UCONSIDERANCO.

Gran momento de encuentro de nuestros asociados

institucionales

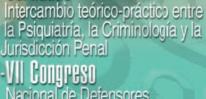
- "Partido al Medio"
- -Comunicados
- La FLAM en la OEA
- -Dura réplica Contra la acusación de "Partido Judicial"



- -Un Delito Olvidado
- -El agente encubierto en Materias no regladas







Jornadas

Nacional de Defensores Públicos de Brasil

-Al Dr. Luis María Cabral

entrevista



Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional Lavalle 1334 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

consejo

PRESIDENTE

Dr. Ricardo Gustavo Recondo Vicepresidente

Dra. Lidia Beatriz Soto Vicepresidente en representación del Ministerio Público Fiscal

Dr. Jorge Di Lello
VICEPRESIDENTE EN REPRESENTACIÓN DEL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA
Dr. Gustavo Ernesto Kollmann
VICEPRESIDENTE EN REPRESENTACIÓN DE LOS
FUNCIONARIOS

Dr. Alejandro Jorge Nobili Secretario General

Dr. Ramón Álvarez Bangueses Prosecretario General

Dr. Javier Feliciano Rios Tesorero

Dr. José V. Martínez Sobrino Protesorero

Dr. Eduardo D. Gottardi Secretario de Actas

Dr. Juan Martín Nogueira Vocales

Dr. Gregorio Corach
Dr. Carlos Arturo Ochoa
Dr. Fernando Posse Saguier
Dra. Juan Jesús Castilla
Dr. Alberto Agustín Lugones
Dr. Leonidas Juan Moldes
Dr. Julián Langevin
Dr. María Dora Gonzalez
Dr. Juan Pablo Salas
Dr. Victor A. Alonso Gonzalez
Dra. Cristina Caamaño Iglesias Paiz
REVISORES DE CUENTAS

Dr. Mario Filozof
Dr. Pedro José De Diego
Dr. Federico Petrina Aranda
Invitados Permanentes a la Presidencia
Dra. Susana Gastaldi
Dr. Mariano González Palazzo
Dr. Marcos A. Grabivker
Dr. Luis Roberto Rueda
Dr. Narciso Lugones
Dr. Miguel Ángel Caminos
Dr. Roberto Hornos

Dr. Jaime Díaz Gavier

editorial

Partido al Medio

La Cobardía pregunta: ¿es seguro? La Conveniencia pregunta: ¿es oportuno? Y la Vanidad pregunta: ¿es popular? Pero la conciencia pregunta: ¿es justo?

(Martin Luther King, al lanzar el legendario boicot contra los autobuses)

a banalidad imperante en ciertos sectores del poder ha llevado a algunos -por conveniencia o ineptitud- a remplazar el debate de ideas por la expectoración de frases pretendidamente ingeniosas, que esconden el implícito convite a participar en una primitiva -e impertinente- lucha en el lodo. En una sociedad trivializada, en la cual el pueblo ha sido remplazado por la opinión pública, los ciudadanos por los consumidores, la inflación por el reacomodamiento de precios y la razón por el rating, donde -como vaticinara Marshall McLuhan- "el medio es el mensaje" y resulta posible construir la realidad a través de la visibilidad o perceptibilidad mediática (el homo sapiens en tránsito al homo videns, bosquejado por Giovanni Sartori), se ha constituido en vil pero operativa herramienta la rotulación simplista del que piensa distinto, con motes falaces de intencionalidad degradante que, antes bien, degradan a quien los profiere y califican su sanidad mental.

Si Freud hubiera tenido aprobada alguna materia de la carrera de Abogacía, se habría deleitado con el acto fallido de quien calificó como "delivery judicial" a la magistrada que se negó a aceptar en plena vía pública y horario inhábil al "delivery policial" que pretendía –en forma, tiempo y lugar inadmi-

sible- entregar una presentación recursiva de relevancia institucional

Por otra parte, cualquier persona con el mínimo sentido común –ni que hablar de un cientista político-puede dar cuenta de la magnitud del oxímoron que constituye aludir a la supuesta existencia de un "Partido Judicial". La tarea del magistrado constituye el paradigma de la actividad solitaria: el juez está (aún en un Tribunal colegiado) solo –con su conciencia y conocimientos- frente a los hechos que debe analizar y las normas que debe aplicar.

Puesto en esa situación, cada juez es y ejerce -en concreto- el Poder Judicial y tiene la obligación de realizar el control de constitucionalidad de las normas que aplica. Los jueces son muchos y con las ideologías más variadas, de modo tal que resulta absurdo que puedan acordar para conspirar a favor o en contra de nada o nadie. Considerando partido al conjunto o agregado de personas que siguen o defienden una misma opinión o causa, el único que convoca a todos los miembros del Poder Judicial es el de la Constitución, el de las Instituciones. En su defensa sí, no quepa duda alguna a nadie, están todos los magistrados y funcionarios irrevocablemente enrolados.

sumario



- Autoridades Editorial
- 2 Sumario Staff
- Cena de Camaradería 2009
- Dura réplica contra la acusación de "Partido Judicial
- 11 Comunicados

Noticias

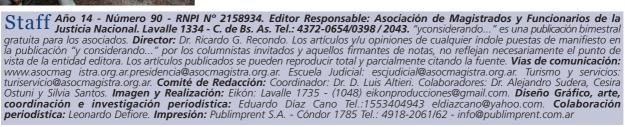
- Intercambio Teórico-Práctico entre la Psiquiatría, la Criminología y la Jurisdicción Penal
- 15 Noticias Cortas
- Las Mujeres Jueces despidieron el Año
- El Poder Judicial y su Independencia
 - Conferencia del Dr. Recondo entre otros, en la U. de San Andres
- VII Congreso Nacional de Defensores
 Públicos de Brasil
- La Justicia va a la Escuela

ENTREVISTA

- Al Dr. Luis María Cabral
 - por Héctor Ruiz Núñez

OPINIÓN

- Un delito olvidado
 - Por Pablo Gasipi
- El agente encubierto en materias no regladas
 - Por Maria J. Márquez y Santiago J. Schiapetto











Discurso del Sr. Presidente de la Asociación de Magistrados Funcionarios de la Justicia Nacional Dr. Ricardo Gustavo Recondo

Tengo nuevamente esta noche la responsabilidad y el honor de dirigirme a ustedes desde este sitial, como Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

Lo hago por cuarta y última vez. El año que viene estaré allí, con ustedes, escuchando y apoyando a quien hayamos elegido para tomar esta







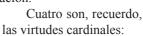
posta. Unidos y trabajando por una Justicia cada día mejor, cada día más -social e institucionalmente- al servicio de nuestra Patria.

Debemos, para esto, detener la oscilación del péndulo a cuyo compás se han desarrollado históricamente los acontecimientos nacionales.

Debemos, al menos, limitar la amplitud de su alocado ir y venir.

No podemos seguir yendo, de ida y vuelta, de un extremo al otro, pecando siempre por exceso.

Debemos alcanzar –recuperar, si es que alguna vez lo tuvimos-, de una vez por todas el equilibrio. Ningún cuerpo es sano si carece de equilibrio, y esto es perfectamente aplicable a la Nación.



- **Prudencia**, que dispone la razón a discernir, en cada circunstancia, el verdadero bien y a elegir los medios adecuados para realizarlo;
- **Justicia**, cuya práctica establece que se ha de dar al prójimo lo que es



debido, con equidad respecto a los individuos y al bien común;

- **Templanza**, que modera la atracción de los placeres y procura el equilibrio en el uso de los bienes creados y compartidos. Templanza que asegura el dominio de la voluntad sobre los instintos y mantiene los deseos en los límites de la honestidad;
- Y **Fortaleza**, que es el valor con el cual una persona es firme en su decisión y nunca es derribada.

Prudencia, Justicia, Templanza y Fortaleza son lo que -hoy más que nunca- necesitamos para alcanzar ese equilibrio que se nos hace esquivo.

Cada uno de los que integramos los tres poderes que conforman el gobierno de la República, debemos rebuscar en nuestro interior para









encontrar estas virtudes —de las cuales, tengo la esperanza, no adolecemos, aunque a veces parezcan adormecidas- y actuar conforme a ellas.

La solidez de nuestras instituciones, y la grandeza de nuestra Nación –siempre en potencia, tan pocas veces realizada- dependen de esto.

Hagámoslo de una vez.

Entendámoslo, de una vez por todas, porque nos va —como Nación-la vida en ello.

No hay -ya- lugar, tiempo ni espacio para personalismos mesiánicos.

Nadie, por sí solo, va a -por utilizar el remanido lugar común- "salvar a la república". La consecución del bien común es, por esencia, una



ocros y vacacrones

A. T. LEG. 13769

www.mktravel.com.ar

:: CRUCEROS :: ALQUILER DE AUTOS :: EXCURSIONES NACIONALES :: REGIONALES :: INTERNACIONALES :: ASISTENCIA AL VIAJERO ALREDEDOR DEL MUNDO ::

DENTRO DE NUESTRA WEB OFICIAL ENCONTRARA TODOS NUESTROS FOLLETOS Y PROGRAMACIONES ESPECIALES CON PRESTIGIOSOS OPERADORES DEL MERCADO

● SIEMPRE EL MEJOR COSTO BENEFICIO AL ASOCIADO + KIT DE VIAJE

l Atención personalizada l Viajes vacacionales en el país y al exterior l Luna de miel y lista de casamiento l Realización de eventos, ferias, congresos y seminarios l Viajes a medida: convencionales o temáticos Y si necesita solo pasajes aéreos u hoteles, le ofreceremos la mejor alternativa en el momento que desee viajar

Av. Santa Fe 882 | Piso 2do | Of. "E" (C1059ABP) | Buenos Aires | Tel.fax: (5411) 4311-0828 / 0832 | info@mktravel.com.ar

institucional

tarea común, que no sólo requiere capacidad sino también buenas intenciones, buena fe y acuerdos sólidos.

La legitimidad de origen debe ser necesariamente acompañada por el ejercicio legítimo. La corrupción de este legítimo ejercicio se da cuando se abusa de facultades legítimas, con un propósito distinto de aquel tenido en consideración al consagrarlas.

Prudencia... Justicia... Templanza... Fortaleza...

Las facultades excepcionales deben ser -va de suyo, y permítanme la repetición- excepcionalmente ejercidas.

Tanto los magistrados del Poder







Judicial, como cualquier otro funcionario público –dicho esto en sentido bien amplio- asumimos la obligación de hacer cumplir la Constitución Nacional.

Pero sólo a los jueces se nos escudriña escrupulosamente, mediante un perfectible proceso de selección y designación, acerca de nuestro conocimiento de aquello que juramos hacer cumplir.

No se hace lo propio con los funcionarios públicos, algunos de los cuales parecen desconocer que el artículo 116 de la Carta Magna establece que "corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitu-

ción, y por las leyes de la Nación".

O que su artículo 109 veda en forma absoluta al presidente de la Nación –lo que incluye a los miembros de su gabinete-"ejercer funciones judiciales y arrogarse el conocimiento de cau-



sas pendientes".

En días recientes tomó estado público que desde los más altos niveles del Ejecutivo se impartió a la Policía Federal la orden de incumplir y obstaculizar la ejecución de una manda judicial.

Es de recordar que las decisiones de los jueces son susceptibles de crítica, y atacables mediante todos los recursos admisibles, pero no pueden ser desobedecidas desde los otros poderes del Estado.

Pretender lo contrario es institucionalmente gravísimo, en tanto importa violar flagrantemente la división de poderes y la Constitución Nacional, cuyo intérprete en el ámbito nacional son -únicamente- la Corte Suprema de Justicia y los tri-







bunales inferiores de la Nación.

Y hablando de los jueces...

Nuevamente un representante de ese estamento ha sido elegido para presidir el Consejo de la Magistratura de la Nación.

Tenemos la certeza de que la gestión que hace horas nada más ha iniciado el Dr. Luis María Cabral tendrá la impronta de quien bien conoce los problemas y necesidades del Poder Judicial, y cuenta con la capacidad y decisión necesaria para afrontarlos y resolverlos.

Hacemos votos, por supuesto, para que sea coronada por el mayor de los éxitos.

No tenemos dudas de que durante su gestión se avanzará —entre otras cosas- en la depuración del pro-

ceso de selección de magistrados, a fin de evitar la corruptela derivada de la actuación de quienes medran contaminando la pureza del accionar de la inmensa mayoría de los concursantes. El Dr. Cabral ya ha demostrado su fir-





meza al respecto, cuando le cupo intervenir.

No podrá, no obstante, avanzar sobre las falencias de diseño estructural del organismo. Esta es tarea del Congreso de la Nación.

Hemos, ya hace un año y desde este mismo escenario, colocado en la agenda de las cuestiones por realizar la impostergable necesidad de modificación esencial de la ley que establece la estructura y funcionamiento del Consejo de la Magistratura.

Debe regularse adecuadamente la integración del organismo, de modo tal que ningún estamento pueda –por sí sólo- primar por sobre los demás.

Disponerse lo necesario para que se lleven adelante procesos ge-









nuinos de selección, sin indebidas y extemporáneas interferencias políticas, reservadas constitucionalmente para el posterior paso de los candidatos por la propuesta y designación por parte del Poder Ejecutivo, y el otorgamiento de acuerdo senatorial.

Deben regularse escrupulosamente los mecanismos disciplinarios, evitando que las denuncias contra los magistrados puedan transformarse en improcedentes recursos cuasi-procesales, o inadmisibles presiones tendientes a condicionar su actuación.

Priorizarse la desestimación in limine de aquellas denuncias carentes de todo fundamento o relativas únicamente a discrepancias con el contenido de las sentencias. Establecerse potentes disuasivos para quie-

> nes pretendan utilizar metodológicamente la herramienta de la denuncia en forma asaz desviada.

> La Federación Latinoamericana de Magistrados, con la impronta generada por el Dr. Miguel Ángel Caminos desde



su vicepresidencia, ha gestionado y obtenido su personería jurídica en nuestro país, y mientras prepara su próximo congreso para el mes de abril —a celebrarse en la ciudad de Mar del Plata- ha merecido un importante reconocimiento al ser instituida como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos.

Esto no sólo debe ser motivo de regocijo y celebración, sino que constituye un ámbito dentro del cual se podrán hacer escuchar los reclamos del asociacionismo judicial en defensa de la independencia en el ejercicio de la magistratura.

Para finalizar...

Sería una necedad de mi parte desaprovechar esta ocasión, en que tantas y tan importantes personalida-





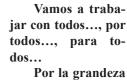




des de los ámbitos jurídico, académico, político, empresarial, periodístico y social han concurrido a acompañar a esta Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, si no aprovechara para convocarlos -para convocarnos- con el firme propósito de trabajar mancomunadamente para la consolidación de las instituciones republicanas, sin personalismos ni egoísmos, respetándonos mutuamente en nuestras diversidades y apoyándonos en nuestras coincidencias.

Prudencia... Justicia... Templanza... Fortaleza...

Vamos a detener el péndulo.



Por la grandeza de la Nación de iguales que nos merecemos

Tengan todos muy felices fiestas



Declaraciones del Presidente de nuestrda Asociación

DURA RÉPLICA CONTRA LA ACUSACIÓN DE "PARTIDO JUDICIAL"

I Dr. Ricardo Recondo, en diversas entrevistas periodísticas ha sostenido que las declaraciones de los funcionarios y amigos del Gobierno "generan intranquilidad" para los jueces.

Luego de la **réplica de la Corte Suprema** a las acusaciones del oficialismo de "conspirar" con una "partido judicial" contra el Gobierno, se sumaron este martes durísimas declaraciones de Ricardo Recondo, el que expreso que en Balcarce 50 "no están acostumbrados a la democracia".

"Uno nunca sabe hasta dónde es capaz de llegar la gente. El Gobierno cree que hay una democracia porque hay elecciones más o menos razonables, pero la República es una cosa mucho más complicada, pero (la del gobierno) es gente que no está acostumbrada al funcionamiento de las instituciones y de la democracia", dijo a Radio Mitre, del Grupo Clarín.

Mostró su "preocupación" por una posible "embestida" del kirchnerismo contra la Justicia, y parecería no faltarle argumentos. Desde que se desató la batalla por las reservas con Martín Redrado el que se habia virtualmente atornillado en la presidencia del Banco Central, La presidente Cristina Fernández de Kirchner tildó de "jueza delivery" a María José Sarmiento, que había fallado contra el Fondo del Bicentenario, y contra la remoción de Redrado. Días más tarde, Néstor Kirchner habló en Canal 7 de un plan conspirativo destituyente en manos de Julio Cobos, Héctor Magnetto, CEO del Grupo Clarín, y el "partido judicial". Por

magistrados acusados. En las filas K, sólo José Pampuro dio otra **opinión.**

Para Recondo, "en cualquier país del mundo, los jueces son esclavos de la ley, no es una facultad, es una obligación. Si la parte política no es capaz de resolver los problemas del país", debe intervenir la Justicia. Luego se le preguntó qué panorama prevé



"el Gobierno cree que hay una democracia porque hay elecciones más o menos razonables, pero la República es una cosa mucho más complicada"

su parte Julio De Vido apuntó a los jueces que aceptaron un amparo en la causa que investiga la fusión de Telefónica y Telecom. Y Aníbal Fernández se ocupó de todos esos para las relaciones entre los distintos poderes del Estado, anticipó uno que será "complicado". Prosiguiendo: "Por un lado, por primera vez en muchos años funcionan los

tres poderes del Estado. Veo al Legislativo con más independencia y los jueces estamos empezando a actuar a pesar de las presiones a que nos han venido sometiendo todos estos años", explicó.

