los programas de envío/recepción de correos electrónicos dan la posibilidad al usuario de responder o no a los requerimientos de aviso de lectura de los mensajes recibidos.

Fallo producido:

El destinatario puede evitar generar el aviso de lectura al emisor, con lo cual recibe la notificación con la información que ello le reporta, el emisor no recibe la confirmación.

Problema 3: Alteración de mensajes

Los servidores intermedios que almacenan el mensaje pueden tomar el texto del mismo y modificarlo sin que el destinatario se notifique. El uso de firma digital u otros algoritmos que aseguren la integridad del mensaje evita estos problemas al poder verificar el destinatario que el mensaje no fue alterado desde el envío.

Si bien el fallo puede ser detectado por el destinatario es importante lograr un buen nivel de conocimiento de las herramientas informáticas sobre los participantes para que no ignoren los avisos de alerta que sus programas de correo electrónico muestran al detectar falta de integridad en mensajes firmados digitalmente.

Fallo producido: sin el uso de firma digital u otro proceso que asegure la integridad del mensaje el mismo puede ser alterado. Esta alteración es ignorada tanto por el emisor como por el destinatario.

Problema 4: Demora en el envío

Cada mensaje puede ser afectado por demoras en el procesamiento que produzcan la entrega demore demasiado y torne nula la notificación especialmente en esquemas de notificaciones con tiempos acotados.

Fallo producido: No se tiene el control del plazo de entrega del mensaje en su envío desde cada empresa a la siguiente y esto puede afectar los plazos establecidos. El emisor no tiene control sobre el plazo en que la notificación o mensaje es recibido por el destinatario (siempre que se considere recibido cuando el mensaje este disponible para el destinatario).

Problema 5: Desconocer la fecha de envío

Si el mensaje no tiene incluido un sello de tiempo (técnicamente llamado timestamp) que certifique la fecha/hora de envío del mensaje el destinatario no puede saber con certeza cuando el mensaje fue enviado.

Fallo producido: Si bien el correo en su procesamiento agrega información de fecha/hora de recepción, las mismas no están firmadas

digitalmente con lo cual su validez puede ser refutada. El destinatario no puede certificar la fecha/hora de envío del mensaje.

Reflexiones finales:

La primera reflexión importante es que, más allá de los siguientes problemas, el servicio de correo electrónico funciona y muy bien, su éxito y uso común lo demuestra. El inconveniente es pretender que realice tareas y usarlo para un contexto y funcionalidad que no fueron parte de los principios de su creación. Un ejemplo es el correo no solicitado o basura, denominado comúnmente spam que todos sufrimos en nuestras cuentas de correo. Los creadores del correo electrónico (año 1961) no imaginaron ni en sus más remotos pensamientos este uso para marketing.

El esquema de notificaciones tradicional mediante cédulas actuales, si se analiza el procedimiento, tiene solo una gran ventaja: la cultural, los años de uso han llevado a la premisa de que es bueno y por lo tanto seguro. En este punto, uno se plantea si todas las premisas y fallos indicados en el correo electrónico no son en realidad una mejora respecto del servicio actual. La baja de los costos (tema no menor en las notificaciones), de plazos de entrega casi inmediatos, la incorporación de los profesionales letrados a herramientas informáticas, el uso común del servicio de correo electrónico por parte de los participantes, la provisión de cuentas oficiales de correo y el acceso cada vez más común a Internet en los ambientes judiciales crean un contexto que conlleva la tentación de su uso en notificaciones digitales.

Lo cierto es que las notificaciones digitales son una necesidad y que su implementación puede estar demorada o no dependiendo del contexto de desarrollo informático de cada Poder Judicial pero su crecimiento y desarrollo constituye una nueva premisa para las áreas afines en cada organismo judicial.

Ventajas y desventajas de la implementación:

Creo importante destacar los pro y los contras que se deben tener en cuenta para lograr la implementación de notificaciones digitales, ya que esto representa un desafío tecnológico y sobre todo organizacional para los Poderes Judiciales.

En lo tecnológico:

Internet: La conectividad global que Internet provee es una herramienta poderosa, muy utilizada como plataforma de información y transparencia del accionar judicial pero involucra un nuevo desafío, el de potenciar su uso como proveedora de servicios, en nuestro caso enviar las notificaciones por este medio.

Firma Digital: la implementación de la estructura de firma digital (lamentablemente con grandes atrasos en su implementación formal) y la legislación asociada permite su uso en aplicaciones donde es necesario asegurar y validar a las personas e información transmitida.

