

Jueces, fiscales y defensores

Jueces, fiscales y defensores

Gabriel Ignacio Anitua


ediciones**Didot**

Anitua, Gabriel Ignacio

Jueces, fiscales y defensores / Gabriel Ignacio Anitua. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Didot, 2022.

Libro digital, PDF/A

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-8949-02-4

1. Derecho Penal. 2. Derecho a la Defensa. 3. Jueces. I. Título.
CDD 345.07

© ediciones**Didot**

© Gabriel Ignacio Anitua

1° ed. 2017

Hecho el depósito en ley 11.723

Libro de edición argentina

ISBN 978-987-8949-02-4

Diseño de tapa: Ezequiel Cafaro

ediciones**Didot**

Te. (+54 911) 6624-5381/4771-9821

Arévalo 1830, CABA, (1414) Argentina

www.edicionesdidot.com.ar

didot@edicionesdidot.com.ar

ÍNDICE

Presentación	9
Apuntes genealógicos sobre el poder de juzgar	21
La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense en las reformas procesales latinoamericanas	97
Juicio por jurados y democracia en Argentina	123
Sobre la reciente ley de juicio por jurados bonaerense	139
La reforma de la justicia penal	157
El principio de legalidad y el principio de oportunidad: Interrogantes y aporías en los sistemas anglosajones y continentales	165
Breves apostillas sobre el ejercicio de la acusación en Inglaterra	181
Una triste genealogía de la defensa (y como recordarla para hacer otra cosa)	201
La defensa pública como garantía de acceso a la justicia	209

PRESENTACIÓN

El presente libro reúne diversos textos que me interesa sean publicados conjuntamente y constituyendo un libro que da fin a la trilogía sobre los actores principales que el Estado impone para su actuación sobre la “cuestión penal”.

Más allá de que ese tema debería ser el objeto de atención de todas las disciplinas que dicen estudiar el derecho y el sistema penal, lo cierto es que ello no sucede en el “derecho” que se enseña en las Universidades para formar a esos mismos operadores jurídicos. Ni siquiera se enseñan las leyes orgánicas o de organización del poder judicial y del ministerio público. En el mejor de los casos, algo de esta temática se aborda, desde prismas sociológicos, en las disciplinas vinculadas con la así llamada “criminología”. Pero ello solamente sucede cuando ésta supera los viejos prejuicios positivistas que la limitaban al análisis del “delincuente”. Se ha dado en calificar a ese tipo de criminología como “crítica”, y se ubica en ese “campo polivalente” (al decir del recordado Enrique Marí) de estudio sobre los problemas jurídicos penales que excede el marco teórico y metodológico tradicional de las ciencias jurídicas, y opera en los confines de la política, la sociología, la antropología, la psicología y otras ciencias sociales. Ello se ha presentado también como sociología jurídica o sociología del derecho, y en otros lugares *socio-legal studies*, *law in context*, *law and society studies*, etc. En el caso, la que se especializa en lo penal.

Este libro es, entonces, la última parte de una trilogía destinada a señalar los objetos de atención de una criminología crítica o sociología jurídico-penal. Pero de una que no se “despegue” y, por contrario, mantenga puntos en común tanto con los estudiosos del derecho penal como con los operadores jurídicos.

En todo caso de una disciplina de análisis del sistema penal desplegado o concreto, que en el caso de estos tres libros se ocupa de

aquello que en los trabajos de Alessandro Baratta o Roberto Bergalli se calificó como una sociología de las “instancias de aplicación del sistema penal”. Me refero a lo que genéricamente podemos indicar como el trío “policía, jurisdicción penal y castigo”. Las tres instancias, o agencias, que se ocupan o entre las que se ha distribuido, actualmente, el sistema penal configurado son las que se encargan de la denominada criminalización secundaria, y por ello tienen una responsabilidad muy alta en la llamada selectividad del poder punitivo, y por tanto en su verdadera actuación, en su efectividad. Es por ello que, de haber sido descuidadas por el derecho penal, o dadas por naturales en la criminología tradicional, se convirtieron en el principal objeto de estudio en los pensamientos críticos. Estudiarlas implica, naturalmente, ejercer algún tipo de crítica, pero también de control sobre dicho poder punitivo verdadero o efectivo.

