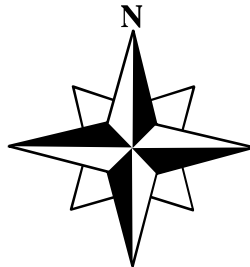




INTRODUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

(Guía de Uso Práctico)



Idón Moisés Chivi Vargas



"Cada uno de los sectores de la investigación, la predominantemente teórica y la acentuadamente empírica desempeñan un papel constructivo e indispensable, ya que la dogmática sin el alimento de los datos de la experiencia se transforma en una elucubración estéril, y a la inversa, un estudio de la realidad sin la orientación sistemática de la doctrina, se convierte en una recolección anárquica de datos..."

Hector Fix - Zamudio

"No hay enigmas, si se puede plantear un problema es que puede resolverse..."

Ludwig Wittgenstein

El derecho es autónomo pero socialmente contingente. Se identifica con la estabilidad y el orden, pero cambia y es históricamente sensible. El derecho es un imperativo soberano pero es la expresión de un espíritu popular. Su trascendencia casi religiosa se opone a su temporalidad mundana. El Derecho incorpora el ideal pero es un modo de existencia presente

Peter Fitzpatrick 1991

Conceptualmente (thesis= posición) es una proposición que se mantiene con razonamientos, como trabajo intelectual es una forma de investigación, o sea, un proceso sistemático de ejercicios analíticos y sintéticos que se dan entre un sujeto (postulante) y un objeto (el derecho), en cuya relación se busca alcanzar un producto científico nuevo...

Presentación.

El documento que -usted amigo lector- tiene entre manos no pretende ser un "*manual de cortapalos*" ni una "*guía para desesperados*", sino una mínima base teórica para resolver algunos -no todos-, de los problemas prácticos que tenemos al hacer una investigación en Derecho.

Tampoco tiene la idea de convertirse en uno mas de los tantos manuales que existen en circulación, desde los clásicos Pardinás y Eco, o los más recientes que tenemos en las Bibliotecas Jurídicas de nuestras Universidades, acabando en la producción local que -sin duda- contienen elementos valiosos que uno puede tomar en cuenta a la hora de diseñar el "proyecto", como la realización de la investigación o finalmente redactar el informe final, pasos todos que son inevitables para *no morir en el intento*¹.

¹ Tal vez, solo tal vez Ud., estimado lector quiera dejar de lado este documento y buscar textos mas "pesados", ahí le recomiendo uno que me parece de gran utilidad practica y ha sido elaborado por los profesores mas reconocidos en el mundo académico Boliviano, me refiero a la "Guía para formulación y Ejecución de Proyectos de Investigación" Rossana Barragán (Coord.). PIEB, La Paz, 2003 (3ra. Ed.).

¿Qué preocupaciones tiene el egresado a tiempo de realizar una investigación?, una primera respuesta a esta interrogante es: hacerlo en el menor tiempo posible, una segunda preocupación es el “Tema de investigación”, pero ¿cómo encontrar un tema?, y para entregar el proyecto ¿como se hace ese *bendito* proyecto de investigación?, cuál es la diferencia entre Planteamiento del Problema, Objetivos, Marco Teórico, Hipótesis, Esquema, y etc. etc.. Son dudas que todos hemos tenido alguna vez o que las estamos teniendo en este mismo momento.

Primero: Para encontrar un tema/problema de investigación, lo mejor es comenzar por algo que “nos guste” y que se encuentre cerca de nuestra experiencia de vida y/o experiencia laboral, pues al seguir ese camino, tengo mejores posibilidades de acceso a información sensible, pero además tengo un conocimiento “extra” sobre el problema que quiero investigar, como dice el Prof. Constantino Tancara: *“tengo que investigar lo que me guste o lo que mejor conozco...”*

Segundo: ¿Cómo hacer un proyecto de investigación acorde con los reglamentos Universitarios?. En realidad la ecuación: Planteamiento del Problema, Objetivos, Marco Teórico, Hipótesis y Esquema Tentativo es común a todas las disciplinas y que sirve como una forma de ordenar las ideas.

Si el Planteamiento no tiene precisión, los Objetivos te ayudan a darle mas precisión, si los Objetivos son demasiados amplios, las Hipótesis te ayudan a establecer que algo es demasiado grande, y si las Hipótesis son ambiguas, el Esquema denuncia ese aspecto, pero si el Planteamiento es preciso, los Objetivos son absolutamente claros y las Hipótesis son concluyentes, el Esquema tiene gran posibilidad de realizarse, no se debe olvidar que un buen proyecto de investigación es media tesis realizada, el resto es la investigación intermedia y la redacción del informe final.

Tercero: Cómo hacer todo ese trabajo en un tiempo record?, por lo general planificamos como si tuviéramos todo el tiempo del mundo, mejor aún

planificamos para no hacerlo, pues las reuniones, el trabajo y, el café con los amigos, se llevaron el tiempo por el caño del lavadero. Para enfrentar ese problema es mejor planificar lo realizable, cómo hacerlo?, estableciendo horas de lectura y horas de redacción, mejor aún, minutos de lectura por minutos de redacción, pero lo fundamental sigue siendo, que eso también tiene que realizarse, de acuerdo al gusto del investigador (puede ser antes de medianoche, después de medianoche, a lo largo de la mañana o después de mediodía), de todos modos se tiene que tomar en cuenta que aquí lo mas conveniente es tener lógica de comerciante, a menor inversión mayor productividad y ganancia.

Cuarto: Otro gran problema que todos/as tenemos es el de redactar (escribir) el informe final, Raúl Araoz preguntaba: *¿si no escribes un poema como quieres escribir una Tesis?*, entonces la recomendación consiste en escribir poemas, tanto como ejercicio de "calentamiento cerebral" para la redacción de una cuartilla o como ejercicio de gramática y sintaxis en la

construcción de oraciones y párrafos, y estas conviene que sean a lo máximo no más de cinco líneas. Por lo general cuando comenzamos a escribir, lo hacemos como si quisiéramos decirlo todo de una sola vez, así tenemos párrafos de mas de diez o quince líneas, de tal modo que todo parece dicho, y no queda nada para los otros párrafos, o parece que repetimos las mismas ideas en cada párrafo, y es ahí donde nos encontramos -una y otra vez-, en serios problemas.

Quinto: ¿Qué hacer cuando no encuentro Tema de investigación ni apelando a mi experiencia, ni a mi propia vida laboral?, bueno lo primero es recordar las clases de los profesores, ahí siempre existen problemas, en materia penal, en civil, el procedimiento en ambos casos, pero también puedes buscar temas de moda, como equidad de género, indígenas, derechos sociales de grupos vulnerables (tercera edad o niños/as, mujeres) o Asamblea Constituyente, Autonomías, etc. etc., la única pregunta aquí es ¿de cuanto tiempo dispones?, de ello depende abordar temas de moda, pues acumular capital intelectual en tal

o cual campo del saber, exige mayor inversión y obviamente también mayor exigencia pensante, bueno que son esos *detallitos* en relación a los réditos del futuro ¿verdad?

Sexto: No tengo nada y, peor aún, tengo el tiempo en contra, ¿Qué hacer?, lo mejor en estos casos es perder el miedo a la palabra y conversar con nuestros Catedráticos pues ellos tienen –y muchas veces ni lo notan- gran cantidad de posibilidades de investigación, de temas acorde con las ramas de su especialidad, de problemas que a ellos también les gustaría resolver y de experiencias prácticas con la aplicación normas, que exigen una comprensión más precisa y con ello de una solución, y esa puede ser la “pista” o Tema para tu futura Tesis, a todo ello se une el recurso Internet, que puede ser valioso como ampliamente perverso, todo depende de como se usa y para que.

Tres consejos que no son míos pero los asumo en todo sus sentidos: una realizada por la Profesora Clotilde Calancha: *la Tesis es la última práctica universitaria y la primera profesional*, la segunda que se la debo al Prof.

Alberto Binder: *no puede ser que nos pasemos largos años de estudios universitarios para acabar tramitando papeles viejos,* por ultimo, una reflexión que recuerdo de modo constante, y es una excelente regla de trabajo: *la lectura es la gimnasia del pensamiento,* de la Profesora Verónica Canfoux de la Habana Cuba.

La importancia de la Investigación Jurídica

¿Qué importancia tiene hacer “Investigación” en la Ciencia del Derecho, cuando la generalidad de la práctica profesional se resume entre cinco y diez cuadras a la redonda de los edificios Judiciales?. Esta es –quizá-, una pregunta, que la mayoría de los Postulantes a una Licenciatura se hacen, a la hora de escoger *una* de las diversas modalidades de graduación que ofrecen Universidades Públicas y Privadas (Pasantías, Examen de Grado, Tesis Dirigida o Tesis Libre).

Sin duda, responder esta pregunta, requiere más de una línea de argumentación, ya que los profesionales del Derecho no siempre asumen que el Derecho es: una Ciencia.

Por el contrario, con su accionar cotidiano, convierten a la Disciplina en cuestión, en una mera técnica de citas normativas (carentes de interpretación), plagio constante de modelos escriturarios conocidos como “memoriales” (sin respetar siquiera el estilo de sus autores), y una preparación mínima de argumentos a la hora de las Audiencias, que -dicho

sea de paso- son los escenarios rituales, donde uno puede ver con toda nitidez, la racionalidad formalista que excede con creces a la búsqueda de la verdad.

Si este es el escenario laboral -por excelencia- del profesional abogado, qué razón tiene hacer Investigación Jurídica?, pues la investigación y su producto: los libros, no se comen. Si ello es así qué razón tiene la existencia de una Carrera Profesional llamada "Derecho", pues bastaría con una Escuela de Procuradores y asunto arreglado, le ahorramos plata al Estado y obviamente al bolsillo de los contribuyentes que son, en fin de cuentas, nuestros padres, hermanos, vecinos, paisanos de pueblo, y otras innumerables gentes que pagan sus impuestos, sin la esperanza siquiera de que sus hijos, algún día, entren a una Universidad y se gradúen como profesionales.

Sin embargo, la realidad es mas compleja de lo que se cree, quienes aseveran que la Ciencia del Derecho es una Disciplina teórica, cometen el primer error, pues la realidad profesional es exageradamente práctica, desde la posición que uno asume profesionalmente -acusación, defensa o decisión judicial- ya se encuentra en juego el destino de las personas: Ciudadanos y

Ciudadanas que esperan de la Justicia -como idea fundante de una sociedad Democrática y un Estado de Derecho- resultados cuya exactitud y sentido *de dar a cada quien lo suyo*, estén fuera de duda.