Brecha Digital: si bien la mayoría de los profesionales utilizan Internet y sus herramientas asociadas será necesaria una fuerte capacitación en el uso de las herramientas asociadas a las notificaciones digitales. Se deberá analizar también el impacto sobre los profesionales que no han incorporado el uso de herramientas tecnológicas en sus tareas habituales.

En lo cultural:

Usos y costumbres: años de cultura en los procesos judiciales tanto en las estructuras internas de los joderes judiciales como en los profesionales letrados generan uso y costumbres que requieren de una fuerte impronta para lograr cambiarse. Seguramente en forma paulatina pero con fuerte decisión será el mejor camino para el cambio cultural necesario.

En lo organizacional:

Decisión Gerencial: La decisión gerencial de máximo nivel constituye un requisito inicial para su implementación. Los cambios estructurales en los procesos organizacionales y más teniendo en cuenta su interacción con personas ajenas a la organización judicial hacen necesario un análisis profundo y establecimiento de un plan de acción claro.

Nueva tecnología: El uso de firma digital y sus herramientas informáticas necesarias hace imperioso armar grupos de trabajo específicos en las áreas de Informática para la incorporación de esta tecnología, a fin de lograr su uso pleno.

Inversión: La incorporación de estas herramientas tecnológicas le da una nueva dimensión a las áreas de informática ya que las mismas son responsables de implementación, administración de información y de procesos con alto valor jurisdiccional. La formalización de procesos, creación de áreas de seguridad informática, auditoria y otras, deberán ser parte de los planes que provean el soporte de infraestructura necesario.

Referencias Bibliográficas/Fuentes de información:

Estándares Técnicos - http://www.ietf.org/

Nota:

*** Autor chubutense premiado en el "Certamen Académico: Justicia de la Patagonia de cara al siglo XXI", organizado por el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia, durante el año 2011.**

"La constitucionalidad del Juicio por jurados en la Provincia de Chubut. Perspectivas y proyecciones en torno a su implementación"

Por Julián E. Jalil: Abogado. Secretario de la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Civil en la Universidad de Salamanca (España). Posgraduado en Derecho de los Contratos en la UBA. Profesor del Posgrado en Derecho de los Contratos de la UBA. Profesor adjunto de la Universidad Abierta Interamericana, en la Cátedra de "Obligaciones Civiles y Comerciales". Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Coordinador del Posgrado de Contratos de la Facultad de Derecho de la UBA dirigido por Ricardo Lorenzetti.

"...El pueblo que tiene el poder soberano debe hacer por sí mismo, todo cuanto pueda hacer. Y lo que no puede hacer por sí mismo, es preciso que lo haga mediante sus ministros..."
Charles l. SECONDAT. (Varón de MONTESQUIEU).

1. A modo de introducción. Nuestra hipótesis de investigación.

El juicio por jurado, desde antaño, ha traído aparejadas diferentes posiciones en torno a la conveniencia de su aplicabilidad,[1] nuestro país en la actualidad, se encuentra ajeno a este instituto normativo. Pese a ello, resulta curioso que tanto los antecedentes legislativos como nuestra Carta Magna, lo han previsto como sistema para la justicia penal e incluso –como ya veremos- *para nuestra provincia*.

Luego de la reforma de la Constitución en 1994, la manda constitucional se conservó inmutable, denotando un clara sugestión a mantener dentro de la esferas de derechos constitucionales la mentada institución, pese a ello nunca fue regulado por el Congreso su instrumentación, por lo cual es necesario desentrañar los motivos en razón de los cuales se ha producido esta dualidad.

Hoy la provincia del Chubut se debate en torno a la conveniencia de la implementación del juicio por jurados, por ello consideramos bienaventurado dedicar estos párrafos al tema en el bicentenario de nuestra patria, con el fin de brindar algún aporte sobre la cuestión, y por sobre todo para galardonar a aquellos que abogaron desde sus entrañas por la consumación de éste sistema.

En este sentido, nuestra hipótesis de investigación consiste en que "*...es necesaria la implementación urgente de la oralidad en los procesos judiciales, a tales efectos es imperioso incorporar el juicio por jurados en la provincia del Chubut, el cual goza de plena constitucionalidad..."* siendo nuestros objetivos:

• el estudio de los factores históricos, sociológicos y legislativos, que llevaron a la implementación del juicio por jurados en el plexo constitucional;

• el análisis de la omisión en la que ha incurrido el Congreso Nacional;

• La observación del estado del arte en torno a la constitucionalidad y conveniencia de la incorporación del juicio por jurados a nivel nacional y especialmente provincial.