Ese objetivo debe de ser ineludiblemente político, y es por ello que incluso la tarea descriptiva alcanza en esta visión un componente político práctico vinculado con la denuncia y la reforma o el cambio.

En tanto es ese un objetivo que ahora vuelvo a declarar, señalaré que agrupar distintas investigaciones propias en esos tres libros, pretende reiterar la importancia de dichas temáticas e instituciones para realizar un saber comprometido con la política penal o criminal de determinado signo.

El libro, insisto, concluye la trilogía sobre las instancias del sistema penal, de las que me he ocupado dispersamente en los últimos veinte años, y siempre bajo la señalización de maestros y predecesores varios a los que quiero aquí rendir tributo.

El primer libro de ese intento fue *Derechos, seguridad y policía*¹, que se publicó en Buenos Aires. Allí se reunieron investigaciones sobre la instancia o agencia policial. El segundo libro de la trilogía llevó el nombre de *Castigo, Cárceles y Controles*². Y da cuenta de los alcances históricos, filosóficos y jurídicos de la penalidad, y de sus regulaciones, límites y controles a la hora de su ejecución. Este tercer, y último libro,

¹ Anitua, Gabriel Ignacio, *Derechos, seguridad y policía*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.

² Anitua, Gabriel Ignacio, *Castigo, cárceles y controles*, Buenos Aires, ediciones Didot, 2011.

recibe el título poco ingenioso de *Jueces, Fiscales y Defensores*, ya que se ocupa de esos actores de la etapa más “jurídica” de ese fenómeno o conjunto ya sintetizado como “delito, juicio y castigo”.

El libro tardó mucho en ser publicado, pero en gran medida es de celebrar que se publique ahora, cuando la necesidad de pensar y de transformar los poderes judiciales y los ministerios públicos resulta ineludible en nuestra Argentina, y en particular en la ciudad de Buenos Aires.

Sin quitar la importancia que continúan teniendo las agencias policiales y las relacionadas con el castigo, podría afirmar que de la suerte de la instancia judicial depende en gran medida la que corran las otras dos, supuestamente vinculadas a aquella para su dirección y control.

No solamente de allí viene su importancia. En gran medida comparto lo señalado, con genial redacción, por mi maestro Edmundo Hendler sobre que “De la trilogía que conforman delito, enjuiciamiento y castigo no solo lo segundo es más importante; bien podría pensarse que el castigo sea solo el pretexto para dar lugar al enjuiciamiento”³.

Es que más allá de su importancia, lo cierto es que el enjuiciamiento es la parte más jurídica de ese trío. Y que por serlo tiene la potencialidad de ser la menos violenta, y la que posibilite reducir o salir de las violencias que justifican que hablemos de delitos y de castigos.

Pero la violencia y el dolor en verdad subsisten, forman la parte esencial de nuestras disciplinas penales, y la base con la que estamos acostumbrados a trabajar jueces, fiscales y defensores.

El análisis propio de estos personajes y de las organizaciones que integran, el del juicio, el del derecho, y el del derecho penal en particular, nos muestra que estas agencias no siempre se oponen a la violencia, ya que muchas veces solo la reflejan y legitiman. La paradoja y la ambivalencia de los ya criticados análisis “formales”, no obstante, permiten al derecho diferenciarse de la violencia, o en todo caso sublimarla. Esto no es necesariamente negativo pues, como dice Eligio Resta⁴ se puede

³ Hendler, Edmundo, “Enjuiciamiento penal y conflictividad social” en Maier, Julio y Binder, Alberto (comps.), *Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, Del Puerto, 1995, p. 378.

