

# LITIGACIÓN DESDE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

## LITIGACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Por Fernando Diez<sup>1</sup>

La enseñanza de la litigación se ha basado tradicionalmente en el desarrollo de destrezas para llevar adelante el proceso de conocimiento, y especialmente el juicio, con eficacia y habilidades que, sin dudas, aportan a mejorar la calidad de la práctica judicial y sus resultados. Esto constituye su aspecto positivo. Sin embargo, en algún sentido, el recorte que se hace a los fines prácticos de la enseñanza, implica en muchos casos una visión escasamente crítica, que da por sentado discursos previos con los cuales se promueven las reformas que ocurrieron en toda América Latina, sin distinguir las diferencias que existen entre los distintos adversariales y las diversas prácticas y contextos.

Propongo una perspectiva de la litigación como un espacio para reflexionar, desde las garantías, el modelo constitucional de debido proceso, y la resolución del conflicto como eje central. También sobre las prácticas que se propician, muchas de las cuales provienen de culturas jurídicas distintas. Creo que resulta necesario preguntarnos sobre sus consecuencias y otras cuestiones que exceden la litigación como mera herramienta.

En primer lugar, si bien la litigación va a estar centrada en los procesos de conocimiento, estimo que tenemos que contemplar la resolución del conflicto como elemento previo y contenedor de las distintas formas de procesar los conflictos. De lo contrario, estamos aportando a desjerarquizar formas distintas, y quizá mejores, de resolución de los conflictos, tanto en el ámbito del proceso penal como en otros, donde las partes del conflicto primario sean protagonistas. Formas que no deben considerarse alternativas, porque de lo contrario significaría que el cauce natural de la resolución de los conflictos siempre es el juicio y la posible aplicación de poder punitivo.

Es necesario no enfocarnos solo desde el juicio, ya que si bien el juicio tiene centralidad desde la perspectiva del proceso de conocimiento, la mirada que propongo es la de la resolución del conflicto en las formas que no impliquen siempre litigio, sino formas que utilicen - de verdad-, el poder punitivo como último recurso, y ello no como mero discurso, sino como compromiso político de pacificación. No se trata olvidar el fortalecimiento y desarrollo de las destrezas necesarias para el juicio, sino de evitar un recorte tan abrupto sobre la realidad del conflicto subyacente.

Empezar dejando de llamar “resolución alternativa de conflictos” a instituciones como la suspensión del proceso a prueba, la mediación, el arbitraje y otras herramientas no punitivas sería un comienzo.

El poder penal del Estado, esto es, el uso por parte del Estado de instrumentos en la gestión de la conflictividad que implican la imposición de dolor, debe ser una herramienta de excepción.

---

<sup>1</sup> Defensor Público neuquino e integrante de la Mesa Nacional de la Asociación Pensamiento Penal

Esta excepcionalidad está construida a partir del programa de mínima intervención y ultima ratio que recoge la idea misma del Estado Constitucional de Derecho y el propio sentido común, ya que no se puede construir una sociedad no violenta, abusando de la misma violencia, mucho más cuando la misma proviene de las instituciones estatales.

Las formas compositivas del proceso, enarboladas como consigna para legitimar el proceso adversarial, no siempre pasan de la consigna, así como tampoco pasa de la consigna la proclamada contra selectividad, es decir, la persecución de los delitos que mayor dañosidad social ocasionan.

Se suma a esto que nuestra formación académica ha resaltado el papel del abogado como litigante, no como pacificador, ni tampoco estamos entrenados siquiera para ver, en que oportunidades y casos, se pueden lograr soluciones consensuadas y en cuáles no, ni tenemos la formación adecuada para saber cómo hacerlo.

Sin dudas una formación equilibrada, o al menos una visión más amplia del conflicto podría significar una mejora a los fines de hacer realidad un proceso penal democrático y el principio constitucional de ultima ratio.

En esta visión, el juicio, al menos en los casos de gravedad menor y media, debe ser la consecuencia del fracaso o imposibilidad de estas formas de soluciones del conflicto no litigiosas ni violentas.