2. Los cimientos: El conocimiento de los orígenes históricos de las instituciones permiten advertir las bondades de su aplicación.

El juicio por jurado, desde sus orígenes, reposa en el sistema acusatorio,[2] y los antecedentes de estos artículos son varios. El proyecto de Constitución de la Comisión especial de 1812, decía que el proceso criminal se hará por jurados y será público, mientras que el proyectos de la sociedad patriótica en su art. 175 puntualizó: el juicio criminal se establecerá por jurados y el poder legislativo publicará con preferencia el reglamento correspondiente bajo los principios más propios , para asegurar los derechos individuales y el interés de la comunidad.[3]

A diferencia de lo que ocurría con el proyecto de ALBERDI, tanto la constitución de 1819 como la de 1826 preveían el establecimiento del juicio por jurados. Si debiéramos encontrar un antecedente directo en el marco internacional posiblemente lo hallaríamos en el art. III Cap. 2 de la Constitución de los EEUU, pero más precisamente en el art. 117 de la Constitución de 1811 de Venezuela.

3. El problema de la omisión legislativa nacional y su consecuencias en la normativa provincial.

El art. 118 de la Carta fundamental establece que "*...todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio...*". Por lo tanto le confiere, al Congreso, la discreción para evaluar en qué momento debe dictar la ley sobre juicio por jurados y, en tanto no la dicte, la propia CN habilita a que los procesos penales se sustancien sin jurados. O sea le depara al legislador un futuro temporal sin apremio, ni urgencia, ni cronograma, por lo que la omisión legal del jurado pese a los más de ciento y tanto años de existente, no serían de las que se consideran como omisiones inconstitucionales.[4]

En realidad no se trata de un problema de cantidad de años en la omisión, se trata de descartar, por nefasta, una doctrina que autorizaría, por ejemplo a que no se dé cumplimiento con los compromisos políticos que permitieron arribar a la sanción de la Constitución o de su reforma,[5] por su parte la Constitución Nacional no ha impuesto al Congreso el deber de proceder de inmediato a su establecimiento.[6]

Desde esta perspectiva, creemos que no está prohibido que las provincias, cada una en sus áreas y a tenor del art. 67 inc. 11 de la Constitución, establezcan el Tribunal de Jurados, ya que ellas en materia de organización de tribunales y procedimientos pueden hacerlo si voluntariamente lo decidieren. En otras palabras si la Nación en su esfera y las provincias en las suyas, instrumentasen por su voluntad el juicio por jurados, respetando la estructura judicial vigente en las respectivas constituciones esa decisión, o decisiones, no serían inconstitucionales.[7]

4. ¿El carácter de cláusulas programáticas faculta su no cumplimiento por los órganos del Estado?

Una cláusula constitucional es programática cuando necesita para su

operatividad del ulterior desarrollo por la legislación ordinaria, es por su cuenta operativa cuando no lo necesita, en este orden de ideas y con relación a los efectos de las primeras, es posible encontrar 4 posturas al respecto: Una reduce la cláusula constitucional programática a una mera invitación al legislador ordinario; otra agrega que el legislador común no puede dictar una norma contraria a la cláusula Constitucional programática; una tercera añade que la cláusula programática de la Constitución invalida a la norma ordinaria (ya vigente) que le es opuesta; y una cuarta autoriza al juez competente a cubrir la laguna del legislador hasta el caso concreto.[8]

Como bien ha sostenido la Cámara Nacional en lo Penal Económico las cláusulas de la Constitución Nacional que aluden al juicio por jurado son de carácter programático, por lo que requieren de implementación por el legislador, pero eso no quiere decir que no sean obligatorias e imperativas o que el Congreso pueda decidir o no proceder a su implementación,[9] como dicen CABALLERO y HENDLER aquellas aunque programáticas, son de cumplimiento obligatorio por los órganos del Estado.[10]

5. Ámbito de aplicabilidad de la manda constitucional del art. 118. Sobre la falsa antinomia crímenes-delitos.

