

Guillermo Nicora se suma a la lucha de pulgares

El amigo [Guillermo Nicora](#), prestigioso procesalista penal, se suma al debate que planteamos en nuestra nota “Luchando por digitar”.

Su punto de vista es diametralmente distinto al nuestro (‘[Luchando por digitar](#)’), y por eso creemos que es muy interesante leerlo y discutir las conclusiones de ambos.

Quizás así podamos llegar a algo parecido a la verdad constitucional...

Romper con la “familia” judicial (Desafíos santafesinos)

Dentro de algunos años, quizás se pueda escribir la historia del tortuoso proceso de reforma procesal penal de Santa Fe. Por ahora, quienes protagonizan el cambio, los que de algún modo tuvimos la oportunidad de colaborar de modos más o menos tangenciales, y quienes se limitan a ser atentos espectadores del proceso, debemos alternar crónica con reflexión “en caliente”.

Sistema penal y política

Los denodados intentos de algunos miembros de la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe por ralentar o directamente impedir la transformación radical de la justicia penal, no son rarezas: es desgraciadamente frecuente ver, a lo largo de cada provincia argentina y cada país latinoamericano, que los más eficientes bloqueos a los procesos de reforma suelen emanar de las cúpulas judiciales. Tal regularidad social no puede explicarse con teorías conspirativas. Tampoco -como suele señalar Alberto Binder- bajo la equivocada y simplista idea de que “son malos, son vagos o son tontos”. Los motivos son profundos.

Razones de supervivencia y conservación de las posiciones, llevan habitualmente a los actores políticos a defender sus cuotas de poder frente a cualquier cambio que cuestione lo estatuido. Es de una total ingenuidad creer que los ministros de los superiores tribunales son ajenos a la política. Podrán estar (formal o materialmente) fuera de las estructuras partidarias, pero son actores políticos de primer orden, lo cual no es preocupante, salvo que nos empeñemos en negarlo. *“Nunca es triste la verdad/lo que no tiene es remedio”* (J.M. Serrat)

Antes de seguir: el artículo periodístico que cita Domingo Rondina en el trabajo que de alguna manera pretendo glosar (no me atrevo a decir que lo estoy discutiendo, el Derecho Constitucional es su terreno, y Santa Fe es su provincia, soy visitante por ambos lados) es imprescindible para el lector que no acuerde con las ideas centrales del párrafo anterior. Quizás siga sin compartirlas, pero al menos, estaremos interactuando con similar nivel de datos fácticos.

Decía que la esencia política de lo penal no es un dato preocupante. Y es que no debe existir mayor exhibición de poder que enjaular ciudadanos con permiso legal. El sistema penal siempre será una cuestión política, sin que sea necesario situarse en escenarios de manipulación, persecución a opositores, cobertura para delitos desde el poder y demás patologías. El derecho penal y el derecho procesal penal, es un conjunto de saberes vinculados a las leyes que tienen por finalidad contener y limitar el poder para que no se vuelva opresivo. Es, por lo tanto, un ámbito científico muy emparentado al Derecho Político, al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Todas estas campos disciplinares reconocen la natural y esencial ligazón entre derecho y política como algo esencial, innegable y bienvenido. Asumiendo así que jamás se puede hablar del sistema penal sin tomar posición política (salvo ingenuidad, hipocresía o cinismo extremos), avancemos en lo que aquí importa, que es el análisis (político y jurídico a la vez) de la disputa actualmente en curso entre el Procurador General, el Fiscal General y el Defensor General de la provincia de Santa Fe, por los procedimientos de selección y designación de fiscales, defensores oficiales y personal de ambas agencias.

¿Constituciones inconstitucionales?

No se deje confundir por el título, amigo lector. Aunque estemos hablando de ministros de la Corte y lucha por conservar el poder, no me voy a referir al precedente "Fayt" de la CSJN, sino a las eventuales discordancias entre la Constitución nacional (CN) y una Constitución provincial (CProv). En el caso, la de Santa Fe (pero casi todo lo que aquí se dice es aplicable a la mayoría de las provincias Argentinas).

La vigencia de la Constitución Nacional y los tratados a ella incorporados no es opcional para las provincias. El art. 5 CN es claro en el sentido de limitar el poder constituyente provincial, ya que deben ejercerlo *"bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional"*. Y además, claro, está el art. 31 CN, que reitera en forma expresa la subordinación normativa provincial a la normativa federal.

Así las cosas, la interpretación de las constituciones provinciales tiene que preferir siempre la solución más representativa y más republicana. Expresamente dice el art. 1 de la CProv SF

que la Provincia “organiza sus instituciones fundamentales conforme a los principios **democrático, representativo y republicano**” (el destacado me pertenece).

El pseudo Ministerio Público de la Constitución de Santa Fe

El art. 83 de la CProv SF dice que “*El Poder Judicial de la Provincia es ejercido, **exclusivamente**, por una Corte Suprema de Justicia, cámaras de apelación, jueces de primera instancia y demás tribunales y jueces que establezca la ley*” El subrayado es mío, para demostrar que la norma excluye del Poder Judicial a todo lo que no sea jueces, cámaras y Corte.