⁴ En *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, Barcelona, Paidós, 1995.

“engañar” a la violencia con el derecho en tanto producto cultural, y éste puede constituirse en la “noble mentira” que convenza a todos y permita en el futuro eludir así la violencia. Pero ello debe de ser pensado y planificado para que así suceda, y debe contener esos mínimos componentes voluntarios de pacificación y democratización. Se debe plantear a la “cuestión judicial” en la clave política de la pacificación, democratización e igualdad.

El modelo de organización de la justicia y de derecho penal relacionado con el sistema penal que también se propone, indefectiblemente, en estos textos, apunta en esa dirección. El derecho garantizador del que se habla, incluso con una única dimensión procesal y agnóstica, además de incorporar el rechazo de la violencia, permite elaborar un criterio jurídico que otorgue pautas para la articulación de políticas democráticas y nos alejan de la violencia de la cultura actual sin imponer otra más poderosa. Esa alusión a la democracia implica la distribución igualitaria, pues tiene que facilitar el goce de bienes materiales a todas las personas, y también otro tipo de recursos que den cuenta de una efectiva participación en lo público dentro de lo que está el juicio penal.

Ello implica una asunción de lo público como el lugar de integración de todas las personas, algo que está bien lejos de permitir, ya que es más bien un obstáculo, el sistema de justicia penal que se describe aquí, y la cotidiana tarea de algunos operadores que forma parte ya de la crónica diaria.

La tarea compleja de politizar y sociologizar la cuestión penal se advierte en la tarea de descripción (y crítica) de normas jurídicas y también de decisiones judiciales concretas. Pero entiendo que debe ir más allá de ello para comprender cualquier fenómeno que se relacione con el sistema penal. En ese sentido, parece necesario analizar la conformación y actual funcionamiento de las agencias judiciales y de los ministerios públicos.

Una tarea tal requiere de algún tipo de transdisciplinariedad. Puesto que el sistema penal “es indudablemente un objeto de conocimiento plurifacético al cual no se puede acceder mediante su única descripción normativa”⁵, el estudio de cualquiera de sus instituciones torna necesario, imprescindible, este recurso, a distintas disciplinas que incluyen

⁵ Bergalli, Roberto, *Control Social Punitivo. Sistema Penal e Instancias de Aplicación: Policía, Jurisdicción y Cárcel*, Barcelona, M. J. Bosch, 1996, p. VIII.

la filosofía, la antropología, la sociología, la historia, la psicología, entre varias otras.

Se hace necesario poner en crisis aquella compartimentalización que obligaba y legitimaba la división en “disciplinas”, tanto dentro del derecho como del derecho respecto al más amplio conocimiento sobre lo social. Retomando antiguas reflexiones de los exponentes de la llamada Escuela de Frankfurt, se ha verificado la necesidad de recurrir a otro tipo de investigaciones ajenas a los métodos fragmentarios, asistemáticos y avalorativos que imperan en los órdenes “distintos” de las disciplinas.

Estas “disciplinas” a las que se debe recurrir pertenecen principalmente al campo de las ciencias sociales, puesto que en el sistema penal aparecen cuestiones que van más allá de las leyes específicas, y por lo tanto no es comprensible solamente desde una postura positivista jurídica (aquella es parte integrante, también, del sistema social y por lo tanto participa de sus límites). Como advirtieron Georg Rusche y Otto Kirchheimer: “El sistema penal de una sociedad determinada no constituye un fenómeno aislado sujeto solamente a sus regulaciones normativas, sino que es parte integral de la totalidad del sistema social con el que comparte sus aspiraciones y defectos”⁶. Por ello la revisión desde el enfoque sociológico de cualquier institución penal resulta imprescindible. Pero no solo es necesaria la sociología, ya que en la justicia penal se adivinan cuestiones políticas y éticas fundamentales para nuestra vida en sociedad.