Algunos autores entienden que el juicio por jurados solo debería aplicarse en casos determinados ante delitos determinados teniendo en miras su importancia, ello surge de una interpretación literal del precepto.[11] No coincidimos con dicha posición habida cuenta que la interpretación gramatical ha cedido el paso a nuevas formulas de interpretación, por ello como expone LUNA un mero recurso del lenguaje utilizada para hablar de crimen diciendo delito no puede hacer devenir la norma en un sentido que la torna prácticamente inaplicable, tal como lo afirman quienes, bajo el disfraz de una interpretación literal de la norma constitucional, ocultan una valoración de inconveniencia,[12] además el precepto constitucional alude a la dicción "todos" que significa conforme el diccionario de la Real Academia Española que se toma o se comprende enteramente en la entidad o en el número.[13] Desde esta arista coincidimos con BIDART CAMPOS en que "todos" implica que si el Congreso establece el juicio por jurados, no le puede retraer ningún juicio penal.[14]

6. Acerca de la conveniencia del juicio por jurados: descubriendo el velo de su resistimiento.

Los seres humanos, en la mayor parte del tiempo, nos encontramos subsumidos en un espíritu social conservacionista en donde el cambio solo es concebido ante la modificación de una circunstancia que se trona inaceptable, pero mientras la instituciones se movilizan, pese a que sus cimientos se encuentren prístinos, vetustos, marchitos o incluso ineficaces, no generan la reacción social imprescindible para el cambio, como dijimos debe producirse un fenómeno lo suficientemente llamativo para obtener la modificación de la realidad jurídica circundante.

Es decir, en los términos de KHUN el cambio de paradigma solo se produce ante la existencia de un nuevo paradigma que irrumpe en la comunidad científica, y ello no llega sino a través de un caos. Este último elemento, analizado de manera foraña al terreno científico, es un factor determinante para dirimir la modificación del modelo vigente, en este caso para obtener la mencionada incorporación en la normativa actual de la provincia del Chubut del juicio por jurados.

En este sentido vale la pena apreciar las distinguidas dicciones del Profesor PASTOR quién explica que solo el caos provocará la reacción del Congreso y la reforma del procedimiento vigente para regular uno con jurados, porque mientras no se vea le caos aunque exista todo seguirá como si nada sucediera, los jueces seguirán haciendo que son jueces, a pesar de que en realidad a veces ni le han visto la cara a las personas que someten a juicio y condena (aunque el expediente registre un sinnúmero de actas en las que se dice que el imputado declaró ante el juez y el secretario.[15] En este orden de ideas coincidimos con la opinión de SANDRO para quién ya en el siglo XXI el jurado es una impostergable necesidad social y una exigencia del estado democrático de derecho,[16] que resguarda la forma republicana de gobierno.[17]

7. Consideraciones en torno a la necesidad de implementar el juicio por jurados en la provincia de Chubut.

Al designar a Antonio ONETO como comisario de Inmigración en Chubut, a fines de 1865, el director de la repartición en Buenos Aires, Juan DILLON les dio las siguientes instrucciones: hallarais allí a un grupo de gente que, desde hace 10 años, se gobierna en forma autónoma, elige periódicamente un Juez y un Consejo Municipal, ha establecido el juicio por jurados y concedido a los magistrados el poder que estimaran prudente, de acuerdo con las normas fundamentales de los pueblos civilizados. Reconoceréis y mantendréis todo esto tal cual está, limitando vuestra acción a elevarnos un informe detallado de la organización establecida allí, de modo que el gobierno pueda tomar resolución más adelante.[18]

En el primer Reglamento Constitucional del Chubut se puede advertir que en el art. 6 bajo el título Tribunal por Jurados se establece su composición,[19] y en los arts. 14, 15 y 16 se regula su funcionalidad,[20] es decir, se aprecia con claridad que en los cimientos constitucionales de esta región el juicio por jurado constituía más que un anhelo de sus gestores.

Es necesario advertir que el Congreso Nacional se encuentra dotado en la materia para regular los parámetros donde va a desenvolverse el juicio por jurado, pero la implementación provincial no viola disposición constitucional alguna, por el contrario la cumple, como dijera MAIER la ley es constitucional y hay que cumplirla.[21] Las bondades del sistema reposan no solo en la magnificencia de los principios de celeridad e inmediatez sino también en el de publicidad, así nuestra Corte Federal ha dicho que, desde 1853 la Constitución reitera en su texto la exigencia de la publicidad del proceso penal al recalcar la necesidad de establecer el juicio por jurados, como una de las más idóneas para lograrla.[22]

Por su parte, en un país como el nuestro donde las decisiones jurisdiccionales en materia penal son objeto de numerosas críticas, la participación ciudadana en ellas genera mayor transparencia y menor índice de reproches, por sobre todo teniendo en cuenta que el decisorio refleja la conciencia social, así la Corte de EEUU sostuvo que los jurados reflejan mejor que los jueces las experiencias de la comunidad, lo que les permite expresar mejor el pensamiento de la misma con relación a la cuestión definitiva.[23]