Segundo, quienes creen que el Derecho es un recipiente de normas, están más equivocados todavía, pues su interpretación científica es tan necesaria como útil a la hora de preparar la acusación, defensa o decisión judicial, de lo contrario queda una "condena": tramitar certificados de nacimiento, asistencias familiares u otras demandas que requieren un mínimo de esfuerzo y una ganancia segura.

Tercero, si aún viendo estos escenarios se sigue aseverando que no es necesario hacer Investigación Jurídica para el ejercicio de la profesión, cometen el mismo error, solo que por tercera vez, pues la falta de estudio de la normatividad (Constitución, Jurisprudencia de la Corte Suprema, Sentencias del Tribunal Constitucional, Leyes Ordinarias, Decretos Supremos, Resoluciones Prefecturales, Ordenanzas Municipales, etc. etc.) sentencian al Abogado, a un vacío argumentativo, cuyas consecuencias pueden resultar funestas a la hora de enfrentarse argumentativamente a la "otra" parte.

No basta con conocer de memoria el ritual procesal, ni la normativa particular a un conflicto jurídico en cuestión, sino la argumentación y base proposicional, con la que uno cuenta, para la consecución de los objetivos propuestos como estrategias y tácticas legales.

Pero si todavía se insiste en que la practica profesional de abogado no necesita Investigación Jurídica, ensayemos otro argumento: dado que la vida profesional suele caminar entre la práctica de Abogado litigante a Funcionario Judicial.

En esta última forma de ejercicio profesional -de acuerdo a lo que plantea el Instituto de la Judicatura- "uno", es decir cada funcionario, tiene que capacitarse en Investigación Jurídica como parte de su formación académica, pues un Juez no puede tomar decisiones basadas exclusivamente en su "*sana critica*", sin soportes argumentativos de estudio científico y basado en la doctrina de base, la interpretación constitucional y su oferta normativa.

Solo a modo de ejemplo para cualquiera de las posiciones que pueda tener el profesional abogado (acusación, patrocinio o decisión judicial) una pregunta: ¿Cómo se aplica judicialmente el Error de Tipo o el Error de Prohibición?, ¿Cuál es el *orden*

de saberes que informan a nuestro Código Penal en estas figuras de la Parte General reformada en 1997?, ¿Qué establecen, al respecto, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia? y ¿existen Sentencias Constitucionales?, así en orden seguido podemos encontrar varias preguntas (planteamientos del problema) a las cuales podemos dar algunas respuestas por adelantado (Hipótesis), pensar hacia donde queremos llegar (objetivos), y que requieren de un plan de propósitos para que la Investigación Jurídica sea adecuada (metodología), y –además- un orden de ideas para ser llevadas a la defensa (Esquema), finalmente algunas lecturas indicadas para el tema en cuestión (bibliografía).

Con todo, no queremos decir que hacemos investigación para escribir tratados o libros, sino solamente que no podemos dejar a la intuición y/o improvisación, el Destino de las personas.

Pongámonos a pensar en los civilistas que han gastado su tiempo en Tomos y tomos de libros (Messineo, Carnellutti, Mazeaud), o los penalistas que han dedicado su vida entera a temas como la Culpabilidad, la Inimputabilidad o la relación Poder-Derecho (Beccaria, Bentham, Rocco, Welzel,

Zaffaroni, Binder) o finalmente aquellos que han cuestionado los cimientos mismos del saber jurídico y su materialidad judicial (Foucault y Bordieu), recordando -claro está- a los clásicos del siglo XX (H. Kelsen y Jhon Rawls).

Vayamos al final de estos argumentos...

Pero si de todos modos sigo insistiendo en que la practica profesional del Derecho no requiere de Investigación Jurídica, una ultima reflexión, no debimos estudiar otra carrera, disciplina o arte?.

Bolivia esta viviendo tiempos intensos donde la investigación jurídica se hace mas necesaria que nunca, la proximidad de una Asamblea Constituyente, la eventualidad de Autonomías Departamentales, Indígenas o Municipales, las reformas al Derecho Civil, Comercial y Administrativo que se encuentra en camino -que se encuentran en manos de *Cecchi Consulting Inc.*-, ponen a Juristas y Abogados ante un panorama exigente de conocimiento científico.

La realidad -como nunca-, pone a los profesionales del Derecho entre la posición cómoda de hacerse la vista gorda o sentir/pensar las necesidades mas urgentes de ciudadanos y ciudadanas que dieron a la Universidad un Encargo Social: la

de preparar Profesionales en las exactas dimensiones que la palabra nos sugiere.

¿Qué importancia tiene hacer investigación jurídica?, es una pregunta que puede tener varias respuestas, pero esas se las dejamos para quien tiene entre manos este pequeño documento.

1. Sobre el estatus científico de nuestra disciplina

En la primera mitad del siglo pasado apareció un texto que invalidaba la calidad científica del Derecho², desde ese momento hasta el presente, los desarrollos en la Ciencia del Derecho han sido impresionantes, su papel legitimador de los Estados de Derecho, la ha convertido -en la hora presente- en una disciplina cuya importancia esta lejos de ponerse en duda.

Si bien es cierto que gran parte de los científicos sociales, consideran nuestra disciplina como una rama meramente artesanal y repetitiva, es que esos científicos no han visto, ni por asomo, la potencialidad epistemológica³ del Derecho

² Cf. "El carácter acientífico de la llamada ciencia del Derecho" de Julio German Von Kirchman, trad. de Werner Goldschmidt. (1847/1949) En: La ciencia del Derecho, Buenos Aires, 1949, *passim*.

³ Epistemología (del griego, episteme, 'conocimiento'; logos, 'teoría'), rama de la filosofía que trata de los problemas filosóficos que rodean a la denominada teoría del conocimiento. La epistemología se ocupa de la definición del saber y de los conceptos relacionados, de las fuentes, de los criterios, de los tipos de conocimiento posible y del grado con el que cada uno resulta cierto; así como de la relación exacta entre el que conoce y el objeto conocido.

como instrumento de cambio social, o como obstáculo al mismo, la siguientes citas son ilustrativas al respecto:

“En general, siguen subsistentes los mismos esquemas jurídicos, las mismas instituciones, las mismas formas de expresar y aplicar el Derecho. En esta forma no es extraño que los juristas, por sus trasnochadas teorías, conceptos, y formulaciones, sean mirados por la generalidad de los seres humanos, como especímenes de una fauna en vía de extinción y, en todo caso, cada día menos decisiva en el curso de la vida social en tanto juristas”⁴.

Por otra parte y en defensa de nuestra disciplina, Piero Calamandrei señala que:

“También el Derecho, como el sol, declina aquí, pero retorna más allá, y por ello nosotros los juristas, si queremos cumplir con nuestro cometido social, no debemos entristecernos por la justicia que tramonta, sino que debemos procurar que se transforme la legalidad, de un instrumento conservador, en un medio útil y pacífico de renovación social, capaz de guiar al mundo”⁵

Ingresando a una esfera meramente formal en teoría de la ciencia, se dice que todo *“horizonte de conocimiento y/o visibilidad*

⁴ Cf. Monreal, Novoa; “El Derecho como obstáculo del cambio social”. Edit. Siglo XXI, México, 1975, passim.

⁵ Cf. Calamandrei, Piero; citado por Fix-Zamudio, Hector en su *“Metodología, docencia e investigación jurídicas”*. Edit. Porrúa, México, 1995, pág. 393

unido a su aparato discursivo"⁶ para considerarse científico, debe -por lo menos- cumplir con tres requisitos.

- a) Un Objeto de Estudio;
- b) Una teoría o varias⁷ que expliquen el fenómeno en cuestión,
- c) Técnicas especializadas para recolectar datos.

Si ello es así pasemos pues a determinar si nuestra ciencia cumple con esos requisitos:

El objeto o más bien los "objetos" de la Ciencia del Derecho pueden delimitarse de dos formas:

- a) Por los procesos de '*juridificación de las relaciones sociales*'⁸, en otros términos por normativizar⁹ cierto

⁶ Cf. Zavaleta, René; Clases sociales y conocimiento. Edit. Los Amigos del Libro, Cochabamba, 1989.

⁷ Conviene aclarar que en la Ciencia del Derecho existen una serie de teorías particulares para cada rama, unas mas desarrolladas que otras, o en otros casos con mayor influencia de las teorías sociológicas traspoladas al ámbito del derecho preferentemente a la criminología, la sociología jurídica y el derecho penal, o con poco desarrollo doctrinal como sucede con el derecho laboral, o como tributarias de ramas matriz, como sucede con el Derecho de Familia y su vínculo con el Derecho Civil.

⁸ Cf. "*Dominación Política y hegemonía jurídica en el Cono Sur Latinoamericano*" de Emilio García Méndez. En: Nuevo Foro Penal, N° 20 Julio/Agosto 1989, Edit. Temis, Bogotá, pp. 476-487. Esta misma noción epistemológica la recojo en un folleto intitulado "La realización de un proyecto de tesis: Guía para desesperados", inédito, 1996.

tipo de relaciones sociales que parecen relevantes para el derecho, como ser un nuevo tipo penal, ejem: “el delito societario”¹⁰, ó por otra parte el “Pasanaku” como un nuevo tipo de contrato en materia civil¹¹.

b) Por el nivel de eficacia de una o varias normas jurídicas, es decir por su nivel de relevancia en el seno de la sociedad civil y en los procesos jurídicos prácticos, en este caso se investiga la validez práctica de una o varias normas, veamos: el *error de tipo* y el *error de prohibición* son instituciones jurídicas cuya pertinencia jurídica, en el presente, no es tomada en cuenta ni por los operadores de justicia, ni por los acusadores, peor aún por los abogados de la defensa, son figuras que se muestran -entonces- como irrelevantes, ¿Cuál el sentido que se encuentren en la parte general del Código Penal?.

⁹ Dicho de otro modo: hacer Leyes, Decretos Supremos, Resoluciones de gabinete, Resoluciones Ministeriales, Ordenanzas Municipales o Autos Prefecturales, tomando como eje de análisis la pirámide de Kelsen.

¹⁰ Este es un tema de investigación que puede considerarse el “boom” en América Latina en tiempos donde la globalización nos muestra su enorme capacidad de penetrar las esferas económicas estatales y ponerlas en riesgo con una simple declaración de quiebra, la mayor de las veces fraudulentas.

¹¹ Al respecto existe un interesante trabajo realizado por el Dr. Raúl Araoz.

Con las dos formas planteadas, podemos señalar que la Ciencia del Derecho tiene como “objeto de estudio”, las normas jurídicas escritas o no escritas, el proceso de su creación, su validez actual (aplicabilidad), las fuerzas sociales que intervienen y cuales son sus objetivos en el seno de la sociedad civil, la pertinencia social, su eficacia normativa y eficiencia colectiva¹²

2. Fases de la investigación científica.

En toda investigación¹³ se nos presentan dos momentos, una de carácter teórico donde “proyectamos” qué vamos a investigar, (Tema, objeto), porqué (problema), cuál es el conocimiento que se tiene sobre ese problema (Marco teórico o Estado de la Cuestión), cómo se llegará al conocimiento deseado (métodos y técnicas) y para qué se requiere un nuevo conocimiento (Objetivos e Hipótesis).