Con respecto a las declaraciones de los funcionarios y amigos del Gobierno, sostuvo que estas "generan intranquilidad, porque el juez tiene que tener una sensación de inmunidad, que no es impuni-

dad, para saber que resuelva de la manera que resuelva, si lo hace de acuerdo a la ley, no va a sufrir consecuencias ni de tipo personal, económicas o familiares".

"LA JUSTICIA, NO ES UN PARTIDO"

Por su parte el ministro de la Corte Suprema Carlos Fayt fue uno de los pioneros en responder a las acusaciones del oficialismo. Luego del fin de la feria judicial de enero, negó ser parte de un plan destituyente. "Yo por lo pronto no estoy en ninguna conspiración. Quiero saber qué piensan, si eso es una cosa descabellada, sin sentido, injuriosa para toda la justicia ¿o no?", preguntó a los periodistas. •

COMUNICADOS

Comunicado Nº 132/2009 del 7/12/09

Nos complacemos en informar que el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), aprobó en su sesión del 3 de Diciembre de 2009, la Solicitud de la Federación Latinoamericana de Magistrados (FLAM) de ser parte de las Organizaciones de las Sociedades Civiles registradas en la OEA, de conformidad con las directrices adoptadas por la Resolución CP/Res759 para dicho propósito.

En la comunicación que nos cursara, la Dra. Irene Klinger, Directora del Departamento de Asuntos Internacionales, se destaca el interés de incrementar y seguir fortaleciendo los mecanismos de cooperación entre las organizaciones de la sociedad civil y los estados miembros de la OEA.

Esta decisión del organismo internacional, marca un hito histórico a partir del cual la FLAM, contará con un respaldo internacional importantísimo en su actuación en pos del fortalecimiento de la independencia de los poderes judiciales de la región.

Comunicado Nº 136/2009 del 14/12/09

En el transcurso de la semana pasada por dos veces sendos magistrados de la Justicia Nacional del Trabajo se vieron impedidos de ejecutar una medida cautelar, obstaculizados por el retaceo de colaboración por parte de la fuerza pública.

En la segunda de esas oportunidades la cuestión se tornó tanto más grave, ya que al impartir la orden de que se le franqueara el acceso al inmueble, el magistrado interviniente –Dr. Alejandro Sudera, a la sazón Director de la Escuela de Capacitación Judicial de esta Asociación- recibió como respuesta del Comisario José Villamayor que debía el juez llamar al Jefe de Gabinete, Dr. Aníbal Fernández. El concreto rechazo del magistrado a tan improcedente pedido sólo generó un pedido de disculpas del comisario interviniente, manifestando estar acatando directivas, y la reiteración de la orden del magistrado impartiéndole la directiva de que le franqueara el acceso derivó en un mero intento formal y el abandono de la diligencia por parte del oficial del orden, quien había acudido a la misma vistiendo de civil y sin apoyo alguno.

Los diarios Clarín (página 36) y La Nación (página 14) del sábado 12 dan cuenta de declaraciones periodísticas del Jefe de Gabinete Dr. Aníbal Fernández, refiriendo haber dicho "al Jefe de la Policía , y seguramente el jefe de la Policía trasladó al comisario que estaba en el área, que nosotros no vamos a cumplir esa orden" (Clarín) y afirmando "que el Gobierno había ordenado que no se acatara esa orden" (La Nación). En esas mismas declaraciones el Dr. Fernández se arrogó la facultad de control de constitucionalidad –en el caso respecto de la medida cautelar decretada y su ejecución- que la Carta Magna pone exclusivamente en cabeza de la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación (art. 116) y veda en forma absoluta al Poder Ejecutivo (art. 109). La gravedad institucional de los actos llevados adelante por el Sr. Jefe de Gabinete no puede ser soslayada ni minimizada, en tanto resultan configurativos de múltiples tipos penalmente punibles, violentan flagrantemente la división de poderes y plantean un escenario de conflicto de poderes inadmisible en un Estado Republicano de Derecho.

Esta Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional expresa su más enérgico repudio de las acciones del Comisario Villamayor, del Jefe de Gabinete Aníbal Fernández y de todo otro funcionario público que pudiere haber estado involucrado, requiriendo la inmediata adopción de las sanciones de naturaleza administrativa y/o penales que les pudieran corresponder en orden a los tipos penales que en definitiva les resultaren imputables.

Jornada en el Salón Auditorio de la Asociación

INTERCAMBIO TEÓRICO-PRÁCTICO

ENTRE LA PSQUIATRÍA, LA CRIMINOLOGÍA Y LA JURISDICCIÓN PENAL"

Comentario enviado por Dr. Luis Ohman, Coordinador del Proyecto de Reforma U.20 S.P.F.

a iornada fue celebrada el 16 de noviembre pasado en nuestro salón auditorio, contando con la coordinación de los Dres. Luis Rueda (Presidente de la Comisión de Capacitación, Marcelo A. Peluzzi (Juez Nacional de Ejecución Penal) y Luis Ohman (Director del Equipo Médico de la Unidad nro. 20 del Servicio Penitenciario Federal), y actuaron como Secretarios los Dres. Alejandro Sudera (Director de la Escuela Judicial), Mariano Pérez Roller (Secretario del Consejo de la Magistratura) y María Martha Scorticati (integrante del Equipo Médico de la Unidad nro. 20).

El acontecimiento permitió poner en discusión en el espacio académico aquellas cuestiones conflictivas que surgen de la intersección entre la psiquiatría y la cri-

minología, la situación de los enfermos mentales en el derecho penal, las consideraciones sobre el poder punitivo, las agencias del sistema penal, la pena, las medidas de seguridad, el discurso de la psiquiatría forense y la categoría de la peligrosidad.

La mayor parte de las exposiciones estuvieron destinadas a desarticular la relación entre violencia y derecho, desmontando una economía de arbitrariedad e irracionalidad en este encuentro originario entre la psiquiatría y criminología como zona de no derecho sobre los enfermos mentales. El debate se centró en el problema de la legitimación de la pena y las medidas de seguridad, en el problema más complejo de la legitimación de la intervención penal y forense, el problema de la peligrosidad y el discurso de la psiquiatría positivista.

Luego de la presentación de la jornada por parte del Presidente de esta Asociación, Dr. Ricardo Recondo, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni (Señor Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) desarrolló algunos aspectos históricos en la constitución del poder punitivo y su formalización jurídica, ofreció un planteo específico sobre el delito de genocidio, en el sentido de que el pensamiento racista siempre ha resultado un pensamiento homicida y que los crímenes del nazismo no fueron más que la culminación de la senda indicada por el positivismo, seguida hasta sus últimas consecuencias. Finalmente, profundizó la crítica de este encuentro fatal en el nacimiento de la criminología y la psiquiatría: La psiquiatría de la peligrosidad y la

> criminología etiológica. Se planteó la necesidad de interrogar estos campos del saber en la esperanza de producir un cambio en nuestros sistemas penales y formulaciones teóricas, de modo tal que permita mejorar nuestro inter-



Dres. Marcelo Peluzzi Sergio Delgado Esteban Toro Martinez Alejandro Marambio y Luis Ohman Dres. Luis Ohman, Alejandro Alagia, Gabriel Ignacio Anitua y Alejandro Slokar

cambio, morigerando los niveles de violencia.

En síntesis: se definió una gran función de la criminología en tanto saber que permite explicar cómo operan los controles sociales punitivos de nuestro margen periférico, qué conductas y actitudes promueven, qué efectos provocan y cómo se los encubre.

También se señaló la esperanza de que estos encuentros permitan, en un proceso de transformación, construir una clínica de la vulnerabilidad y una psiquiatría en la que prevalezca el planteo socio-psico-biológico de la vulnerabilidad de los individuos al sistema penal. "En ese sentido, no nos preocupamos tanto por una etiología de la conducta criminal, sino por una etiología de la vulnerabilidad, que reclama una clínica para revertirla".

Ha sostenido en el transcurso del evento la Dra. Florencia Hegglin: "Ni el control de los enfermos mentales le corresponde de 'modo natural' al Derecho penal en tanto se ha reconocido que el Derecho penal clásico no existían las medidas de seguridad; ni la complejidad de la empresa puede paralizar la implementación de un sistema dirigido, en definitiva, a eliminar un Derecho penal de peligrosidad y a imponer, en su lugar, un derecho de la asistencia social con pleno reconocimiento de los derechos de los enfermos mentales".

La convocatoria de la Asociación de Magistrados construyó un espacio abierto a la discusión y a la transformación de algunas categorías y dispositivos autoritarios, a la vez que denotó



una marcada preocupación del mundo académico respecto de la necesidad de contar con fronteras nítidas en el ejercicio del poder punitivo.

La relación entre violencia, vulnerabilidad y sistema penal fue un tema abordado por la mayoría de los panelistas. Podríamos afirmar que en el espacio que se genera entre violencia y vulnerabilidad es posible hacer lugar a la discusión ética y política, generando de tal modo un sitio de reconocimiento y responsabilidad: "Justicia pero no como mera equidad resultante de la aplicación de los principios de Libertad e Igualdad, sino sobre todo, como cuidado de la alteridad, simplemente del otro, que como exterior interpela la totalidad. No es la violencia la que nos hace vulnerables, es la vulnerabilidad entendida como responsabilidad por el otro, la que puede resistir a la violencia que siempre se ejerce en nombre de la totalidad, que como total no tolera ninguna exterioridad".

La Dra. Stella Maris Martinez (Defensora General de la Nación) y la Dra. Florencia Hegglin (Defensora Oficial ante los Tribunales Orales), profundizaron acerca del problema de la extrema vulnerabilidad de los sujetos prisionizados y enfermos mentales, y de-

molieron sistemáticamente la categoría de peligrosidad y los límites y problemas de legitimación de la medida de seguridad definida como una zona de no derecho. La Dra. Stella Maris Martínez planteó con claridad y firmeza que después de los fallos fundados de la Suprema Corte de Justicia de La Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sólo queda que esta nueva jurisprudencia se aplique, se haga realidad, cosa que hasta el presente no ocurre en debida forma.

En la ocasión, citó el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el gobierno de Guatemala en tanto que: "La Corte consideró que la incorporación de la peligrosidad como elemento de descripción típica o como factor para la selección de la pena, en sus respectivos casos, no se aviene con el principio de legalidad que dispone la punición de hechos o conductas ilícitas culpablemente realizados.".

A su vez, se plantearon dos propuestas como base de discusión a la modificación del artículo 34 del Código Penal, la del Diputado Lic. Leonardo Gorbacz y el texto del Dr. Javier de Luca, que surge del Proyecto de Reforma del Código Penal y que incluye la Imputabilidad Disminuida, abrién-

PROGRAMA DE LA JORNADA

Apertura de la jornada.

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni -Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1° Mesa: "Inimputabilidad, hacia una reforma del Art. 34 del Código Penal"

Lic. Leonardo Gorbacz -Dip.Nacional.

Dra. Diana Conti -Dip. Nacional.

Dr. Ricardo Gil Lavedra -Dip. Nacional Electo

Dr. Javier De Luca -Fiscal General-

Dr. Roberto Godoy - Cuerpo Médico Forense

2° Mesa: "Intersecciones-interpretaciones entre la psiquiatría y el derecho penal".

Dr. Sergio Delgado -Juez de Ejecución Penal

Dr. Esteban Toro Martínez - Cuerpo Médico Forense

Dr. Alejandro Marambio -Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal

Dr. Luis Ohman -Equipo de Salud de la Unidad N° 20 del S.P.F.

3° "Psiquiatría de la peligrosidad y derecho penal autoritario"

Dra. María Florencia Hegglin -Defensora Oficial

Dr. Gabriel Ignacio Anitua -Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación

Dr. Alejandro Alagia -Fiscal General

Dr. Alejandro Slokar -Defensor Adjunto de la Ciudad de Buenos Aires

4º Mesa: "La nueva línea jurisprudencial. Fallos de la Corte Interamericana de DD.HH. y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" (fallos CIDH "Fermín Ramírez Vs. Guatemala" y "Ximenes Lópes c/Brasil"; fallos de la CSJN "Gramajo, Marcelo E." y "R., M.J. s/insania")

Dra. Stella Maris Martínez -Defensora General de la Nación

Cierre de la jornada.

Dres. Luis Fernando Niño -Juez de Cámara; Luis María Cabral -Juez de Cámara, Consejero de la Magistratura y Luis Ohman -Equipo de Salud de la Unidad N° 20 del S.P.F.

dose así una interesante discusión de la que participaron el Dr. Ricardo Gil Lavedra (Diputado Nacional electo), el Dr. Roberto Godoy y el Dr. Ernesto Toro Martinez (ambos Médicos Forenses), quienes apoyaron las modificaciones propuestas, cuestionaron la categoría de peligrosidad y plantearon las dificultades de ese Cuerpo con vistas a la demanda funcional y posibilidades reales de respuesta.

Por su parte, el Dr. Luis Fernando Niño realizó una seria objeción a la imputabilidad disminuida, especialmente a partir de que no están reguladas jurídicamente las medidas de seguridad y

por advertir serios riesgos de proyección de un campo de arbitrariedad sobre la población más vulnerable. Ha entendido que esta discusión debería ser profundizada para poder avanzar en las modificaciones parlamentarias del Código Penal, que permitirán reducir los niveles de arbitrariedad y violencia en sintonía con la jurisprudencia antes señalada.

En relación con la Unidad Nº 20 del S.P.F. se relataron los cambios en la estructura de profesionales y las modificaciones producidas en sus instalaciones con el derrocamiento de las celdas de castigo. Así, y tal como lo informa el "Ministerio Público de la Nación", se han realizado evidentes

mejoras en lo edilicio y equipamiento, en consonancia con el cambio de concepción operado respecto de la función y finalidad que habrá de cumplir el establecimiento: "...Se han operado un claro pasaje en la cosmovisión del sujeto alojado en el centro. La institución que operaba como centro de detención cambia paulatinamente el paradigma que la define y se convierte en Hospital Psiquiátrico."

Para mejor ilustración del lector se transcribe el organigrama del evento y la nómina de oradores que asistieron al encuentro:

En suma, fue una jornada intensa de trabajo sobre los temas señalados y tanto participantes como invitados coincidieron en lo provechoso que resulta introducir este debate bajo una perspectiva interdisciplinaria.



Dres. Marcelo Peluzzi Luis Ohman y Stella Maris Martinez

NOTICIAS CORTAS



Seguros de Vida SMG LIFE

Ponemos en conocimiento de los Sres. Asociados que se llegó a un acuerdo con la compañía de seguros para la ampliación de los capitales asegurados para los asociados mayores a 65 años.

Hasta el mes de octubre los montos de seguro de vida según contrato con las siguientes escalas.

66 a 70 años: Suma asegurada \$ 62.500 71 a 75 años: Suma asegurada \$ 12.500 75 en adelante: Suma Asegurada. \$ 6.250

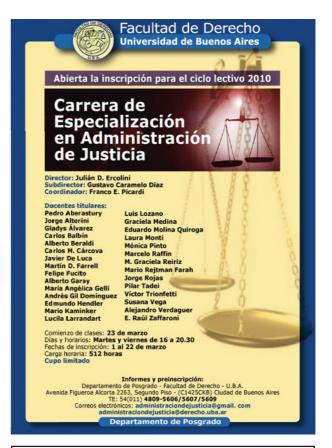
Ante tal realidad y tratando de beneficiar a los Magistrados mayores de edad es que se acordaron los siguientes montos.

66 a 70 años: \$ 100.000 71 a 75 años: \$ 50.000 76 en adelante: \$ 25.000

Para evitar los exámenes médicos que la compañía solicitaría de hacerlo en cada caso particular, es que se resolvió pasar a todos los asociados a la vez, evitando que muchos de nuestros asociados no pudieran obtener el nuevo beneficio debido a las edades avanzadas.

Por otro lado, es importante hacer notar que ninguna Cía del mercado toma asegurados de estas edades, siendo el tope máximo de ingreso los 64 años.