El análisis jurídico no está, ni debe estar, ciego frente a sus presupuestos ideológicos concretizados en las instituciones terminales, que finalmente determinarán su concreto accionar social.

Es por todo ello que jurídico no debe traducirse como “técnico”, y el aporte de las otras disciplinas, sobre todo de tono descriptivo de las realidades, permitirá ya no solo la reflexión propiamente jurídica sino también la política. La necesidad de insertar el análisis jurídico (y no casualmente cuando este análisis entra en juego con las instituciones del sistema penal, y en concreto las del juicio penal) dentro de esquemas políticos más globales.

⁶ Rusche, Georg y Otto Kirchheimer, *Pena y Estructura social*, Bogotá, Temis, 1984, p. 254.

De esta forma, el enfoque transdisciplinario debe compatibilizar las mejores expresiones de la sociología, la antropología y la historia, con los límites filosóficos y políticos penales propios del pensamiento ilustrado, que el derecho penal actual refleja en el garantismo, capaces estos últimos de colocar en una posición privilegiada al individuo y, también, a la “racionalidad” ligada a valores finales como el de la pacificación y la participación democrática e igualitaria.

Todo ello supone un posicionamiento expresamente político, lo que ciertamente no es novedoso.

No obstante, no suele estar tan presente en las investigaciones actuales sobre el judicial, que dada su escasez son siempre, de todas maneras, de agradecer.

Si es grave que no se investigue el accionar de jueces fiscales y defensores, y se analicen desde fuera de sus corporativas instituciones formas diversas de organización, mucho más grave es que eso deje de hacerse desde postulados políticos y académicos progresistas o de izquierda. La “criminología crítica” debe ocuparse de esa tarea.

No es cierto que eso no se analice en ese campo. Pero, en todo caso, sí cabe acotar que la mayor investigación empírica y producción teórica de la llamada “criminología crítica” recayó sobre la institución penitenciaria, en un principio, y más recientemente en la policial. No deja de ser curioso que aquella instancia judicial sea la más descuidada, cuando es evidentemente la más cercana o ligada al discurso estrictamente jurídico (disciplina en la que fuimos formados la gran mayoría de los criminólogos críticos latinoamericanos).

Pueden citarse importantes excepciones. Entre ellas quiero hacerlo especialmente con aquellos dos profesores que más me han influido, y que para aquellos años noventa en que yo era un joven graduado fueron autores de dos importantes trabajos para prestar atención a la “cuestión judicial”. Me refiero a Roberto Bergalli, autor de muchos trabajos y en especial *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*⁷ y a Raúl Zaffaroni y a su aporte en *Estructuras judiciales*⁸.

⁷ Bergalli, Roberto, *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.

⁸ Zaffaroni, Raúl, *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994.

A los dos quiero rendirles homenaje, aunque en este libro no haré lo que ellos han hecho ya en esos trabajos, sino que juntaré trabajos que se limitan a poner en cuestión histórica a la justicia, la acusación y la defensa, intentando señalar algunos momentos del pasado que sirven para entender el poder judicial en nuestro presente. De ese presente se destacan algunas reformas, que no siempre son coincidentes o apuntan hacia esa misma dirección pacificadora y participativa. También se hacen análisis comparativos o que describen la situación en otros países, y entiendo que eso sirve también a la reforma.

La importancia del análisis histórico remite a la ya mencionada palabra “genealogía”. Esta, así definida, apunta a revelar un dato de la realidad actual. Intenta develar los intereses y demás problemas ocultos tras aquello que quedó consolidado en forma de institución, algo que parece especialmente importante en aquella institución hoy casi naturalizada y así legitimada en el ejercicio de uno de los poderes más terribles sobre las personas.