La otra parte de un proceso de investigación es más práctica ya que en ella recolectamos información, clasificamos las mismas y comprobamos o disprobamos nuestras hipótesis,

¹² Cf. Bobbio, Norberto; Teoría del Derecho. Temis, Bogotá.

¹³ La investigación es un procedimiento donde el investigador parte de hechos conocidos para llegar a los desconocidos, al fin y al cabo, un(a) investigador(a) investiga aquello que merece investigarse.

realizamos una interpretación, y como corolario redactamos el “informe final”¹⁴: Tesis, Tesina, Ensayo o Monografía.

3. Sobre la construcción de un “Proyecto de Investigación”

Toda investigación muestra tres niveles: El Lógico, el Epistemológico y el Discursivo¹⁵

- a. El nivel Lógico: Donde la coherencia es la regla en la presentación de un informe
- b. El nivel Epistemológico: Donde la construcción teórica es parte de un posicionamiento del escritor/investigador, y;
- c. El nivel discursivo: la construcción de un informe de investigación debe contener una gran dosis discursiva de la rama con la cual se trabaja, por ejemplo el error de hecho y de derecho tiene connotaciones distintas y eficacias distintas entre lo que es el derecho civil y el derecho penal, o en otro caso, la construcción discursiva debe responder a la coherencia interna de la(s) teoría(s) con las cuales se elabora el informe de investigación.

¹⁴ Soy un convencido que la división que se hace entre monografía, ensayo, tesina y tesis tiene un carácter eminentemente didáctico, ya que desde mi posición todo tipo de investigación tiene el rango de “informe” lo único que varía entre una y otra es la característica que uno le imprime a su tipo de informe.

¹⁵ Comunicación personal de Jorge Condori (oct. 2000)

Hechas esas aclaraciones metodológicas “de” la investigación, entremos pues a la formulación de un proyecto de investigación, pero antes algunas precisiones de rigor “en” la investigación jurídica, comencemos por el estudiante, pasemos por el Director de Tesis y acabemos con ideas sobre donde encontrar, hallar, descubrir, temas de investigación.

Todo estudiante que inicia una labor de investigación tendiente a un informe de investigación debe saber que:

- a. Ha de adquirir (si no los posee ya) los conocimientos jurídicos relevantes referentes al tema que piensa abordar.
- b. Ha de asumir una actitud abierta y comprensiva con el problema planteado.
- c. Tener disposición de considerar todas las posibilidades razonables y alternativas factibles en su labor investigadora.
- d. Trabajar con esmero y precisión utilizando todos los medios informativos jurídicos de que pueda disponer.
- e. Tener firmeza suficiente para no mezclar sus deseos con los resultados a obtener.
- f. Proponer desde el inicio la obtención de un "producto científico nuevo" aunque sea modesto y sencillo, o sea, hacer una aportación y no una mera recopilación de datos y autores.

En la Ciencia del Derecho se han ido estableciendo una serie de tipos de investigación, las cuales se hallan resumidas en el siguiente orden¹⁶:

- a) Histórico-Jurídica: Es una investigación que hace un seguimiento de una institución jurídica desde sus orígenes hasta el presente, para lo cual rastrea en legislaciones históricas, ya sean nacionales o extranjeras, estas tesis suelen partir del Derecho Romano.
- b) Jurídico-Comparativa: Este tipo busca las similitudes y diferencias en normas jurídicas o instituciones formales entre dos sistemas jurídicos. (Romano, Germánico, Chino, Canónico, etc)
- c) Jurídico-Descriptiva: Utilizando el método de análisis es posible descomponer un problema jurídico en sus diversos aspectos, estableciendo relaciones y niveles que ofrecen una imagen de funcionamiento de una norma o institución jurídica.
- d) Jurídico-Exploratoria: Se trata de dar pasos preliminares frente a un problema jurídico, resaltando sus principales facetas, pero sin penetrar en las raíces explicatorias del asunto. Son tesis que abren el camino para investigaciones más profundas.
- e) Jurídico-Proyectiva: Este tipo de tesis hace en cierta forma una suerte de futurología de funcionamiento de

¹⁶ Cf. www.derecho.unex.es/biblioteca/tesina, Véase también de Heinz Dieterich Stefan Investigación Social: bases teóricas para problemas prácticos. Abya Yala, Quito, 1997, *passim*

una institución jurídica, partiendo de premisas actualmente vigentes.

- f) Jurídico-Propositiva: Se trata de cuestionar una ley o institución jurídica vigente para luego de evaluar sus fallos, proponer cambios o reformas legislativas en concreto, es decir, son tesis que culminan con una proposición de reforma o nueva ley sobre la materia

Cuando acudimos o nos designan un Director de Investigación, no tenemos una idea clara sobre lo que debe hacer el Director (conocido también como Tutor) aquí unas ideas clave:

- a. Orientar al alumno sobre la estructura concreta del trabajo de investigación jurídica, asesorándolo en la elaboración de las hipótesis, índice y desarrollo de capítulos (esquema provisional)
- b. Guiar la planificación y ejecución de investigaciones jurídicas de campo (encuestas, entrevistas, etc.)
- c. Proporcionar la bibliografía básica para la documentación teórica que avale el tema de elección.
- d. Revisar los capítulos que vaya redactando el alumno indicándole las correcciones que deba introducir.
- e. Dar su aprobación al final del trabajo terminado, certificando que la investigación presenta una posición razonable, respaldada adecuadamente cubriendo las fuentes principales.
- f. Hacer ver al alumno la necesidad de llegar en sus conclusiones, a resultados científicos nuevos que

constituyan una aportación, aunque sea modesta, a la ciencia jurídica en general.

- g. Propiciar, en el momento de elección del tema, en el alumno la inquietud por temas jurídicos actuales y no orientarlo a la mera recopilación bibliográfica repetitiva y poco innovadora.
- h. Discutir con el alumno las lecturas relativas al tema, a fin de ejercitar una lectura eficaz y útil, discriminando lo principal de lo accesorio.

Donde buscar temas?, este es uno de los lugares que tranca al estudiante, pues como en toda situación de crisis no se encuentran salidas fáciles, que sin embargo generalmente tenemos los problemas (y sus soluciones) a la mano, estas son algunas de las zonas o barrios donde se puede hallar problemas de investigación relevantes, no olvidemos que estamos en tiempos de Asamblea Constituyente y con ello de grandes y pequeñas soluciones a problemas que hacen a la Economía, Política, Sociedad e Institucionalidad del Estado Boliviano.

Dicho esto, veamos las zonas donde podemos encontrar temas y con ello problemas de investigación, que a su vez pueden convertirse en monografías, tesis, tesinas o ensayos.

- a. La Constitución como la norma jurídica superior y fuente de fuentes

- b. En las leyes ordinarias (Códigos, Decretos Supremos y Reglamentarios)
- c. En las Sentencias del Tribunal Constitucional
- d. En la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia
- e. Los Reglamentos de los altos órganos del Estado.
- f. Las disposiciones que emanan de los Gobiernos Prefecturales (Resoluciones y Autos) y Gobiernos Municipales (Ordenanzas y Reglamentos)
- g. La Doctrina jurídica (Tratados de Juristas, Nacionales e Internacionales, lo que hoy se conoce como “Criterio de Expertos”)
- h. Los Instrumentos Internacionales de Derecho Público o Derecho Privado, así como los relativos a los Derechos Humanos de primera, segunda o tercera generación.
- i. La realidad socio-jurídica. parcela de la realidad social que tiene o no tiene tratamiento jurídico

Hasta aquí tenemos una idea de cómo podemos empezar a problematizar nuestras vidas con esa famosa investigación obligatoria para graduarnos, este texto espera no haber aburrido a mas de un amigo o amiga que se digno en tener paciencia y esperar, esperar lo que viene a continuación.

a) Planteamiento del Problema

De acuerdo con Dieterich, planteamiento del problema es la “Delimitación clara y precisa del objeto de investigación”¹⁷, delimitación de acuerdo a cualquier diccionario es poner límites y, en el caso nuestro, “límites” a una investigación, ¿qué voy a investigar (problema/objeto)?, ¿donde lo voy a investigar (límite espacial)?, ¿cual va a ser el tiempo del objeto (límite temporal)?, estos tres parámetros son suficientes para ingresar a una buena “delimitación”.

Si revisamos la Hipótesis construida en este mismo texto, podemos elaborar el siguiente “planteamiento del problema” en la “forma declarativa”.

*El propósito de la presente indagación es¹⁸:
“Aclarar los sentidos prácticos de la inimputabilidad
en la reforma del Código Penal de 1997”*

Ahora puedo pasar a la redacción en la forma interrogantes:

¿Qué es la inimputabilidad y que efectos procesales
acarrea en un conflicto jurídico penal?

¹⁷ Investigación Social: bases teóricas para problemas prácticos. Abya Yala, Quito, 1997, *passim*

¹⁸ Es preferible manejar oraciones tópicas que ayudan en la redacción de las “ideas clave”.

¿Cuál es la valoración que las distintas escuelas del Derecho Penal hacen de la inimputabilidad?

¿Cuál es la diferencias entre inimputabilidad en el Código Penal Banzer (escuela técnico jurídica) y la reciente modificación (escuela finalista)?

¿Cómo entienden los operadores de justicia la figura de la inimputabilidad y cuales son sus juicios de valoración doctrinal?

b) Objetivos

En el lenguaje militar se entiende por *objetivo* al lugar donde se pretende llegar, es decir la estrategia general y, las tácticas los pasos para llegar al cumplimiento de la estrategia general, dicho de otro modo solo se puede llegar a la estrategia (general) cumpliendo los pasos tácticos, de ello se desprende que el objetivo general es el lugar estratégico, y las tácticas los pasos (específicos) para llegar a tal estrategia, veamos: si quiero viajar a La Paz (Objetivo General), debo elegir el bus que me lleve a la ciudad de La Paz y no a Cochabamba, comprar el boleto y finalmente tomar el bus (Objetivos específicos).

Para redactar los objetivos es preferible usar verbos como “Establecer”, “Determinar”, “Conocer”, “Aplicar”, etc., etc., veamos:

Objetivo General:

Contribuir al esclarecimiento de la teoría del delito que se encuentra en nuestro Código Penal, tomando como eje de reflexión la inimputabilidad y sus modificaciones entre el Código Banzer de raíz técnico jurídica y las modificaciones recientes de marcado acento finalista.