8. Corroboración de la hipótesis. Colofón.

Puesta a prueba nuestra hipótesis de investigación que sostiene: "...es necesaria la implementación urgente de la oralidad en los procesos judiciales,

a tales efectos es imperioso incorporar el juicio por jurados en la provincia del Chubut, el cual goza de plena constitucionalidad...” consideramos que misma ha sido corroborada con el marco teórico respaldatorio, a modo conclusivo consideramos que:

• La provincia de Chubut se encuentra en condiciones de implementar el juicio por jurados materia penal, el cuál no es inconstitucional, sino y por el contrario cumple con la manda del art. 118 de la CN.

• El juicio por jurado robustece los principios de celeridad, publicidad e inmediatez otorgando una mayor participación e integración ciudadana.

• En cuanto a su funcionalidad, los jurados no deben intervenir en cuestiones técnicas, ni de derecho y ante la posibilidad de que alguna de ellas pudiera doblegar la convicción de sus miembros deben otorgarse las garantías necesarias al respecto.[24]

• La prevalecia del juicio por jurados no es sinónimo de eficacia procesal, ni de disminución del delito pero sí de celeridad.

• En cuanto a la bionomía-antinómica: *legislación- jurisprudencia,* pese al robustecimiento natural que adquiere ésta última ante la implementación del sistema de jurados, pregonamos la reafirmación de la primera como núcleo epicéntrico en donde deben reposar los decisorios en este sistema.

• Entonces: Se debe otorgar mayor flexibilidad al juez para poder amoldar las situaciones de hecho a las normas vigentes, *pero no se puede prescindir de la ley o debilitarla injustamente, ya que ello atentaría contra el principio de legalidad*. (Art. 18 de la CN).-

9. Bibliografía.

BIDART CAMPOS, Germán. “¿El juicio penal por jurados esta constitucionalmente limitado al enjuiciamiento de criminales y no de delitos?” *Revista El Derecho*. Tomo 136.

BIDART CAMPOS, Germán. “Otra vez el juicio por jurados” *Revista El Derecho*. Tomo 150.

BRUZZONE, Gustavo A. “Acerca de la vigencia del mandato constitucional del juicio y su relación con los procedimientos abreviados.” *Revista El Derecho*. Tomo 183.

CABALLERO Ricardo, HENDLER Edmundo. *Justicia y participación*. Ed. Universitaria. Buenos Aires. 1988.

ELBERT, Carlos E. “¿Necesitamos en 1998 un juicio por jurados?” En *Revista de Jurisprudencia Argentina*. 1998 Tomo IV. Pag. 784. Y HENDLER, Edmundo. “Necesitamos el juicio por jurados” *Diario La Ley* del 16/02/99

JONES, Lewis. *Una nueva Gales en Sudamérica*. Comisión del Centenario. Trelew. 1966. Pag. 115.

LUNA, Diego. “Un análisis de la jurisprudencia de la CSJN en función de la omisión legislativa del Congreso Federal. La vigencia de un proceso penal sin jurados”. *Revista El Dial*. Año 8 N° 1892, Sup. de Derecho Penal. Ref. DC730

MAIER, Julia B. *La reforma procesal penal para implementar un sistema de juicios por jurados” En Juicio por jurados en el proceso penal*. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires. 2000.

PASTOR, Daniel R. “Acierto o hipocresía de una sentencia trascendente?” Juicio por jurados ya). *Revista No hay derecho*. N° 5 Buenos Aires. 1991.

SAGUÉS, Néstor Pedro. "El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución" Nacional. *Revista El Derecho* Tomo. 93.
SANDRO, Jorge. A. *reflexiones sobre el jurado popular.* Ed. Buenos Aires. 1988.
ZAMPINI, Virgilio. "Chubut siglo XIX. Una década del juicio por jurados". En *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Año VIII. Número 14. Año 2002.
ZARINI, Helio. *Constitución de la Nación Argentina. Concordada en sus reformas y antecedentes.* Buenos Aires. Ed. Astrea. 1973.