Ante cualquier inquietud, rogamos que se comunique telefónicamente con el productor a cargo, Sr. Alfredo Rivadeneira al 15-6138-5847





Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional

Festejar es posible...
Todo tipo de eventos: empresariales y sociales

Cocktail

Coffee Break

Congresos

Desayunos

Casamientos

Cumpleaños

Precio - calidad y servicio personalizados en cada evento

Salón a disposición

• Cattering a domicilio

e-mail: equilibriocattering@hotmail.com Tel.: 4 372 0239

Héctor Ballestero - Claudia Sánchez

ENTREVISTA AL DR. LUS CABRAL

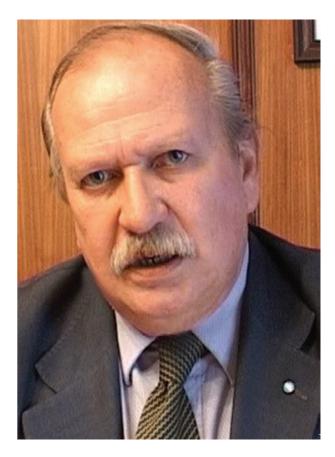
Presidente del Consejo de la Magistratura

- Argentina vive un tiempo de crispación generalizada, de declaraciones fuertes y, dentro de este marco, usted aparece como medido y diplomático. Ya que esta entrevista está dirigida a sus colegas, ¿podrá ser lo más directo posible?, no le pido convertirse en un D'Elía, simplemente dejar por un rato a Richelieu
- Quizás algunos me caractericen como diplomático, pero hay quienes me tienen por muy frontal, depende desde dónde se analizan las características de cada uno. Puedo decir que siempre y en cada lugar sostengo mis posiciones de la misma manera y no cedo ninguna de las que entiendo son centrales para cumplir con mi función, que es hoy la de defender la independencia y la imparcialidad de los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional y protegerlos de toda presión proveniente de los poderosos económicos, sociales o políticos, y de otros poderes del Estado.
- Preguntas concretas sobre hechos: a fines de 2006 dentro del ámbito judicial se descontaba que el Dr. Cabral sería el nuevo presidente del Consejo de la Magistratura, algunos medios incluso lo mencionaron como prácticamente electo. Pero en la votación eso no sucedió...
- Concretamente. Yo había tenido varias conversaciones con representantes del oficialismo: con el Dr.

(Miguel Ángel) Pichetto, que era senador y hasta ese momento miembro del Consejo, con el senador (Nicolás) Fernández y con el diputado (Carlos) Kunkel; ellos me habían adelantado que iban a apoyar a un candidato judicial como presidente del Consejo, y como yo era el representante de la lista mayoritaria de jueces, iban a apoyar mi designación. Idéntica postura me anticipó el diputado Federico Storani, suya y del senador (Ernesto) Sanz, como representantes del radicalismo. Lo mismo el Dr. (Mariano) Candioti, de los académicos. Pero en conversaciones últimas que tuve con el Dr. Kunkel, me manifestó que el apoyo oficialista estaba condicionado a que desplazara de la Secretaría de Administración General al Dr. (Pablo) Hirschmann. Le contesté que esa decisión no estaba incluida dentro de mi proyecto si llegaba a presidente y que no sería cartón pintado de nadie. En suma, tuvimos ese desacuerdo y esto llevó a que el oficialismo votara junto a otros miembros la designación del Dr. (Pablo) Mosca. Debo agregar que, más allá de este episodio, en el curso de estos años he tenido muchos desacuerdos y también muchos acuerdos con el Dr. Kunkel, lo mismo con el Dr. Mosca, o sea, aquella discrepancia inicial no perturbó mi actividad en el Consejo.

- 2006: Cabral no, 2009: Cabral sí. ¿Qué es lo que cambió? ¿Cambió el oficialismo que ahora lo apoyó,

- cambió el Dr. Cabral que se acercó al oficialismo, o cambiaron las circunstancias?
- Habría que preguntarle a cada uno de quienes no me votaron en otras ocasiones y ahora lo han hecho. Estimo que desarrollé un trabajo constante y coherente en el Consejo de la Magistratura que presumo habrá llevado a que mis colegas hayan entendido que era adecuado sostener mi presidencia. Creo también que mi postura reiterada en cuanto a mantener una coordinación adecuada entre el Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema de la Nación ha ga-





nado relevancia y se ha generalizado entre todos los consejeros.

- El Consejo de la Magistratura está en su 12º año de actividad. Cuando se creó en la reforma constitucional del 94 hubo muchas críticas, también cuando se reglamentó, y persisten. ¿Cómo calificaría al Consejo si tuviera que hacer un balance de estos años?
- Hay que distinguir cada una de las competencias que tiene el Consejo para hacer un balance particular, y en esto cabe una crítica al diseño constitucional mismo.
- ¿Usted no estuvo de acuerdo cuando se introdujo en la reforma del 94?
- Yo objeté y no estuve de acuerdo en que el Consejo tuviera a sus cargo cuestiones propias de la vida interna del Poder Judicial como son sustancialmente la administración y la reglamentación. La experiencia ha ido demostrando que no han sido felices en ese sentido las prácticas del Consejo, y que la Corte, como cabeza del Poder Judicial, debe ser quien tenga a su cargo esos aspectos. Para ser realmente independiente, un poder del Estado no debe tener injerencias de

otros poderes. Sería impensable que en la administración del Poder Legislativo o del Ejecutivo participaran jueces. Por lo mismo, creo que es un error de concepto hacer participar a representantes de los otros poderes en la administración del Poder Judicial. Pero está en la Constitución. La cuestión entonces es mantener la prevalencia de la Corte. En la primera etapa esto se logró porque el presidente del Consejo era el de la Corte, lo que permitió un trabajo mancomunado, criticable o no, en cuanto a la administración. Luego hubo acciones para dividir las actividades del Consejo y de la Corte en los aspectos administrativos y reglamentarios, y creo que eso es un error porque la Constitución Nacional habla de la administración. Pero la decisión sustancial, la línea política del presupuesto, debe ser de la Corte, a la Corte le corresponde establecer cuáles son las políticas de Estado del Poder Judicial.

- O sea, el tema administración es su objeción al encuadre del Consejo.
- Así es. Mi observación es la exclusión de la Corte en el diseño legal del Consejo, aunque siempre lo he con-

siderado muy acertado en otros aspectos.

- Seguramente se está refiriendo a la selección y el juzgamiento de magistrados. Hay algo que parece oportuno apuntar: el hombre común no conoce la importancia de la cuestión "competencia presupuestaria", pero sí relaciona al Consejo con los concursos y juzgamientos de magistrados. Lamentablemente estas noticias le llegan habitualmente vinculadas a escándalos: corrupción en los concursos y el juzgamiento como herramienta para presionar a jueces o para encubrirlos. ¿Qué puede decir sobre esto?
- En general los concursos de selección han sido un mecanismo para establecer un piso de idoneidad para los candidatos a jueces, y esto me parece conveniente. Aunque la aptitud técnica no es el único aspecto que define la personalidad y a veces el Consejo puede no haber encontrado el perfil ideal de personalidad, independencia e idoneidad moral. Es más dificil lograr eso. Pero a pesar de esas limitaciones, es preferible el sistema ya que hay una participación colectiva de representantes de distintos ámbitos y

El Dr. Luis Cabral firma el acta de asunción



poderes para llegar a la selección.

- ¿En cuanto a lo disciplinario?

Hay una percepción en cuanto a la presión ejercida sobre los jueces a través del sistema disciplinario y acusatorio. Querría señalar dos cosas. Una, que a pesar de las presiones que muchas veces se ejercen desde algunos miembros del Consejo, o desde otros poderes políticos que representan algunos miembros del consejo, nunca hubo un juez que haya sido acusado por el contenido de una sentencia, al menos hasta el momento. Otra, que hay casos que se prolongan por su complejidad o por la dificultad en encontrar acuerdos; hay que consensuar para lograr una resolución.

- En los informes del Consejo aparecen sumarios pendientes, todavía algunos no tratados y hasta en estado incipiente, con antigüedad de dos años y más. ¿Le parece razonable que un magistrado de la Nación esté sujeto a investigación por dos o tres años?

- No, no me lo parece, de ninguna manera, ni justo ni conveniente.

- ¿No hay plazo para resolver estos sumarios?

- Sí, tres años establece la ley...

-¿Le parece justo, no le parece excesivo?

- Me parece que es conveniente que todas las denuncias que recibe el Consejo sean tratadas y resueltas con total premura. Debo decir que el 90% se resuelve en menos de seis meses.

- También debe admitir que a veces se consideran denuncias sin sustento alguno.

- En muchos casos. Hay algunas que, se advierte, se prolongan disparatadamente por alguna razón personal o política, por ejemplo una contra el juez (Ricardo) Recondo que se mantuvo durante siete u ocho meses porque se trataba de Recondo. O alguna que se originó en una circunstancia política como fue una denuncia de carácter genérico contra los jueces federales del país con motivo del con-

flicto del campo por la Resol.125. En realidad no había imputación contra ninguno en particular y, no obstante, se mantuvo durante mucho tiempo. La Dra. (Diana) Conti llegó a presentar una desestimación pero luego la retiró porque alguien le habrá dicho que la denuncia debía mantenerse activa.

- Usted, como juez, ¿siente que los demás le presumen una actitud corporativa respecto a las denuncias contra sus colegas?

- Los políticos utilizan esto permanentemente. Desde el primer día he señalado que el Poder Judicial no es una corporación y creo que ha quedado claro en mis posturas. Si algún juez pretende ampararse en algún tipo de prebenda y confunde sus inmunidades con impunidades no merece ser juez. Pero, por supuesto, no voy a permitir que se acuse a un magistrado livianamente.

- Usted mencionó la palabra percepción y también que ningún ma-

gistrado ha sido juzgado por el contenido de sus sentencias. Bien. Pero muchos ciudadanos tienen la percepción de que, en la forma que el Consejo de la Magistratura se está manejando en los últimos años, no importa lo inapropiado que actúe un magistrado, si favorece a determinado sector, no será juzgado.

- Esa percepción la hay, existe

- La percepción es que por un lado se usan denuncias para presionar a ciertos jueces, mientras hay jueces que jamás serán juzgados.

- Cuando señalo que el contenido de la sentencia de un juez no puede ser motivo de persecución, no se trata de que un juez pueda decir cualquier cosa en una sentencia, y ser impune porque lo dijo en una sentencia. Porque un juez puede cometer grandes irregularidades con un sentencia. De lo que se trata es que la interpretación del derecho y de los hechos, establecida según el buen entender y la conciencia sobre la base de la ley y de las pruebas, no puede merecer reproche. Pero sí lo puede merecer aquel juez que se aparta burdamente del derecho, por ignorancia o por intencionalidad o que, más allá de la producción de las pruebas, insiste en sostener alguna posición para favorecer o para perseguir a alguien.

- O sea, si hay denuncias se investigarán

- A veces no hay denuncias sobre muchos hechos que se publican. Pero quiero señalar también la otra cara: los jueces que tienen a su cargo cuestiones que hacen al poder muchas veces resuelven a favor y muchas veces en contra del poder. Y pueden ser calificados por algún caso que adquirió mayor resonancia. Sin conocer la causa no puede opinarse que el juez pudo haber prevaricado o haber ignorado burdamente las pruebas que tenía a consideración.

- En estas dos áreas que hacen a la competencia del Consejo de la Magistratura: selección y juzgamiento, ¿tiene proyectos de reformas que pueden lograr la aprobación de los demás miembros?

- En primer término, puedo decir que ya el Consejo se ha puesto de acuerdo, diría que en un 95%, en un proyecto que presentamos los consejeros jueces, el Dr. (Luis María) Bunge Campos, el Dr. (Miguel Ángel) Gálvez y yo. Un proyecto para los concursos de selección.

- ¿Qué modificaciones importantes contempla ese proyecto?

Además de garantizar el anonimato en la etapa de oposición escrita, se introduce una oposición oral, pública, frente al jurado de selección. En esa oportunidad, los concursante contarán con un tiempo de aproximadamente veinte minutos para dialogar sobre un tema con el jurado y, de esa manera, se podrá advertir otro aspecto de su conocimiento jurídico, y su habilidad y carácter para desempeñar la jurisdicción, su capacidad para resolver. Estas características personales deben integrar la evaluación porque es importante que el juez conozca la vida de la sociedad, sus conflictos, sus aspiraciones, sus deseos de participación. Todo esto conforma la identidad de un juez y debe ser valorado por el Consejo.

- Han sido publicados, en forma resonante, casos ciertos o supuestos de corrupción en los exámenes escritos, ¿puede ser que el Consejo no les haya asignado la importan-



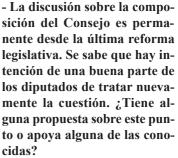
El Dr. Luis Cabral con el Dr. Luis María Bunge Campos, presidente saliente

cia que merecen?

- No, no es así. Hubo dos casos paradigmáticos y cercanos. Uno, el concurso para juez de Tribunal Oral de Paraná, en el que se determinó que uno de los concursantes tenía los casos de exámen en su poder y, tanto el concursante como un jurado, que ha sido identificado por la instrucción penal como quien habría entre-

fiere a los concursos, ¿qué se puede modificar en cuanto a las denuncias, para que no sea tan sencillo denunciar o al menos para que se agilice su tramitación?

- Hace poco tiempo, a propuesta del Dr. Bunge Campos, se ha aprobado una reforma reglamentaria que permite retener una causa hasta tanto se determine que procede iniciar el suacuerdos en algunos aspectos con el Dr. Bunge Campos, subrayo que es un digno representante de sus pares. Creo que es conveniente que los jueces presidan el Consejo de la Magistratura porque los órganos que hacen a la vida judicial no pueden estar encabezados por representantes de otros poderes o colegiaciones.



- Creo que es conveniente un Consejo de la Magistratura equilibrado. La actual composición muestra una preponderancia del sector político y, dentro de ese predominio, del sector oficialista, que se convierte en imprescindible para la toma de decisiones. Tiene que haber mayor representación de académicos, al menos dos. También un abogado más, los abogados deben tener

un lugar en la Comisión de Selección. Y fundamentalmente es necesaria una mayor participación de los jueces. Agrego al presidente de la Corte Suprema como presidente del Consejo. En suma, apoyo un Consejo de 17 miembros donde ningún sector tendría poder de veto ni relevancia con respecto a los demás. Esta nueva conformación acabaría por sí sola con el "apriete" que se puede ejercer por cuestiones personales o desde un sector político.

-¿Como se lleva con la Dra. Conti y el Dr. Kunkel?

- La Dra Conti es la más trabajadora de todos los consejeros, es una persona inteligente, conoce el Poder Judicial y a la gente del Poder Judicial.



El Dr. Luis Cabral, en el acto de asunción como nuevo presidente del Consejo de la Magistratura, y el Dr. Ricardo Lorenzetti

gado el caso, se encuentran penalmente procesados. El otro caso es el del concurso 140, de cuatro cargos para jueces federales de la Capital. Hubo dos artículos que aparecieron en el diario La Nación que señalaron la probable existencia de irregularidades en este concurso. Esto mereció un sumario que llevó la auditoria del Consejo de la Magistratura, en el que no se pudo determinar la existencia al menos de esas irregularidades. Sobre el mismo supuesto fraude, hay una causa penal que se tramita ante del juzgado de la Dra. María Servini de Cubría, y el Consejo está a la espera de ese informe para poder avanzar en ese concurso.

- La propuesta que mencionó se re-

mario. De esta manera se ha evitado muchas veces citar a magistrados cuando se advierte rápidamente que la imputación no tiene fundamento. Esta modificación permite que, hoy en día, puedan ser desechadas denuncias que no cuentan con sustento.

- Usted dijo "propuesta del Dr. Bunge Campos" y parece oportuna la pregunta sobre lo que sucedió en la anterior elección, a fines del 2008, cuando él fue elegido presidente del Consejo, y no el Dr. Gálvez o usted que representaban al sector mayoritario de los jueces.
- Entiendo que quienes decidieron votar de esa manera prefirieron optar por otro criterio de elección y estaban en su derecho. Más allás de mis des-

- En este último tiempo se ha hablado de "jueces delivery", "justicia express" y por último de "Partido Judicial"...
- Clasificaciones para desacreditar al Poder Judicial ha habido muchas, por ejemplo las que lo mencionan como "corporación judicial" o "familia judicial". No es corporación ni partido político, es un poder del Estado con todo lo que eso conlleva y significa. Hablar de "Partido Judicial" como un asociación política que actúa orgánicamente resulta impensable cuando hay magistrados de todas las ideologías y simpatías: desde posturas conservadoras hasta las más progresistas, peronistas, radicales, liberales, socialistas. Jueces con creencias religiosas y jueces agnósticos. Y justamente esa pluralidad es la que enriquece la producción del Poder Judicial. Lo de "Partido Judicial" es una creación dialéctica, mediática y sin sustento, que sólo apunta a descalificar fallos desfavorables. En suma, el programa político al que todos los jueces están adheridos y deben hacer cumplir, es la Constitución Nacional.

Tiene criterio jurídico sobre el funcionamiento. Es agradable personalmente y se puede trabajar muy bien con ella para alcanzar acuerdos. En su faz pública muestra otras aristas que no se ven en el Consejo. En cuanto al Dr. Kunkel, también es una persona agradable, simpática personalmente, pero a veces es difícil para tratar asuntos porque se coloca en una posición más distante y no está tan presente. De todas maneras tengo respeto por los dos, puedo tener discordancias pero no tengo objeciones en cuanto al trabajo que realizan en el Consejo.

- Cuando usted asumió como presidente remarcó dos puntos: una relación coordinada con la Corte Suprema y el requerimiento de la autarquía para el Poder Judicial. Es importante que el Poder Judicial

Es importante que el Poder Judicial tenga autarquía y autonomía financiera, y los poderes políticos están obligados a otorgarle esa condición, porque eso hace a su independencia. Eva Perón decía que una mujer sólo sería independiente cuando dispusiera de su propio dinero; eso es válido para cualquier persona y más para un poder del Estado. Se necesita la autarquía para poder satisfacer necesidades materiales que están

muy retrasadas.