A su turno, el art. 84 de la CProv SF dice claramente que la Corte se compone de cinco ministros **y de un procurador general**; éste, sin dudas, integra la corte, y sólo por esa razón, no puede ser jefe de los que ejercen la acción penal pública en un modelo acusatorio. No, al menos, sin contradecir la nota esencial del acusatorio, que es la separación de las funciones de acusar y juzgar.

El art. 85 establece las condiciones para ser miembro de la Corte, vocal o **fiscal de las cámaras de apelación**; lo resaltado nos permite inferir que el Fiscal de Cámaras es (a semejanza del Procurador) parte de la Cámaras (si no, no estarían en el capítulo del PJ), y por lo tanto, tampoco pueden ser titulares de la acción penal pública del acusatorio, ni tener autoridad sobre éstos. Nótese que el artículo, que también establece las condiciones para ser juez, no fija requisitos para ser fiscal de primera instancia (los que no existen en la CProv SF). Cuando a su turno, el art. 88 habla de los magistrados y funcionarios del ministerio público, y predica de ellos inamovilidad, intraslabilidad, intangibilidad de las remuneraciones, etc., está hablando de los jueces y de esos funcionarios que integran la Corte y las cámaras, que son denominados Procurador y Fiscales de Cámara, pero que (como todos los fiscales nacidos al socaire del poder monárquico) son una suerte de mutantes institucionales, propios del frankensteiniano modelo mixto, que no tienen nada que ver con el ministerio público autónomo que exige el acusatorio (por si hiciera falta, conste que estoy hablando en términos funcionales, y de ninguna forma puede asignarse a lo que aquí sostengo ninguna voluntad de adjetivación respecto de las personas que ocuparon y ocupan tales cargos). Para terminar la recorrida por el articulado de la CProv SF, veamos el art. 92, que describe el rol constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Al decir que ésta representa al Poder Judicial, ejerce la superintendencia de la administración de justicia, reglamenta la función judicial, dispone del presupuesto del Poder Judicial, propone (previo concurso) funcionarios y empleados, remueve “magistrados sin acuerdo legislativo”, etcétera; claramente, la norma

está hablando del personal asignado a las estructuras de los juzgados y tribunales, y en ningún caso se puede estar refiriendo al MP autónomo que exige el acusatorio. Si la Corte tuviera algún poder de decisión sobre la selección y permanencia de cualquier nivel de empleados o funcionarios del Ministerio Público, toda idea de autonomía rodaría por el suelo. *(Dicho sea de paso, y respecto de los empleados y demás funcionarios a los que alude el art. 92 CProv SF: ¿de dónde sale la interpretación de que “proponer” es algo más que “elevar la lista de los ganadores de los concursos” como parece sugerir el Procurador al decir que los concursos expropian facultades de la Corte? Si la designación debe hacerse por concurso, no cabe admitir discrecionalidad alguna.*

Así las cosas, no hay NINGUNA otra norma constitucional que directa o indirectamente aluda al Ministerio Público autónomo que exige el acusatorio. No hay más que una alusión a un procurador y fiscales de cámara, que a razón de uno por circunscripción, hace un pseudo Ministerio público de seis funcionarios vitalicios, que (a lo sumo con distinto color de toga) son tan miembros de los Tribunales como los jueces.

Tanto así que en la organización judicial vigente en Santa Fe hasta esta reforma, los llamados fiscales de primera instancia, son empleados judiciales sin mayor jerarquía, que -como un chofer o una dactilógrafa- pueden ser despedidos por un mero sumario, y no gozan del estatuto de protección (inamovilidad, intangibilidad, etc.) que adorna a los magistrados.

El Ministerio Público del acusatorio (CN 120)

El art. 120 de la Constitución Nacional ubica al Ministerio Público como un órgano extrapoder, es decir, fuera de las esferas de los tres poderes del Estado. No es del caso revivir la extensa discusión de los '80 y los '90 sobre la “ubicación institucional” del Ministerio Público. Baste decir que, ora dentro del poder judicial, ora como “extrapoder”, no hay mayor diferencia a la hora de sintonizar con el “interés general de la sociedad” que supuestamente debiera defender el Ministerio Público; al contrario, tiene una enorme tendencia al autismo institucional. Bajo el rótulo de la “objetividad”, pretenden representar el interés de todos no relacionándose con nadie (una suerte de telepátia valórica que remite a lo más oscuro del medioevo). Ciertamente es que el Ministerio Público en manos del Ejecutivo tiene historia de encubrir a los propios y perseguir a los ajenos. Pero la pertenencia al Ejecutivo es, al menos desde la teoría, lo más coherente, ya que los fiscales son claramente actores de la política criminal, que es una de las políticas estatales básicas, y por tanto, debería reconocer los límites de lo representativo y lo republicano. No obstante, los defectos (altamente resistentes al cambio, como se ve mediante la lectura de los diarios) del sistema electoral, tiñen de preocupación la idea de elección popular de fiscales. El intento de remedio que trae la ley 13013 (orgánica del Ministerio Público de la Acusación de Santa Fe) viene de la mano de los

consejos regionales, que sólo después de puestos en marcha y asentados, podrá verse si prestan o no ese servicio de ajustar el derrotero del Ministerio Público al interés de la comunidad que se supone debe representar.