Los objetivos específicos de la presente investigación son:

- a. Determinar las diferencias prácticas entre la inimputabilidad del Código Penal Banzer y la modificaciones de 1997.
- b. Establecer las consecuencias prácticas de la inimputabilidad en un conflicto jurídico penal.
- c. Determinar las bases normativas y doctrinales que los jueces usan al momento de valorar la inimputabilidad en un conflicto jurídico penal.

- d. Establecer un proceso clarificador sobre el concepto inimputabilidad en el contexto de la teoría finalista que soporta a las modificaciones del Código Penal realizadas en 1997.

Como se habrá podido advertir, la redacción de Objetivos es en realidad la coherencia interna con el planteamiento del problema a su vez que determina que queremos lograr con la investigación que estamos encarando o queriendo realizar.

c) Marco teórico

En términos de Heinz Dieterich el marco teórico "...es el resultado de la selección de teorías, métodos, conceptos y conocimientos científicos que el investigador requiere para describir y explicar el objeto de investigación"¹⁹, sin embargo de ello en la actualidad se estila denominarla como "Estado de la Cuestión" donde mas que una discusión teórica o epistemológica sobre la pertinencia de tal o cual teoría, se abre la posibilidad a que el investigador realice un balance de la bibliografía producida sobre el tema/problema en cuestión, pero tal balance no es solo un recorrido bibliográfico, sino una revisión exhaustiva de la misma, es decir que la revisión

debe mostrar al evaluador del proyecto, que el proponente ha detectado los vacíos en la literatura sobre el tema, los enfoques usados y la “novedad científica” del proponente.

Así la redacción de un marco teórico-referencial, nos permite abordar con amplitud de criterio, diversos enfoques teóricos, diversos posicionamientos de otros investigadores que con anterioridad abordaron nuestro tema / problema y cuales son los vacíos que dejaron y que nosotros podemos convertir en parte de la “jurisprudencia doctrinal” (Cf. Zaffaroni 1973), Claus Roxin señala con certeza: *“Los efectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí, sino que se multiplican”*²⁰

En el caso que estamos encarando como ejemplo, podemos decir que:

“Diversas escuelas tratan la figura de la inimputabilidad, los soportes epistemológicos de cada escuela le dan un sentido práctico adecuado a su propia percepción en la estructura del Delito, para comprender ello nos remitimos a: la Escuela Clásica, la Positivista, los Neokantistas, la Técnica Jurídica, y; la

¹⁹ Ibidem.

Finalista, en cuanto a nuestra legislación recorreremos por las construcciones teóricas de: el Código Criminal de 1834, el Proyecto Julio Salmón (1935), el Proyecto López Rey y Arrojo (1942), el Proyecto de 1964, el Código Penal de 1973, y; las modificaciones en 1997”

Si el tiempo es favorable para el investigador proponente, lo ideal sería revisar autores como: Beccaria, Arturo Rocco y Hanz Welzel con preferencia, y entre los estudiosos nacionales, no podemos dejar de lado a: Hugo Cesar Cadima, Flores Moncayo, Benjamín Miguel Harb y especialmente al Profesor Fernando Villamor Lucía, quienes encuadran -cada uno a su turno- en las escuelas técnico jurídica y finalista.

d) Metodología

Habíamos señalado que así como existe una metodología “de” la investigación (nivel teórico), también se tiene una metodología “en” la investigación (nivel práctico)²¹

Aquí nos limitaremos a trabajar la metodología “en”, es decir como un “esquema de propósitos” para realizar la

²⁰ Cf. “Problemas básicos del Derecho Penal”, Edit. Reus, Madrid, 1976, *passim*.

²¹ Cf. Erick Torrico; “Cómo elaborar una tesis en Comunicación. mimeógrafo. (s/n/t)

investigación, para ello se tiene una serie de métodos y técnicas para la interpretación y recolección de datos, propias de nuestra disciplina.

Puede señalarse que en el mundo académico de los juristas, el método preferido es el “comparativo”, es decir cuando el investigador “compara” una serie de normas *clasificadas* regionalmente, doctrinalmente, o a través de sus resultados prácticos, ello es así ya que la búsqueda de la uniformidad normativa hace que los juristas, tengamos que construir “nuestro” derecho nacional con la información de “otros derechos extranacionales”, no otra cosa significa la existencia de “Códigos Tipo para América Latina” que por lo general son desarrollados en Alemania, Italia y España, René David señala con razón:

“El estudiante de derecho (...) debe estar en condiciones de situar su propio derecho nacional en el marco de los sistemas jurídicos contemporáneos, del mismo modo que, gracias a sus estudios históricos, debe poder encuadrarlo en su perspectiva histórica”²²

²² Cf. David, René; “Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos”. Edit. Jurídica Aguilar, París, 1968, pág. XI. Por su parte el ya citado Hector Fix-Zamudio señala que *“el derecho comparado es un instrumento de*

Por su parte Fix-Zamudio plantea que:

“la importancia del método comparativo debe destacarse en tanto que mientras los enfoques sociológicos, político y económico del contenido de las normas jurídicas y del medio social en el cual se establecen y se aplican, deben considerarse(...) como instrumentos accesorios o complementarios -aún cuando no por ello menos necesarios- del conocimiento jurídico en sentido estrictamente en el campo de la investigación, el derecho comparado es un método de carácter estrictamente jurídico y por lo tanto debe utilizarse en forma directa para el estudio del derecho”²³

Este método comparativo, merece especial importancia, ello es así por que los procesos de jurídicación son parte de decisiones transnacionales y transnacionalizadas²⁴, hecho que exige a los juristas partir de comparaciones normativas para comprender elementos doctrinales y técnicos en la interpretación, redacción y aplicación de determinado tipo de

conocimiento del Derecho, y por tanto un método jurídico que no puede aplicarse indiscriminadamente” opus. cit. pág. 260.

²³ Opus. cit. Págs. 67- 68

²⁴ No es casual que en América Latina se tenga, “Códigos Penales Tipo”, Códigos de Procedimiento Penal Tipo” y todo bajo el rotulo “para América Latina”

normas, veamos a modo de ejemplo: las modificaciones al Código Penal realizadas en 1997, responden -en cuanto respecta a la Parte General- a la doctrina finalista, la pregunta es ¿cuantos juristas comprenden esta corriente para poder interpretarla correctamente y luego aplicarla de modo técnico²⁵?

Otro método es el *exegetico* o también conocido como el *hermenéutico jurídico*, que se conforma como una derivación doctrinal del método anterior, ya que la interpretación doctrinal de la norma jurídica en los diversos textos legales, se realiza en base a estructuras teóricas diversas. A modo de ejemplo veamos el concepto de inimputabilidad , esta figura puede ser comprendida desde una percepción psicologista, psiquiátrico (biologista) o el sistema mixto, en los tres contextos se tiene diferentes interpretaciones que deben ser tomadas en cuenta a la hora de valorar una norma jurídica nacional y otra extranacional.

²⁵ Un ejemplo que manejo de modo frecuente es la clásica traspolación de conceptos, veamos; en el Código Penal Banzer una de las causas de inimputabilidad era la embriaguez crónica siempre que sea fortuita (art. 17 C.P.). En el presente, el artículo referido a la inimputabilidad no menciona en ningún momento esta disminuyente de reprochabilidad –tal como lo hacía la sistemática del Código Penal Banzer, por el contrario en la doctrina se

Otros autores, convienen en que uno de los métodos principales en la ciencia del derecho contemporáneo es el de la "Dogmática Jurídica" que consiste en "La disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del Derecho"²⁶.

De este modo nos encontramos en una especie de suma de los otros métodos, ya que al realizar la interpretación se ingresa a la hermenéutica jurídica, la sistematización requiere obligatoriamente la comparación con otros sistemas jurídicos y ellas deben encuadrarse en la opinión científica de quienes dejan jurisprudencia doctrinal o técnica, es decir todo un proceso de "implicación recíproca"²⁷

e) Hipótesis

Es una costumbre señalar que la Hipótesis es la solución al problema, eso es solo una verdad a medias, ya que una Hipótesis es principalmente una conjetura, una afirmación

considera que la embriaguez no puede ser disminuyente de reprochabilidad. (Cf. Doctrina Penal, Temis, 1998, N° 15, Bogotá)

²⁶ Cf. de Roxin, Claus; "Política Criminal y estructura del Delito". Edit. PPU, Barcelona, 1992, pág. 35

sobre cierto aspecto de la realidad jurídica o social, en todo caso nuestras hipótesis dependerán del nivel de nuestro trabajo de investigación, si tiene un carácter sociológico-jurídico o si es eminentemente jurídico²⁸

Conviene adelantar que para un trabajo inicial es aceptable utilizar la ya clásica forma causal y funcionalista de las hipótesis, es decir las que te muestran la Causa (variable Independiente) y el Efecto (variable dependiente), con ello ya se puede señalar una conjetura que solucione tú problema (hipótesis de solución).

Ejemplo:

²⁷ Cf. Bernard, Brigitte; "Problemas de Metodología del Derecho y de la Ciencia del Derecho". Instituto de Filosofía del Derecho, Maracaibo, 1981, pág. 16

²⁸ En la Europa actual gran parte de las tesis en Derecho están dejando de lado el uso de las hipótesis, en particular España que al fin de cuentas es el país que mayor influencia tiene en nuestra legislación. Por su parte el Prof. Jean Paul Feldis en una comunicación personal señala lo siguiente: "creo que la investigación con hipótesis y toda la estructura demostrativa puede empezar recién a nivel de *doctorado*, cuando se tenga cierta madurez teórica y práctica (...) No introduciría el lenguaje de variables que es más propio de las investigaciones experimentales, es decir donde se puede variar a gusto algunas cosas para medir los efectos (...) el libro de TABOADA sobre la tesis, me parece que tenía una buena intuición (...) los abogados deberían ser formados en la lógica argumentativa y/o proposicional para no tener que picotear por el lado de los razonamientos experimentales, las ciencias jurídicas "no son experimentales", son ciencias normativas, y se debería empezar a formar a la gente en la metodología de las ciencias normativas" (Septiembre 2005)

La "inimputabilidad" es una institución jurídica que no reconoce al estado de embriaguez como eximente de responsabilidad penal, sin embargo de ello gran parte de los juristas traspolan los juicios de valor del antiguo código penal, donde la embriaguez fortuita se tomaba en cuenta como eximente y/o disminuyente del juicio de reprochabilidad, esta contradicción deviene por la falta de explicación sobre el contenido teórico que tienen las reformas al código penal en su parte general.