Es por ello un recurso necesario para estudiar esta rama del poder pues, como afirmó Zaffaroni: “Un poder judicial sin historia corresponde a la imagen desdibujada del juez que siempre ha querido proporcionar el establishment, o sea, a la de un juez que por aséptico el poder le pasa sin rozarle, porque no lo protagoniza”⁹.

De la misma manera se expresaba Bergalli al resaltar la importancia de una “historia de la cuestión criminal latinoamericana”¹⁰ para contrarrestar la ideológica imagen y auto-representación de quienes actúan dentro del poder judicial, como si estuviesen fuera de sus condicionamientos políticos y sociales.

Esa tarea, tan necesaria, no llega a realizarse en estos textos, pero me conformo con que dejen planteada la preocupación y con que inviten a jóvenes y valerosos investigadores a persistir en ello con el enfoque señalado.

Queda presentar a los textos que integran este volumen.

Lo que tienen en común es, precisamente, ese enfoque y las declaradas intenciones de denuncia y de proposición de cambios. Asimismo

⁹ Zaffaroni, Raúl, *Estructuras judiciales*, op. cit., p. 12.

¹⁰ *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, op. cit., p. 230.

comparte cierto abordaje metodológico que responde a lo dicho más arriba sobre la necesaria búsqueda de herramientas en distintas disciplinas. En especial se recurre a la historia y al derecho comparado.

En efecto, el análisis transdisciplinario de todos estos textos remite mayormente a la metodología jurídica con perspectiva histórica y comparativa. Son justamente estas dos perspectivas las que dan origen a otro tipo de preocupaciones teóricas y metodológicas que no deberían estar ausentes de ningún trabajo jurídico.

Pero la importancia dada al método de la historia no debe llevar a pensar que el intento queda limitado a un análisis estático de un fenómeno del pasado, sino que intenté realizar una historia para y del presente.

Como enseñó Julio Maier, creo que un estudio adecuado de cualquiera de los principios que gobiernan las actuales formas de enjuiciamiento debe comenzar por la comprensión del problema cultural y político que tras él reside. Los sistemas de enjuiciamiento penal, así como la misma organización de la justicia y la subjetividad de jueces y fiscales, han ido a la par de la historia política y guardan perfecta correspondencia con ella.

Como se ha dicho, el repaso histórico, acotado y poco pretencioso, se hizo ya no con la pretensión de encontrar una “verdad” en el pasado, sino más bien para reconstruir el pasado de nuestras “verdades”. Al seguir a Michel Foucault, la genealogía aquí recurrida trata de percibir los accidentes (los eventos) que están en la raíz de lo que conocemos y existe. Así, la visión de la historia se realiza desde un presente con preocupaciones determinadas por los accidentes que lo conforman. Y orientada moral, jurídica y políticamente del modo ya señalado.

Lo mismo sucede con respecto al método jurídico comparativo. La metodología de trabajo consistente en atender al estado de la cuestión en el derecho comparado y en los documentos internacionales (con el fin de realizar una revisión de esta relación examinada en contextos jurídicos comunes o que se relacionan) y a la vez criticar las “soluciones” adoptadas en cada uno de estos espacios estatales, o supraestatales, resulta especialmente pertinente en lo que hace a aquello más “globalizado” del universo jurídico, que es lo penal. La llamada “crisis” de la justicia es un fenómeno global, y en gran medida eso responde a matrices comunes, pero también deben considerarse sus particularidades.

El derecho comparado, a pesar de sus dificultades, ofrece soluciones a la política criminal influyendo sobre la legislación y, antes que ello, enriqueciendo la imaginación de los estudiosos del derecho y del sistema penal. Es esto último lo que me interesa, puesto que difícilmente se pueda realizar una lectura meramente pasiva de este tipo de análisis, que no se detiene en el derecho sino que se extiende a la cultura, tanto judicial como general, del otro país analizado. Eso influye quizás más que las reformas normativas, en el necesario cambio de política, que previamente debe de ser cultural.