Pero lo que es cierto, es que la ley 13013 organiza el Ministerio Público como manda el paradigma del art. 120 de la Constitución Nacional, y no contraría norma alguna de la Constitución provincial (salvo aquellas que son incompatibles con la Carta Magna federal)

La Defensa Pública: silencio de radio

La situación del sistema de defensa pública que establece la ley 13014, ni siquiera presenta riesgo de equívoco, ya que la Constitución provincial ni siquiera la menciona (más allá del reconocimiento del derecho de defensa en juicio, carente de toda norma programática que acerque a la realidad esa declamación). Por lo tanto, nada impide que sea COMPLETAMENTE AUTÓNOMA, como corresponde. ¿Cuál es la norma que pretende invocar el Procurador para arrogarse autoridad sobre el sistema de Defensa Pública creado por la ley 13014? La mera existencia de los actuales defensores de oficio, apéndices poco agraciados del Poder Judicial, más bien diseñados para “hacer como que” existe garantía estatal de defensa pública (y me consta que muchos Defensores Oficiales de Santa Fe hacen lo indecible para cumplir a cabalidad una tarea que los supera por mucho), que para efectivamente brindar ese servicio esencial, no permite sostener que deba seguir siendo así.

Otras voces

El Fiscal General de la provincia de Santa Fe, Dr. Julio de Olazábal, dijo en un reportaje reciente lo mismo que aquí intento sostener, pero con mejor estilo:

“La Constitución de nuestra provincia, de fecha anterior a la reforma nacional de 1994, sigue en su letra la vieja tendencia a mezclar las funciones de juzgar, perseguir y defender, asignando a la Corte Suprema de Justicia, es decir a magistrados que no sólo gobiernan al Poder Judicial sino que también actúan propiamente como jueces, facultades para resolver temas exclusivos de la Fiscalía o de la Defensa, tales como decidir sobre sus gastos de funcionamiento, sobre la designación de empleados o sobre la potestad sancionatoria. Estas cuestiones, aunque parecen menores, en realidad son esenciales para la autonomía de Fiscalía y Defensa, ya que si son los jueces los que van a decidir cómo utilizan sus presupuestos, quiénes serán sus empleados y a quiénes se sanciona o no, en definitiva serán ellos en verdad quienes las manejarán, al poder por esas vías alterar estrategias de trabajo que hubieran diseñado para el mejor cumplimiento de sus deberes.”

Así como carecería de autonomía de vida alguien de quien se dice que la tiene, pero otro le maneja el dinero, establece quien entra o sale de su casa y decide si lo castiga o no, tampoco será autónoma una Fiscalía o Defensa a las que se le maneja el presupuesto y se decide sobre sus miembros.

La Fiscalía -también la Defensa- es plenamente autónoma o pierde todo sentido la reforma penal, se paraliza su implementación y debemos volver a esperar que la Corte Suprema de la Nación objete, como ya lo hizo, a nuestro sistema de justicia penal.” (De Olazábal, Julio, “La reforma penal no está detenida”, reportaje en el Diario El Litoral del 7/9/2011, publicado en <http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2011/09/07/politica/POLI-01.html> visto 21/9/11)

A su turno, el Defensor General, Dr. Ganón, ha recordado, también en un reciente pronunciamiento público, la resolución adoptada este año por la Asamblea General de la OEA:

“4. Recomendar a los Estados Miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los Defensores Públicos Oficiales gocen de independencia y autonomía funcional.” (Asamblea General de la O.E.A., 22/6/11, AG/doc.5171/11, publicado en

<http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=AG/doc&classNum=5171&lang=s> visto 21/9/11

Conclusión

Sostener (como lo hace el Procurador) que el Ministerio Público de la Acusación debe depender de un miembro de la Corte Suprema, que no puede designar sus funcionarios sin el arbitrio de ésta, que los cargos de conducción no pueden ser temporales sino que merecen carácter vitalicio, es elegir la interpretación más negadora posible de la república, más perpetuadora del poder monárquico de los jueces, y más alejada de los principios democrático y representativo que la propia CProv declara fundamentales. ¿Qué sistema de fiscales y defensores es más democrático, más representativo y más republicano, el que le quiere extraerse de la CProv (que en realidad no dice nada de lo que dicen que dice) o el de las leyes 13013 y 13014? La respuesta a esta pregunta debe llevar a una interpretación armonizadora de la CN, la CProv y las leyes orgánicas que, como dice Rondina *“asegure al máximo los derechos de los ciudadanos sometidos a proceso, irrenunciable finalidad del Estado constitucional de derecho”*

Mar del Plata, primavera de 2011