Dicho de otro modo y para entenderlo como hipótesis de trabajo

La traspolación subjetiva que realizan los profesionales del derecho con respecto a los elementos que componen la inimputabilidad en el antiguo código penal y sus modificaciones (v1), hacen creer todavía que la embriaguez fortuita puede funcionar como una eximente de responsabilidad penal(v2)

La variable independiente (v1), es el hecho que genera el problema que se constituye en variable dependiente (v2) entonces estamos ante una hipótesis de trabajo, a la cual se le construye una hipótesis de solución, veamos:

Es urgente una aclaración doctrinal y técnica de los elementos que hacen a la estructura del delito tal y como se los entendió en la comisión codificadora, para con ello perfeccionar la administración de justicia.

Visto el ejemplo podemos concluir que un recurso técnico que nos ofrece la hipótesis, es el de ayudarnos en la construcción del esquema preliminar²⁹, veamos:

(Hipótesis de Trabajo -HT-)

La traspolación subjetiva que realizan los profesionales del derecho con respecto a los elementos que componen la inimputabilidad en el antiguo código penal y sus modificaciones (variable independiente), hacen creer todavía que la embriaguez fortuita puede funcionar como una eximente de responsabilidad penal(variable dependiente)

(Hipótesis de Solución -HS-)

²⁹ Aunque Umberto Eco nos recomienda realizar una serie de esquema "tentativos" para conseguir un esquema final, esta técnica las mas de las veces exige una mayor inversión de tiempo, y con ello inseguridad en el resultado final, por ello desde nuestra experiencia creemos que es prioritario comenzar por elaborar prácticas de redacción de hipótesis tentativas y junto a ello ejercitar la operacionalización de las variables como cuerpos del esquema, en el ejemplo mostramos cómo una variable puede "ordenar" todo un capítulo del esquema preliminar.

Es urgente una aclaración doctrinal y técnica de los elementos que hacen a la estructura del delito (inimputabilidad) tal y como se los entendió en la comisión codificadora, para con ello perfeccionar la administración de justicia. (Variable interviniente o alternativa)

Una vez que ya se tiene redactada la hipótesis se puede elaborar el esquema preliminar, ya que una de las funciones de la hipótesis es precisamente coadyuvar en la construcción del contenido de la investigación o esquema tentativo.

A modo de ejercicio agarremos las hipótesis que se tiene arriba y procedamos a la construcción del esquema, pero antes conviene realizar algunas consideraciones, el lector podrá advertir que las variables orientan al investigador en la definición de los capítulos y los títulos de cada acápite hasta lograr un panorama preliminar de cuál sería el producto final de la investigación.

Lo dicho se debe a que una investigación tiene un carácter lógico, el problema describe precisamente el problema, la teoría desarrolla el conocimiento que se tiene sobre el problema desde investigaciones anteriores precisando que

teorías son adecuadas para la comprensión del objeto / problema, que conceptos deben utilizarse con mayor frecuencia y cual el contenido de los mismos, además de precisar los objetivos de la investigación, hasta donde se pretende conocer o llegar con nuestra investigación, son los objetivos precisamente, los que orientan los límites de nuestra investigación.

Con lo señalado se puede desarrollar ahora, la construcción de un Esquema, tomando en cuenta, como lo habíamos mencionado, las hipótesis y sus variables:

Titulo de la investigación:

LA TEORIA DE LA INIMPUTABILIDAD Y EL ESTADO DE EMBRIAGUEZ EN EL CÓDIGO PENAL

CAPITULO I: La inimputabilidad en el código penal de 1973 y en las modificaciones de 1997

1. La inimputabilidad en el Código Penal 1973
 - 1.1 Antecedentes legislativos y doctrinales
 - 1.2 La escuela Técnico - Jurídica
2. La nueva Teoría del Delito y su estructura conceptual
 - 2.1 El concepto inimputabilidad desde esta corriente
 - 2.2 Su inserción en nuestro Código Penal de 1997

CAPITULO II: El estado de embriaguez en la Dogmática Penal

1. En las escuelas penales
 - 1.1 La clásica
 - 1.2 La positivista
 - 1.3 Los neokantistas
 - 1.3 La técnico jurídica
 - 1.4 La finalista
2. En nuestra legislación
 - 2.1 Código Criminal de 1834
 - 2.2 El Proyecto Julio Salmón (1935)
 - 2.3 El Proyecto López Rey y Arrojo (1942)
 - 2.4 El Proyecto de 1964
 - 2.5 El Código Penal de 1973
 - 2.6 Las modificaciones en 1997

CAPITULO III: Estudio de percepción en el sistema penal

1. Los Catedráticos Universitarios
 - 1.1 Fiscales
 - 1.2 Privados
2. La valoración de Jueces
3. El criterio de los Fiscales
4. En los abogados defensores

CAPITULO IV: Los problemas comunes

1. La falta de valoración jurídica a la Parte General del Código Penal.
2. La falta de formación doctrinal en la Educación Superior.

CAPITULO V: En busca de las soluciones

1. En la práctica de jueces: Propugnar la valoración judicial de la Parte General del Código Penal.

2. En la formación: Propugnar una mayor discusión dogmática en la Teoría General del Delito

CAPITULO VI CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

Para el final, inicio de la aventura...

Ya tienes una idea sobre lo que se hace, se puede hacer en una investigación jurídica o se puede inventar para hacerla? bueno el fondo de este documento no es ser un "manual", sino la guía para el manejo -por parte del lector- de algunas ideas básicas que bien pueden servir para la elaboración del proyecto de tesis.

La otra parte de la investigación, es decir aquella donde debemos realizar trabajo de gabinete, derecho comparado, revisión doctrinal, es un proceso que se hace "en cancha" a *investigar se aprende investigando* dijo alguna vez un profesor muy recordado: Josemo Murillo Vacarrezza frase que además escuche en innumerables seminarios y talleres sobre esto de la investigación social y particularmente de la Investigación Jurídica.

Necesitamos gastar la vida preguntándonos sobre la pertinencia, eficiencia o eficacia de la Ley, sus procesos sociales de construcción, las fuerzas sociales que intervienen y los datos de dominio que se encubren en el fondo.

De lo contrario estamos condenados a servir a la ley de modo ciego, mudo y sordo ante las pulsaciones sociales y sus reclamos mas urgentes, en un tiempo donde la Asamblea Constituyente y gran parte de las reformas jurídicas que se vienen han de exigir de las nuevas generaciones de abogados, no solo el pleiteo –como actitud de vida- sino el ejercicio pensante como acto de compromiso social con la gente que mas necesita de nuestro quehacer profesional, acto que además involucra los mas profundos Encargos Sociales de la cual la Universidad es responsable, no importando su naturaleza social, si publica o privada, todas las Universidades en su conjunto reciben una tarea, no solo la de formar buenos profesionales, que es un excelente indicador en su medición de calidad, sino -y principalmente- profesionales críticos, no para acabar “revolucionariamente” con el “modelo” o “sistema”, sino para transformarlo en la zona

donde tiene enormes ventajas: el Derecho, con ello habremos contribuido a hacer, este mundo, en Otro mundo posible.

Dixi et Salvavi animam meam

2005

Bibliografía General.

Barragán, Rossana (Coord.)

2003 Guía para la formulación y ejecución de Proyectos de Investigación. PIEB, La Paz, 3ra. Ed.

Bernard, Brigitte;

1981 "Problemas de Metodología del Derecho y de la Ciencia del Derecho". Instituto de Filosofía del Derecho, Maracaibo

David, René

1968 Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Edit. Jurídica Aguilar, París

Fix-Zamudio, Hector

1995 "*Metodología, docencia e investigación jurídicas*". Edit. Porrúa, México

García Méndez, Emilio

1989 "*Dominación Política y hegemonía jurídica en el Cono Sur Latinoamericano*" En: Nuevo Foro Penal, N° 20 Julio/Agosto 1989, Edit. Temis, Bogotá

Monreal, Novoa

1975 "El Derecho como obstáculo del cambio social". Edit. Siglo XXI, México, 1975

Roxín, Claus;

1976 Problemas básicos del Derecho Penal", Edit. Reus, Madrid

Roxín, Claus

1992 Política Criminal y estructura del Delito. Edit. PPU, Barcelona

Von Kirchman, Julio Germán

1949 "*El carácter acientífico de la llamada ciencia del Derecho*". En: La ciencia del Derecho. Trad. de Werner Goldschmidt. (1847/1949). Edit. Buenos Aires, Bs. As.

Zavaleta, René;

1989 Clases sociales y conocimiento. Edit. Los Amigos del Libro, Cochabamba, 1989.

Publicaciones del Autor :

1994 *Introducción a las investigaciones Sociales*. En: Revista de Derecho Constitucional. N° 4, Universidad Técnica de Oruro UTO- Fac. Cs. Js. Ps. y Ss.

1997 Poder e Ideología en el tratamiento Jurídico Penal de los Indígenas en Bolivia. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad Técnica de Oruro, Oruro

1997 *Derecho Penal y Pluriculturalidad en Bolivia 1900-1997*. En: Documentos de la "XI Reunión Anual de Etnología" MUSEF- RAE/1997, La Paz.

1998 La Administración de Justicia en un contexto colonial: Las Autoridades Indígenas en los Andes. Avance de Investigación PIEB, inédito

- 1998 *"Mito y Memoria en la Historia de Sica Sica: Del fraccionamiento a la reconquista del Espacio en la lógica de los Ayllus"*. En: Documentos de la "XII Reunión Anual de Etnología" MUSEF RAE/1998, La Paz.
- 1999 "Diagnóstico Jurídico de la Propiedad Agraria en Sica Sica". En Documentos de la "XIII Reunión Anual de Etnología" MUSEF - RAE/1999, La Paz.
- 1999 *El Otoño del Patriarca: La filiación desde un enfoque de género*. En: Documentos de la "XIII Reunión Anual de Etnología", MUSEF- RAE/1999, La Paz.
- 2000 *Metodología 'en' la Investigación Jurídica: Apuntes iniciales*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales N° 12- Universidad Técnica de Oruro, Oruro
- 2001 *Liderazgo indígena en el proceso de demanda de los derechos de los pueblos indígenas*. En: Documentos de la "XIV Reunión Anual de Etnología" MUSEF-RAE /2000 La Paz
- 2001 *Los derechos de los pueblos indígenas y su proceso de legalización*. En: CHAKANA. Revista de la Carrera de Antropología U.T.O. Oruro
- 2002 *Las Reformas Constitucionales: la verdad y los mitos desde la mirada indígena*. En: Revista del Ilustre Colegio Departamental de Abogados de Oruro, N° 5, ICDAO, Oruro
- 2004 Asamblea Constituyente y nacionalidades Indígenas en Bolivia. El Juguete Rabioso. Mayo, 2004, La Paz (Separata)

Lectura escogida:

Este documento contiene una serie de reflexiones críticas que bien pueden estimarse como válidas para otras áreas del Derecho.