Se vuelve así, y para terminar, a la necesaria politización de dicho método transdisciplinario, que es la verdadera matriz que asegura una reflexión moral.

Los textos se presentan en el siguiente orden. Primero, aquellos que aluden al papel del juez y del poder judicial.

El primero de ellos es “Apuntes genealógicos sobre el poder de juzgar” que es un texto escrito recientemente, durante un año, el 2015/2016, dedicado a investigar e impartir clases en la Universidad de Barcelona (donde fui contratado como profesor asociado de Filosofía del Derecho). En ese tiempo escribí un libro sobre la temática que será publicado por Iustel en Madrid, y también un artículo que formará parte de una investigación conjunta en Argentina. Si bien el artículo no es idéntico a esos otros dos que verán pronto la publicación, responde a los mismos interrogantes y procede de las mismas investigaciones, por lo que se encontrarán algunos puntos en común. Analiza genealógicamente (perspectiva sobre la que algo diré más abajo) a los poderes judiciales, en especial al argentino.

El segundo texto “La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas” es bastante más antiguo, pues lo presenté en el Congreso Internacional Las Ciencias Penales en el Siglo XXI, organizado por la Academia Mexicana de Ciencias Penales en México DF a fines de 2003¹¹; la última versión se encuentra compilada en esta obra¹². El hecho de esa reciente

¹¹ Se publicó en el libro de actas, México, Inacipe, 2004, pp. 402 a 427.

¹² Se publicó en la *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* (Giacomolli y Vasconcellos, directores), Volumen 1, 2015, Porto Alegre, IBRASSP.

publicación se vincula con la importancia actual (para mí, pero también para los editores de la revista en Brasil) de lo que allí se cuenta para analizar un posible aspecto, a mi juicio peligroso, de las reformas penales que predicán el valor del “eficientismo”.

El tercero, “Juicio por jurados y democracia en Argentina”, da, por contrario, el alcance de otro de los reclamos de los procesos de reformas del poder judicial y del enjuiciamiento, que tienen valor en lo que hace a la transparencia y la participación popular¹³.

Sigue sobre la misma temática el artículo “Sobre la reciente ley de Jurados bonaerense” publicado originalmente en la *Revista de derecho penal y criminología*¹⁴. El hecho de que ambas prestigiosas revistas solicitarán su inclusión se debe, por un lado, a que fue uno de los primeros comentarios sobre la reforma mencionada en el Estado más importante de la Argentina. Pero también, espero, a algún mérito del texto que fue, por otro lado, el presentado como clase para la oposición a la titularidad de la cátedra de derecho penal y procesal penal en la Universidad de Buenos Aires en el año 2013. También pretende dar cuenta de ese posible derrotero de las reformas de la justicia penal, que considero auspicioso.

Finaliza el análisis sobre el judicial el breve texto “La reforma de la justicia penal”¹⁵. Está escrito también en ese período de estudio en Barcelona, pero pensado especialmente en las necesarias reformas del poder judicial argentino.

Los siguientes artículos se dedican, parcialmente, al segmento de los “fiscales”. Así, da cuenta de un tema principal que hace al poder de acusar “El principio de legalidad y el principio de oportunidad:

¹³ Se publicó en Bruno Amaral Machado (coordinador), *Justiça Criminal e Democracia/ Justicia Criminal y Democracia*, Brasilia, Marcial Pons, 2013, pp. 10 a 117, pero también da cuenta de investigaciones e ideas expresadas anteriormente.

¹⁴ (Zaffaroni, director), Año 4, n° 1, Buenos Aires, La Ley, febrero de 2014, pp. 219 a 229; y en la *Revista de Derecho Procesal Penal* (Donna, director), 2014-1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, pp. 87 a 108.