- Por ejemplo...

- El Poder Judicial está rezagado en edificios, en tecnología, en recursos humanos. Su mapa judicial está atrasado: hay que crear más juzgados, se deben nombrar más jueces. A veces se da como solución la creación de cargos de empleados, pero más todavía hacen falta jueces que tomen decisiones y resuelvan casos. Están atrasadas las reformas imprescindibles para un Poder Judicial moderno, con un sistema penal acusatorio, un oral civil, un sistema de seguridad social digitalizado, la introducción generalizada de sistemas alternativos para la resolución de conflictos, tribunales para casos de menor cuantía.
- Respecto a la Corte Suprema. Además de su postura de que el presidente de la Corte debería presidir también el Consejo, ¿qué otras ideas tiene o tal vez ya ha conversado con el Dr. (Ricardo) Lorenzetti para reforzar el trabajo en común?
- La Corte y el Consejo son dos órganos autónomos que actúan en forma independiente, pero considero que todo lo relativo a la administración debe ser trabajado de manera coordi-

nada. No tiene sentido alguno que la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura disputen espacios, no sería conveniente para el Poder Judicial ni para el funcionamiento institucional de la República. Lo natural es acordar y trabajar de manera conjunta, y en cuanto a esto hoy en día existe opinión unánime, diría, más allá de tal o cual aspecto puntual observado por algún consejero.

- ¿Qué objetivos le gustaría se alcanzaran durante su presidencia? Realmente aspiro a que, con la participación de todos los sectores políticos, se pueda llegar a un diseño adecuado del Consejo de la Magistratura y también a establecer la autarquía y autonomía financiera del Poder Judicial. Hacen a un aspecto fundamental de la vida republicana y de la independencia judicial. Creo que velar por esa independencia no debe estar solamente a cargo del Poder Judicial sino de todos los poderes del Estado. Y un Poder Judicial que tenga independencia en cuanto a su formulación institucional va a dar mucho mayor prestigio a cada uno de los otros poderes.

Entrevisto para yconsiderando... Héctor Ruız Núñez



Fotografías: Centro de Información Judicial (CIJ)

Peresentación del Programa en la Ciudad de Salta

LAS MUJERES JUECES DESPIDIERON EL AÑO

n un clima de gran camaradería se realizó el almuerzo de Fin de Año de la **Asociación de Mujeres Jueces de Argentina** el pasado 4 de diciembre de2009.

El encuentro resultó la ocasión para la presentación de la nueva página web, el anuncio del programa de capacitación y la bienvenida a una cantidad de nuevos socios.

Como resultado del constante crecimiento institucional de AMJA, la reunión fue asimismo la oportunidad para la firma se sendos convenios de cooperación celebrados con la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales y con la sede local de la Judicial Aca-

Las Dras Carmen Argibay y Elena Highton con la Dra. Florentina Gómez Miranda

demy. Con motivo de los mismos, la Presidente **Dra Susana Medina de Rizzo** entregó a los

Dres. Rafael Gutiérrez y Ricardo Li Rosi diplomas de miembros honorarios de AMJA.

La nota central fue el

anuncio de la **Dra Carmen Argi- bay** de que donará un inmueble para que **AMJA** cuente con **sede propia.**◆



La Dra Medina de Rizzo acompañada por el Consejo Directivo

UN DELTO OLYDADO

Por Pablo Gasipi

Aproximación.
En un trabajo anterior, publicado en esta misma revista, presenté las conclusiones a que llegué después de estudiar la realidad jurídica de los documentos históricos.

Ahora, avanzando más en ese espacio, hago un apunte sobre el delito previsto en la ley 15.930, llamado "ocultamiento de documentos históricos", que es el único delito que en la tipificación menciona a uno de los componentes del *patrimonio cultural* en forma expresa¹.

2- El artículo 26 de la ley 15.930.

a. El Archivo General de la Nación tiene atribuciones, entre otras, para celebrar contratos de adquisición de documentos ad referéndum del P.E.N. (Art. 3.c), solicitar a instituciones privadas y particulares información acerca de los documentos de valor histórico que obren en su poder (Art. 3.f), y "tomar intervención en las transferencias de documentos que se efectúen entre particulares y proponer al Poder Ejecutivo ... declaraciones de utilidad pública y la consiguiente expropiación cuando correspondiere" (Art. 3.h). Todas éstas a su vez se vinculan con el Art. 20 de la ley, que posibilita a los particulares la posesión de documentos históricos siempre que los mantengan en "condiciones que garanticen su conservación". El senador Víctor Fleitas, informante del proyecto de ley, dijo que la ley no "coarta la iniciativa privada, antes bien se la encausa y asesora. El Estado debe gravitar en la conservación y divulgación del copioso manantial de datos históricos, alentando su conocimiento"².

- **b.** Esta facultad –Art. 3 de la ley- se vincula con las obligaciones de los poseedores. Su esencia, en el lenguaje jurídico actual, es la de ser *instrumentos de protección* de el o los objetos referidos por la ley (cfr. Art. 2.a y 8.3 de la ley 26.675, de presupuestos mínimos de gestión ambiental sustentable, que incluye a la protección del patrimonio cultural³).
- **b.1.** La primera es la referida en el Art. 19 de la ley: "Los documentos de carácter histórico que estén en poder de particulares, deben ser denunciados por sus propietarios al Archivo General de la Nación ..., en el plazo de 1 año de promulgada la presente ley, para el conocimiento de su existencia e incorporación al inventario ... (instrumento protector: individualización) ...La no observancia de esta disposición implicará ocultamiento.". La obligación de denuncia se extiende a todo funcionario o agente público que advierta la existencia de documentos de carácter histórico en las actuaciones en que intervengan (Art. 25) - ¡¡¡está vigente!!!-4.
- **b.2.** La segunda obligación de los poseedores (instrumento protector: prohibiciones administrativas) está expresada en el Art. 21 en éstos términos "Los cedentes de documentos his-

tóricos deberán solicitar autorización del Archivo ... para efectuar la transferencia indicando el nombre y domicilio del futuro propietario o tenedor. Dentro de los treinta días de producido el acto deberán comunicar su conclusión. El incumplimiento de lo establecido en este artículo, será considerado ocultamiento.".

El artículo 22 agrega a la nómina de los obligados a "las personas que comercien con documentos de carácter histórico o intervengan en sus respectivas transacciones" quienes "deberán cumplir con los mismos requisitos establecidos en el Art. 21.". Caso contrario, "la infracción a lo determinado en este artículo será considerada igualmente ocultamiento".

- **b.3.** El tercer instrumento es la sanción penal. Veremos a continuación su contenido.
- c. Las transcripciones que preceden no son ociosas. El artículo 26 de la ley 15.930 tipifica un delito referido a la infracción a aquellas disposiciones.

"Las personas que infrigieren la presente ley, mediante ocultamiento, destrucción o exportación ilegal de documentos históricos serán penadas con multa ..., si el hecho no configurare delito sancionado con pena mayor." (instrumento protector: la sanción penal).

Antes del análisis de los elementos del tipo me parece útil recordar que esta ley fue redactada en 1959 y promulgada en 1961, época en que la técnica

¹ No quiere decir esto que los objetos componentes del *patrimonio cultural* no puedan ser *corpus* de otros delitos. Los *documentos históricos* pueden ser, por ejemplo, el objeto hurtado o robado (causas "Amor" del juzgado federal 3 de Capital Federal o "Videla" del juzgado federal 4), o aquél vendido a sabiendas de su procedencia ilícita (Art. 277 del Código Penal; causa "Pastore" del juzgado federal 4 de Capital Federal y c. 42.323 de Sala I de esa Cámara). Sólo quiere decir que <u>no hay delitos específicos en la legislación nacional, además del que nombraré, referidos a los componentes del *patrimonio cultural*, en general, y a los *documentos históricos* en particular. Ver, además, nota 11.

² Sesión del 13.11.1959, Diario de Sesiones período 1959-Tomo III, Páq. 2335.</u>

³ REY, Gonzalo H; "La tutela del patrimonio cultural en la Constitución nacional". La Ley-Actualidad, 6 de agosto de 2009, Pág. 1.

⁴ Aunque no la conozcamos ni la tengamos en cuenta, esta obligación funcional está vigente. El diputado Rubén Blanco, que habló en la sesión del 5.10.1961, en que se discutió en esa Cámara el proyecto de ley, fijó el objetivo de la norma: remediar los riesgos que genera "el descuido que a veces tienen los funcionarios que manejan documentos por no tener interés o no conocer su decisivo valor para el futuro", Diario de Sesiones período1961, Pág. 3591/3597.

legislativa y los parámetros para la formulación de una norma penal no eran tan precisos, ni requerían tantos pulimentos. Si bien no es una figura perfecta -se advierten imprecisiones de técnica legislativa- no creo, sin embargo, que merezca tacha de inconstitucional.

c.1. El bien jurídicamente tutelado, aunque no esté expresado en estos términos, es el patrimonio cultural considerado como género y los documentos históricos como especie. La base está en el Art. 41 de la Constitución Nacional, y no encuentra derivación exacta en el derecho represivo: ni hay un bien jurídico penal de estas características ni existen delitos específicos que repriman su agresión -ver nota 1-. Para la época en que esta ley se promulgó aquel enlace estaba en el Art. 33 de la Constitución histórica.

En la nota de remisión del proyecto de ley al Congreso, el presidente Frondizi expuso que "el objetivo primordial" de la ley era la protección de "instrumentos importantes para la investigade nuestros antecedentes históricos"5; el diputado Becerra durante el debate en su Cámara dijo que la ley tendería a que se "preserve el acerbo de documentos históricos nacionales del éxodo que de un tiempo a esta parte se está produciendo" (año 1961) y que "con la ley que aprobamos vamos a estabilizar, conservar, fiscalizar y utilizar los documentos históricos con un sentido orgánico", en tanto su compañero Blanco dijo que los objetivos de la ley eran "impedir la dispersión de los documentos"6.

Las notas comunes que exponen los actores del Poder Ejecutivo y del Legislativo son protección -en sus vertientes preservar, conservar, impedir la dispersión- y documentos históri-

De la conjunción de ambas concluimos en cuál es o cuáles son los objetos/bienes jurídicamente tutelados por el delito analizado. Se trata de documentos (Art. 77 del Código Penal según ley 26.388, "toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión") que pueden merecer el distintivo que nos ocupa por estar comprendidos en alguna de las nóminas referidas.

c.2. La acción típica es la infracción a las disposiciones de la ley a través de "ocultamiento, destrucción o exportación ilegal de documentos históricos, si el hecho no configurare delito sancionado con pena mayor". Aquí es dónde la imprecisión de la técnica legislativa se nota.

La evocación rápida luego de la lectura actual del artículo, es que la conducta punible no está perfectamente detallada. Sin embargo, la lectura detenida y completa del precepto permite sostener que las conductas reprimidas por la ley 15.930 sí están claramente expuestas: son (1) ocultar a la autoridad administrativa a través de alguna de las tres maniobras que refiere la ley, (2) destruir o (3) exportar ilegalmente los objetos descriptos.

El senador Fleitas dijo al respecto, "Los infractores que impidan u obstruyan la patriótica actividad que se

deja reseñada, serán reprimidos con multas proporcionales al daño que produjeron o con penalidades como las determinadas en el Código Penal para el delito de ocultamiento, pues debe merecer condigna sanción el que oculte, sustraiga o perjudique piezas o elementos de juicio cuyo recuerdo o interpretación establece imprescindible continuidad con el pasado, sobre todo en estos tiempos tan propensos al olvido"7.

No hay, entonces, ni indefinición de conductas ni posibilidad de analogías. La figura contiene y describe tres conductas de omisión -las del ocultamiento- y dos de acción -destruir y exportar ilegalmente-.

Qué es ocultamiento a los fines de la ley 15.930 está expresado, claramente, en los artículos previos al de la tipificación analizada. Se trata de un delito de comisión por omisión pues ocultamiento (1) fue no denunciar la posesión o tenencia de documentos históricos en el plazo de un año de promulgada la ley (Art. 19); (2) ocultamiento es no solicitar autorización administrativa para ceder –a cualquier título- los documentos referidos o no comunicar la conclusión de esa gestión (Art. 21) y (3) ocultamiento también cometen quienes comercian con documentos de carácter histórico o quienes intervengan en sus respectivas transacciones y no cumplieren con los requisitos apuntados, denunciar o pedir autorización para la cesión de objetos protegidos.

Más allá del acierto del término elegido para mencionar globalmente estas tres omisiones punibles, lo cierto

el subrayado es propio-.

O CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge; "Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 7º edición, 2007; Tomo 2, Pág. 494/5, comentario

Así, por ejemplo, la falsificación de un parte de guerra atribuído al general San Martín carece de significación jurídica como documento civil, pero puede provocar una lesión al patrimonio, penalmente perseguible, si con él se estafa a un coleccionista."

2 Para mí, la desaparición de un instrumento de esta indole o su alteración, en ambos casos total o parcial, causa efectivo perjuicio al patrimonio cultural de la Nación y a la comunidad toda, en beneficio de la que se dispone la protección. El perjuicio social, moral, político fue aceptado -CCC, Fallos 4-339 y citas de BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA en "Supresión o destrucción de documento ...", LA LEY tomo 79, pág. 748, ac. 12-. El perjuicio

⁵ Ver la nota en Diario de Sesiones del Senado, período 1959-Tomo III, Pág. 2329

<sup>Sesión del 5.10.1961, ref. en nota 3.
Sesión del 13.11.1959, Diario referido en nota 4, Pág. 2325. El resaltado no está en el original.
Ver CREUS, Carlos, "Derecho Penal. Parte General", Ed. Astrea, Buenos Aires, 4º edición, 1996; pág. 200.
Dijo el senador Fleitas (Pág. 2342 del Diario), que se agregaba al proyecto del Ejecutivo una "pena para la tenencia encubierta de documentos; ya que de poco valdría establecer la obligatoriedad de la denuncia antedicha y hasta el plazo para formularla, si el infractor quedase exento de sanción" -</sup>

[&]quot;Se aplicarán las figuras referidas porque la calificación de histórico no modifica la esencia del objeto, ver Art. 77 del Cód. Penal –versión ley 26.388-; BAIGUN-TOZZINI, Los conceptos de documento e instrumento público en la jurisprudencia penal", DOCTRINA PENAL, Nª 9, Pág.. 83 –nota al pié 30 y Pág. 103 – "cada especie de documento tiene su relieve penal particular y único conforme al bien jurídico tutelado que con él se afecte; de otro modo, carece de todo relieve aunque responda al género "documento". Y esto porque la significación jurídica del documento, en materia penal, no depende sólo del contenido obligacional –como ocurre en materia civil y comercial-, sino de las consecuencias jurídicas (pena) que su utilización pueda acarear.

es que la misma ley detalla en qué consisten, determina a los responsables y marca sus contornos, muy específicos e inconfundibles por otra parte. La garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, entonces, no resulta vulnerada, por las determinaciones propias, en este *tipo abierto*8.

Al referir al Art. 19 como base jurídica del ocultamiento punible dije "fue". La acción típica allí descripta tenía un límite temporal, el 10 de noviembre de 1962, ya que la promulgación fue en esa fecha de 1961. Si bien se trata de un precepto vigente, es inaplicable porque uno de los componentes del tipo lo impide –nuevamente hay que mencionar la técnica legislativa imperfecta-9.

Entonces, en la actualidad ocultamiento sólo podrá darse ante las omisiones referidas en los artículos 21 y 22.

La destrucción como acción típica es la que desarrolla "quien lo rompe, borra su escritura o la inutiliza de tal modo que el documento deja de revelar el valor que contenía. Recurriendo a los significados vulgares -que no se presentan modificados en la descripción típica-, ... la destrucción" remite a "extinción" 10. Se advierten, además, otros posibles medios de comisión que en este supuesto es activa-: incendio, sometimiento a la acción de productos químicos que arruinen el instrumento, y tantas otras acciones de las que pueda resultar la desaparición o la ruina del documento, en su faz sustancial o en la estructura o soporte. La **exportación ilegal**, como medio típico, remite a lo establecido en el Art. 17, "los documentos históricos no podrán extraerse del territorio nacional, sin previo dictamen favorable del Archivo General de la Nación". Ouien lleve un documento histórico fuera de las fronteras de la República sin la autorización del Archivo, cometerá este delito.

c.3. Pero toda esta explicación tiene un límite. La existencia de una condición para la punición -que cualquiera de las acciones típicas descriptas "no configurare delito sancionado con pena mayor"-.

La aplicación de este delito olvidado, o desconocido tal vez, quedará descartada en todos los casos en que la acción del tipo pueda ser también acción típica de un delito conminado con mayor pena; corresponderá al juez que conoce del hecho determinar en cuál de ellas subsumirá la conducta y decidir en consecuencia.