ENTRE LA REALIDAD Y EL DERECHO: DIMENSIONES
DE UNA CIENCIA PENAL CRÍTICA³⁰

Alberto M. Binder

I. Introducción

Esta nota sólo tiene sentido para los que estén dispuestos a sostener las siguientes proposiciones:

³⁰ Publicado en la revista *No hay derecho*, año 2, N° 4, 1991, Bs. As. Alberto Binder es Profesor en la Universidad de Buenos Aires, se le reconoce el merito de haber puesto las bases de la Reforma Procesal Penal en América Latina.

- El sistema penal es un instrumento de control social que recae preferentemente – sino de modo exclusivo – sobre los sectores de menores recursos de la sociedad.
- De ese modo, consolida un “orden” injusto y violento, que margina a esos mismos sectores de las condiciones elementales de una vida digna.
- El sistema penal “real” – es decir el que “funciona” efectivamente – poco tiene que ver con las pretensiones normativas del derecho penal
- Por el contrario, es un sistema brutal, altamente militarizado, escasamente garantizador y profundamente inhumano.
- Una ciencia penal que no incorpora estos datos y no plantee todos sus problemas teniendo en cuenta esta función selectiva, o es una ciencia superficial – en definitiva mala ciencia – o es cómplice de ese mismo orden, que reviste con ropajes científicos.

No pretendo discutir estas afirmaciones, por otra parte tan comunes en la literatura penal y criminológica de los últimos tiempos. No sólo las considero muy ciertas, sino que las ciencias penales han acumulado tanta información y discusión sobre ellas, como para plantearnos un paso subsiguiente, que las incorpore, pero no las tenga como eje de la discusión.

La pregunta que creo interesante resaltar es la siguiente: una vez que hemos comprendido el funcionamiento real del sistema penal, ¿qué hacemos con su comprensión? O dicho de otra manera: una vez que hemos llegado a la convicción de que el sistema penal cumple las funciones que hemos descrito, ¿qué hacemos con esa convicción? ¿para qué nos sirve? O mejor aún, ¿para qué le sirve a los sectores castigados por el sistema penal que finalmente hayamos comprendido cómo funciona?

Cuando estas preguntas se incorporan a las baterías de preguntas de la ciencia penal creo que recién allí se puede decir que esa ciencia ha adquirido un carácter crítico. Por el contrario, si la ciencia penal se limita a ser una mera observadora del fenómeno, bien podemos decir que ha cambiado de paradigma, pero no de posición social. Y alguien podría preguntarse cuáles serán las nuevas formas de complicidad que traerá consigo el nuevo modo de explicación.

II. Grandeza y límites de la denuncia.

El hecho de que quiera realizar una reflexión que vaya más allá de la descripción de funcionamiento real del sistema penal no invalida, de ningún modo, la necesidad de profundizar la actitud de denuncia. Muchos sectores de nuestro país y de Latinoamérica viven todavía en un "sopor dogmático" – que no es lo mismo que hacer dogmática penal – que los lleva a una visión "ingenua", "tecnicista" o puramente descomprometida del derecho penal.

El problema no es sólo de los científicos. Porque si fuera sólo de ellos no habría gran problema. El problema es que muchos sectores políticos y gran parte de la sociedad está impregnada de una visión descomprometida del derecho penal. ¿Cuántas veces hemos oído hablar a políticos, legisladores o simples ciudadanos de problemas de política educativa, de política económica, etcétera? Muchos de esos temas son, incluso, de igual o mayor contenido técnico que los problemas del derecho penal o de la política criminal. Sin embargo, los políticos y los simples ciudadanos hablan y opinan sobre ellos. ¿Por qué no existen opiniones sobre la política criminal, en sentido amplio, o cuando existen tienen un nivel primario, cercano a la petición de venganza? No se puede decir que es porque el sistema penal no es una realidad cotidiana, porque no es así; al contrario, lamentablemente el sistema penal se hace cada día más cercano, de la mano de la mayor represividad de la sociedad.

Creo que tras este fenómeno de alejamiento hay una larga política de ocultamiento. Los problemas de la política penal han quedado reservados a unos pocos focos de “productores de política criminal”, ayudados por “cenáculos” de técnicos supuestamente “asépticos”.

Por lo tanto misión de denuncia será tanto develar el funcionamiento del sistema penal, descubrir a los centros productores de política criminal y democratizar la discusión, llevarla al seno mismo de la sociedad y de los grupos organizados. En definitiva, la política criminal no es única sino que tiene un carácter transaccional – como toda la política –: ella se nutre de pactos, acuerdos, lucha por la hegemonía e imposiciones. Del resultado de esa dinámica saldrá, en definitiva, la política criminal de un Estado.

Cada grupo social debe tener sus propuestas de política criminal y por eso, la misión del científico del derecho penal será contribuir al esclarecimiento. Los sindicatos, los movimientos de base, las organizaciones barriales y populares, las minorías, en fin: democratizar la política criminal implica que todos estos grupos participen en la producción de ella.

Esto nos marca un defecto tradicional de la denuncia: muchas veces ella se ha quedado encerrada en la vida académica o en los congresos universitarios. De este modo, o se convierte en un diálogo entre sordos, o se convierte en una ratificación colectiva de lo que todos y cada uno ya conoce, pero sus efectos sociales son ínfimos.

La denuncia, la actividad crítica penal se debe nutrir de las investigaciones universitarias - por cierto aquí hay otro problema, que es el escaso desarrollo de las investigaciones empíricas, de modo que muchas veces pretendemos hablar científicamente de la realidad sin tener los datos y el análisis de esos datos más adecuados – pero debe trascender la vida universitaria y los

círculos intelectuales. De modo contrario la denuncia se convierte en un ejercicio intelectual interesante pero inútil o, lo que es peor, se convierte en una moda, en la aberrante utilización del sufrimiento ajeno.

III Política criminal alternativa

Pero nuevamente nos enfrentamos al mismo problema. Ya hemos denunciado y provocado discusión social, ¿y ahora qué hacemos?

Nos hallamos, pues, ante la necesidad de encarar otra dimensión: el diseño de una política criminal alternativa. Esta actividad es quizás más importante que la denuncia misma, porque sin ella caemos en la inoperancia y además la denuncia misma se torna superficial porque sin modelos de referencia tampoco se comprende el funcionamiento del sistema penal real. Toda crítica se nutre de datos y de utopías.

El diseño de una política criminal alternativa es quizás la actividad científica esencial de nuestro entorno latinoamericano. ¿No queremos un derecho penal que castiga a los pobres? Debemos tener una propuesta concreta diferente. ¿No queremos un juicio escrito, burocrático e inquisitivo? Propongamos algo distinto.

La construcción de un modelo alternativo de política criminal no es la construcción de una utopía. No alcanza con decir “queremos un derecho penal mínimo, donde existan soluciones distintas a la imposición de una pena, donde la víctima y el victimario puedan llegar a un arreglo satisfactorio, donde se humanicen las cárceles y no se impongan ideologías, etc... “Mucho menos alcanza aún con decir “No queremos ningún derecho penal, porque él es intrínsecamente perverso, violento y brutal”.

Entiéndase bien, no quiero decir que no haya que construir algún modelo de utopía; al contrario, ella es imprescindible, como ya dije. Lo que no creo es que la función del científico quede

satisfecha porque ha construido o difundido una determinada utopía penal. Una actitud así poco sirve a los sectores castigados por el derecho penal y puede convertirse en una simple pose intelectual. De lo que se trata es de construir “modelos de política criminal alternativa” concretos, abarcadores, imaginativos, realizables en el corto plazo que puedan presentarse como conquistas sociales, aunque no cumplan con todas las exigencias de la utopía. Precisamente esa relación nunca acabada entra la utopía y el modelo alternativo es lo que nutre y da sentido a la dinámica continua de la lucha por una sociedad más digna, en el ámbito específico del derecho penal.

IV. El sistema penal como “espacio” de lucha política

Pero nuevamente nos encontramos con un límite: ¿qué hacemos nosotros y, en especial, que hacen los sectores castigados por el sistema penal con el modelo alternativo? Un modelo alternativo, real, tiene que tener vocación de ser efectivo, vocación de poder. Es allí donde nos encontramos con la tercera dimensión. Se trata de incorporar el modelo alternativo de política criminal a la lucha política concreta.

El sistema penal no ha sido tradicionalmente un espacio de lucha política: se ha defendido transformándose en un castillo cerrado, protegido por las murallas del tecnicismo y de la apoliticidad.

Romper esas barreras y planear políticas concretas para ocupar ese espacio: debemos tomar conciencia que los sectores conservadores han tenido políticas más claras para ocupar ese espacio que los sectores progresistas de la sociedad. Un modelo alternativo que no se integra en las luchas políticas concretas no es en realidad un modelo alternativo.

V. Conclusión

En síntesis, el trabajo científico penal está tensionado por una triple exigencia:

- a) denunciar el funcionamiento del sistema penal, descubrir a los centros tradicionales de producción de la política criminal y democratizar esa discusión;
- b) construir modelos alternativos de política criminal, concretos, abarcadores, imaginativos, referenciados a utopías penales;
- c) contribuir a que esos modelos de política criminal formen parte de las luchas políticas concretas, es decir, aspirar a poder concretarlos.

Esto no quiere decir que todo el mundo deba hacer lo mismo, sino que cada dimensión debe estar integrada a las demás, en un trabajo colectivo: no existe espacio para el individualismo científico, quien no esté dispuesto a formar equipos de trabajo, es porque no asume la necesidad de integrar las tres dimensiones necesarias para hacer una verdadera ciencia penal crítica.

Creo que éste es el desafío que debemos afrontar. No es nada nuevo, las ideas penales que han triunfado es porque han transitado estas tres dimensiones. Y de lo que se trata aquí, es de transformar el sistema penal (lo que es mucho más importante que explicarlo), no quedarse en simples profetas de la desgracia que, además, generalmente es la desgracia ajena, de lo que no tienen aliento para esperar que nos demos cuenta de cómo funcionan las cosas, cuando el sufrimiento ya es antiguo.