¹⁵ “La reforma de la justicia penal”, *Revista Bordes*, José C. Paz, UNPaz, 2016, n° 1, pp. 141 a 147 y en *Revista de derecho penal y criminología* (Zaffaroni, director), Año 5, n° 7, Buenos Aires, La Ley, agosto de 2016, pp. 95 a 98.

interrogantes y aporías en los sistemas anglosajones y continentales”¹⁶. Este artículo no se publicó en el momento de escribirlo, en el año 2001, pero sí que fue recuperado por mí en un libro en el que analizo diferentes aspectos del proceso penal: *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*. En este ensayo se intenta dar cuenta de la crucial naturaleza del poder de acusar (o no), y por tanto de lo que hace a la conformación de límites o poderes al Ministerio Público fiscal. También se hace una comparación entre las dos grandes tradiciones procesales de Occidente, para extraer conclusiones sobre nuestro modelo de enjuiciamiento y un futuro posible de acercamiento de tradiciones y culturas jurídicas.

El artículo “Breves apostillas sobre el ejercicio de la acusación en Inglaterra” es inédito. Podría ser considerado tanto el más antiguo como el más nuevo de la compilación. Se relaciona con el anteriormente descrito e incluso más con la investigación realizada junto al amigo Emilio Cappuccio como participantes del seminario de la cátedra de Edmundo Hendler sobre derecho procesal comparado del año 1996. Algo de ello se había utilizado en la colaboración conjunta “El sistema procesal penal en Inglaterra y Gales”¹⁷, pero me pareció que profundizar sobre ese aspecto concreto, el del poder de acusar en aquel país podía tener su valor en esta nueva compilación por lo que les di una nueva forma para ser publicado en esta obra.

Los últimos textos se refiere al “gremio” de los defensores, grupo que integro desde que me inicie en la vida laboral, incluso antes de obtener el título de abogado, y con breves interrupciones en las que trabajé exclusivamente como académico y también como secretario de una fiscalía y como letrado de un juez de la Corte Suprema. No obstante, la mayor parte de mi vida laboral ejercí ese noble oficio del que está “del otro lado del mostrador” y que suele sufrir desapoderado las falencias de la instancia judicial toda. Esos textos revelan, creo, mi doble faceta de investigador y defensor público. Se trata de “Una triste

¹⁶ “El principio de legalidad y el principio de oportunidad: interrogantes y aporías en los sistemas anglosajones y continentales”, *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2010.

¹⁷ En el libro *Procesos penales europeos contemporáneos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.

genealogía de la defensa (y como recordarla para hacer otra cosa)”¹⁸ en el cual se vuelve al análisis genealógico ya descripto.

“La defensa pública como garantía de acceso a la justicia”¹⁹ se trata, en este último caso, de una charla, o discusión mantenida en una reunión de defensores públicos. Creo que es fundamental dar continuidad a la discusión aquella y a la que nos debemos todos los defensores para ejercer de mejor manera nuestro oficio, y posibilitar así la transformación del sistema de justicia, todo en beneficio de los más vulnerables y para que no reciban nuevas y mayores vulneraciones a sus derechos.

Como ya dije, con eso no se agota ni de cerca la amplitud de aspectos necesarios de ser analizados críticamente. Mucho más ha de ser estudiado y propuesto prontamente. Confío en esas investigaciones futuras, realizadas tal vez por las y los lectores con los que pretendo mantener un diálogo fecundo.

Buenos Aires, 1º de febrero de 2017.

¹⁸ *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, n° 4, Buenos Aires, Del Puerto, 2008, pp. 141 a 146,

¹⁹ Publicado en Martínez, Stella Maris (comp.), *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2009, pp. 157 a 173.

APUNTES GENEALÓGICOS SOBRE EL PODER DE JUZGAR

Intentaré en este libro señalar algunos momentos históricos que sirven para entender el poder judicial en nuestro presente.