Notas:

*** Autor chubutense premiado en el "Certamen Académico: Justicia de la Patagonia de cara al siglo XXI", organizado por el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia, durante el año 2011.**

[1] Para considerar los argumentos a favor o en contra del juicio por jurados ver el interesante debate de ELBERT y HENDLER. En ELBERT, Carlos E. "¿Necesitamos en 1998 un juicio por jurados?" En *Revista de Jurisprudencia Argentina*. 1998 Tomo IV. Pag. 784. Y HENDLER, Edmundo. "Necesitamos el juicio por jurados" *Diario La Ley* del 16/02/99, Pag. 3.
[2] Así lo ha sostenido la CSJN, en este sentido entendió el Máximo Tribunal Federal que el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/09/2005, Casal, Matías E. y otro, publicado en: DJ 14/06/2006, 479, con nota de Federico H. Calvete; DJ 19/04/2006, 1040, con nota de María Cristina Barberá de Riso; DJ 01/03/2006, 509, con nota de Mario C. Perrachione; DJ 2005-3, 624, con nota de María Laura Giuseppucci; LA LEY 04/10/2005, 5, con nota de Carlos Enrique Edwards; LA LEY 2005-E, 657, con nota de Carlos Enrique Edwards; LA LEY 2005-F, 110, con nota de Augusto M. Morello; Germán González Campaña; LA LEY 14/11/2005, 10, con nota de Javier D. Muchnik; Jorge L. Jofré; LA LEY 2005-F, 387, con nota de Javier D. Muchnik; Jorge L. Jofré; Sup. Penal 2005 (octubre), 20, con nota de Augusto M. Morello; Germán González Campaña; Fallos Corte: 328:3399, LLOnline: AR/JUR/2667/2005.
[3] ZARINI, Helio. *Constitución de la Nación Argentina. Concordada en sus reformas y antecedentes.* Buenos Aires. Ed. Astrea. 1973. Pag. 265.
[4] BIDART CAMPOS, Germán. "¿El juicio penal por jurados esta constitucionalmente limitado al enjuiciamiento de criminales y no de delitos?" *Revista El Derecho*. Tomo 136. Pag. 520. BIDART CAMPOS, Germán. "Otra vez el juicio por jurados" *Revista El Derecho*. Tomo 150. Pag. 607.
[5] BRUZZONE, Gustavo A. Acerca de la vigencia del mandato constitucional del juicio y su relación con los procedimientos abreviados. *Revista El Derecho*. Tomo 183. Pag. 1215. Algunos fallos han llegado a considerar que una omisión del legislador puede ser violatoria de la Constitución y dar lugar a la consiguiente declaración por el Poder Judicial. Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II, Sept. 22-1988. *Revista El Derecho.* Tomo 130 Pag. 602.
[6] Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/07/1932, Ministerio Fiscal c. La Fronda, La Ley Online; AR/JUR/10/1932. En igual sentido: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/12/1911, Loveira, Vicente c. Mulhall, Eduardo T, La Ley Online; Fallos Corte: 115:92, LLOnline: AR/JUR/10/1911. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A, 04/04/2008, Frigorífico y Matadero Chivilcoy, IMP 2008-17 (Setiembre), 1486, AR/JUR/2957/2008,
[7] SAGUÉS, Néstor Pedro. "El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución" Nacional. *Revista El Derecho* Tomo. 93. Pag. 913.

[8] SAGUÉS, Nestor Pedro. "El juicio penal... Ob. Cit. Pag. 915.
[9] Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II, Sept. 22-1988. Revista El Derecho. Tomo 130 Pag. 602.
[10] CABALLERO Ricardo, HENDLER Edmundo. *Justicia y participación*. Ed. Universitaria. Buenos Aires. 1988. Pag. 47
[11] Así se dijo que la implementación del enjuiciamiento por jurados que reclama la Constitución debe entenderse referida al instituto conocido en el mundo como tal y éste, tanto al momento de sancionarse aquella como en la actualidad, solo se extiende a los casos de delitos de mayor gravedad. Este criterio de restringir el derecho a ser juzgado por jurados en los delitos de mayor gravedad fue consagrado tanto en los estados Unidos de Norteamérica , como en el Reino Unido, francia, Italia y Gran BretañaCámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II, Sept. 22-1988. Revista El Derecho. Tomo 130 Pag. 602
[12] LUNA, Diego. "Un análisis de la jurisprudencia de la CSJN en función de la omisión legislativa del Congreso Federal. La vigencia de un proceso penal sin jurados". *Revista El Dial*. Año 8 N° 1892, Sup. de Derecho Penal. Ref. DC730.
[13] *Diccionario de la Real Academia Española*. Editorial: ESPASA-CALPE SA, 2001. Letra T.
[14] BIDART CAMPOS, Germán. "El Juicio... Ob. Cit. Pag. 602.
[15] PASTOR, Daniel R. Acierto o hipocresía de una sentencia trascendente? Juicio por jurados ya). Revista No hay derecho. N° 5 Buenos Aires. 1991. Pag. 17. Entonces, pregona el autor, si los jueces en lugar de delegar sus funciones, cerraran o suspendieran los procesos porque les resulta imposible con la garantía constitucional del juez natural estando a la vez en las cinco, diez o quince declaraciones de imputados que se toman simultáneamente en un tribunal, seguramente provocarán un escándalo capaz de provocar la reforma del vetusto ordenamiento procesal vigente. Empero, si en lugar de ello, los jueces siguen delegando funciones, llevando adelante procesos penales sin jurados y actuando como si nada sucediera, como si con la Constitución se cumpliera, entonces sin el caos a la vista la reforma aparecerá, si no como innecesaria, al menos como postergable