### **LA LITIGACION DESDE LAS GARANTÍAS Y CONTRA SELECTIVIDAD**

El proceso adversarial es permeable a incorporar garantías y hacerlas efectivas, reglas de juego limpias, seguridad jurídica, mayor paridad de armas, participación del pueblo en la justicia, y otros importantes derechos que el proceso inquisitivo reformado difícilmente puedan albergar en toda su dimensión.

El modelo constitucional del debido proceso y las garantías para asegurarlo, deben orientar los distintos roles e intereses que se ejercen en el proceso y esto volcarse en la práctica de la litigación. Nunca dar esto por supuesto.

El cambio procesal no asegura con su mera invocación las garantías durante el proceso, o una respuesta jurídica y social adecuada a los conflictos de una sociedad.

El poder punitivo como fuerza estigmatizante y selectiva puede acompañar perfectamente las nuevas formas procesales y hasta puede ser una herramienta más poderosa y ágil a la hora de gestionar una mayor desigualdad y prisionización como lo ha señalado la doctrina<sup>2</sup>. Permite

---

<sup>2</sup> Tal lo señala **Mariano Hernán Gutiérrez** en “acusatorio y punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas” Revista de Derecho Penal y Criminología Buenos Aires: La Ley: 2014. Nro. 8 (Septiembre 2014), p. 70-84 Buenos Aires, La Ley, 2014. Nro. 8 (Septiembre 2014), p. 70-84 y Nro. 9 (Octubre 2014), p. 75-88

mucha elasticidad para aplicar normas y reglas que habilitan a estandarizar y simplificar procesos que aumentan desmesuradamente la criminalización secundaria como los “procesos” de flagrancia, acuerdos y juicios abreviados, con la aplicación de penas cortas y la multiplicación de reincidencias y consiguiente prisionización.

Como lo señala Langer, el proceso adversarial en América Latina ha venido a cubrir expectativas que pueden identificarse tanto con el garantismo, como con el punitivismo, en sectores diversos y demandas contradictorias<sup>3</sup>. Por eso, la enseñanza de la litigación, no es ni debe ser interpretada como una mera herramienta neutra y acrítica, sino que debe brindar reflexión y un enfoque amplio desde las garantías, desde la racionalización y minimización del poder punitivo, es decir, (retomando la idea de Binder en su prólogo de *“introducción al derecho penal”*), para no enamorarse de la herramienta sin advertir sus consecuencias, no solo en el plano de la teoría o del deber ser, sino en el plano de la realidad.

Que el proceso adversarial de por sí, va a conllevar mayores garantías y paz social, es una simplificación peligrosa, pues nos evita una discusión sobre sus potencialidades y sobre su aplicación concreta.

Sin dudas nos ofrece una perspectiva alentadora para un proceso penal más democrático y pacificador, pero ello no puede obtenerse con “los puros títulos” como diríamos en litigación, sino que hay que desarrollarlo y brindarle un contenido.

Este punto de partida nos va a permitir superar el riesgo de una visión de la litigación adversarial como un *match* o duelo. No hay dos partes iguales. No podemos ver el adversarial como una simple contienda en la cual por una mano invisible del contradictorio va a surgir la verdad, para comprometernos con un modelo de mayor justicia en el sentido amplio de la concepción, menor violencia y mayor paz.

La asimilación de la fiscalía a la condición de “abogado de la víctima” como una forma de atenuar la presencia del interés estatal en la persecución penal (tal lo propone Alberto Binder sobre todo en los casos en que la víctima no se presenta como parte) puede ser un objetivo legítimo, pero no deja de ser, en el mejor de los casos, una búsqueda. Más con ello, no podemos esconder la condición del fiscal como extraño al conflicto, como abogado de estado, representante del poder con intereses políticos propios, con las facultades que de ello devienen y con una lógica y cultura infraccional de la que nunca podrá liberarse completamente<sup>4</sup>. Siempre estará la “tentación del Estado, del emperador, o de quién se encuentre en el poder de utilizar el caso penal en su propio provecho”<sup>5</sup> diría Nils Christie.