En este sentido, se seguirán algunas intuiciones metodológicas de Michel Foucault. Aun cuando ese tipo de análisis con referencia histórica, pero que no requiere del rigor de esa disciplina, no comienza con el gran autor francés. “Marx, Weber y Durkheim hicieron un uso específico de la historia para dar cuenta de la sociedad de su tiempo. La referencia a la historia les permitió contrastar hipótesis explicativas acerca del surgimiento, desarrollo y conformación en la actualidad del tipo de sociedad en la que vivieron. Con la ayuda del método histórico comparativo pudieron establecer que las sociedades son sistemas en los que los grupos sociales, las instituciones, las creencias, las doctrinas, están interrelacionadas y han de ser estudiadas en sus conexiones mutuas, en sus génesis y desarrollo. Y es que los sistemas sociales son mudables, están sometidos a cambios y transformaciones que se producen, entre otras cosas, porque el campo social está atravesado de contradicciones, conflictos, luchas, intereses, ajustes, desajustes, reajustes”²⁰.

Ese tipo de análisis, de “historia del presente” pero que tienen más en cuenta el presente que la misma historia, resulta de utilidad en la investigación sobre el poder de juzgar si el repaso histórico se hace ya no con la pretensión de encontrar una “verdad” en el pasado, sino más bien para reconstruir el pasado de nuestras “verdades”. Si, como indicaba Michel Foucault, no se pretende remontar el tiempo para encontrar una gran continuidad ni una pretendida evolución o determinismos sino, al contrario, percibir los accidentes, los eventos o

²⁰ Varela, Julia y Álvarez-Uría, Fernando, *Genealogía y sociología*, Buenos Aires, El cielo por asalto, 1997, p. 51.

los hitos que están en la raíz de lo que se conoce y existe²¹. Como señaló Robert Castel “el método genealógico busca las filiaciones. Más exactamente, intenta, cuando se trata de un suceso determinado, comprender la relación existente en su constitución entre los efectos de innovación y los heredados”²².

La genealogía, así definida, apunta a revelar un dato de la realidad actual. Intenta develar los intereses y demás problemas ocultos tras aquello que quedó consolidado en forma de institución, algo que parece especialmente importante en aquella institución hoy casi naturalizada y así legitimada en el ejercicio de uno de los poderes más terribles sobre las personas.

Es por ello un recurso necesario para estudiar esta rama del poder pues, como afirmó Zaffaroni “Un poder judicial sin historia corresponde a la imagen desdibujada del juez que siempre ha querido proporcionar el establishment, o sea, a la de un juez que por aséptico el poder le pasa sin rozarle, porque no lo protagoniza”²³.

Un estudio adecuado de cualquiera de los poderes públicos, en general pero en particular de estos que se relacionan con los conflictos humanos, debe comenzar por la comprensión del problema cultural y político que justificó su aparición y mantenimiento. Como ya he dicho, creo que ello es relevante en lo que hace al poder de juzgar, que se manifiesta en su forma más brutal en ese poder en relación con determinados conflictos y con la violencia, lo que remite el análisis especialmente a lo que hacen e hicieron los jueces en materia penal.

Los sistemas de enjuiciamiento penal han ido a la par de la historia política y guardan perfecta correspondencia con ella, como enseñó Julio Maier²⁴. Y ello remite directamente a la cuestión a analizar, la de una indagación sobre ciertos hitos o momentos históricos que digan

²¹ Foucault, Michel, “Nietzsche, la Genealogía, la Historia” en *Microfísica del Poder*, Madrid, La piqueta, 1992 (trad. de J. Varela y F. Álvarez Uría), p. 13.

²² Castel, Robert, “Prólogo” a Álvarez-Uría, Fernando, *Miserables y locos. Medicina mental y Orden social en la España del siglo XIX*, Barcelona, Tusquets, 1983, p. 9.

²³ Zaffaroni, Raúl, *Estructuras Judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994, p. 12.

²⁴ Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires, Del Puerto, 1996, p. 442.