Anexo 2

Principios Básicos sobre la Función de los Abogados
Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas
sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente,
celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de
septiembre de 1990

Considerando que los pueblos del mundo afirman en la Carta de las Naciones Unidas, entre otras cosas, su resolución de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia, y proclaman como uno de sus propósitos la realización de la cooperación internacional en la promoción y el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra los principios de la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia, el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, y el derecho de toda persona acusada de un delito a todas las garantías necesarias para su defensa,

Considerando que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama, además, el derecho de las personas a ser juzgadas sin demoras injustificadas y a ser oídas públicamente y con justicia por un tribunal

competente, independiente e imparcial, establecido por la ley,

Considerando que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recuerda que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Considerando el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, que estipula que toda persona detenida tendrá derecho a la asistencia de un abogado, a comunicarse con él y a consultarlo,

Considerando que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos recomiendan, en particular, que se garantice la asistencia letrada y la comunicación confidencial con su abogado a los detenidos en prisión preventiva,

Considerando que las Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte reafirman el derecho de todo sospechoso o acusado de un delito sancionable con la pena capital a una asistencia letrada adecuada en todas las etapas del proceso, de conformidad con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Considerando que en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder se recomiendan medidas que deben adoptarse en los planos nacional e internacional para mejorar el acceso a la justicia y el trato justo, la restitución, la compensación y la asistencia en favor de las víctimas de delitos,

Considerando que la protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente,

Considerando que las asociaciones profesionales de abogados tienen que desempeñar la función esencial de velar por las normas y la ética profesionales, proteger a sus miembros contra persecuciones y restricciones o injerencias indebidas, facilitar servicios jurídicos a todos los que los necesiten, y cooperar con las instituciones gubernamentales y otras instituciones para impulsar los fines de la justicia y el interés público,

Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados que figuran a continuación, formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de promover y garantizar la función adecuada de los abogados, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de su legislación y práctica nacionales, y deben señalarse a la atención de los juristas así como de otras personas como los jueces, fiscales, miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general. Estos principios se aplicarán también, cuando proceda, a las personas que ejerzan las funciones de la abogacía sin tener la categoría oficial de abogados.

Acceso a la asistencia letrada y a los servicios jurídicos

1. Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal.

2. Los gobiernos procurarán que se establezcan procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer posible el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada de todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción, sin ningún tipo de distinción, como discriminaciones por motivos de raza, color, origen étnico, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, situación económica u otra condición.

3. Los gobiernos velarán por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres, y, en caso necesario, a otras personas desfavorecidas. Las asociaciones profesionales de abogados colaborarán en la organización y prestación de servicios, medios materiales y otros recursos.

4. Los gobiernos y las asociaciones profesionales de abogados promoverán programas para informar al público acerca de sus derechos y obligaciones en virtud de la ley y de la importante función que desempeñan los abogados en la protección de sus libertades fundamentales. Debe prestarse especial atención a la asistencia de las personas pobres y de otras personas menos favorecidas a fin de que puedan probar sus derechos y, cuando sea necesario, recurrir a la asistencia de un abogado.

Salvaguardias especiales en asuntos penales

5. Los gobiernos velarán por que la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito, o arrestadas, o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección.

6. Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo

demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios.

7. Los gobiernos garantizarán además que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención.

8. A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.

Competencia y preparación

9. Los gobiernos, las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza velarán por que los abogados tengan la debida formación y preparación, y se les inculque la conciencia de los ideales y obligaciones éticas del abogado y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

10. Los gobiernos, las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza velarán por que no haya discriminación alguna en contra de una persona, en cuanto al ingreso en la profesión o al ejercicio de la misma, por motivos de raza, color, sexo, origen étnico, religión, opiniones políticas y de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento, situación económica o condición social, aunque no se considerará

discriminatorio el requisito de que un abogado sea ciudadano del país de que se trate.

11. En los países en que haya grupos, comunidades o regiones cuyas necesidades de servicios jurídicos no estén atendidas, en especial cuando tales grupos tengan culturas, tradiciones o idiomas propios o hayan sido víctimas de discriminación en el pasado, los gobiernos y las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza deberán tomar medidas especiales para ofrecer oportunidades a candidatos procedentes de esos grupos para que ingresen a la profesión de abogado y deberán velar por que reciban una formación adecuada a las necesidades de sus grupos de procedencia.

Obligaciones y responsabilidades

12. Los abogados mantendrán en todo momento el honor y la dignidad de su profesión en su calidad de agentes fundamentales de la administración de justicia.

13. Las obligaciones de los abogados para con sus clientes son las siguientes:

a) Prestarles asesoramiento con respecto a sus derechos y obligaciones, así como con respecto al funcionamiento del ordenamiento jurídico, en tanto sea pertinente a los derechos y obligaciones de los clientes;

b) Prestarles asistencia en todas las formas adecuadas, y adoptar medidas jurídicas para protegerlos o defender sus intereses;

c) Prestarles asistencia ante los tribunales judiciales, otros tribunales u organismos administrativos, cuando corresponda.

14. Los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, y en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas y normas éticas reconocidas que rigen su profesión.

15. Los abogados velarán lealmente en todo momento por los intereses de sus clientes.

Garantías para el ejercicio de la profesión

16. Los gobiernos garantizarán que los abogados a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas; b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior; y c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.

17. Cuando la seguridad de los abogados sea amenazada a raíz del ejercicio de sus funciones, recibirán de las autoridades protección adecuada.

18. Los abogados no serán identificados con sus clientes ni con las causas de sus clientes como consecuencia del desempeño de sus funciones.

19. Ningún tribunal ni organismo administrativo ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por un abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente, salvo que el

abogado haya sido inhabilitado de conformidad con las leyes y prácticas nacionales y con estos principios.

20. Los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo.

21. Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz. Este acceso se facilitará lo antes posible.

22. Los gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional.

Libertad de expresión y asociación

23. Los abogados, como los demás ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión, creencias, asociación y reunión. En particular, tendrán derecho a participar en el debate público de asuntos relativos a la legislación, la administración de justicia y la promoción y la protección de los derechos humanos, así como a unirse o participar en organizaciones locales, nacionales o internacionales y asistir a sus reuniones, sin sufrir restricciones profesionales a raíz de sus actividades lícitas o de su carácter de miembro de una organización lícita. En el ejercicio de estos derechos, los abogados siempre obrarán de conformidad con la ley y con las reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.

Asociaciones profesionales de abogados

24. Los abogados estarán facultados a constituir asociaciones profesionales autónomas e incorporarse a estas asociaciones, con el propósito de representar sus intereses, promover su constante formación y capacitación, y proteger su integridad profesional. El órgano ejecutivo de las asociaciones profesionales será elegido por sus miembros y ejercerá sus funciones sin injerencias externas.

25. Las asociaciones profesionales de abogados cooperarán con los gobiernos para garantizar que todas las personas tengan acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios jurídicos y que los abogados estén en condiciones de asesorar a sus clientes sin injerencias indebidas, de conformidad con la ley y con las reglas y normas éticas que se reconoce a su profesión.

Actuaciones disciplinarias

26. La legislación o la profesión jurídica por conducto de sus correspondientes órganos, establecerán códigos de conducta profesional para los abogados, de conformidad con la legislación y las costumbres del país y las reglas y normas internacionales reconocidas.

27. Las acusaciones o reclamaciones contra los abogados en relación con su actuación profesional se tramitarán rápida e imparcialmente mediante procedimientos apropiados. Los abogados tendrán derecho a una audiencia justa, incluido el derecho a recibir la asistencia de un abogado de su elección.

Anexo 3

EL SACRIFICIO DE LA JUSTICIA EN LOS ALTARES DEL ORDEN

Eduardo Galeano *

El Estado, que jamás va preso, asesina por acción y por omisión.

Crímenes por acción: a fines del año pasado la policía militar de Río de Janeiro reconoció oficialmente que venía matando civiles a un ritmo ocho veces más acelerado que el año anterior, mientras la policía de los suburbios de Buenos Aires cazaba jóvenes como si fueran pajaritos.

Crímenes por omisión: al mismo tiempo, cuarenta enfermos del riñón murieron en el pueblo de Caraurú, en el nordeste de Brasil, porque la salud pública les había hecho diálisis con agua contaminada. Y en la provincia de Misiones, en el noreste de Argentina, el agua potable contaminada por los plaguicidas, generaba bebés con labios leporinos y deformaciones en la médula espinal.

En la era de las privatizaciones y el mercado libre, el dinero se propone gobernar sin intermediarios. ¿Cuál es la función que se atribuye al Estado? El Estado debe ocuparse de la disciplina de la

mano de obra barata, condenada a salarios enanos, y a la represión de las peligrosas legiones de brazos que no encuentran trabajo: un Estado juez y gendarme, y poco más.

De los servicios públicos ya se encargará el mercado; y de la pobreza, gente pobre, regiones pobres, ya se ocupará Dios, si la policía no alcanza.

La administración pública solo puede disfrazarse de madre piadosa muy de vez en cuando, atareada como está en consagrar sus menguadas energías a las funciones de vigilancia y castigo.

En el proyecto neoliberal, los derechos públicos se reducen a favores del poder, y el poder se ocupa de la salud pública y de la educación pública como si fueran formas de caridad pública.

Mientras tanto crece la pobreza y crecen las ciudades y crecen los asaltos y las violaciones y los crímenes. "La criminalidad crece mucho más que los recursos para combatirla", reconoce el Ministro de Interior del Uruguay.

La explosión del delito se ve en las calles, aunque las estadísticas oficiales se hagan las ciegas, y los gobiernos latinoamericanos confiesan, de alguna manera, su impotencia.

Pero el poder jamás confiesa que está en guerra contra los pobres que genera, en pleno combate contra las consecuencias de sus propios actos. "La delincuencia crece por culpa del narcotráfico", suelen decir los voceros oficiales, para exonerar de responsabilidad a un sistema que arroja cada vez más pobres a las calles y a las cárceles y que condena cada vez más gente a la desesperanza y a la desesperación.

Las cumbres irradian el mal ejemplo de su impunidad. Se castiga abajo lo que se aplaude arriba.

El robo chico es delito contra la propiedad, el robo en gran escala es el derecho de los propietarios: uno es asunto del Código Penal, el otro pertenece a la órbita de la iniciativa privada.

El poder, que elogia el trabajo y a los trabajadores en sus discursos pero los maldice en sus actos, sin pudor alguno recompensa la deshonestidad y la falta de escrúpulos. La respetable tarea tiene por cómplices a los grandes medios de comunicación, que mienten callando casi tanto como mienten diciendo.

Y mientras el poder enseña impunidad, esos grandes medios y sobre todo la televisión, difunden mensajes de violencia y de consumismo obligatorio.

Una reciente investigación universitaria reveló que los niños de Buenos Aires ven cada día cuarenta escenas de violencia en la pantalla chica. ¿Cuántas escenas de consumismo ven? ¿A cuántos ejemplos de despilfarro y ostentación asisten cada día? ¿Cuántas órdenes de comprar reciben los que poco o nada pueden comprar? ¿Cuántas veces al día se les taladra la cabeza para convencerlos de que quien no compra no existe, y quien no tiene no es?