La <u>destrucción de documentos</u>, considerados éstos como género incluyendo a los históricos como especie¹¹, está contemplada, con ese mismo verbo típico, en el Art. 294 del Código Penal con una pena de uno a seis años de prisión si de tal hecho -como lo llama Creus, supresión del documento por su destrucción- puede resultar algún perjuicio¹². También podría pensarse en la aplicación del Art. 255 del mismo cuerpo, que sanciona con 1 mes a 4 años de prisión a la comisión dolosa y con multa de 750 a 12.500 pesos a la culposa¹³, a quien destruyere o inutilizare un documento confiado a la custodia de un funcionario o de otra persona en interés del servicio público -ver la declaración de *interés público* del Art. 17 de la ley sobre estos instrumentos-. También la destrucción podría ser, según qué sucesos sean atrapados en el objeto procesal, un daño calificado -Art. 184.5, daño ejecutado sobre bienes de uso público-, que tiene una pena de tres meses a cuatro años de prisión.

En el caso de la exportación creo que resultaría aplicable, por la mayor sanción, el Código Aduanero, que en su artículo Art. 863 prevé que será reprimido con prisión de 6 meses a 8 años, el que por cualquier acto u omisión

impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones y que en el Art. Art. 865 eleva la sanción -prisión de 2 a 10 años- en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 863 y 864 cuando se tratare de objetos cuya importación o exportación estuviere sujeta a una prohibición absoluta¹⁴.

c.4. De todo lo dicho se deduce que los sujetos activos están limitados por la propia ley: sólo son (a) los cedentes, bajo cualquier título, de documentos históricos (Art. 21) y (b) los que comerciaren con ellos o quienes intervinieren en las transacciones (Art. 22). Tratándose de un delito común contenido en una ley especial son aplicables los artículos del Código Penal referidos a la participación criminal, lo que amplía la nómina de sujetos activos, aunque sigue siendo éste un grupo de contorno acotado.

No solo la limitación legal es la que determina que el grupo de los posibles sujetos activos -autores o partícipessea reducido. La especialidad y escasez de los objetos que componen el cuerpo del delito, la necesaria posesión o tenencia previa de éstos, el pequeño núcleo de interesados en la adquisición o guarda de documentos históricos, o la dificultad de hallarlos en cualquier comercio son factores de ineludible tratamiento al momento de encarar el juzgamiento de este delito¹⁵. A mi criterio, por sus características y por no tratarse de crímenes convencionales, puede este delito ser incluido en la nómina de los conocidos como delitos de cuello blanco.

Uní los siguientes elementos para sostenerlo: (i) la legislación referente es desestructurada y, aunque vigente, ignorada y no respetada, (ii) sólo existen sanciones levísimas, casi formales por

potencial también –CNCP, sala II, c. "Nodar", 10.5.1999. Sobre las acciones –desaparición/supresión parcial o total- ver CREUS, Carlos, "Falsificación de documentos en general", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986; Pág. 159/160.

13 Monto actualizado por el Art. 2 de la ley 24.286, diciembre de 1993.

Monto actualizado por el Art. 2 de la ley 24.286, diciembre de 1993.
 En Fallos 327:2280 se consideró mercadería a un objeto parte del patrimonio cultural de la Nación.
 Para aproximarse a conceptos sobre el valor y significado económico de los bienes del patrimonio cultural ver: "El patrimonio cultural tiene valor económico", entrevista a Bárbara GOBEL –por Cecilia Scalisi- en LA NACIÓN del 28.12.2005 y "Hay que entender que el sector creativo es importante para la economía", entrevista a Lord Christopher Smith –por Andrew Gram.-Yooll- en PAGINA/12 del 23.7.2007.

la infracción a la ley -que en el caso puntual, según mi investigación, además nunca fueron aplicadas-, (iii) las acciones penadas tienen lugar bajo ocupaciones rutinarias aunque de cierta complejidad -coleccionista, comerciante especializado-, (iiii) el común de los ciudadanos considera el resultado de estos delitos como una pequeña pérdida para lo comunidad, (iiiii) que se trata de acciones no violentas y muchas veces realizadas a través de medios legales y legítimos, y (iiiiii) que los autores de estas acciones resultan personas de buena imagen, posición intelectual, estado social y económico distinguido y con acceso al conoci- miento de técnicas apropiadas para no caer en la criminalización de su conducta¹⁶.

Este aspecto criminológico ha sido abordado por la literatura, con descripciones humanas y de los intereses en juego muy precisas: recuerdo de Arturo Pérez-Reverte "El club Dumas" (1993) y de Alejandro Vaccaro en "El manuscrito Borges" (2006)17.

c.5. En cuanto a la subjetividad, por el modo en que está redactado el tipo y por las características de los autores -conocedores de la materia, coleccionistas vendedores o coleccionistas adquirentes, comerciantes especializados, "intermediarios" profesionales, pasadores o compradores por encargo- se trata de un delito que admite únicamente la comisión dolosa, tanto directa como eventual.

c.6. Sobre el objeto del delito no existen dudas de que se trata de los denominados por las leyes respetivas documentos de carácter histórico o documentos históricos.

Creo necesario hacer la siguiente aclaración, que se relaciona con el principio de legalidad -liminar en el enjuiciamiento penal- y viene a cuento a partir de lo que dije en las conclusiones del estudio anterior (legislativamente no existe una definición única que permita delimitar el significado de la locución documento histórico). Antes que nada, debemos dejar sentado que a los fines delictivos documento según el Art. 77 del Código Penal -versión ley 26.388- es "toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión". El calificativo histórico para ese sustantivo determinado es lo que centra los objetos de nuestro interés; entonces, esa unión es la que impone este análisis.

La pregunta que dispara este breve razonamiento es, ¿qué documentos históricos están referidos en el artículo 26 de la ley?, solamente los declarados o catalogados como tales o todos los que tienen, por sus propias características, esa condición aún sin reconocimiento formal?. Creo que la segunda opción es la válida.

(i) Todos los documentos que puedan ser incluidos en alguna de las categorías de las nóminas mencionadas, pueden ser objeto del delito tipificado en el Art. 26 de la ley 15.930. Es que el Art. 17 del Decreto 84.005/41 se inicia con "Entiéndese...como documentos históricos"; el Art. 16 de la ley 15.930 dice "se consideran documentos "históricos" ..."; y el Art. 2 de la ley 25.197 establece que "será un "bien cultural histórico-artístico" aquel que pertenezca a alguna de las siguientes categorías..."; las convenciones internacionales tienen imperativos del mismo tenor. Las asevera- ciones iniciales de cada frase son explícitas: no dejan lugar a dudas, los documentos que reúnan las características detalladas son del tipo histórico, siendo que la ley se basa en categorías previas e informadas por conocimientos científicos, técnicos y sociales¹⁸. Si son así, históricos, pueden ser objeto del delito referido.

(ii) Esos documentos históricos existen, son importantes y parte de un elenco que merece especial protección antes que algún acto jurídico del Estado los deslinde, ordene su catalogación o disponga dotarlo de cierto título de predilección. No son objeto especialmente protegido únicamente a partir de una declaración administrativa que les asigne tal carácter, que al decir de Bidart Campos actúa como adorno de su esencia, que es ella lo que lo hace importante y parte del grupo ya descripto19. También debe repararse en que ni la CNMLH (Decreto reglamentario 84.005/41, t.o. 1993: Art. 2 -"atribuciones" o Capítulo VI. De los documentos históricos) ni el Archivo General de la Nación (ley 15.930, Art. 2 -"funciones" y 3 -"atribuciones") pueden conferir esa categoría de realce del documento, sólo la declaran formalmente para poder cumplir las demás funciones: catalogar, custodiar, proponer su declaración de utilidad pública, etc. Es la ley -de acuerdos multinacionales o interna- la que fija y elige qué documentos merecen el título históricos y de allí que la protección que ella misma dispone sea inmediata y no esté supeditada a declaraciones posteriores del poder administrador.

(iii) No encontré durante la investigación jurisprudencia específica sobre estos objetos del patrimonio cultural, pero sí sobre éste considerado en modo genérico. No hay una idea compacta sobre el punto, lo que es lógico ante un asunto de tal trascendencia que

de los jueces de la Sala I de la CCCFed al resolver la causa "Pastore" (ver nota 1)

17 Este libro está basado en un hecho real lo suficientemente maquillado y arreglado como para que pocos puedan advertir las similitudes con el robo de los anaqueles de la Biblioteca Nacional de "Fervor de Buenos Aires", primera edición -1923- autografiada. La causa tramitó en el juzgado criminal y correccional federal 4 de la Capital Federal.

18 RONDINA, Gerardo; "La preservación del patrimonio monumental. Ley 12.665". ED 213, 803/813; nota 16 –Mensaje del P.E.N. elevando proyecto de

ley para la creación de la Comisión-.

19 Ver su comentario a "Vaggione", E.D, 161-577. Además ver, sobre esa condición de los bienes del patrimonio cultural RIZZI, Fernando; Hacia una consagración constitucional de la preservación del patrimonio histórico, cultural, arquitectónico y urbanistico como derecho de los bonaerenses. ED 157, 832.

¹⁶ CURRAIS, Carlos Alberto, "Los delitos de cuello blanco", Y CONSIDERANDO, Año 7, Número 60, Pág. 33; y ALLER, Germán, White collar crime. Edwin H. Sutherland y "El delito de cuello blanco", RDPPP, 2005, fasc. 6, Pág. 12, ed. Lexisnexis. También, SYKES, G.M, "El crimen y la sociedad", Ed. Paidós, Buenos Aires, 1961, 1º edición. Capítulo IV. La sociedad y sus criminales, ac. Crimen y status socio-económico. Ver también las consideraciones

integra, a su vez, una de las aristas de los nuevos derechos y garantías del Art. 41 de la Constitución Nacional. Hay objetos -muebles o inmueblesque por sus características son parte del patrimonio cultural aún sin una declaración administrativa que le confiera ese estado o puesto relevante v desde allí merecen protección específica. Esta idea -que comparto- fue sostenida en diferentes momentos y lugares: así consta en los precedentes "Vaggione"20 (1994, en Córdoba), "ESMA" (2001, en Buenos Aires) y "Pusso" (en la justicia local de C.A.B.A.)²¹. Debo reconocer que hay quienes la desechan²².

Entonces, todos los documentos cuya caracterización fue mencionada y aunque no hayan sido antes presentados a la autoridad pública para su registro, están comprendidos como corpus del delito²³ tipificado en el Art. 26 de la ley 15.930. El objeto del delito podrá ser decomisado desde el inicio de las actuaciones judiciales y podrá ser entregado al AGN (Art, 23.7 y 23.5 del Código Penal; Art. 1 y 3.b. ley 20.785; Arts. 231, 233 y 238 –en lo pertinente- C.P.P.N.).

c.7. El **damnificado** directo por la comisión de este delito, "ocultamiento de documentos históricos", es el Estado que -a través del AGN- ve impedido su mandato de custodiar de estos objetos especiales, de utilidad pública (Art. 17 ley 15.930). En definitiva, lo es la comunidad (ahora Arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional; antes Arts. 28 y 33), a favor de la que se resguardan bienes altamente representativos del sentimiento nacional²⁴.

c.8. Sobre la pena con que las acciodenominadas "ocultamiento" están conminadas poco se puede decir: se trata de una multa no actualizada desde 1961 -la última ley de actualización de multas, 24.286 (diciembre de 1993), menciona a otras leyes comunes que contienen delitos pero no a la 15.930-. La existente es una sanción formal e inaplicable. Como dije en el estudio anterior, "Después de los cambios monetarios dispuestos en 1969 –peso ley 18.188-, 1983 –peso argentino-, 1985 –austral- y 1991 –peso- el importe actual de la multa es de 0, 000000001 (por los 10.000 de entonces) a 0, 00000001 (por los 100.000). Cualquier comentario sobra".

3- Final.

Desde lo formal, los documentos históricos son objetos de utilidad pública y gozan de una protección especial. Parte de esa protección les llega desde el derecho penal.

En la actualidad el delito previsto en el Art. 26 de la ley 15.930, por la condición de punibilidad que contiene su descripción típica, sólo reprime dos omisiones, genéricamente llamadas ocultamiento:

la de los cedentes bajo cualquier título de documentos históricos que no tramiten la autorización administrativa para la operación y quienes los recibieran sin notificar la conclusión de tal negocio (remisión al Art. 21), y

la de quienes comercien habitualmente con estos objetos y no denuncian la operación en ciernes o notifican su conclusión (remisión al Art. 22).

Se trata de una norma que hoy sólo reprime omisiones ciertamente desfavorables a la Nación con una pena irrisoria, que nunca fue utilizada pese a su vigencia formal.

De todos modos, la sanción penal no es el medio más adecuado para lograr la salvaguarda patrimonial; además, por su abandono, la ley vigente ni ejerció ni ejerce efectos en este campo.

Una eventual modificación de la ley vigente deberá contemplar, en principio y sin ser taxativo, tres ítems. El primero, asegurar cuáles objetos se pretende incluir en el enunciado documentos históricos25; el segundo, contemplar la situación actual sobre el negocio de los documentos históricos para así tipificar una figura útil y compatible con la realidad; y, por último, fijar una sanción criminal acorde a la conducta establecida.

Que exista un delito para estas acciones no es la solución al achicamiento palpable del patrimonio cultural de la Nación, pero sería una nuestra del interés del Estado por instrumentar, desde todos los frentes, acciones de protección y por cumplir con sus compromisos internacionales ²⁶.

Agosto de 2009.

El Autor:

Pablo Luis Gasipi

Secretario de la Fiscalía ante la Cámara Criminal y Correccional Federal de Capital Federal



Universidad de Buenos Aires, allí el juez de la S.C.B.A. Daniel Soria mencionó un precedente de ese Tribunal en tal sentido: fallado el 8.7.2008, "Centro para la cultura Brazos Abiertos".

²³ D ALBORA, Francisco; "Curso de derecho procesal penal", Ed. Policial, Buenos Aires, pág. 155 y siguientes del tomo I..
²⁴ LL 1980-D-130, "Quesada, Ricardo c/ Municipalidad de Buenos Aires"..

legal que, estimo, debe realizarse.

Existe una obligación convencional: la existencia de medidas eficaces para evitar el deterioro o la pérdida del patrimonio cultural protegido, entre ellas la de represión de las conductas cuyo resultado sea ese. Ver leyes 19.943 –Convenio UNESCO 1970-, 25.257 –Convención UNIDROIT 1995- y 25.568 -Convención San Salvador, OEA 1976-.

²⁰ Ver nota 18

²¹ Fallos 324:232; sobre el predio de la ESMA se convalidó su protección -no demolición en el caso- aún no existiendo declaración formal de lugar protegido o monumento histórico porque hay "interés de toda la sociedad, en la medida que no se ha observado ... deber de cuidado <u>sobre bienes que</u> <u>pueden constituir pruebas valiosas, en relación con hechos de nuestra historia reciente no esclarecidos"</u> (sin resaltar en el original; Considerando 8ª de la Corte). La casa de Juárez Celman –amparo Vaggione, ya citado en nota 18-, estaba en una situación similar: valoración pública, aspectos inherentes a la historia comunitaria, respeto social y detalles constructivos a proteger pero sin declaración formal de la CNMLH. En "Pusso" la C.C.A.YT de Buenos Aires, Sala II, falló el 23.9.2007 impidiendo la demolición de la casa que ocupaba la Defensoría del Pueblo de la Nación frente a la plaza Vicente López —Capital Federal- aún sin contar ella con declaración administrativa especial de protección.

22 Conferencia-taller a cargo de Daniel Soria y Néstor Cafferatta; 6.11.2008 en el Congreso Internacional de Derecho Ambiental —Facultad de Derecho,

El 1900-1900, Catesada, Fricato de Marinepalidad de Dubrios Alles II.

2º Después de mucho tiempo y de cuestionamientos firmes por la utilización de los tipos de la ley 11.723 para proteger el programa de computación (entre otros críticos, quien me honra con su amistad, Abel V. DOZO MORENO, en "La copia del programa de computación y el delito penal", Ed. Licurgo, Buenos Aires, 1990) ésta fue modificada (ley 25.036 de 14.10.1998) y se logró la inclusión puntual de un elemento no tenidos en cuenta en el momento de la sanción Este ejemplo bien puede servir para entender la necesidad de dotar de precisión a los términos, y como antecedente de la posible mejora

EL PODER JUDICIAL Y SU NDEPENDENCIA

Conferencia realizada el 11 de noviembre pasado en la Universidad de San Andrés

a conferencia sobre "El Poder Judicial y su independencia" organizada por el Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés, la que contó con un panel multidisciplinario, conformado por invitados distinguidos y profesores de la casa, disertó sobre un conjunto de rasgos institucionales, como son los mecanismos de designación y remoción de jueces, el control de constitucionalidad y los mecanismos de transparencia, que inciden sobre el grado de independencia del Poder Judicial y que, de este modo, afectan el cumplimiento efectivo de sus funciones. A partir de estos rasgos se reflexionó sobre las reglas y prácticas, actuales e históricas, que caracterizan a la justicia argentina.