[16] SANDRO, Jorge. A. *reflexiones sobre el jurado popular.* Ed. Buenos Aires. 1988. Pag. 137. Ello sucede, explica el autor, porque la nueva organización judicial que desencadena establece una conciencia jurídica que modifica la estructura s rígidas y vetustas del actual sistema judicial , signado por la profesionalización y la centralización. El jurado impide así que se transgreda nuestra forma representativa y republicana de gobierno y la independencia del poder judicial. En este sentido, la organización horizontal de los jueces junto a las reglas ya contenidas en la ley procesal que se propone contribuirán efectivamente a la consecución del ideal relativo a la independencia judicial interna.
[17] Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10/04/2003, Banco de la Nación Argentina, LA LEY 2003-C, 506 - LLP 2003, 650, con nota de Germán J. Bidart Campos; LA LEY 2003-D, 575, con nota de Germán J. Bidart Campos; LA LEY 2003-F, 216, con nota de Lino Enrique Palacio; Sup. Penal 2003 (setiembre), 21, con nota de Lino Enrique Palacio; Sup. Penal 2003 (junio), 2, con nota de Germán J. Bidart Campos; Fallos Corte: 326:1106, LLOnline: AR/JUR/49/2003.
[18] ZAMPINI, Virgilio. "Chubut siglo XIX. Una década del juicio por jurados". En *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Año VIII. Número 14. Año 2002. Pags. 343/4. En igual sentido ver el interesante trabajo de JONES, Lewis. JONES, Lewis. *Una nueva gales en Sudamérica*. Comisión del Centenario. Trelew. 1966. Pag. 115.
[19] Establece el precepto que ese Tribunal se formará con el juez de la Colonia y doce miembros, o menos, que integrarán el jurado, sorteados de la lista de electores.
[20] En esa normativa prescribía que el juzgado sorteará de entre los electores doce personas para integrar el jurado (omitiendo todo nombre que tenga relación con el juicio) y el juez mandará aviso a cada una de ellas por conducto del alguacil por lo menos tres días antes del juicio, y todo aquél que rehúse formar parte del mismo (salvo caso de enfermedad o razones de fuerza mayor) será eliminado del patrón electoral durante un año y multado. (Conf. art. 14). Por su parte al constituirse el jurado en el tribunal, tanto una parte como la otra tendrá derecho a objetar a sus componentes, siempre que se demuestre satisfactoriamente al juez que el juicio en

cuestión afecta o compromete a los mismos. (Conf. art. 15) En cuanto al veredicto final se dice que los dos tercios del jurado deberán estar acordes, entonces el principal entregará el dictamen escrito al juez, quién le dará lectura, mientras esto no ocurra ningún miembro del jurado podrá ausentarse del tribunal. Se permitirá al jurado formular preguntas aclaratorias toda vez que lo desee. (Conf. art. 16)

[21] MAIER, Julia B. *La reforma procesal penal para implementar un sistema de juicios por jurados" En Juicio por jurados en el proceso penal*. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires. 2000. Pag. 11. En sentido contrario se ha dicho que atento a lo previsto en los arts. 24 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, compete al Congreso de la Nación legislar sobre la implementación de los juicios por jurados razón por la cual, al dictar la ley 9182 de la Provincia de Córdoba, la legislatura provincial ejerció facultades delegadas en la Nación, transgrediendo la prohibición que surge del art. 126 de la Carta Magna. Cámara en lo Criminal de 2a Nominación de Córdoba, 08/09/2006, Monje, Jorge G. y otros LLC 2006, 1019, con nota de Claudio D. Gómez; AR/JUR/5731/2006.