Paradójicamente la televisión suele transmitir discursos que denuncian la plaga de violencia urbana y exigen mano dura, mientras la misma televisión imparte educación a las nuevas generaciones derramando en cada casa océanos de sangre y de publicidad compulsiva. En ese sentido, bien podría decirse que sus propios mensajes están confirmando su eficacia mediante el auge de la delincuencia.

Las fábricas de opinión pública echan leña a la hoguera de la histeria colectiva, y mucho contribuyen a convertir la seguridad pública en obsesión pública.

Cada vez tienen más eco los gritos de alarma que se pronuncian en nombre de la población indefensa ante el acoso del crimen. Se multiplican los asustados, y los asustados pueden ser más peligrosos que el peligro que los asusta.

Para acabar con la falta de garantías de los ciudadanos se exigen leyes que suprimen las garantías que quedan; y para dar más libertad a los policías, se exigen leyes que sacrifican la libertad de

todos los demás, incluso en países como el Uruguay, donde las estadísticas confiesan que los policías son en proporción, los ciudadanos que más delitos cometen.

No solo los vividores de la abundancia se sienten amenazados. También la clase media, y también numerosos sobrevivientes de la escasez: pobres que sufren el asalto de otros pobres más pobres o más desesperados.

En sociedades que prefieren el orden a la justicia hay cada vez más gente que aplaude el sacrificio de la justicia en los altares del orden: hay cada vez más gente convencida de que no hay ley que valga ante la invasión de los fuera de la ley.

Hay un clamor creciente por la pena de muerte en la opinión pública de varios países latinoamericanos; y las matanzas de los niños por los escuadrones *parapoliciales* de la muerte en Bogotá, Río de Janeiro o en la ciudad de Guatemala son pública o secretamente aplaudidas por un sector considerable de la sociedad.

Se considera normal la tortura del delincuente común, o de quien tenga "cara de," y llama la atención el silencio de algunos organismos de derechos humanos, en países donde la policía tiene la costumbre de arrancar confesiones mediante métodos de tortura idénticos a los que las dictaduras militares aplicaron contra los presos políticos.

Presos: las dictaduras militares ya no están, pero las frágiles democracias latinoamericanas tienen cárceles hinchadas de presos. Los presos son pobres, como es natural, porque solo los pobres van presos en países donde nadie va preso cuando se viene abajo un puente recién inaugurado, cuando se derrumba un banco vaciado por los banqueros o cuando se desploma un edificio construido sin cimientos.

Cárceles inmundas, presos como sardinas en lata, en su gran mayoría presos sin condena. Muchos, sin proceso siquiera, están ahí no se sabe por qué. Si se compara, el infierno de Dante parece cosa de Disney. Continuamente estallan motines en estas cárceles

que hierven. Entonces las fuerzas del orden cocinan a tiros a los desordenados y de paso matan a todos los que pueden, con lo que se alivia la presión de la superpoblación carcelaria hasta el próximo motín.

En realidad, bien se podría decir que presos estamos todos, quien más, quien menos.

Los que están en las cárceles y los que estamos afuera. ¿Están libres los presos de la necesidad, obligados a vivir para trabajar porque no pueden darse el lujo de trabajar para vivir? ¿Y los presos de la desesperación que no tienen trabajo ni lo tendrán, condenados a malvivir a los zarpazos? Y los presos del miedo, ¿estamos libres? ¿No estamos todos presos del miedo?

Todo enrejado: ya hay plazas públicas rodeadas de rejas en algunas ciudades latinoamericanas, y ya están enrejadas las casas de todos los que tenemos algo que perder, aunque sea poco, aunque sea nada; yo he visto rejas hasta en algunos ranchos de lata y madera de los suburbios más pobres. Los de arriba y los del medio y los de abajo: en sociedades obligadas al sálvese quien pueda aterrorizados por los manotazos de sus náufragos, estamos todos presos: los vigilantes y los vigilados, los elegidos y los parias.

Los hechos se burlan de los derechos. Retrato de América Latina al fin del milenio: ésta es una región del mundo que niega a sus niños el derecho de ser niños. Los niños son los más presos entre todos los presos, en esta jaula en donde se obliga a la gente a devorarse entre sí. El sistema de poder, que no acepta más vínculo que el pánico mutuo, maltrata a los niños. A los niños ricos los trata como si fueran dinero. A los niños pobres los trata como si fueran basura. Y a los del medio los tiene atados a la pata del televisor.

En el océano de los que necesitan, las islas de los que tienen más tienden a convertirse en lujosos campos de concentración, donde los poderosos solo se encuentran con los poderosos, y nunca pueden olvidar, ni por un ratito, que son poderosos.

En algunas de las grandes ciudades latinoamericanas, donde los secuestros se han hecho costumbre, los niños ricos crecen encerrados dentro de una burbuja de miedo. Habitan mansiones amuralladas, grandes casas o grupos de casas rodeadas de cercos electrificados y guardias armados, y están día y noche vigilados por los guardaespaldas y por las cámaras de los circuitos cerrados de televisión. Viajan, como el dinero, en autos blindados. No conocen más que de vista la ciudad donde viven. Descubren el subterráneo de París o de Nueva York, pero jamás lo usan en Sao Paulo o en la ciudad de México.

Ellos no viven en la ciudad donde viven. Tienen prohibido ese vasto infierno que acecha su minúsculo cielo privado. Más allá de las fronteras del privilegio, se extiende una región del terror donde la gente es mucha, fea, sucia y peligrosa. En plena época de la globalización los niños ricos no pertenecen a ningún lugar. Crecen sin raíces, despojados de identidad nacional, y sin más sentido social que la certeza de que la realidad es una amenaza.

Tienen por patria las marcas de prestigio universal y por lenguaje los códigos internacionales. Los niños ricos de las ciudades más diversas se parecen en sus costumbres, tanto como entre sí se parecen los *shopping centers* y los aeropuertos, que están fuera del tiempo y del espacio. Educados en la realidad virtual, los niños ricos se deseducan en la ignorancia de la realidad real, que solo existe para ser temida o para ser comprada.

Desde que nacen son entrenados para el consumo y para la fugacidad, y transcurren la infancia comprobando que las máquinas son más dignas de confianza que las personas.

Fast food, fast cars, fast life: mientras esperen que llegue la hora del ritual de iniciación, cuando el primer Jaguar o Mercedes les sea regalado, ellos ya se lanzan a toda velocidad a las autopistas cibernéticas, a toda velocidad compiten en las pantallas electrónicas, y a toda velocidad devoran imágenes y mercancías haciendo *zapping* y haciendo *shopping*.

Mucho antes de que los niños ricos dejan de ser niños y descubran las drogas caras que aturden la soledad y enmascaran el miedo, ya los niños pobres están aspirando pegamento.

Mientras los niños ricos juegan a la guerra con balas de rayos láser, ya las balas de plomo acribillan a los niños de la calle. Algunos expertos llaman "niños de escasos recursos" a los que disputan la basura con los buitres en los suburbios de las ciudades.

Según las estadísticas, hay setenta millones de niños en estado de pobreza absoluta, y cada vez hay más y más, en esta América Latina, que fabrica pobres y prohíbe la pobreza. Entre todos los rehenes del sistema, ellos son los que peor la pasan. La sociedad los exprime, los vigila, los castiga, a veces los mata: casi nunca los escucha, jamás los comprende.

Nacen con las raíces al aire. Muchos de ellos son hijos de familias campesinas que han sido brutalmente arrancadas de la tierra y se han desintegrado en la ciudad. Entre la cuna y la sepultura, el hambre o las balas abrevian el viaje.

De cada dos niños pobres, uno trabaja desplomándose a cambio de la comida o poco más: vende *chucherías* en las calles, es la mano de obra gratuita de los talleres y las cantinas familiares, es la mano de obra más barata de las industrias de exportación, que fabrican zapatillas o camisas para las grandes tiendas del mundo. ¿Y el otro? De cada dos niños pobres uno sobra. El mercado no lo necesita. No es rentable ni lo será jamás. Y quien no es rentable, ya se sabe, no tiene derecho a la existencia.

El mismo sistema productivo que desprecia a los viejos expulsa a los niños. Los expulsa, y les teme. Desde el punto de vista del sistema, el viejo es un fracaso, pero la infancia es un peligro.

En muchos países latinoamericanos, la hegemonía del mercado está rompiendo los lazos de solidaridad y está haciendo trizas el tejido social comunitario. ¿Qué tienen los dueños de nada en países donde el derecho de propiedad se está convirtiendo en el único derecho sagrado?.

Los niños pobres son los que más ferozmente sufren la contradicción entre una cultura que manda consumir y una realidad que lo prohíbe. El hambre los obliga a robar o a prostituirse; pero también los obliga la sociedad de consumo que los insulta ofreciendo lo que niega. Y ellos se vengan lanzándose al asalto. En las calles de las grandes ciudades se forman bandas de desesperados unidos por la muerte que acecha. Según la organización Human Rights Watch, los grupos *parapoliciales* matan seis niños por día en Colombia y cuatro por día en Brasil.

¿Y ellas? Hay medio millón de niñas brasileñas que venden el cuerpo, casi tantas como en la India, y en la República Dominicana la próspera industria del turismo ofrece subastas de niñas vírgenes.

Entre una punta y la otra, el medio. Entre los que viven prisioneros del desamparo y los que viven prisioneros de la opulencia, están los niños que tienen bastante más que nada pero mucho menos que todo. Cada vez son menos esos niños de clase media. Les confisca la libertad, día tras día, la sociedad que sacraliza el orden mientras genera el desorden.

En estos tiempos de inestabilidad social, cuando se concentra la riqueza y la pobreza se difunde a ritmo implacable, ¿quién no siente que el piso cruje bajo los pies? La clase media vive en estado de impostura, simulando tener más de lo que tiene, pero nunca le ha resultado tan difícil cumplir con esta abnegada tradición. Está, hoy por hoy, paralizada por el pánico: el pánico a perder el trabajo, el auto, la casa, las cosas, y el pánico de no llegar a tener lo que se debe tener para llegar a ser.

Nadie podrá reprocharle mala conducta. La sufrida clase media sigue creyendo en la experiencia como aprendizaje de la obediencia, y con frecuencia defiende todavía el orden establecido como si fuera dueña, aunque no es más que una inquilina del orden, más que nunca agobiada por el precio del alquiler y el pánico del desalojo.

En el pánico, pánico de vivir, pánico de caer, cría a sus hijos. Atrapados en las trampas del pánico, los niños de clase media están cada vez más condenados a la humillación del encierro perpetuo.

En la ciudad del futuro, que ya está siendo presente, los *teleniños*, vigilados por niñeras electrónicas, contemplarán la calle desde el balcón o la ventana: la calle prohibida por la violencia, o por el pánico a la violencia; la calle donde ocurre el siempre peligroso, y a veces prodigioso, espectáculo de la vida.

(*) Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996.