La jornada fue dividida en dos paneles. El primer panel contó con la presencia de Eduardo Zimmermann, Director del Departamento de Humanidades, Universidad de San Andrés; Ricardo Recondo, Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y Juez de Cámara, Cámara Civil y Cámara Federal de la Capital Federal; y Manuel Garrido, Director de Justicia y Transparencia de CIPPEC y ex fiscal nacional de investigaciones administrativas. El segundo panel estuvo integrado por Alejandro Carrió, Presidente de la Asociación por los Derechos Civiles;

Carlos Rosenkrantz, Rector de la Universidad de San Andrés; y María Angélica Gelli, profesora de la Universidad de San Andrés. Lucas Grosman, director del Departamento de Derecho, Universidad de San Andrés; y Martín Böhmer, Profesor de la Universidad de San Andrés, fueron los moderadores de cada panel, respectivamente

El Dr. Eduardo Zimmermann dio inicio a la conferencia con el tratamiento de la independencia judicial a partir de una perspectiva histórica. Con el propósito de reflexionar sobre el papel de la justicia en el siglo XIX, planteó múltiples interrogantes que surgen al indagar en la primera Corte Suprema de la Justicia Federal, nombrada durante la presidencia de Mitre. Un primer aspecto llamativo es que los magistrados elegidos por Mitre para esta primera Corte eran opositores al Gobierno. Dado que la historia del derecho tradicional no ha logrado explicar satisfactoriamente esta decisión de Mitre, el panelista identificó posibles explicaciones y se detuvo en una en particular: la del "efecto talismánico", elaborada por Jonathan Miller para el caso estadounidense. Este efecto consiste en la sujeción de las motivaciones particularistas de los actores políticos al diseño constitucional: "el encandilamiento que el diseño constitucional tiene sobre los actores

termina imponiéndose sobre sus consideraciones de corto plazo". Este efecto, conjeturó Zimmermann, también pudo haber jugado un papel en el caso argentino, ya que el diseño de nuestra Constitución tomó como guía la Constitución estadounidense. (tal vez acá hace falta una explicación más larga o más clara)

El activo involucramiento político de la Corte en sus albores fue otra de las características en las que se detuvo el Dr. Zimmermann. Con el relato de eventos políticos de la época, como el levantamiento de Felipe Varela en Salta o la elección presidencial de Roca, retrató su comportamiento político opositor al gobierno y su rol como garante de la seguridad de los rebeldes. Además, apoyándose en fragmentos extraídos de documentos de la época, ilustró que ésta no se percibía a sí misma como neutral ni tampoco era percibida de ese modo por el resto: "los actores contaban con el dedo de la mano como iba a votar cada ministro". De este modo, concluyó que la primera Corte, opositora y politizada, controló activamente al Ejecutivo, actuando como un órgano de contrapeso, y al hacerlo se involucró en hechos políticos que, a primera vista, carecían de relevancia jurídica.

La exposición del Dr. Zimmermann caracterizó a la Corte de principios del siglo XIX tomando los elementos con los que hoy evaluamos la independencia de la justicia: su conformación, su comportamiento y su relación con los otros poderes. Así, los argumentos esbozados y el material presentado nos invita a comparar el funcionamiento histórico del Poder Judicial con respecto al actual —el tema de disertación de las ponencias subsiguientes-.

Seguidamente, el juez Ricardo Recondo inició su presentación acentuando que la independencia es una característica constitutiva del juez; por ello, remarcó, "un juez que carece de independencia, no puede ser un buen juez". El juez debe mantener su independencia con respecto a los demás poderes del Estado, a sus pares y a sí mismo. Sobre la relación del Poder Judicial con los otros poderes del Estado, el legislativo y el ejecutivo, especificó que la independencia es una condición necesaria para el efectivo cumplimiento del principio republicano de frenos y contrapesos. Si el órgano judicial sufre interferencias políticas, su capacidad de control y vigilancia de los otros poderes se socava y, así, las bases del Estado republicano se debilitan.

Adicionalmente, el juez debe mantener su independencia en el desempeño de su función jurisdiccional. Por un lado, para juzgar imparcialmente debe distanciarse de la opinión pública. Sobre este punto aclaró, respondiendo a una pregunta del panel, que el distanciamiento de la opinión pública no implica su desconocimiento. El juez tiene que estar informado sobre las posiciones mayoritarias de la sociedad civil dado que debe considerar las consecuencias públicas de su fallo, pero esto no implica su deferencia: el juez puede oponerse a ella cuando encuentra que su opinión es equivocada. Por otro lado, el juez debe ser independiente de sí mismo, de sus prejuicios, ideologías, creencias y valores. Si bien esta exigencia es inalcanzable en un sentido pleno, el juez debe aspirar a su realización.

Finalmente, recalcó que la impar-

cialidad de la sentencia se promueve satisfaciendo las necesidades económicas de los jueces y su permanencia en el cargo. Por ello, la inamovilidad en el cargo y la intangibilidad de los salarios son garantías indispensables. Respecto a la independencia económica, subrayó que ésta no sólo es imprescindible para el juez individual sino también lo es para la estructura del Poder Judicial. Para ejemplificarlo reveló que la Corte Suprema del Nación no tiene una libre disposición de recursos propios sino que para disponer de éstos necesita de la aprobación del Jefe de Gabinete.

En su experiencia como juez, relató que ha observado y sufrido en carne propia persecuciones, "aprietes" y presiones, por ejemplo, a través de denuncias ante el Consejo de la Magistratura (C.M.) por el contenido de las sentencias dictadas. En este sentido, el juez debe elegir si cede a las presiones y preserva su cargo, o si ignora las amenazas y pone en riesgo su puesto. El enfrentamiento de forma regular a esta disyuntiva dificulta el cumplimiento de las obligaciones propias de un juez. Considerando los vicios y defectos descriptos, concluyó, que la reflexión sobre el Poder Judicial y las condiciones para su independencia es de inmensa relevancia para el actual funcionamiento de la justicia argentina.

A continuación, la ponencia de **Manuel Garrido** tuvo como propósito desafiar la visión tradicional de la relación entre transparencia e independencia judicial. Tradicionalmente, se sostiene que la relación es contradictoria: la visibilidad y la publicidad de las decisiones comprometen la independencia judicial. Garrido defendió, en cambio, la tesis de complementación entre la transparencia y la independencia argumentando que la transparencia provee una solución estructural al problema de la falta de independencia judicial.

Sostuvo que el enfoque tradicional confunde la independencia de los jueces y la del Poder Judicial. Al poner su atención sobre lo primero entiende que la publicidad obligatoria de los actos públicos y la declaración patrimonial de los jueces pueden dañar su autonomía. Pero esta lectura es equivocada porque identifica mal al problema de fondo que es de naturaleza estructural y consiste en la falta de independencia del Poder Judicial como institución. En este sentido, la transparencia resulta un instrumento apropiado para superar dicha disfuncionalidad estructural. Así, la exposición, la visibilidad, la publicidad y el control externo del órgano judicial, por organismos públicos autónomos o actores locales/internacionales de la sociedad civil, actúan como un mecanismo de prevención de corrupción.

En última instancia, esta solución estructural también afecta a los jueces individualmente al impactar sobre la estructura de incentivos que moldea su comportamiento. De este modo, promover la transparencia genera cambios macro y micro sin necesidad de recurrir a las soluciones provistas por los enfoques particularistas: el recambio o purga de jueces en la búsqueda de superhombres. Aclaró, sin embargo, que esto no implica descuidar la selección de personas idóneas, honestas y capacitadas que son menos proclives a ceder ante las presiones políticas.

Adicionalmente, señaló que la transparencia es una medida reconocida internacionalmente. Por ejemplo la Convención Interamericana de Derechos Humanos declara, en su Art. 11, que el rol fundamental de los jueces y fiscales requiere de medidas de transparencia, y aclara que éstas deben efectuarse sin comprometer la independencia de los mismos. A su vez, destacó que tanto el grado de independencia judicial como los niveles de transparencia de nuestras instituciones son aspectos evaluados internacionalmente e incluidos en los informes periódicos sobre las condiciones socio-políticas e institucionales de la Argentina.

Para concluir, llamó la atención

sobre fenómenos de gran incidencia en la justicia actual, como son las "tribus judiciales" y los "jueces subrogantes", y sobre problemas de más largo plazo como la precariedad estadística, la complejidad de los mecanismos judiciales, la excesiva burocratización, la delegación de funciones, entre otros. Concluyó, con señales de alarma, que el diagnóstico de la situación judicial no es para nada alentador.

Tras un breve receso, **Alejandro Carrió** reanudó la conferencia presentando un análisis crítico del funcionamiento del C.M. Acentuó, en primer lugar, que la elección de un juez es una decisión sumamente importante no sólo por la función desempañada sino por la inamovilidad del cargo -el mandato de un juez perdura mientras dure la buena conducta-. Como la decisión nos afecta por años, "el mecanismo de designación no puede ser tomado con la liviandad con la que lo tomamos hoy en día".

Continuó señalando que un procedimiento debe juzgarse por sus reglas y prácticas. Para que el procedimiento funcione adecuadamente hace falta buenas reglas -instituciones claras, precisas y con un diseño acorde al propósito para el cual fueron creadas- y buenas prácticas -actores que ajustan sus comportamientos a las normas preestablecidas-. A partir de estas consideraciones, argumentó que nuestro procedimiento de designación de jueces carece de ambos, sus reglas son perversas y las prácticas vergonzosas.

Actualmente, el C.M. tiene un mal diseño institucional, ya que por definición es un órgano politizado. El consejo se conforma por 13 integrantes de los cuales 7 son políticos. Esto significa que la simple mayoría necesaria para designar a un juez puede reunirse exclusivamente con el voto de los miembros políticos. En este sentido, la ley vigente desde 2006 se aparta radicalmente del propósito original del C.M. Para ello recordó que los constituyentes de 1994 crearon este órgano precisamente para evitar

la intervención política en la selección de jueces, tal como se preveía en los consejos de magistrados europeos.

El cúmulo de atribuciones en la Comisión de Selección es otro rasgo pernicioso sobre el cual se explayó. Ésta tiene a su cargo el llamado a concurso, la designación de jurados, la calificación de antecedentes, el tratamiento de impugnaciones, la elección de candidatos que pasan a la etapa de entrevistas y el armado de la terna que es enviada al plenario para su votación. La concentración de todas estas tareas que carecen de instrucciones claras en una sola comisión es, a los ojos del expositor, motivo de desconfianza.

Seguidamente, reparó sobre algunos hechos que ilustran el perjuicio que pueden ocasionar las prácticas, independientemente de las malas reglas. Por ejemplo, recordó que unas semanas atrás se presentó al plenario del C.M. una "cuaterna" en lugar de una "terna", argumentando que uno de los candidatos también participaba de otro concurso. Pero, para mayor sorpresa, la Presidenta de la Nación eligió al cuarto de la lista. En una reciente reunión del C.M. en la que se trató esa cuestión, uno de los integrantes preguntó con toda naturalidad por qué no flexibilizar la regla que exige una terna. El problema, claro, es que esa regla está en la Constitución.

Para concluir, resumió que la falta de apego a las instituciones por parte de los actores, y el desconocimiento de que este desapego es un problema, combinado con reglas que son contrarias al propósito inicial de la creación del C.M., caracterizan al funcionamiento de nuestro mecanismo de designación de jueces. Indiscutiblemente un sistema con tales reglas y prácticas perturba profundamente la independencia del Poder Judicial.

A continuación, **Carlos Rosenkrantz** ahondó sobre el tema tratado por Alejandro Carrió al reflexionar sobre las cualidades de un buen juez y los criterios que deberían orientar su

selección. Para ello, desarrolló la tesis de que "buscamos donde es más fácil buscar y no donde es más probable que encontremos lo que buscamos." Sostuvo que, en consecuencia, los criterios según los cuales elegimos a nuestros jueces son indicativos de cierta propensión al facilismo. Seleccionamos por antecedentes académicos, por el conocimiento que se tiene de las normas y, en menor medida, por antecedentes profesionales. Es decir, los exámenes y la evaluación de curriculums califican capacidades escolásticas a través de criterios objetivos. Así, se suma puntos por identificar correctamente la norma aplicable, por haber publicado un artículo académico y por tener un título de posgrado. Buscamos allí porque esas cualidades son medibles, en vez de determinar la elección de candidatos a partir de aquellas virtudes que caracterizan a un buen juez.

Prosiguió argumentando que un buen juez es aquel que resuelve correctamente los casos difíciles. Señaló que éstos pueden ser de dos tipos: por un lado, aquéllos que son difíciles por sus hechos: porque los hechos no son claros, no es fácil identificar los relevantes, o bien porque es complejo compatibilizarlos y enmarcarlos en el derecho; por el otro, aquéllos que son difíciles porque su solución demanda el establecimiento de un sistema de administración del conflicto, como en el caso Verbitsky (sobre condiciones carcelarias) o Mendoza (sobre contaminación del Riachuelo). Cada tipo de caso requiere distintas habilidades para su correcta resolución. Para resolver el primer tipo, el juez debe contar con atributos intelectivos e interpretativos que le permitan apreciar minuciosamente las particularidades del caso. En el segundo, el juez requiere de habilidades gerenciales que le permitan diseñar procesos de decisión que incorporen a las partes involucradas para organizar la resolución del problema planteado. En tono crítico, Rosenkrantz indicó que las habilidades escolásticas, aquellas que

evaluamos actualmente, no parecen ser necesarias en ninguno de los tipos de casos difíciles presentados.

Añadió, a su vez, que el juez debe guiarse por una teoría constitucional modesta. Es modesta la teoría que se encuentra en algún lugar entre los dos polos posibles: una lectura moral de la constitución —al estilo de Dworkin o, en su versión local, de Nino- y una interpretación formalista —como Scalia—. Un buen juez es aquel que entiende a la constitución como "algo más que una mera ley pero algo menos que un documento moral".

Concluyó estableciendo que un candidato es apto para ser juez si cuenta con habilidades intelectivas y gerenciales, y lee la Constitución a partir de una teoría constitucional modesta. Retomando su tesis, insistió en que buscamos donde es más fácil y no donde encontraremos las virtudes del buen juez. Y añadió que esta práctica no sólo se explica por una cultura del facilismo, sino porque desconfiamos de los buscadores de jueces. Por ello, la selección con base en cualidades subjetivas nos resulta inimaginable.

María Angélica Gelli, última expositora de la tarde, disertó sobre el mecanismo de remoción de jueces, el comúnmente llamado "juicio político". Al respecto hizo una aclaración terminológica, señalando que el término "juicio político" no es empleado por la Constitución actual de 1994 ni la histórica de 1853. En cambio, se lo denomina "juicio de responsabilidad" o "juicio público" ya que su propósito es hacer efectiva la responsabilidad del funcionario público, entendiendo responsabilidad como "el deber de dar respuestas adecuadas a los compromisos asumidos libremente".

Distinguió, al igual que el Dr. Recondo, que los jueces cumplen dos roles, por un lado, administran justicia cuando resuelven los conflictos de intereses, y, por otro, controlan a los otros dos poderes del Estado cuando ejercen el control de constitucionalidad. El potencial daño a intereses económicos y sociales que pueden oca-

sionar las sentencias, y la obstrucción a la realización de intereses políticos que puede resultar del control de constitucionalidad, motivan la intromisión indebida en la órbita del Poder Judicial. Por ello, el juicio político puede actuar como un arma de doble filo, como mecanismo para destituir a jueces por un mal desempeño en sus funciones, pero también como instrumento de presión y remoción de jueces cuyas decisiones son contrarias al interés del poder de turno. Ante su posible uso inadecuado, es preciso especificar las causales de remoción establecidas constitucionalmente y las garantías que deben respetarse en el proceso para preservar la independencia del juez.

Así, la oradora describió las cuatro causales para la destitución de un juez: mal desempeño, mala conducta, crímenes comunes y el desconocimiento de la Constitución. Sobre la última causal, aclaró que ésta sólo se menciona en la Ley del C.M. -no en la Constitución Nacional- y reconoció adecuada su incorporación en la ley pero incorrecta su formulación por falta de precisión respecto a lo que se entiende por "desconocimiento". Respecto al mal desempeño, puntualizó que su expresión es indeterminada ya que no están especificadas las acciones u omisiones reprochables; y por ello puede incurrirse en cierta discrecionalidad inaceptable a la hora de interpretar los hechos. En este sentido, la discrecionalidad puede darse en la valoración de la conducta pero no en la determinación de los hechos imputados pues éstos deben ser concretos, precisos y probados. Para enfatizar este punto, comentó sobre el reciente caso "Apitz Barbera c. Venezuela", resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2008, que contiene exigencias en materia de de prueba y fundamentación para la remoción de un juez.

Continuó especificando que la mala conducta se deriva del Art. 101 de la Constitución, que dispone la permanencia del juez en su cargo mientras dure la buena conducta. Este requerimiento agrega una nueva causal de remoción a aquellas enumeradas por el Art. 53 que es específica para los jueces. Además sostuvo que la mala conducta es una causal autónoma ya que puede darse en la función o fuera de ella, a diferencia del mal desempeño que es funcional. Para ejemplificar este punto, hizo referencia al reciente caso de la jueza Rosa Parrilli quien encontrándose fuera del ejercicio de sus funciones, agredió y amenazó a dos empleadas de tránsito porteño. A juicio de la oradora, la magistrada incurrió en una mala conducta ya que su comportamiento reflejó que no posee la idoneidad, el decoro y la templanza necesarios para ser juez.