[22] Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/09/2005, Casal, Matías E. y otro, publicado en: DJ 14/06/2006, 479, con nota de Federico H. Calvete; DJ 19/04/2006, 1040, con nota de María Cristina Barberá de Riso; DJ 01/03/2006, 509, con nota de Mario C. Perrachione; DJ 2005-3, 624, con nota de María Laura Giuseppucci; LA LEY 04/10/2005, 5, con nota de Carlos Enrique Edwards; LA LEY 2005-E, 657, con nota de Carlos Enrique Edwards; LA LEY 2005-F, 110, con nota de Augusto M. Morello; Germán González Campaña; LA LEY 14/11/2005, 10, con nota de Javier D. Muchnik; Jorge L. Jofré; LA LEY 2005-F, 387, con nota de Javier D. Muchnik; Jorge L. Jofré; Sup. Penal 2005 (octubre), 20, con nota de Augusto M. Morello; Germán González Campaña; Fallos Corte: 328:3399, LLOnline: AR/JUR/2667/2005. Sostiene el fallo que la circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio

[23] Suprema Corte de Estados Unidos, 24/06/2002, Ring, Timothy S. c. Arizona, LA LEY 2002-F, 522, AR/JUR/726/2002. (Del voto del Juez BREYER).

[24] Así ha resuelto el Tribunal de Justicia de la Comunidad de Madrid que corresponde decidir el incidente donde se planteó la suspensión del juicio oral y disolución del Tribunal de Jurado por la aparición de nuevos hechos que involucraban a otros imputados sin la presencia del jurado, que debe abandonar la sala, por tratarse de una cuestión de naturaleza procesal y técnica y, por tanto, ajena a éste, para así evitar que se halle influenciado y afectado a la formación de su convicción, que únicamente ha de constituirse en función de la prueba practicada en el juicio oral. Tribunal de Justicia de la Comunidad de Madrid , 14/04/2000, Zabaleta Cortázar, Aitor c. Guerra Cuadrado, Ricardo, LA LEY 2002-B, 166 - Sup. Penal 2002 (febrero), 3, con nota de Augusto M. Morello; AR/JUR/1911/2000.

A mi ciudad nativa

Por Luis Carlos López

Noble rincón de mis abuelos: nada
como evocar, cruzando callejuelas,
los tiempos de la cruz y la espada,
del ahumado candil y las pajuelas...

Pues ya pasó, ciudad amurallada,
tu edad de folletín... Las carabelas
se fueron para siempre de tu rada...
¡Ya no viene el aceite en botijuelas!

Fuiste heroica en los tiempos coloniales,
cuando tus hijos, águilas caudales,
no eran una caterva de vencejos.

Mas hoy, plena de rancio desaliño,
bien puedes inspirar ese cariño
que uno le tiene a sus zapatos viejos...

Luis Carlos López

(Cartagena de Indias, 1883-1950) Poeta colombiano, su obra se sitúa en la órbita del posmodernismo. Estudió en el Colegio La Esperanza y en la Universidad de Cartagena, donde tuvo que abandonar sus estudios de medicina cuando fue preso durante la guerra de los Mil Días. Desde 1901 dirigió la revista literaria *Juventud,* y luego fundó el diario *La Unión Comercial*. Su obra periodística se caracteriza por su claro compromiso político. Se desempeñó como Cónsul de Colombia en Munich (1928) y en Baltimore (1937). Su escepticismo le permitió construir una obra irreverente, anticlerical, siempre realista y sonora, poblada de un alegre grotesco, lleno de ironías, retratos psicológicos y paisajes que muestran el provincianismo colombiano de su tiempo.Sus versos son una crítica al modernismo y al romanticismo. Su obra ha sido traducida a diversos idiomas y es admirada en todo el mundo por su carácter irreverente.Fue reconocido por poetas contemporáneos de la talla de Miguel de Unamuno, Gerardo Diego, Rubén Darío y Vicente Huidobro.Publicó "De mi villorio" (1908). "Posturas difíciles" (1909). "Varios a varios" (1910). "Por el atajo" (1920) reditado en varias ocasiones. La ciudad de Cartagena de Indias rindió homenaje a este poeta al inmortalizar uno de sus mejores poemas, "A mi ciudad nativa", con un monumento de bronce que se llama Los zapatos viejos.En ese poema el autor critica a su ciudad por la falta de empuje y por su lentitud para avanzar, luego de concluida la época de la colonia.