---

<sup>3</sup> “Otro factor que explica la diseminación de las reformas acusatorias fue la adaptabilidad de los nuevos códigos para ser presentados como respuesta a múltiples demandas, incluso contradictorias.” **Máximo Langer: “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”** Centro de estudios de justicia de las américas pág. 46.

<sup>4</sup> “La infracción no es un daño cometido por un individuo contra otro, es una ofensa o lesión de un individuo al orden, al estado, a la ley, a la sociedad, a la soberanía, al soberano” **Michel Foucault “La verdad y las formas jurídicas”** ed. Gedisa, impreso en artes gráficas Piscis Buenos Aires 2007, pág. 80

<sup>5</sup> **Nils Christie: “Los conflictos como pertenencia”** en **“De los delitos y de las víctimas”** ed. Ad Hoc 2da edición Buenos Aires 2008

La virtud del proceso adversarial de una mayor publicidad y transparencia y un mayor acceso a la información al público a través de la audiencias orales, también paralelamente hace al proceso más susceptible a la tentación que nos refiere Christie.

El modelo norteamericano tantas veces citado como ejemplo de adversarial nos muestra claramente la incidencia de la política en las políticas criminales del Ministerio Público Fiscal y aunque la organización institucional es diferente, nada impide que las consecuencias políticas no sean similares.

Por otra parte, no todas reformas han adoptado normas de contra selectividad, de enfrentamiento a los delitos de mayor impacto social y mayor dificultad de investigación. Esta nueva oportunidad perdida, es una constante desde el nacimiento del proceso penal y no parece que esto se haya revertido. En muchos casos no se ha dado lugar a las querellas populares o se ha retaceado su legitimación dejando solo al Estado, - en cabeza de la fiscalía- , persiguiendo los delitos cometidos por quienes detentan el poder del estado. Esto tiene otra arista: implica que los recursos se vuelcan en su gran mayoría contra los vulnerables de siempre.

A la par que la contra selectividad no se hace efectiva, algunos institutos propios del proceso adversarial como el principio de oportunidad, -muy positivo para racionalizar la persecución penal en casos menos relevantes de delitos comunes-, puede prestarse a ser arbitrariamente utilizado como herramienta de delación a través de negociaciones con coimputados. Esto pone en duda la ética estatal e incluso los resultados obtenidos, ya que son prácticas propias de regímenes autoritarios, con lo cual, la democratización que esperamos del sistema adversarial se convierte, con malas prácticas, en lo opuesto.

Una visión descontextualizada de la litigación, - la que le ha generado algunas críticas -, esconde bajo la alfombra, les niega entidad y favorece una aprehensión acrítica de destrezas, que nos puede hacer olvidar de las preguntas necesarias sobre la función social del proceso.

La enseñanza de la litigación sin un marco criminológico crítico, no hace más que naturalizar el poder punitivo bajo un manto de proclamadas nuevas garantías y derechos, de modernidad y de lustre intelectual.

Un necesario marco adecuado y explícito, y una visión crítica para interpretar e impregnar de contenidos el conjunto de todas las destrezas, parecen ineludibles en esta propuesta.

En ese sentido no es inocuo observar el fenómeno desde una mirilla o desde un mirador.

#### **ALGUNOS APORTES DE ESTA VISION EN LOS ROLES E INTERES DE LOS ACTORES EN EL PROCESO.**

Es necesario visibilizar los riesgos de que el rol del juez de garantías pueda asimilarse al de un juez prescindente que ignora las desigualdades jurídicas y fácticas en nombre de la imparcialidad. La paridad de armas de las partes en el proceso es, de hecho, un anhelo cuyo horizonte requiere de la

voluntad política de crear y de otorgar recursos a una defensa pública autónoma y profesional, y una defensa particular competente, pero el juez no puede partir de una paridad ficticia.