A partir de esta reconstrucción doctrinal, concluye que los jueces no deben ser removidos por el contenido de la decisión o los fundamentos de los fallos. Si este principio es violado, los jueces formularían sus sentencias según los precedentes del Senado o del Jurado de Enjuiciamiento, y así toda posible independencia judicial desaparecería. Por ello, para preservar la independencia, el juez debe contar con la garantía del debido proceso y de la defensa en juicio y, a su vez, la remoción debe estar debidamente fundada.

De esta manera, y tras una ronda de preguntas de un público numeroso, la conferencia llegó a su fin. En definitiva, con base en distintos argumentos, los expositores tendieron a concluir que la situación es crítica, pero, con un tono esperanzador, coincidieron en que la identificación y el debate acerca de los problemas que nos aquejan son los primeros pasos hacia su posible resolución.

La Universidad de San Andrés se enorgullece de haber llevado a cabo este evento y espera seguir contribuyendo a la discusión de cuestiones tan importantes para nuestra salud institucional como esta. Información enviada por la Comisión del Ministerio Público de la Defensa

VII CONGRESO Nacional de Defensores Públicos de Brasil



os días 5 y 6 de noviembre del año pasado, en medio del imponente marco del VII Congreso Nacional de Defensores Públicos de Brasil, que contó con la asistencia de mas de 700 Defensores Federales y Estaduales de toda la Unión, se celebró una nueva reunión del H. Consejo Directivo del Bloque de Defensores Públicos Oficiales del MERCOSUR (BLODEPM).

Asistimos a dichos eventos, en representación de nuestra asociación, el Coordinador de la Comisión de Trabajo del Ministerio Público de la Defensa, Dr. Miguel Ángel Rossi, y el suscripto en su calidad de Consejero del BLO-DEPM.

Pudimos observar en dicha oportunidad el categórico rol que ocupan las Asociaciones en el fortalecimiento institucional de Brasil, en particular las que integran Defensores Públicos, como también la importancia que las mismas brindan a la comunicación, al punto que —paralelamente con el Congreso de Defensores- se efectuó el "1º Congreso de Asesores de Comunicación de las Asociaciones de Defensores y Defensorías Generales de Brasil".

En dicho contexto, debe destacarse que las asociaciones brasileras de todo el territorio (trabajando en forma conjunta, las estatales con las de la Unión y la

ANADEP que congloba a todas) tuvieron un importante rol en la sanción de la nueva Ley Orgánica de la Defensa Pública de dicho país, de lo que se da cuenta con detalle en el artículo que se publica a continuación, como una gentil colaboración para nuestra revista de la Dra. Sara Raquel Carlos Quimas, entonces Presidente de la Asociación de Defensores Públicos del Estado de Rio de Janeiro (AD-PERJ), en el que se ilustra con absoluta claridad sobre las innovaciones de dicha ley para la Defensa Pública del Brasil, la importancia de la Defensa Pública en la consolidación de un Estado Democrático de Derecho y el fuerte papel que jugó el asociacionismo en la aprobación y sanción de la nueva ley orgánica de Brasil.

Se transcribe la traducción realizada sobre el comentario de Sara Raquel Carlos Quimas, Defensora Pública y Presidente de la Asociación de Defensores Públicos del Estado de Rio de Janeiro (AD-PERJ), sobre la aprobación y sanción de la Ley complementaria 132/2009 o Ley Orgánica Nacional de la Defensoría Pública de Brasil y el rol de las Asociaciones

I Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, el día 7 de octubre de éste año, sancionó la Ley Complementaria Nº 132/2009 que organiza la Defensoría Pública de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Territorios del Brasil, cumpliendo así un compromiso asumido en su programa de gestión.

El proyecto de ley (PLP 28) que se convirtió luego en la Ley Complementaria 132, fue enviado en 2007 por el Presidente Luiz In-





ácio a la Cámara de Diputados, acogiendo la recomendación del entonces Ministro de Justicia Marcio Thomas Bastos, complementando las innovaciones aseguradas a la Institución por la Enmienda Constitucional Nº 45/2004. Ello, por cuanto la autonomía de la Defensoría Pública de los Estados constituía uno de los puntos centrales de la Reforma del Poder Judicial implementada en el texto constitucional a través de ésa enmienda, y reflejaba el justo compromiso del Ministerio de Justicia con el fortalecimiento institucional de la Defensoría Pública como medio de efectivizar el derecho universal y fundamental de acceso al orden jurídico.

Algunas de las nuevas conquistas.

Entre las nuevas conquistas traídas por la Ley 132, de inmediato se destaca la definición adoptada en el texto legal para la Defensoría Pública, conceptuada como "expresión e instrumento del régimen democrático" encargada de la orientación jurídica, la promoción de los derechos humanos y la defensa, en todos los grados, judicial y extrajudicial, de los derechos individuales y colectivos, de forma integral y gratuita, a los

"El Presidente Luiz Inácio "Lula" Da Silva, sancionando la Ley Complementaria 132 en presencia de los Presidentes de las Asociciones y Defensores de todo el país"

necesitados, considerados de ésa forma por el inciso LXXIV del Art. 5º de la Constitución Federal.

Los objetivos de la Defensoría Pública fueron igualmente fijados en la ley, destacándose la primacía de la dignidad de la persona humana, la reducción de las desigualdades sociales, la afirmación del Estado Democrático de Derecho, la prevalencia y efectividad de los derechos humanos y la garantía de los principios constitucionales de una amplia defensa y del contradictorio.

Nuevas funciones institucionales fueron atribuidas a los defensores públicos a los cuales les caberá, entre otras: prestar orientación jurídica y ejercer la defensa de los necesitados, en todos los grados; promover, prioritariamente, la solución extrajudicial de los litigios colaborando en las componendas entre las personas en conflicto de intereses, por medio de la mediación, conciliación, arbitraje y demás técnicas de composición y

administración de conflictos; promover la difusión y concientización de los derechos humanos, de la ciudadanía y el ordenamiento jurídico; promover la acción civil pública y todas las especies

Público asistente a la firma de la Ley complementaria132/09 o Le Orgánica Nacional de la Defensoría Pública de Brasil de acciones capaces de propiciar la adecuada tutela de los derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos, cuando el resultado de la demanda pueda beneficiar a un grupo de personas hiposuficientes y convocar audiencias públicas para discutir materias pertinentes al ejercicio de las funciones institucionales.

Otra innovación de la ley es la previsión expresa de los derechos de los asistidos, garantizándoles acceso a la información sobre la localización y horario de funcionamiento de los órganos de la Defensoría Pública, la tramitación de los procesos, de exámenes, pericias, entre otros.

Relevante también es la reglamentación de la autonomía funcional y administrativa prevista en la Enmienda Constitucional Nº 45/2004 para la Defensoría Pública de los Estados, detallando la iniciativa para la elaboración de la propuesta presupuestaria, del límite de la ley de directrices para el presupuesto, cabiéndole, entre otros, abrir concurso público y proveer los cargos de defensores públicos de los servicios auxiliares, organizándolos a elaborar las planillas de pagos.

En lo que se refiere también a la Defensoría Pública de los Estados, la actuación del defensor pú-



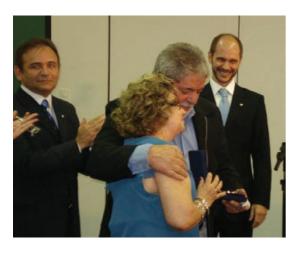
"André Castro, Presidente de la Asociación Nacional de Defensores Públicos (ANADEP), se refiere a la importancia de la ley que se estaba por sancionar y agradece al Presidente Lula Da Silva"

blico podrá ser prestada a través de núcleos que serán instalados prioritariamente en las regiones con más altos índices de exclusión social y densidad poblacional.

La actividad asociativa desenvuelta en conjunto.

La aprobación del proyecto de ley por el Congreso Nacional, contó con el empeño de defensores públicos de todo el país que actuaron detrás de la orientación de la Asociación Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, que fue la que comandó el proceso en compañía del Colegio de Defensores Públicos Generales.

Durante tres años, representantes de las asociaciones de defensores públicos estaduales, federales y del Distrito Federal, ocuparon con regularidad los despachos de los Diputados Federales y mas tarde de los Senadores, ilustrando a los parlamentarios sobre la importancia de la Defensoría Pública como garantía efectiva de acceso a la justicia para la población mas carente, de defensa colectiva





de sus derechos y de la necesidad de concientización por medio de la educación de los derechos de aquéllos que se encontraren en situación de vulnerabilidad o exclusión social, despertándoles la atención sobre las temática y sensibilizándolos respecto de la relevante función de los defensores.

En sus visitas de rutina al Congreso Nacional, los defensores públicos llevaron a conocimiento de los legisladores y de sus asesores, los datos de la real situación de la Defensoría Pública en el país, del amplio trabajo realizado, del número de necesidades a lo largo de años, de los resultados obtenidos, y la mejoría en la calidad y eficiencia del servicio proporcionado a la población empobrecida que se podía obtener con la aprobación de la ley, destacando también el papel del defensor público tanto en la erradicación de la pobreza como en la utilización de los instrumentos de defensa colectiva de los derechos.

La adhesión de defensores

"El Presidente Luiz Inácio Da Silva, recibiendo el Collar del Mérito de ANA-DEP, entregado por la Defensora Pública Therezinha Aparecida de Souza, de la Asociación de Defensores Públicos de Minas Gerais, detrás André Castro, públicos de todo el país para la aprobación de una ley nacional que organizara a la Defensoría Pública de todo Brasil, resultó de una actuación conjunta exitosa e incansable.

En éste proceso merece ser destacado el importante apoyo de las entidades representativas de la sociedad civil que, por conocer y valorizar el trabajo de la Defensoría Pública, defendieron la necesidad de fortalecimiento de la Institución, contribuyendo en mucho para la aprobación y sanción de la Ley Orgánica.

Finalmente, debe destacarse que el Ministerio de Justicia, principalmente la Secretaría de Reforma Judicial, se mostró como un gran aliado, actuando en toda la tramitación legislativa, defendiendo el compromiso del Gobierno del Presidente Lula con el fortalecimiento de la Defensoría Pública y la consecuente garantía de acceso a la justicia para los mas necesitados.

La sanción de la Ley Complementaria 132 es el reconocimiento de la importancia de la Defensoría Pública en la consolidación del Estado Democrático de Derecho en nuestro país y, por lo tanto, una victoria de todos los ciudadanos.

Presentación del Programa en la Ciudad de Salta

LA JUSTICIA VA A I A ESCUFIA

e llevó a cabo la presentación y lanzamiento del Programa "La Justicia va a la Escuela" en la ciudad Salta.

Tras el cierre del ciclo regular del Programa 2009 y a modo de anticipo de la actividad que se tendrá lugar a partir del año entrante se realizó la experiencia en la ciudad de **Salta.**

La presentación se llevó a cabo el 19 de noviembre en la Cámara Federal de Apelaciones de Salta.

La Directora del Programa Dra. Virginia Simari expuso ante jueces, fiscales, defensores y funcionarios federales y provinciales en la Sala de Audiencias de la Cámara Federad que le abrió sus puertas al Programa con gran entusiasmo.

Al día siguiente, los talleres que conforman los módulos 1° y 2° del



La Dra. Virginia Simari, Directora del Programa, junto a la Lic Ana Simari, coordinadora del mismo, en momentos de la presentacion realizada en la Cámara Federal de Apelaciones de Salta

Programa se realizaron en la Sala Walter Adet de la Coordinación de Bibliotecas y Archivo de Salta bajo la coordinación de la Lic. Ana Simari. Participaron alumnos del Colegio San Agustín y del Colegio Sra. De la Merced. Acompañados

por la Dra Victoria Cárdenas, funcionarios de la justicia federal y provincial y docentes que serán los encargados de colaborar con la réplica a partir del año entrante, acompañaron el desarrollo de la actividad.



Los eventos constituyeron la avanzada de la programación para 2010 que continuará dirigiendo sus esfuerzos para privilegiar el interior del país.

Alumnos de los Colegios, San Agustín y de Nuestra Sra. de la Merced, participado en un taller realizado en la Sala Walter Adet de la Coordinación de Bibliotecas y Archivo de Salta



Por María Juliana Márquez y Santiago Juan Schiopetto

ara analizar la utilización del agente encubierto, tomamos como punto de partida la búsqueda de la verdad en el juicio penal.

El inicio de toda actividad jurídica es el hecho que acontece en la realidad y que trata de subsumirse en la norma jurídico penal. Esta tarea empieza al reconstruirse el suceso tal como se ha producido. El problema en determinar como un hecho ha sucedido realmente, surge en razón a que no ha sido percibido directamente por el operador judicial y que el mismo es pretérito. En virtud de ello, el primer objetivo del juez consiste en reconstruir los hechos tal como aproximadamente se dieron en la realidad.

Al respecto, cabe aclarar que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra dividido en dos: por un lado el Derecho Penal Material, de quien recibe el encargo de investigar los delitos y castigar a los culpables; y por otro lado, el Derecho Constitucional,

que le impone límites en esa actividad investigadora, inspirados en los derechos fundamentales que la misma Constitución garantiza y reconoce. Por ello, en el régimen procesal vigente, la práctica de la prueba viene limitada en tiempo y forma. Sólo con base en pruebas lícitas y practicadas conforme las garantías constitucionales, puede el juez determinar los "hechos" a los que luego debe aplicar la ley penal.¹

En razón de lo expuesto, la búsqueda de la verdad real tiene límites. El procedimiento reglado que exige la Constitución no es cualquier procedimiento establecido por la ley, sino uno acorde con las seguridades individuales y formas que postula la misma ley suprema, regulado por pautas a las que deben ajustarse las leyes de enjuiciamiento penal².

Ahora bien, al momento de analizar los medios probatorios idóneos en la investigación de delitos relacionados con estupefacientes, terrorismo, trata de personas y corrupción, entre otros de similares características, vemos que se acrecienta la problemática anteriormente planteada, ya que la complejidad que representa la determinación de la verdad en hechos de esa índole obliga a recurrir a técnicas probatorias que se encuentran al límite del respeto a la ley suprema.

Frente a ese cuadro de situación, el derecho procesal penal debe encontrar una solución que le permita al operador judicial comprobar la comisión de estos delitos, conciliando tanto las herramientas para dicha comprobación, como el respeto por los derechos constitucionalmente consagrados.

Este fin que tiene el proceso penal de búsqueda de la verdad material verificable, dentro de los lineamientos constitucionales, encuentra su fundamento en el principio de la libertad probatoria. Entendiéndose por tal la posibilidad genérica de que todo se podría probar por cualquier medio.³

¹ Muñoz Conde, Francisco. "Búsqueda de la verdad en el proceso penal", Edit. Hammurabi, p.37/45.

² Maier Julio B.J., "Derecho procesal penal", Tomo I Fundamentos, p. 489/90

³ Lemir, Miguel Ángel, "Prueba y actividad probatoria en el enjuiciamiento penal. Vicisitudes a resolver". LL2008-E, 1252.

Esta regla no es absoluta, quedarán fuera de su alcance las pruebas prohibidas por la ley, las que no sean compatibles con el ordenamiento formal y las que carezcan de sustento científico o por lo menos empírico. Simultáneamente cabe recordar que este principio resulta limitado por garantías constitucionales, las que no pueden vulnerarse sin más pretexto que la averiguación de un ilícito; de lo contrario, el material colectado en violación de estas normas será invalorable.

Por lo tanto, es misión del órgano de justicia poder introducir en el proceso todos los elementos necesarios para probar lo que se afirma o niega, de lo contrario se corre el riesgo de que el proceso pase a ser una construcción artificial.

Una de las figuras que resulta paradigmática en ese sentido, es la que se toma como objeto de estudio en el presente trabajo, el agente encubierto. Dicho medio de prueba se encuentra reglamentado por dos leyes sólo para tipos penales determinados, encontrando su aplicación cuestionamientos constitucionales. Sin perjuicio de ello se intentará demostrar la necesidad de recurrir a ese instituto para investigar hechos ilícitos de suma complejidad.

En resumen, en la presente exposición nos ocuparemos del estudio del AE como un método de investigación dirigido al esclarecimiento de ilícitos, no únicamente en materia de droga o tributaria, sino además, para aquellos delitos que, por el grado de organización y sofisticación con que son perpetrados, resulta una prueba idónea para alcanzar los fines del proceso penal. Ello, como se dijo, siempre y cuando se realice bajo los estándares constitucionales que aquí se exponen.

En conclusión nuestra hipótesis es que de existir una razonable pro-

porción entre la entidad del hecho investigado, su dificultad de comprobación y el bien jurídico puesto en juego, con la utilización de un AE, es posible recurrir a este medio para individualizar a los autores del delito y aproximarnos a la verdad real de lo acontecido.

El agente encubierto puede ser definido como una técnica investigativa, que permite penetrar de afuera hacia adentro en una organización delictiva, a través de la infiltración de un funcionario público, con la finalidad de obtener información para desbaratar el accionar ilícito.

Como se verá más adelante, intentaremos demostrar que, como medio de prueba idóneo, el AE puede ser utilizado para la investigación de otros delitos, aunque no exista una legislación positiva que lo avale.

El cuestionamiento a la capacidad del sistema penal tradicional para reaccionar frente a la criminalidad organizada⁴ ha aumentado notoriamente en los últimos años. En efecto, es de público conocimiento el surgimiento de causas que saturan los tribunales penales, en relación al lavado de activos, corrupción, evasión, narcotráfico, contrabando, y defraudaciones al Estado Nacional que han sido pergeñadas y llevadas a cabo en las últimas décadas.

La necesidad de utilizar agentes encubiertos es reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto sostiene que existen ciertos delitos, que se preparan y ejecutan de manera tal que sólo es posible su descubrimiento cuando los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad donde ellos tienen lugar.⁵

Uno de los puntos que ha caracterizado a la discusión en torno al AE, es su compatibilidad con garantías y derechos individuales consagrados en la Constitución Nacional, ya sea la inviolabilidad del domicilio o el derecho a la intimidad.

De esta manera, la naturaleza del AE se presenta problemática atento dos valores en pugna. La eficacia y la moralidad de su aplicación. Por un lado, el empleo de un agente infiltrado evidencia que el Estado se vale de un medio "inmoral" en la represión del delito, ya que el AE utiliza la mentira y la traición, como medios para descubrir las conductas ilícitas y desbaratar a la organización.

En este sentido la infiltración de un AE en el entorno de una persona, con el fin de recabar información de cargo, conlleva por lo pronto una afectación inmediata a su derecho a la intimidad y al dominio sobre datos sensibles vinculados a su propia persona; la afectación es mucho más intensa si el AE, además ingresa en la morada del investigado, o mantiene con él conversaciones que apuntan a la obtención de información.

Frente a estos cuestionamientos, debemos tener en cuenta el otro valor, la eficacia; si queremos luchar eficazmente en la represión de los delitos complejos, debemos contar con medios idóneos para penetrar y conocer la intimidad de las organizaciones. La manera más eficiente para ello es introducir un agente estatal en el corazón mismo del entramado delictivo.

Por lo expuesto, entendemos que mientras un AE con su accionar no se encuentre en condiciones de "crear" una actividad ilícita, provocando o instigando la misma, sino que resulte un simple observador pasivo del ilícito, su actuar estará dentro de los límites establecidos por la Constitución Nacional. No pueden actuar como provocadores o instigadores de delitos, sino que su actividad debe orientarse a abstenerse de impedir una determinada conducta, aún cuando conozcan el posible resultado

⁴ Conjunto de personas que permanecen a un cuerpo o grupo organizado que cometió y procura cometer sistemáticamente mas hechos ilícitos, en la mayoría de los casos por una causa monetaria.

⁵ CSJN "Fiscal vs. Fernández" fallos 313:1305, considerando 11.

de su omisión.

Para fundamentar la postura que esbozamos, es importante citar pronunciamientos judiciales en los cuales se utilizó como medio de prueba el AE, cuando, o bien no existía aún la reforma introducida a la ley 23.737, o en casos en que no se encuentra reglamentado el instituto.

La Corte ha admitido el empleo del AE, adelantando su plena congruencia con los principios y garantías constitucionales, previamente a la creación de la figura normada por el Art. 31 bis de la ley mencionada, incorporada por la ley 24.424, en el conocido caso "Fiscal c/Fernández", del 11/12/90.

Allí, el Alto tribunal esbozó reglas para admitirlos como medios de prueba, estableciendo como doctrina del fallo que: a) El comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del estado de Derecho. b) Que el AE no se involucre de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del investigado.

Frente a estas pautas podemos afirmar que no resulta requisito indispensable para la utilización del medio de prueba que éste se encuentre reglado en las normas procesales de estilo.

Finalmente cabe agregar respecto al fallo aludido, que si bien estamos de acuerdo con los estándares esbozados en la utilización del AE, tenemos una postura crítica respecto a la cuestión puntualmente resuelta en aquel *leading case*, cuya explicación excede el marco del presente.

Otros tribunales se han expedido en concordancia con lo expresado con la Corte, aceptando la constitucionalidad de la utilización de este medio de prueba en investigaciones por la comisión de otros delitos, sujetando su actuación a determinadas limitaciones.

Entre ellos, se puede mencionar es el caso "Kosower", resuelto por la Cámara Federal de la Capital Federal, en el que se admitió la figura del AE en un causa en la que se investigaba la comisión de un delito en infracción a la ley marcaria. Otro, es el caso Azicavo, en el que el mismo tribunal se expidió en ese sentido, pero aquí en una investigación por la comisión de un delito en infracción a la ley que tutela el uso de celulares.

Como conclusión, según se señalara la utilización del AE no resulta arbitraria. "La complejísima trama que exhibe la comisión de ciertos delitos de extrema gravedad y peligrosa repercusión social, a la que no es ajeno el inmenso poderío económico e inclusive político que caracteriza a las organizaciones que se hallan involucradas en ellos, determina la necesidad de prevenirlos e investigarlos a través de la ejecución de diversas medidas de política criminal que exceden el estricto marco de los dispositivos penales y procesales ordinarios."6

En razón de ello entendemos que no resulta imperioso contar con una norma procesal que habilite su utilización para este tipo de delitos.

En la actualidad un sector de la doctrina entiende que solo se puede utilizar la figura del AE en los casos reglados por las normas procesales⁷. Dicha afirmación se funda en que toda injerencia estatal en la esfera de derechos de los ciudadanos reclamaría de una autorización legislativa específica. El principio de reserva de ley impediría la creación jurisprudencial de normas de injerencia, ya sea mediante la aplicación extensiva de

las existentes, o mediante la simple y llana creación de facultades desconocidas para el ordenamiento jurídico.

Entonces para estos casos regiría el principio *nulla coactio sine lege* que proscribe la "invención" jurisprudencial de facultades coactivas o de injerencia, más allá de su conveniencia o necesidad político-criminal.⁸

Frente al Fallo Fiscal C. Fernández dichos autores entienden que la interpretación de la CSJN ignora una diferencia fundamental entre el sistema jurídico americano y el que rige en nuestro país; en los EE.UU., salvo excepciones, las facultades de injerencia estatal no tienen reglamentación legislativa; es la jurisprudencia la encargada de delimitar las posibilidades de afectación de cada garantía, a través del control posterior de constitucionalidad⁹.

En cambio, nuestro sistema jurídico parte del principio opuesto; reglamentador natural de las garantías constitucionales es el derecho procesal penal¹⁰, sólo a él le correspondería la determinación y delimitación de las afectaciones posibles, siendo este el camino que habría elegido el constituyente, apartándose de la Constitución de los EE.UU. otorgando al Congreso y a las legislaturas la facultad de dictar las leyes que declaren en que forma pueden ser limitadas o restringidas las garantías.

En resumen, para este sector de la doctrina, en el sistema jurídico argentino la tarea de la jurisprudencia sólo puede ser, analizar, en el caso concreto ciertas circunstancias: en primer lugar, si la injerencia ha sido regularmente realizada por los órganos de la persecución penal, mediante el legítimo ejercicio de una facultad legislativamente prevista; en

⁶ Eduardo M. Jauchen, ob. cit., Pág. 96.

⁷ Rudolphi, citado por Guariglia, LL1998-B, 371.

⁸ En este sentido, el autor citado entiende que la decisión de la CSJN en el caso Fiscal vs. Fernández implicó una inadmisible expansión de las facultades de injerencia en la persecución penal sin ningún tipo de sustento normativo, arrogándose el papel de legislador.

⁹ Como señalara Bovino, Alberto, se trata, eventualmente, de una reglamentación negativa posterior a la injerencia concreta, pero no de una regulación positiva fundante de la facultad estatal tomada en abstracto (confr. Guariglia, ob. cit.).

[.] Maier, Julio "Derecho Procesal penal"2ed. Buenos Aires, 1996, Pág. 162 y s.s.

segundo lugar, si esta facultad concedida por el legislador constituye una limitación o afectación razonable de la garantía o derecho afectado.

Frente a la postura expuesta, nosotros entendemos que un vasto análisis del Código de Procedimientos en materia penal nos permite concluir que no se puede presumir la ilegalidad de la designación de un AE, sólo por la falta de leyes que regulen tales recursos investigativos.

Ya hemos mencionado lo resuelto por los tribunales, advirtiéndose que existe consenso en el seno judicial respecto a la utilización de dicho medio de prueba para casos no reglados.

En tal sentido, catalogar de ilegal



a toda modalidad de prueba utilizada en ausencia de una normativa expresa que la legisle, importa identificar el concepto de "no legislado" con el de "prohibido", o, en otras palabras, cómo confundir en una única significación conceptos tan diferentes como "ilegal" y "extralegal".

La afirmación de que este tipo de prueba resulta ilícita o ilegal conlleva a analizar estos dos presupuestos. Como prueba ilícita se entiende aquella obtenida de modo irregular, o incorporada irregularmente al proceso; por prueba ilegal se entendería aquella que se introduce en el juicio en transgresión a la formalidad prevista para ello, o sin el debido contralor de las partes.¹¹

Ya hemos explicado las razones por las cuales sostenemos que el procedimiento de utilización de un AE no contraviene garantías constitucionales, no sólo a partir del análisis concreto de la normativa constitucional sino también a partir de lo entendido por la CSJN en el fallo "Fiscal C. Fernández", y en todos los casos en que se convalidó su utilización en tanto no hubiera actuado como un "provocador" de la actitud delictiva del imputado. Por lo tanto no podemos decir que en este aspecto la prueba sea ilegal, y respecto a su ingreso regular o irregular en el proceso deberá analizarse en cada investigación si se cumplieron con las reglas básicas que, a nuestro entender, se deben tener en cuenta al momento de utilizar este medio probatorio

Es decir, no se concibe la ilegalidad de la decisión de un juez en cuanto a la designación de un AE, sólo por la ausencia de regulación legal; ya que nos resistimos a aceptar que la permisión literal de cierta conducta para determinado campo pueda ser entendida como la implícita prohibición de ella en otros, concretamente en el ámbito procesal en el que, como se ha planteado al principio de este trabajo, rige el principio de libertad probatoria.

La ley 23.737 y la ley 26044, sólo tuvieron por finalidad regular un medio investigativo ya considerado acorde a la constitución, imprimiéndole características que el legislador consideró adecuadas para la utilización de ese recurso en ese peculiar campo delictual. Ese y no otro, es según entendemos, el espíritu que

debe atribuirse a la sanción de las mismas

La enumeración de los medios de prueba que contiene el código Procesal Penal que rige para la Nación no es taxativa sino meramente ejemplificativa.

Afirmar lo contrario implicaría considerar inadmisibles elementos probatorios que, a pesar de su eficiencia y pertinencia, no están en forma expresa entre los medios que la ley procesal establece provocando un obstáculo para la investigación, entre ellos la confesión, la intervención de correos electrónicos y la prueba documental.

El continuo y vertiginoso avance de la ciencia procesal ofrece a menudo la utilización de medios probatorios no expresamente tabulados, creando nuevos canales de información de maneras muy variadas, de los que no se puede prescindir.

Tal como lo afirma la Corte, la figura del AE ha tenido exitosa acogida en la legislación comparada en la lucha contra toda forma de delincuencia organizada. Un ejemplo de ello es la República Federal Alemana, en la cual desde hace tiempo la Policía de ese país se vale de estos agentes, sin contar con un marco legal a esta forma de proceder, la justicia se atuvo a las disposiciones generales del derecho penal y policial... " su posterior reglamentación se basó en las siguientes premisas "...1) Actuación solamente en delitos de importancia. 2) Actuación solamente si otras formas de investigación no prometen ser exitosas (cláusula de subsidiariedad). 3) Dependencia de la aprobación fiscal y/o judicial. 4) Severo control del AE por parte de un oficial de la policía. 5) Prohibición de cometer actos delictivos"12.

Resulta fundamental aclarar en este punto que la utilización del AE debe estar delimitada, es decir que un

¹¹ Cafferata Nores José I. Hairabedian Maximiliano, "la prueba en el Proceso Penal", Lexis Nexis, 2008, pag. 18.

¹² Publicación Parlamento Latinoamericano, 1994, p. 70/72.-

juez, en una causa iniciada legalmente autorice la operación mediante resolución fundada, tanto como debe hacerlo respecto de un allanamiento, secuestro de objetos, reconocimiento de personas, o una intervención telefónica

Para que la autorización proceda debe existir una situación excepcional, es decir que sea la última alternativa para lograr el éxito de la investigación y sólo para determinados delitos (por ejemplo tráfico de armas, trata de personas), procurando obtener por esta vía lo que de otro modo no se podría.¹³

Es importante, a los fines de no desnaturalizar el instituto, y evitar su utilización con fines ilegales, que la excepción se sustente en elementos de prueba que brinden una sospecha previa de que se delinque en las circunstancias donde el agente actuará.

Finalmente el juez debe ser el receptor inmediato, directo y exclusivo de los resultados de la operación, estipulando en su resolución cuál es la misión, a los fines de controlar si el agente se excedió en la misma, permitiendo delimitar el inicio y finalización de la tarea, y las circunstancias de tiempo, lugar y modo de su desarrollo.

Si bien el criterio postulado en los párrafos precedentes es el que sostenemos, resultaría necesario reglamentar el instituto del AE en nuestro código procesal a los fines delimitar la investigación de tan organizada criminalidad, y para resguardar los derechos del agente.

En esa tesitura, se propone realizar una modificación al Código de Procedimientos, no con el objeto de incluir la figura del AE como medio de obtención de prueba, ya que el principio de la libertad probatoria permite su utilización sin una norma expresa, sino para reglamentar sus límites y para instaurar los beneficios, deberes y funciones que revisten al AE.

Coincidimos con la redacción dada por la ley 23.737, ya que se establecen requisitos para su consentimiento, resguardo, nombramiento, impunidad en la comisión de ciertos ilícitos, y los tipos penales para imputar a la persona que revela la identidad del agente¹⁴.

Un ejemplo de lo aquí propuesto es el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza en el que se incorporan varias figuras de actuaciones encubiertas en su Art. 29.

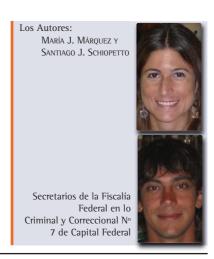
Siguiendo las manifestaciones del redactor de Cuyo, estos tuvieron a la vista para la especie, la ley de estupefacientes.¹⁵

En este texto normativo se puede

observar, como se propone, la codificación de este Medio de Prueba para otros delitos distintos a la ley 23.737.

En conclusión entendemos que la utilización del AE: a) resulta imperiosa para investigar hechos ilícitos llevados a cabo por organizaciones que tiene por fin la comisión sistemática de los mismos; b) es constitucionalmente congruente con las garantías del debido proceso penal si se lo aplica de acuerdo a los estándares esgrimidos; c) y que en la actualidad se podría utilizar para investigaciones que no sólo conciernen a infracciones a la ley 23.737 o a la ley 26044.

Amén de lo cual, resultaría necesario legislar su utilización en otras materias.



¹³ Vázquez Roberto V. ¿El fin justifica los medios? En LL1996-E, 390

¹⁴ Analizados acabadamente por Laje Anaya en "Narcotráfico y Derecho Argentino, Leyes 23.737 y 24.424" 2da. Edición, Marcos Lerner Editora, p.319/340.

¹⁵ Fundamentos de la Comisión Redactora, noviembre de 1999:

[&]quot;La presencia del agente encubierto queda legitimada por la necesidad de salvar los bienes jurídicos que la delincuencia destruye o lesiona, como un modo particular de combatirla, al hacer frente, mediante él, a las más complejas formas de criminalidad que soportamos, y que en la mayoría de los casos sólo pueden ser desbaratados (...con) la inserción en su estructura, de una investigación inteligente y secreta".

[&]quot;La regulación jurídica del agente encubierto no puede ser entendida como lesionadora de intimidades ajenas a la autoridad de los magistrados, porque el empleo del agente encubierto para la averiguación de delitos, no es por sí mismo contrario a las garantías constitucionales".

[&]quot;Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica se ha consagrado una causa de justificación porque no parece que se pueda delinquir, cuando se obra dentro del ejercicio legítimo del cargo, tal cual lo dispone el Código Penal en su artículo 34, inc. 4".

[&]quot;Conforme la Corte Suprema de Justicia se debe tener en cuenta una cuidadosa comprensión de la realidad de nuestra vida social común, y en especial el hecho comprobado de que ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso se ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, como sucede particularmente con los susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar. Por otra parte, el agente encubierto, es decir, el agente encubierto de la ley argentina, no puede ni debe tenérselo como un agente provocador, ya que este último no es más, en el fondo, que un instigador, o un determinador (C. Penal, Art. 45)".

[&]quot;La adopción en este Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, de esta modalidad investigativa, reglándola de manera similar a la ley 23.737, fue realizada a propósito por los miembros de la Comisión Redactora de manera tal que así puede aprovechar la doctrina y jurisprudencia que se ha ido elaborando al respecto".

Cámara de Diputados de la Provincia de Mendoza, Diario de Sesiones, 10/11/99, p. 1831:

[&]quot;Con respecto al agente encubierto, es importante señalar que este instituto ha nacido (...) de la Ley de Estupefacientes; se ha copiado el mismo texto que había en esta ley, para no hacer lugar a ningún tipo de impugnación constitucional, ¿por qué?, porque hay numerosos fallos (...) que están planteando que este agente encubierto, es constitucional"