Requiere entonces de un auténtico juez de garantías que minimice esa disparidad de armas que nace desde que el fiscal representa y tiene los poderes del estado y solo ocasionalmente sus intereses coinciden con los de la sociedad, -si estos pudieran ser claramente identificados-, y nunca invoque la igualdad de armas para darle al representante estatal facultades perdidas por negligencia o más amplias de las otorgadas.

No pueden invocarse tampoco los derechos de la víctima para suplir el error o la inoperancia del representante estatal.

Una de las principales herramientas que debe accionar el juez para asegurar en forma proactiva la paridad de armas es asegurar objetividad y transparencia de la actuación del Ministerio Público Fiscal y no solo la buena fe.

También implican que el Juez pueda determinar cuando la defensa es meramente formal y no garantiza el debido proceso generando espacios que permitan el ejercicio pleno de la defensa o incluso anulando las intervenciones ineficaces.

La fiscalía debe asumir su nuevo rol proactivo y la asignación de nuevas facultades y obligaciones en la investigación y en la protección de los derechos de las víctimas pero sin subrogarse a esta. Una política criminal posible (y solo posible) puede ser el rol de la fiscalía como abogado de la víctima, pero nunca va a ser solo eso y no hay que olvidar esto, que el ministerio público fiscal es el representante del estado cuyos intereses puede o no coincidir con la víctima, pero que, sin dudas tiene obligaciones hacia ella.

Por otra parte es bueno recordar que no es un mero gestor de intereses particulares desde que tiene obligación de objetividad y transparencia, y en ese sentido esto hace operable la garantía de información para el imputado, vinculada a la paridad de armas y a la defensa en juicio.

Para la defensa el cambio de paradigma es también sustancial. El proceso inquisitivo reformado permitía ocultar la ineficiencia en un proceso de vistas y pasividad. La proactividad es ahora no solo necesaria sino ineludible cualquiera sea la estrategia de defensa.

Su misión tampoco es solo esperar que se le reconozca la paridad de armas, sino generarla con su actividad tanto desde el lugar de abogado particular o como defensor oficial y con una política institucional, tanto de los colegios de abogados, como desde el Ministerio Público de la Defensa.

El imputado, no debemos olvidarlo, es la parte débil en el proceso. Incluso el estado puede afectar seriamente su defensa material privándolo de su libertad en forma cautelar y nunca o casi nunca (salvo cuando pertenece al círculo de poder), puede tener los recursos ni las potestades del estado, en ese sentido la paridad de armas es una búsqueda, un horizonte al que nunca se llega. Su posibilidad de participación debe estar asegurada, así como su defensa eficaz.

La devolución del conflicto a la víctima no debe ser una excusa para limitar su participación solo a instancias punitivas, desjerarquizando las instancias de conciliación y reparación. Tampoco los operadores jurídicos deben instrumentalizar esta participación para seguir empujando la carreta inquisitiva, esto no es devolución del conflicto, es relegitimación de poder punitivo con nuevos ropajes.

Así como deben asegurarse espacios que garanticen la participación de la víctima y se escuche su voz, ello no debe implicar que a las potestades del órgano acusador del estado se le sumen los derechos de las víctimas. El estado tiene una obligación hacia la víctima, no la subroga.

Los juicios por jurados y la participación popular en la justicia deben asegurar una alta calidad de sus decisiones y para ello deben asegurarse los mecanismos que aseguren su imparcialidad, el máximo potencial de debate y certeza convictiva. Los juicios por jurados con una regulación deficiente resultan en una baja calidad de sus decisiones y de su fuerza democratizadora y a la postre en una relegitimación del poder punitivo.

## **PROPUESTA Y CONCLUSION**

Una perspectiva de la litigación desde el programa constitucional del debido proceso y las garantías, sumado a una visión crítica de las nuevas prácticas y de la rémora de los antiguos vicios, podría dar a la litigación una nueva formulación en pos de una mayor democratización del proceso penal.